

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Matheus Assaf

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: Por que devemos tolerar
ideias odiosas?**

Belo Horizonte
2018

Matheus Assaf

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: Por que devemos tolerar
ideias odiosas?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientador: Marcelo Campos Galuppo

Belo Horizonte
2018

Matheus Assaf

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: Por que devemos tolerar
ideias odiosas?**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade de Minas Gerais, como
requisito parcial para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo (Orientador) – UFMG

Prof. Dr. – Daniel Vieira Sarapu – Unihorizontes

Prof. Dr. Ricardo Henrique Carvalho Salgado – UFMG

Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira (Suplente) – UFMG

Belo Horizonte, 10 de julho de 2018.

AGRADECIMENTOS

Ao cosmos, pela oportunidade única de estar aqui presente.

Aos meus pais que confiam e fazem de tudo para que eu possa continuar trilhando o caminho da academia e realizando meus sonhos.

À Thaís, que esteve ao meu lado em grande parte desse percurso e com quem aprendi muito, sempre.

A todos os colegas do grupo de Pesquisa, especialmente Daniel Sarapu, Vítor Medrado, Felipe Dayrell e Fernando Caetano que, além das diversas contribuições, tiveram muita paciência e serenidade para escutar e criticar os argumentos acalorados deste jovem e apaixonado pesquisador.

Ao André que me ajudou sempre que foi preciso e a todos os demais amigos e colegas que deram atenção às minhas divagações e provocações acerca do tema tornando a jornada do mestrado ainda mais agradável.

Por fim, agradeço especialmente ao Marcelo, *professor, pai e amigo*. Pela confiança, pelas inúmeras provocações, dicas, estímulos, referências e conselhos valiosos, sem os quais essa pesquisa não teria se realizado e, quiçá, esse que vos escreve teria se bacharelado em direito.

“É assim que a liberdade morre... Em meio a aplausos estrondosos”

George Lucas

*“Até onde conseguimos discernir, o único propósito da existência humana é acender
uma luz na escuridão da mera existência”*

Carl Gustav Jung

RESUMO

A presente dissertação pretende apresentar os principais argumentos filosóficos que justificam uma ampla proteção da liberdade de expressão a fim de demonstrar o papel fundamental que esse direito assume no Estado democrático de Direito. É sabido que grande parte da literatura jurídica advoga a necessidade da restrição do conteúdo do discurso em todas as esferas baseando-se, principalmente, na tese de que a dignidade seria um limite legítimo às falas ofensivas, odiosas e detestáveis. Para tanto recorre à questionável teoria da ponderação de princípios para definir qual dos direitos em conflito terá maior preponderância no caso em concreto. Contudo esse argumento - muito utilizado pela doutrina e jurisprudência pátrias - é inconsistente e superficial, pois além de banalizar a importância da dignidade, não compreende o substancial papel que a liberdade de expressão exerce nas sociedades contemporâneas. Partindo da constatação de que não há mais única concepção de bem que oriente a vida dos indivíduos modernos, argumento que não cabe ao Estado escolher quais os ideais podem ou não ser expressados. Em uma democracia composta por indivíduos moralmente autônomos é imprescindível que todas as opiniões e pensamentos possam se manifestar livremente, longe da censura estatal. Por isso estamos de acordo com o entendimento que se consolidou nos julgados da suprema corte norte-americana ao longo do século passado, que confere à liberdade de expressão a mais ampla proteção possível. Nesse sentido, ao encontro da tradição liberal, principalmente das teses de Dworkin, Baker, Holmes Jr. e Louis Brandeis, defendemos que em uma democracia até mesmo as ideias que odiamos devem ser toleradas. Primeiro porque somos todos igualmente livres para decidir quais os princípios, as crenças e ideologias que moldarão as nossas próprias vidas e, segundo, porque as evidências demonstram que o debate amplo e desinibido parece ser a melhor opção no combate aos discursos de ódio e intolerância, uma vez que toda ideia condenada à censura tende mais a ganhar do que a perder forças.

Palavras Chave: Liberdade de expressão; Autonomia; Democracia; Discurso de ódio; Censura; Dignidade.

ABSTRACT

This dissertation intends to outline the main philosophical arguments which justify a broad freedom of speech protection to demonstrate the fundamental role that it plays in a Democratic state. Many Law scholars defend the need to impose restrictions on discourses in every area arguing that dignity would be a legitimate limit to offensive, hateful speech. Doing so, they resort to the questionable judicial principle weighing theory define which of the conflicting rights will prevail in the specific case. However, this argument - widely used by country's doctrine and case law – is inconsistent and superficial, because, besides trivializing the importance of dignity, it doesn't comprehend the substantial role that freedom of speech plays in contemporary societies. After verifying that there is not only one concept of good that guides individuals in modern societies, I argue that there is no room for the State to choose which ideals can or cannot be expressed. In a democracy composed by morally autonomous individuals, it is indispensable that every opinion and thought can manifest freely, away from the claws of state censorship. Therefore, we agree with this reasoning which has been consolidated in the American supreme court over the past century, providing the first amendment the widest protection possible. In this sense, following the liberal scholars, mainly Dworkin, Baker, Holmes Jr and Louis Brandeis, we argue that in a democracy even the ideas we hate should be tolerated. First, because we are all equally free to decide upon which principles, beliefs and ideologies we will live by and, secondly, because the evidence supports that broad and uninhibited debate seems to be the best option to fight hate speech, since every idea condemned to censorship has more to gain than to lose.

Keywords: Free of speech; Autonomy; Democracy; Hate speech; Censorship; Dignity.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
1. FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	27
1.1 A tolerância religiosa e a concepção do mundo moderno	27
1.2 O livre mercado de ideias	35
1.3 O <i>self-government</i> e a corrente madsioniana.	47
1.4 Responsabilidade e autonomia moral: Uma questão de legitimidade.....	68
1.4.1 Ronald Dworkin	69
1.4.2 Edwin Baker.....	94
2. DISCURSO DE ÓDIO: POR QUE PROIBIR?	114
2.1 A dignidade humana como um obstáculo à expressão.	115
2.2 Falas que silenciam e megafones.	154
3. EFEITOS COLATERAIS.....	175
CONCLUSÃO	191
REFERÊNCIAS:.....	196

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é um direito que se sagrou como pedra fundamental das democracias liberais. Profundamente marcadas pela diversidade, pelo pluralismo e pela diferença, só se sustentam quando fundadas por um ideal de tolerância. Isso porque o advento da modernidade provocou uma forte ruptura com as premissas da política clássica que se manifestava em forma de uma universalidade nomotética.

A universalidade nomotética, como bem pontua Padre Vaz, “é aquela que tem como fundamento uma ordem do mundo que se supõe manifesta e na qual o *nomos* ou a lei da cidade é o modo de vida do homem que reflete a ordem cósmica contemplada pela razão”¹. Ou seja, as sociedades clássicas eram marcadas por uma única concepção de bem, empírica e racionalmente perceptível, que norteava a vida de todos os sujeitos. Logo, o modo de vida que cada um deveria seguir não era definido individualmente, mas sim prescrito pela comunidade que era rigidamente hierarquizada.

A matriz política decorrente dessa forma de conceber o tecido o social ficou conhecida como comunitarismo, exatamente porque nela ideia de justiça se fundamenta na comunidade e não no indivíduo, de modo que haverá sempre uma preponderância do todo pela parte. As relações sociais e culturais são definidas por critérios objetivos, deduzidos racionalmente pela observação da natureza. É a natureza então que regula a vida e dita os fins da existência e da convivência humana. Sob essa maneira orgânica e teleológica de interpretar a realidade, a moral, a cultura e a política são tidas como uma continuação daquilo que a natureza começou a organizar e não como frutos de um acordo entre as vontades individuais e subjetivas. Portanto a função do Estado e do Direito seria a de garantir aquilo que seria naturalmente bom para todos.

Ao contrário – operados os descentramentos que ensejaram o surgimento da modernidade e deram azo à concepção do indivíduo cartesiano, livre para decidir e viver a vida de acordo com o que sua consciência prescreve – a sociedade moderna, pouco a pouco foi se transformando em “uma esfera composta essencialmente de

¹ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Escritos de Filosofia II: Ética e Cultura. 4.ed. São Paulo, Loyola, 2004, p.147

seres com o mesmo valor e cujos projetos concorrem em igualdade de condições por sua própria realização².

Esses três grandes eventos responsáveis por retirar os centros que norteavam a vida em comunidade foram, segundo Hannah Arendt³: *a revolução científica*, que colocou em cheque a tese dominante sustentada tanto pela metafísica aristotélica quanto pela fé cristã de que a Terra era o centro do universo; *as grandes navegações*, que possibilitaram aos europeus ir ao encontro de terras novas e mais férteis, habitadas por civilizações tecnologicamente mais avançadas e por povos mais felizes, retirando a Europa do centro do mundo; e *a Reforma Protestante*, intelectualmente liderada por Martinho Lutero, que não somente abalou a autoridade até então inquestionável da Igreja Católica, como possibilitou ao indivíduo o livre exame das escrituras, deixando a cargo da consciência de cada um e não mais do Papa o papel de dizer o que é certo e errado. “Progressivamente, a moral e a religião vão perdendo a capacidade de realizar a integração social, porque, agora, os sujeitos, estando ligados a diferentes grupos religiosos, não compartilham mais uma interpretação unificada das escrituras e não atribuem um significado idêntico à ação”.⁴

Nesse novo enredo moderno a comunidade deixa de ser protagonista para se tornar o palco no qual o indivíduo assume o papel principal para encenar o drama de se tornar o centro de suas próprias ações e a fonte última dos valores que definirão sua vida. E, para que esse drama não se torne uma tragédia é necessário agora uma solução para coordenar os mais distintos planos de ação e concepções de vida existentes, pois a modernidade pressupõe que os sujeitos não são mais simples coadjuvantes, meras partes submetidas ao funcionamento orgânico da comunidade, mas sim indivíduos igualmente livres, independentes e antagônicos.

A moral, a partir de então, tipicamente individual, deixou de ser compartilhada por todos e perdeu a capacidade de regular as expectativas recíprocas de comportamento. Com isso, tornou-se necessário que a moral e a religião fossem substituídas por uma nova ordem normativa (aparentemente neutra

² GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

³ ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

⁴ Progressively, morality and religion began to lose the ability to achieve social integration, since the subjects thereafter, connected to different, split religious groups, no longer share a unified interpretation of the Scriptures and do not attribute a similar meaning identical to their action. GALUPPO, Marcelo Campos. *How Law Replaced Morals - A Kantian Contribution*. Archives für Rechts- und Sozial Philosophie, vol. 102, n. 2, April 2016. P. 207 (tradução livre).

frente as religiões que competiam entre si pela regulação da dimensão espiritual dos atores sociais): o Estado Nacional e seu Direito Positivo.⁵

É neste cenário que a liberdade de expressão começa a entrar em cena como o princípio estruturante das sociedades liberais modernas, garantindo a cada um o direito de opinar sobre clima político, moral e estético do corpo social no qual estão inseridos. Para que o antagonismo entre as mais diversas concepções de mundo não impossibilite o gozo das liberdades individuais nem o convívio coletivo, é imprescindível que a todos seja assegurado o direito de expressar livremente seu pensamento, seja ele qual for.

Do outro lado, para que esse ideal possa se concretizar é essencial que essas sociedades desenvolvam e cultivem um forte senso de tolerância, possibilitando que as mais distintas ideologias, preferências e opiniões possam se manifestar sem serem censuradas. Por isso, e por outros motivos que veremos mais detalhadamente durante o texto, é que argumentamos que a liberdade de expressão constitui o direito que melhor representa os valores das democracias modernas.

Apesar das incontáveis discordâncias acerca dos limites da liberdade de expressão, dificilmente encontraremos alguma teoria razoável que não compartilhe desse mesmo pressuposto, mas nem sempre foi assim. Somente no último século – e especialmente nos Estados Unidos da América – que a reflexão sobre a liberdade de expressão começou a obter a profundidade e a importância que lhe são devidas.

Obviamente que as primeiras questões envolvendo esse direito surgiram muito antes desse período e, apesar de não ter como finalidade um estudo histórico da liberdade de expressão, parece imprescindível abordar, mesmo que sucintamente, as origens desse tema para melhor compreendê-lo. Até mesmo porque a defesa que Locke e Voltaire fizeram da tolerância religiosa, no alvorecer da modernidade, constituiu as bases fundamentais do direito à liberdade de expressão.

Buscando dar uma resposta ao maior desafio da modernidade, Locke tentou desenvolver uma teoria do contrato social que possibilitasse a coordenação dos mais variados e contrastantes planos de ação que surgiram em decorrência dessa nova

⁵ Morals, from then on typically individual, which are no longer shared by everyone, lost the ability to regulate the reciprocal expectations of behavior. Therefore, it became necessary that morality and religion were replaced by a new normative order (apparently neutral facing to religions that competed with each other for regulating the spiritual dimension of the social actor): GALUPPO, Marcelo Campos. *How Law Replaced Morals - A Kantian Contribution*. *Op. cit.*, 207 (tradução livre).

concepção de indivíduo. Para possibilitar que os ideais políticos contidos em sua teoria contratual fossem concretizados, Locke se viu obrigado a combater a intolerância religiosa típica da baixa idade média e dos regimes absolutistas. Da mesma forma, a necessidade de proteger os indivíduos contra as demais arbitrariedades do poder estatal também se manifestou clara.

É nesse contexto que o pai do liberalismo clássico e dos direitos fundamentais, defendeu a ideia de que o indivíduo, ao sair do estado de natureza para constituir a sociedade civil, resguarda consigo uma reserva de direitos que são inalienáveis, oponíveis e limitadores do poder soberano⁶. Notadamente, dentro dessa reserva estava o direito à liberdade de crença e de culto⁷.

Na França, igualmente inserido em um contexto de perseguição religiosa e frente as mais diversas brutalidades cometidas em nome da fé, Voltaire também se sentiu forçado a escrever um tratado defendendo a tolerância e a liberdade que todo indivíduo tem para manifestar sua religiosidade⁸.

Vale ressaltar que um pouco antes, em 1644, em meio às guerras civis inglesas, foi publicado pelo filósofo e poeta John Milton, o *Areopagítica*, considerado por muitos a primeira obra que se dedicou especialmente ao tema da liberdade de imprensa. Direcionada ao Parlamento Inglês, traçava críticas à Ordenação de Licença de 1643⁹ que instituía a obrigatoriedade da submissão de quaisquer manuscritos à avaliação estatal a fim de obter permissão para publicação. Argumentava que era ilegítima a tentativa do Parlamento de restringir previamente indivíduos livres a manifestarem suas opiniões e crenças. Todavia não negava que era dever do Estado e até mesmo da Igreja controlar e limitar o discurso dos súditos, desde que a sanção se desse posteriormente à publicação. Sem desmerecer a importância e autenticidade dos escritos de Milton¹⁰, sua defesa da liberdade ainda era controversa, pois pressupunha

⁶ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras*. In: Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

⁸ VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. São Paulo: Escala, 2002.

⁹ *The Ordinance for the Regulating of Printing*, ou simplesmente *Licensing Order of 1643*, como ficou conhecida. Disponível em: <<http://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum/pp184-186>>.

¹⁰ É interessante destacar que a defesa que Milton fez é bem mais tímida do que aquela realizada por Stuart Mill. Seus escritos se voltaram exclusivamente para questionar a legitimidade das leis que instituía a censura prévia na época. Tanto é assim que Dworkin nos lembra que Milton admitia que toda expressão desrespeitosa para com a Igreja, depois de publicada, poderia e deveria ser punida “pelo fogo e pelo carrasco”. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006

ser do interesse de todos a existência de uma autoridade central vigilante sobre os livros e sobre os homens¹¹.

Desse modo, nos atentaremos especialmente aos tratados de Locke e Voltaire acerca da tolerância. Inseridos nessa nova concepção de mundo que se formava ambos perceberam que o princípio da tolerância era imprescindível para a coordenação das diversas crenças e das diversas concepções de bem que surgiam naquele momento. O tratamento dado por esses filósofos ao tema foi importante não só para a afirmação do direito à liberdade de culto e consciência, mas porque em seu fundamento estava contido o germe da liberdade de expressão.

Entretanto, é somente a partir do utilitarismo de John Stuart Mill que o argumento em favor da mais ampla liberdade de expressão começará a ganhar força. Em seu ensaio sobre a liberdade¹² Mill afirmou que todas as opiniões devem circular livremente na sociedade, sem nenhuma interferência do Estado ou do pensamento majoritário.

Ciente de que a modernidade havia destituído os centros que orientavam a vida dos indivíduos em comunidade e de que não havia mais um critério seguro que distinguisse a verdade da mentira, o bem do mal e o certo do errado, afirmava que nem o Estado e muito menos o povo detinha o direito de silenciar as vozes dissonantes. Na verdade, segundo Mill, o “direito” que uma maioria teria para restringir a opinião de um único indivíduo era o mesmo “direito” que este indivíduo, sozinho, teria de silenciar o resto do mundo.

Apontou então para necessidade de se garantir um espaço público aberto e irrestrito, no qual os pontos de vista divergentes pudessem concorrer livremente afastados de qualquer tipo de opressão e censura. Nesse cenário, concluiu Mill, o debate seria sempre fomentado e as melhores ideias triunfariam ao longo do tempo. É por isso que estamos com Wendell Holmes Jr, Cass Sunstein, Dworkin e os demais que perceberam na obra de Stuart Mill a tese implícita de que a liberdade de expressão deveria funcionar como se fosse um livre mercado de ideias¹³.

Classificamos o *marketplace of ideas* como o segundo fundamento da liberdade de expressão não só pela sua força, coerência e elegância, mas porque a partir de Mill toda análise filosófica sobre o tema leva em consideração sua tese. Seja para

¹¹ MILTON, John. *Areopagitica: a speech for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*. Rockville (Maryland): Arc Manor, 2008, p. 11.

¹² MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 2006

¹³ Termo que ficou tradicionalmente conhecido na literatura como *marketplace of ideas*.

adotá-la como base para teorias mais bem desenvolvidas como fizeram os liberais, seja para atacá-la, acusando a falsidade de seus pressupostos e os perigos que ela proporciona, como fazem os teóricos mais conservadores.

Dito isso traremos a discussão para a contemporaneidade a fim de analisar a grande contribuição dada pelo argumento madisoniano do constitucionalista norte-americano Cass Sunstein. Apesar de tecer críticas contundentes à teoria do livre mercado, Sunstein também defende ser imprescindível que o Estado se coloque em uma posição neutra frente liberdade de expressão. Isso porque, quando o poder central interfere no conteúdo do discurso ele o faz de maneira arbitrária e parcial, privilegiando algumas opiniões em detrimento de outras. Ao conduzir-se dessa maneira o Estado estaria violando um dos ideais mais caros à tradição do republicanismo político, materializado pelo princípio do *self-government*¹⁴.

Então, para melhor compreender qual a extensão da proteção concedida pela Primeira Emenda à Constituição norte americana¹⁵, Sunstein parte da tese de que as expressões se dividem em apenas dois grupos, ou melhor, em dois níveis. No primeiro estariam aqueles discursos cujo conteúdo é dotado de um alto valor político e no segundo nível ficariam as demais expressões consideradas de baixo valor político.

Como veremos mais à frente, Sunstein explica detalhadamente como deve ser operada essa categorização. Esclarece que todo discurso pertencente ao primeiro nível goza de uma proteção absoluta por parte da constituição, sendo ilegítima qualquer tipo de intervenção do Estado, enquanto que, as demais expressões, gozariam de uma proteção reduzida já que não teriam o potencial de enriquecer e fomentar o debate público.

Esse ideal republicano de que a comunidade e as instituições devem se orientar de modo a promover o autogoverno dos cidadãos, atribui grande importância à deliberação pública e ao tratamento imparcial que deve ser dispensado aos atores políticos, a fim de garantir uma noção de cidadania que estenda a todos o direito a uma ampla participação política¹⁶.

¹⁴ SUNSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. New York: The Free Press, 1993 (Kindle)

¹⁵ Amendment I (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.*

¹⁶ Para ver mais sobre os denominadores comuns das correntes do republicanismo político, ver GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. São Paulo, Martins Fontes, 2008, p. 183 – 222.

Apesar de não compartilhar dos mesmos pressupostos nos quais as teorias liberais se fundamentam, o argumento do *self-government* é consistente, coeso e bem desenvolvido, principalmente sob a interpretação de Sunstein. Além disso, compreende bem a importância que tem a liberdade de expressão não somente para constituição da sociedade estadunidense, como também para toda sociedade que recorra ao ideal deliberativo como fonte de legitimação de um poder que emana do povo, para o povo e pelo povo.

Por esses e outros motivos é que trataremos o *self-government* como o terceiro fundamento sob o qual se assenta a liberdade de expressão. Sunstein ainda alerta que todas as restrições baseadas no conteúdo das atividades expressivas são extremamente controversas e exigem do Estado uma justificativa irrefutável. Demonstra que a razão de ser da liberdade de expressão é proteger os cidadãos da censura do Estado, especialmente quando a expressão versa sobre temas que podem ser de seu interesse. Por isso, mesmo os discursos racistas, machistas e odiosos estariam amparados pela primeira emenda, pois esses sempre são dotados de anseios políticos, ideológicos e até mesmo jurídicos. Logo, sob risco de desequilibrar a seu favor o debate público, o Estado violaria a primeira emenda e o princípio do *self-government* ao tentar impedir as pessoas de falarem o que pensam sobre os assuntos eminentemente políticos.

Na verdade, defende que até mesmo quando as expressões estiverem situadas fora do núcleo de proteção constitucional, é necessário ao Estado apresentar razões consistentes e legítimas para interferir no conteúdo do discurso. Não bastando jamais as comuns justificativas que se baseiam no desacordo para com as ideias expressadas, ou no medo de que as pessoas persuadidas e, muito menos, pela vontade de garantir às pessoas que elas não sejam ofendidas pelas ideias expressadas¹⁷. Em síntese, para Sunstein, somente é legítima a interferência do Estado no conteúdo dos discursos quando demonstrada concretamente o risco de danos genuínos decorrentes da manifestação expressiva.

Ao encontro desse raciocínio estão os teóricos que dão à liberdade de expressão uma amplitude ainda maior. Tanto Dworkin quanto Baker parecem concordar, em maior ou menor grau, com a tese de que, para ser considerada legítima, toda restrição do Estado no discurso deve levar em conta a questão do dano. Dano

¹⁷ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, p. 155.

esse que não se caracteriza por meras ofensas nem pela simples alegação de um perigo em abstrato.

Entretanto Dworkin e Baker, partidários das correntes mais liberais da justiça, argumentam que, ao fim e ao cabo, é a inviolabilidade e o respeito pela autonomia individual o fundamento último da liberdade de expressão. Ambos acreditam que o Estado não deve agir de modo a impor coercitivamente aos indivíduos uma concepção pretensamente correta dos valores morais que a sociedade pode ou não expressar. É a partir dessa perspectiva e, em acordo com as teorias muito bem elaboradas desses dois filósofos, que desenvolveremos o quarto e o mais importante fundamento da liberdade de expressão, a autonomia individual.

Dworkin, em sua leitura moral da constituição,¹⁸ não rejeita o papel instrumental que a liberdade de expressão exerce na busca pelos melhores argumentos, sejam eles éticos, morais ou científicos. Ressalta, como previa Mill, que a diversidade de opiniões e o embate de visões divergentes são de extrema importância para o progresso político das sociedades, mas funda sua defesa pela liberdade de expressão por meio de outro argumento, que foi por ele intitulado de argumento “constitutivo”.

Não basta justificar a liberdade de expressão somente por meio das consequências positivas que ela possibilita. Para Dworkin uma fundamentação completa da mesma deve levar em conta o dever que o Estado tem de tratar os cidadãos como seres adultos autônomos, capazes de tomar decisões por si próprios, deixando-os livres para desenvolverem as suas faculdades. Atribuir essa responsabilidade moral aos indivíduos e respeitá-la é característica inafastável e *constituente* de qualquer sociedade que aspire os ideais modernos de justiça.

Ciente de que não há mais um conceito de “verdade” sob a qual a comunidade possa se amparar na busca pelo ideal de um bem que realmente seja comum e compartilhado por todos, Dworkin defende a tese de que as sociedades liberais são formadas por indivíduos livres, moralmente capazes para escolher e deliberar publicamente sobre o ambiente artístico, ético, moral e político no qual se encontram inseridos. Segundo ele, o Estado cumpre seu papel de tratar a todos com igual respeito e consideração, ao abrir mão de censurar qualquer concepção de mundo, mesmo aquelas que emanam no âmago de grupos radicais e conservadores, de

¹⁸ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. Cit.*

religiões fundamentalistas, ou até mesmo da cabeça de um único indivíduo ensandecido.

Partindo então desse pressuposto de que somos todos autônomos para deliberar sobre todos os assuntos que emergem no espaço público e privado, não cabe a um grupo, ou às maiorias, e muito menos ao Estado estabelecer o que pode e o que não pode ser dito, bem como o que deve ou não ser ouvido.

Dessa maneira, Dworkin, após analisar grandes julgados da Suprema Corte norte americana envolvendo discursos considerados subversivos, racistas, preconceituosos e detestáveis, demonstra que, se de fato desejamos viver em uma sociedade democrática preocupada com a liberdade e autonomia dos indivíduos que a compõem, devemos arcar com ônus de tolerar, inclusive, aquelas ideias que mais odiamos.

Não pressupõe com isso que a liberdade de expressão ocupe um lugar privilegiado dentro da cadeia de princípios que estruturam o Estado de Direito e, por isso, defende, assim como Sunstein, que esse direito não é absoluto e deve ser limitado. Não é porque o direito de se expressar livremente deva ser estendido aos fanáticos, fundamentalistas, homofóbicos, misóginos, neonazistas e machistas que devemos supor que estaria garantido o direito de causar todo o tipo de dano, como muitos críticos dessa ideia alegam. Para que a restrição do Estado seja legítima é indispensável que se demonstre que o discurso ofereceu um risco claro e iminente de dano para seus interlocutores.

Há também vários outros limites que podem se impor à liberdade de expressão de maneira legítima, mas que passam por questões mais específicas e complexas que não pretendemos tratar nesse trabalho. Não porque sejam de menor importância, pelo contrário, são tão relevantes que demandariam um trabalho próprio que lhes desse a profundidade merecida. Esse seria o caso do estudo acerca do estabelecimento de um teto de gastos para o financiamento de campanhas eleitorais¹⁹, dos problemas envolvendo a possibilidade de se restringir a liberdade acadêmica²⁰ e, obviamente, de

¹⁹ Sobre o assunto ver: DWORKIN, Ronald. *The Devastating Decision*. The New York review of books, [S.l.], 2010. Disponível em: <<http://www.public.iastate.edu/~jwcwolf/Law/DworkinCitizensUnited.pdf>>.

²⁰ Para uma recente abordagem sobre a temática no cenário brasileiro e estadunidense ver: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Liberdade acadêmica em tempos difíceis*: Diálogos Brasil e Estados Unidos, in Revista Eletrônica do Curso de Direito Universidade Federal de Santa Maria, Vol. 11, n. 2, p. 773-803, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/23726/pdf>>

todas as questões envolvendo os polêmicos limites e as possíveis distinções que podem ser traçadas no âmbito da liberdade de imprensa.

Para não cair na tentação de abordar todos os incontáveis ângulos sob os quais pode ser trabalhada a liberdade de expressão e condenar o trabalho a uma fatídica superficialidade é que ficaremos *somente* com a controversa questão acerca da possibilidade de o Estado limitar atividades expressivas por causa de seu conteúdo. Dentro desse espectro, o enfoque principal será na temática dos, assim chamados, discursos de ódio.

Retornando ao argumento da autonomia, Baker demonstra que essa proteção especial garantida à liberdade de expressão se justifica porque ela possibilita a autorrealização e autodeterminação individual, permitindo que todos participem do processo de deliberação social e da construção do espaço cultural no qual estão inseridos. Nota-se então que a finalidade de sua teoria da liberdade também não é proteger um livre mercado de ideais, mas sim garantir um ambiente no qual as condutas expressivas são protegidas por causa do valor que elas têm na vida de cada indivíduo²¹.

Para que isso seja possível o Estado deve respeitar a autonomia e o direito que cada um tem de utilizar do discurso e de outras formas expressivas para se desenvolver, para influenciar o meio e para interagir com as pessoas de um modo que corresponda aos seus próprios valores²². Nesse sentido, Baker afirma que todas as expressões e opiniões, por mais ofensivas e hostis que sejam, devem se valer da maior proteção constitucional, a menos que se manifestem de modo violento ou coercitivo, reduzindo efetivamente o poder de escolha de outrem.

Mais uma vez, retomamos a tese de que o devido respeito e a igual consideração que o Estado deve aos indivíduos que o compõe exige que se abstenha de escolher algumas concepções de vida em detrimento de outras. Por isso o argumento de que não devemos tolerar manifestações expressivas intolerantes não deve prosperar. Em uma democracia, todos ideais políticos, religiosos, ideológicos e estéticos devem concorrer livremente nos debates públicos, mesmo que muitos deles não encontrem arcabouço jurídico para se consolidar.

²¹ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*. New York: Oxford University Press, Inc., 1992, p. 3-5.

²² BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit.* p. 59.

Dito isso, a hipótese que levantamos é que o limite da liberdade de expressão se encontra no risco claro e iminente de o discurso provocar um dano definido a um ou mais indivíduos, somado à intenção do agente em desencadear tal efeito. Essa ideia, apesar de muito criticada mundo afora²³, se encontra muito bem estabelecida na jurisprudência da suprema corte estadunidense²⁴, e conecta, em alguma medida, todos os teóricos com os quais trabalharemos. Stuart Mill, Sunstein, Dworkin e Backer concordam com a ideia de que o dano consiste na única justificativa por meio da qual intervenção do estado na liberdade de expressão pode se legitimar. Apesar de cada um traçar uma estratégia argumentativa peculiar, todos eles estão de acordo nesse ponto. Sem uma clara demonstração de dano, não há razões para o Estado limitar a auto expressão dos falantes.

Por outro lado, na segunda parte do trabalho veremos que os teóricos que criticam essa visão mais liberal estabelecem os limites da liberdade de expressão, não na possibilidade clara e eminente de um dano concreto, mas a partir de distintas estratégias argumentativas que quase sempre invocam o princípio da dignidade humana em uma clara tentativa de impedir que certas ideias e pensamentos sejam expressados.

Waldron, por exemplo, acredita que todos *hate speeches*, ou difamações grupais, como prefere, sejam voltadas para diminuir a dignidade de pessoas pertencentes a grupos vulneráveis. Pretendem, em certa medida, manchar as bases de sua reputação ao contestar-lhes o direito de serem tratados como iguais dentro da sociedade ao associar condutas que são socialmente reprováveis a fatores étnicos, biológicos, culturais, religiosos e psicológicos característicos de alguma minoria. Para o neozelandês, além de constituir-se em uma afronta à dignidade dos membros mais vulneráveis da sociedade, o discurso de ódio também seria responsável por assaltar um bem público essencial para convivência coletiva. Esse bem, comum a todos, seria a garantia que qualquer pessoa tem de levar sua vida tranquilamente sem ter que lidar com a hostilidade e a discriminação por parte de seus pares²⁵.

²³ Como por exemplo: Jeremy Waldron, Owen Fiss, Stanley Fish, Michael Sandel dentre outros.

²⁴ Principalmente a partir de *Schenck v. United States* (249 U.S. 47) e, especialmente em *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444).

²⁵ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012 e WALDRON, Jeremy. *Dignity and Defamation: the visibility of hate*. Cambridge: Harvard Law Review vol. 123, No. 7. 2010, p. 1596-1657.

Apesar de ressaltar as questões das minorias, Waldron se esforça para demonstrar que os limites à expressão não estariam localizados em direitos difusos e coletivos, mas sim na devida proteção à dignidade individual dos membros desses grupos vulneráveis contra as difamações e depreciações direcionadas a alguma de suas características distintivas e definidoras, como a cor da pele, a nacionalidade, o pertencimento a uma etnia ou até mesmo as preferências sexuais. Ao tentar dar ênfase na questão da dignidade, Waldron argumenta que as leis contrárias às difamações de grupo têm como objetivo proteger a reputação dos membros dessas minorias contra aviltamentos, humilhações e ultrajes que visam rebaixar o status jurídico e social desses indivíduos. Garante que essa proteção não decorre de um direito de não ser ofendido ou criticado, mas de um princípio objetivo que garante segurança e confiança (*assurance*) aos cidadãos.

Essa ideia leva Waldron a afirmar que uma sociedade bem ordenada, pluralista e multiétnica não deve tolerar essas expressões racistas e discriminatórias. Contesta essa visão predominante na jurisprudência estadunidense e chega a sugerir que essa abertura irrestrita ao debate é acompanhada por outras práticas discriminatórias. Contudo não demonstra provas que sustentem tal associação.

Para desenvolver sua tese o filósofo acertadamente se preocupa em rebater, não só o argumento do livre mercado de ideias introduzido pelo pensamento de Stuart Mill, como também o argumento da autonomia individual tão bem explorado por Baker. Dedicar também parte de seu tempo para tentar combater a ideia de que a ampla liberdade de expressão é uma condição indispensável para legitimidade política das democracias modernas, defendida especialmente por Dworkin.

Apesar de valiosa contribuição para o tema, veremos ao longo do trabalho que Waldron lança mão de pressupostos frágeis para alegar a legitimidade da intervenção do Estado nas atividades expressivas. Recomenda, inclusive, que o Estado seja mais severo no tratamento de discursos envolvendo questões raciais do que nos casos que dizem respeito à homofobia. Isso porque, segundo seu raciocínio, alguns debates já se encontrariam tão bem sedimentados que seria dever do Estado evitar que voltassem à tona. Ora, se já estão tão consolidados assim, porque é que devemos silenciá-los? Além disso crê, sem muito embasamento, que o melhor o remédio para conter os ânimos dos intolerantes é obriga-los a enterrar seu ódio no subterrâneo. Entretanto a história e a psicologia parecem nos ensinar o contrário.

Esse pensamento de Waldron, que tem nadado contra a corrente no contexto estadunidense, é majoritário no resto do mundo. E no Brasil não é diferente. José Emílio Medauar Ommati ao analisar o histórico julgamento do editor e escritor de obras antissemitas Sigfried Ellwanger, teceu críticas contundentes à fundamentação dos votos dos ministros, entretanto enalteceu o mérito da decisão que negou ao paciente o pedido de *habeas corpus*. Partindo da perspectiva da teoria do direito como integridade de Dworkin, Ommati demonstrou a fragilidade daqueles votos que se valeram do princípio da proporcionalidade para justificar a decisão de que a limitação da liberdade de expressão em favor dos ‘valores’ da igualdade e da dignidade humana era proporcional no caso concreto²⁶.

Contudo ressaltou que a decisão do Supremo Tribunal Federal de enquadrar o revisionismo histórico ou, o negacionismo do holocausto, como crime de racismo foi acertada, e concluiu que a correta interpretação dos princípios da igualdade, dignidade e liberdade legitima a vedação aos discursos de ódio. Afirmou ainda que a sua leitura sobre a liberdade de expressão é mais coerente com teoria do direito como integridade de Dworkin do que a própria leitura que Dworkin faz.

Restará então saber se, diante da teoria de Dworkin, Ellwanger realmente foi tratado com a igual consideração e respeito pelo Estado quando este lhe furtou a oportunidade de manifestar livremente seu controverso e hostil pensamento acerca de um trágico acontecimento histórico, negando assim a possibilidade de se debater esse ponto de vista ideológico, histórico e político no contexto brasileiro. Uma vez que Ellwanger foi condenado por suas expressar suas ideias, não há como negar que, como consequência, qualquer interpretação/revisão do holocausto judeu que se oponha à narrativa oficial ficou censurada no Brasil.

Daniel Sarmiento é outro teórico que chama atenção para os problemas dessa abordagem formal dispensada pela jurisprudência e doutrina norte-americana no tratamento da liberdade de expressão. Tenta fazer seu contraponto trazendo o debate para olhos e ouvidos daqueles que são vítimas da opressão dos discursos abusivos. Sujeitos de carne e osso que devem ser tratados com dignidade e que, portanto, merecem o mesmo grau de proteção constitucional que é concedido aos falantes. Arrisca-se ainda a afirmar que somente duas reações são possíveis frente aos

²⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

discursos de ódio, o silenciamento, ou o revide violento. E que, por isso, essas ideias jamais serviriam para fomentar ou enriquecer o debate.

Contudo, ciente dos altos riscos envolvidos na limitação do discurso com base no conteúdo, Sarmiento sugere a existência de um caminho intermediário, no qual as restrições devem ser ponderadas e proporcionais às exigências do caso concreto. Nesse sentido, não só isentou o Supremo Tribunal Federal de críticas na decisão do caso *Ellwanger*, como enalteceu a jurisprudência pátria por se inspirar no tratamento que tem sido dado pelos tribunais canadenses e alemães nos casos envolvendo a liberdade de expressão e o *hate speech*. Segundo ele “a metodologia empregada para solucionar as colisões de direitos é sempre a *ponderação de interesses*, realizada sobre o *background* de um sistema *axiológico* em cujo centro está o princípio da dignidade humana”²⁷.

Dentro dessa corrente mais restritiva também se faz notar a tese de Francisco Prates que, adotando um ponto de vista habermasiano, defende a necessidade de o Estado intervir naquelas falas que oprimem e nos discursos que silenciam. Demonstra que as expressões determinadas pelo ódio às minorias negam-lhes a alteridade e, conseqüentemente, a possibilidade de adentrarem no debate. Portanto, não seria incoerente que um Estado democrático de direito, constitutivamente pluralista, agisse de modo a impedir os intolerantes de manifestar livremente suas opiniões, uma vez que ao tolerar expressões discriminatórias o Estado estaria reforçando mais a intolerância do que a tolerância.

Preocupado com a dignidade e com a inclusão das minorias no debate, Prates aponta a insensibilidade da jurisprudência da *Supreme Court* para com as vítimas dos *hate speeches*, que são silenciadas não somente nos debates públicos, mas também nos processos judiciais do quais são partes. Contesta o adágio infantil que diz, *sticks and Stones may break my bones but names (or words) will never hurt me*²⁸, e defende a tese de que há palavras que não só ferem profundamente, como também servem para reforçar estigmas e hierarquias opressivas das quais a democracia deve se livrar.

Por isso, sustenta que não seria necessária a confirmação de um *perigo claro e presente de dano* decorrente das expressões de ódio para motivar a interferência

²⁷ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*, p. 25 (Grifo nosso). Disponível em <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>

²⁸ Paus e pedras podem quebrar meus ossos, mas nomes (ou palavras) nunca me machucarão (tradução nossa).

estatal. Uma cruz em chamas, cartazes homofóbicos, bem como outras formas de manifestar ódio e preconceito contra as minorias já consistiriam por si só, uma violência e, como toda e qualquer ação violenta, seria passível de responsabilização.

Voltando-se para a defesa da diversidade da esfera pública, Owen Fiss também se esforça para justificar uma postura mais atuante do Estado no que se refere à liberdade de expressão. Assegura que ao tentar limitar os gastos financeiros vultuosos em campanhas políticas, a divulgação de conteúdos pornográficos ou os discursos raciais o Estado não estaria ferindo os preceitos da Primeira Emenda. Isso porque, segundo Fiss, essa cláusula constitucional consiste na proteção da liberdade de expressão e não em uma autorização para falar o que quiser, do modo que cada um bem entender.

O comunitarismo de Fiss e sua oposição liberal saltam aos olhos ao longo de sua obra que pretende demonstrar que o alto valor constitucional atribuído ao livre discurso decorre mais de sua indispensabilidade para a autodeterminação coletiva do que na promoção da auto expressão e da autorrealização individuais. Para Fiss, a ironia da liberdade de expressão²⁹ reside na inocente ideia de que ao assegurar uma liberdade absoluta o Estado garantiria o pluralismo e igualdade de participação no debate público. Entretanto, a seu ver, para promover o processo democrático e inclusivo o Estado é chamado a atuar como um mediador do debate público. Como mediador, não assumiria nenhum dos lados, apenas possibilitaria que visões antagônicas participassem em pé de igualdade no espaço público, atendendo assim somente aos interesses da audiência, sem comprometer a legitimidade do processo de formação da opinião pública.

Para cumprir com sua função de promover o debate público robusto o Estado deve impedir que os mais fortes calem os mais fracos. Desse modo, Fiss sustenta que, por meio da alocação estratégica dos recursos públicos, o Estado deveria distribuir megafones para aqueles cujas vozes não são ouvidas e, caso necessário, poderia, inclusive, censurar aqueles que “falam alto demais”.

Depois de ter demonstrado na segunda parte desse trabalho a caracterização do *hate speech* pelos teóricos que criticam os fundamentos liberais da liberdade de expressão e que se posicionam a favor da proibição de discursos odiosos, partiremos para a última etapa desse estudo. Nessa etapa reforçaremos a hipótese da

²⁹ FISS, Owen. *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

ilegitimidade da intervenção do Estado nos conteúdos expressivos por meio da análise de decisões judiciais que têm restringido a liberdade de expressão de maneira arbitrária e pela constatação do efeito *backlash*³⁰ que a caçada oficial pelas opiniões impopulares costuma ensejar.

Ressaltamos que, com isso, não propomos fundamentar a liberdade de expressão unicamente por meio de uma questão estratégica. Ao contrário, compartilhamos da tese que os juízes devem decidir motivados por questões de princípios, e não por razões de eficácia ou preferenciais. Todavia essa exposição final servirá para embasar ainda mais a nossa hipótese, já que ficará comprovado que a intervenção do Estado nos conteúdos discursivos além de ser incompatível com a liberdade de expressão, incentiva decisões arbitrárias e estimula, ao invés de reprimir, o pensamento que pretende silenciar.

Não obstante, tanto a jurisprudência quanto a maior parte dos estudos dedicados à liberdade de expressão não concordam e torcem o nariz para esses argumentos. Por isso parece-nos importante apresentar uma antítese ao pensamento dominante, a fim enriquecer e fomentar o debate possibilitando um alargamento da compreensão sobre esse tema tão controverso, e de inegável relevância. Até mesmo porque é nos momentos de negação que o conhecimento científico encontra a possibilidade de se elevar.

Muitas vezes, os detratores da liberdade de expressão tentam rebaixar esse importante debate levantando o seguinte ponto: se somente a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em todo o mundo protege expressões odiosas, é óbvio que eles estão errados e o resto do mundo está certo.

Para aqueles que pensam assim e acreditam que a discussão já se encontra encerrada por esse motivo, é necessário advertir que em 1543, um padre chamado Nicolau Copérnico afirmou, em seu famoso livro *Das revoluções dos orbis celestes*³¹, que era a Terra que girava em torno do sol, e não o sol que girava em torno Terra, como todo o mundo acreditava. Hoje sabemos com clareza quem é que estava com

³⁰ Quando uma ação, especialmente uma decisão política/judicial, gera uma forte e adversa reação em um grande contingente de pessoas, promovendo exatamente a conduta que se pretendia evitar. Diz-se no português informal que “o tiro saiu pela culatra”.

³¹ *De revolutionibus orbium coelestium*, foi considerada uma das maiores obras científicas do Renascimento. Entretanto a tese de que a Terra não se situava no centro do universo só começou a ser aceita nos séculos seguintes, graças ao suporte e refinamentos teóricos fornecidos por outros três gigantes da física moderna, Kepler, Galileu e Newton.

a razão e, por isso, talvez seja melhor não nos precipitarmos quanto a essa concepção singular da liberdade de expressão.

Antes de adentrarmos nos seguintes capítulos, ressalto uma vez mais que essa dissertação não é uma defesa do *hate speech*. Constitui-se antes em pequeno empreendimento na busca da compreensão do direito que mais bem representa os ideais sob os quais as sociedades modernas se fundamentaram, e que melhor concretiza os princípios de tolerância, igualdade, dignidade e liberdade. Inegavelmente um direito constitutivo e legitimador de toda matriz democrática.

1. FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 A tolerância religiosa e a concepção do mundo moderno

Na busca pelo melhor entendimento acerca da liberdade de expressão se faz necessário voltar um pouco no tempo para jogar luzes nos primeiros argumentos que foram levantados na defesa desse direito. A preocupação aqui não é delinear o desenvolvimento histórico da liberdade de expressão, mas demonstrar como os argumentos em prol da tolerância religiosa assentaram o terreno no qual esse direito veio fixar suas raízes.

Em um contexto de efervescência dos ideais modernos em que uma nova mentalidade se formava, a tolerância exerceu um papel essencial na formação política das sociedades. Possibilitou que indivíduos livres, egoístas, independentes e antagônicos pudessem conviver em sociedade sem abrir mão de suas mais diversas concepções de mundo. Mas nem sempre foi assim.

Foi o padre Martinho Lutero, principal figura da Reforma Protestante, um dos grandes agentes na luta pela tolerância religiosa. Ele, que em princípio não almejava romper com a Igreja Católica, acabou por inaugurar uma grande ruptura com os padrões morais e religiosos de sua época. Ao negar a Ordem³² como sacramento para defender a tese do sacerdócio universal, Lutero sustentou que todos aqueles que depositam sua fé em Deus se tornam mensageiros da boa nova, de modo que não era mais necessária a intermediação do Papa, bispos e padres na interpretação das escrituras. Esse princípio do *sacerdócio universal de todos os fiéis* estava umbilicalmente ligado à tese do *livre exame das escrituras*. Para Lutero, os fiéis eram igualmente livres para dar sentido aos textos bíblicos de acordo com suas próprias consciências. Muito mais que a simples reivindicação ao acesso universal das escrituras, Lutero inaugurou um princípio hermenêutico revolucionário elevando a consciência e a razão ao mesmo nível das Escrituras³³.

³² A ordem é um dos sete sacramentos celebrados pela Igreja Católica, consiste na concessão de autoridade a um candidato para exercer os ministérios e as atribuições eclesiásticas. Ao ser conferida, a ordem altera o status do candidato ao imprimir em sua alma a qualidade de sacerdote de Deus.

³³ GALUPPO, Marcelo Campos. *How Law Replaced Morals - A Kantian Contribution*. *Op. cit.*, p. 206-207.

Convocado para comparecer à Dieta de Worms, onde membros do alto clero e o próprio Imperador Calor V esperavam pela abjuração de Lutero sobre seus escritos, ele, ao contrário, reafirmou suas teses dizendo:

Não posso nem quero retratar-me a menos que seja convencido de erro à base de palavra bíblica ou por outros argumentos claros da *razão*; porque não é aconselhável agir contra a *consciência*.³⁴ (Grifo nosso)

Neste cenário onde as hierarquias e a autoridade eclesiástica da Igreja Católica são colocadas em dúvida, o critério interpretativo mais seguro para estabelecer a distinção entre o certo e o errado, o bem e o mal, o pecado e a retidão passa a ser a consciência de cada indivíduo.

Essas novas ideias que se tornavam cada vez mais populares entre os saxões, foram aos poucos ultrapassando as fronteiras germânicas e a igreja católica – que perdia cada vez mais o poder sobre os Estados e sobre a consciência de seus fiéis – se viu forçada a travar uma forte perseguição contra aqueles que discordavam de seus dogmas. Entretanto, foi somente no século seguinte que, John Locke, o pai do liberalismo clássico, teorizou sobre a urgência de combater a intolerância religiosa, especialmente aquela patrocinada pelo Estado.

Com intuito de dar uma resposta ao maior desafio da modernidade, Locke buscou desenvolver uma teoria que possibilitasse a coordenação dos mais variados e contrastantes planos de ação que surgiram em decorrência dessa nova concepção do sujeito moderno³⁵. Essa teoria, que também consistia em uma fonte de legitimação do poder soberano, pressupunha que, em um dado momento, os indivíduos se reuniram e escolheram entre si alguém para governá-los. Fizeram isso voluntariamente, a fim de sair da situação de incerteza e insegurança que impossibilitava o progresso econômico e social que ameaçava a vida de todos no estado de natureza.

Na teoria do contrato social idealizada por Locke, as partes concedem parcela de seus direitos ao governante para que ele exerça o monopólio da força, garanta a

³⁴ Disponível em < <http://www.luteranos.com.br/conteudo/martim-lutero-vida-e-obra> >

³⁵ Concepção de um sujeito individual, egoísta que se viu obrigado a se tornar na única referência de suas ações, em virtude do processo de descentramentos que caracterizaram o surgimento do mundo moderno (ver nota 3). Esse novo conceito de indivíduo encontra-se também muito bem desenvolvido nas meditações de René Descartes, em que o sujeito, lançando mão do princípio metodológica da dúvida, consegue comprovar sua existência enquanto *Cogito*, consciência, como sendo algo que pensa, que dúvida. Contudo não pode ter a mesma certeza sobre os demais sujeitos, já que pode apenas atestar que existem enquanto corpos, mas não como seres dotados de consciência. Ver mais em: DESCARTES, René. *Meditações*. In: Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

segurança e administre imparcialmente os conflitos. Todavia, ao contrário do que supunha Hobbes, esse poder de atuação estatal deveria ser limitado por uma reserva de liberdades que os indivíduos não poderiam renunciar ao contratar³⁶. Para Locke, essa reserva consistiria no direito à vida, à propriedade e ao livre-arbítrio, direitos que são fundamentais e inerentes a todos os indivíduos³⁷.

Obviamente que dentro desse espectro de liberdades fundamentais se encontrava a liberdade religiosa. Na Carta sobre a tolerância³⁸, Locke argumenta que a função do Estado deve ser a de garantir a segurança da comunidade e a preservação dos bens civis³⁹ e não a de estabelecer a verdade das opiniões, muito menos quanto aos assuntos relativos à fé.

No esforço de traçar uma linha divisória entre as atribuições do Estado e da Igreja, Locke assegura que os magistrados não podem utilizar do aparato coercitivo estatal para impor uma religião oficial aos súditos. Primeiramente porque seria *ilegítimo*, já que a ninguém é dada a autoridade de impor sua opinião, ou sua fé a outro homem. Segundo porque, mesmo que tal ato fosse permitido, *careceria de eficácia*, uma vez que a mudança de julgamento acerca das coisas não se daria jamais pela coerção externa, mas unicamente por meio de bons argumentos, capazes de persuadir internamente o entendimento individual.

Concorda que o magistrado pode até convencer os outros a mudarem de opinião, mas somente por meio da razão, da mesma forma que pode o homem comum:

Ensinando, instruindo e corrigindo os que erram por meio de argumentos, ele certamente faz o que convém a qualquer pessoa bondosa fazer. A magistratura não o compele a pôr de lado a humanidade ou a cristandade. Mas uma coisa é persuadir, outra é ordenar; uma coisa é insistir por meio de argumentos, outra por meio de decretos. Enquanto esta é função do poder civil, aquela depende da boa vontade humana. Todo homem tem o direito de admoestar, exortar, convencer a outrem do erro e persuadi-lo através do raciocínio a aceitar sua opinião; mas é função do magistrado dar ordens por decreto e compelir pela espada. Afirmando, pois, que o poder civil não deve

³⁶LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. *Op.cit.*

³⁷ Mais tarde esses direitos foram reconhecidos como *liberdades negativas*, já que representam uma negação, um limite ao poder de atuação do Estado na esfera da autonomia individual. Para compreender melhor a caracterização acerca da liberdade em seu sentido negativo e positivo ver: BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: *Four Essays on Liberty*. New York: Oxford University Press p. 118-172, 1971.

³⁸LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras*. In: Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

³⁹“Denomino de bens civis a vida, a liberdade, a saúde física, a libertação da dor, e a posse de coisas externas, tais como terras, dinheiro, móveis, etc.” LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras*. *Op cit*, p. 3.

prescrever artigos de fé, ou doutrinas, ou formas de cultuar Deus, pela lei civil. Porque, não lhes sendo vinculadas quaisquer penalidades a força das leis desaparece, mas, se as penalidades são aplicáveis, obviamente são fúteis e inadequadas para convencer o espírito.⁴⁰

Algumas linhas à frente conclui seu raciocínio afirmando que “o esclarecimento é necessário para mudar as opiniões dos homens, e o esclarecimento de modo algum pode advir do sofrimento corpóreo”⁴¹. Assentada a tese de que o Estado não detém legitimidade e muito menos capacidade para impor suas concepções morais sobre os indivíduos, se torna essencial que a sociedade desenvolva e cultive um senso de tolerância, que será imprescindível na regulamentação das relações sociais.

Recorrendo diversas vezes aos escritos do Novo Testamento para fundamentar o princípio da tolerância, especialmente a religiosa, Locke ressalta que em nenhum momento foi prescrita ou ordenada a perseguição e a censura daqueles que se orientassem por crenças diversas. Nenhum homem estaria autorizado a obrigar outrem, fazendo uso da “força, da espada e do fogo”⁴², a professar a sua fé e a aderir as suas doutrinas.

Defende o direito que os cidadãos detêm de manifestar suas crenças e seus julgamentos morais sem a intervenção do Estado, mesmo que essas opiniões sejam falsas e absurdas⁴³. A menos que tais condutas ameacem os direitos civis, o Estado não deve impedir os indivíduos de se manifestarem de acordo com suas próprias consciências, pois não cabe “às leis fundamentar a verdade das opiniões, mas tratar da segurança e proteção da comunidade e dos bens de cada homem”⁴⁴. Pois que, “se a verdade não conquista o entendimento por si mesma e por sua própria luz não pode fazê-lo por nenhum reforço estranho”⁴⁵.

Desse modo, somente não deveriam ser toleradas pelo Estado e pelos magistrados aquelas doutrinas e religiões que, lhes sendo dada a licença para se manifestar, violariam as leis civis estabelecidas pela comunidade, colocando em risco a liberdade, a autonomia e a propriedade dos demais cidadãos.

⁴⁰ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras. Op cit, p.4.*

⁴¹ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras. Op cit, p.4.*

⁴² LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras. Op cit, p.6.*

⁴³ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras. Op cit, p.18.*

⁴⁴ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras. Op cit, p.18 e 19.*

⁴⁵ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras. Op cit, p.19.*

Apesar de recusar essa tolerância àqueles que negavam a existência de Deus, exclusivamente por acreditar que as promessas e os vínculos comunitários firmados por ateus não geravam a confiança e a segurança exigidos pelo pacto social, a epístola de Locke foi de extrema importância para o desenvolvimento do ideal de tolerância. Mesmo com algumas ressalvas e um grande direcionamento para defesa da tolerância religiosa, constatamos que Locke foi um dos primeiros a perceber que para compatibilizar a diversidade religiosa e os mais diversos planos individuais que emergiam no florescer da modernidade, a liberdade de expressão e a tolerância eram imprescindíveis.

Tanto assim, que sugere em seus escritos que o que a tolerância exige é uma postura de neutralidade frente às mais distintas ideias que podem ser manifestadas pelos indivíduos, pois:

Não é a diversidade de opiniões (o que não pode ser evitado), mas a recusa de tolerância para com os que têm opinião diversa, o que se poderia admitir, que deu origem à maioria das disputas e guerras que se têm manifestado no mundo cristão por causa da religião.⁴⁶

Mesmo que muito centrado na liberdade religiosa, aqui já podemos notar que Locke sugere que a violência não é resultante dos diversos conteúdos expressados, mas sim decorrente da tentativa de silenciar algumas ideias divergentes do pensamento oficial. Para Locke o dever de tolerar opiniões e doutrinas religiosas contrárias “está tão de acordo com o Evangelho e com a *razão* que parece monstruoso que os homens sejam cegos diante de uma luz tão clara”⁴⁷.

Entretanto a intolerância religiosa não cessou por aí e não era uma exclusividade dos anglófonos. A caçada oficial às bruxas na França acabou por vitimar vários inocentes, dentre eles Jean Calas, o pai de uma família de huguenotes. Acusado injustamente pelo suposto assassinado de seu próprio filho, Jean Calas foi condenado ao suplício, ao passo que foram sentenciados à prisão como cúmplices do ‘crime’ a mãe, o irmão, o amigo e até mesmo a criada da casa. Porém, como mais

⁴⁶ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras*. *Op cit*, p, 24. Pouco anos depois, o barão de Montesquieu, em suas Cartas Persas, utilizou palavras distintas para dizer o mesmo que Locke e afirmou que “as histórias andam cheias de guerras de religião, mas repare-se bem: não foi a multiplicidade de religiões que ocasionou estas guerras, mas o espírito de intolerância que animava aquela que se acreditava dominante” (MONTESQUIEU, *apud* LOPES, Marco Antônio. *Brigadas do antifanatismo: a invenção da tolerância religiosa*. DOSSIÊ: HISTÓRIA E RELIGIOSIDADES. História vol.29 no.1, Franca 2010).

⁴⁷ LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância e outras obras*. *Op cit*, p.2. (Grifo nosso)

tarde ficou comprovado, Marco Antônio Calas havia se suicidado e o motivo do suicídio, bem como o da perseguição jurídica de seus familiares não era outro, se não a intolerância religiosa de sua época.

O impedimento oficial de seguir em frente com seus planos de vida foi o que, muito provavelmente, levou o Marco Antônio a tirar a própria a vida. Jovem estudante de direito, estava oficialmente impedido pelas leis da época de exercer a advocacia, pois essa profissão era restrita àqueles que possuíam um atestado de catolicidade⁴⁸. Impossibilitado de criticar a legislação antiprotestante, Marco Antônio se viu forçado a abrir mão daquilo que acreditava, das crenças básicas que fundamentavam sua consciência enquanto indivíduo, para tentar se converter ao catolicismo e seguir adiante com seus planos. Infelizmente o estudante de direito não suportou a pressão interna decorrente da opressão e da intolerância do Estado e preferiu acabar com a própria vida do que submeter-se a tamanha injustiça.

Profundamente incomodado com a crueldade e o drama vivido pela família Calas, Voltaire se dispôs a escrever um tratado no qual defendeu a tese de que os únicos remédios legítimos e eficientes na luta contra a intolerância são a razão e o riso. Não se restringiu à questão religiosa e defendeu que até mesmo os maníacos e os fanáticos devem ser tolerados pois, para ele, essas 'doenças do espírito' não se tratam com violência nem censura, mas sim por meio da razão, que lenta e infalivelmente leva os homens ao esclarecimento. Razão essa que "é suave, humana, inspira a indulgência, abafa a discórdia, confirma a virtude, torna amável a obediência às leis, mais ainda que a força possa mantê-las"⁴⁹.

Depreende-se então que a força coercitiva do Estado não deve servir para condenar alguém "por palavras, parágrafos, opiniões e crenças"⁵⁰. Para Voltaire, o mal que a intolerância causa é incomensuravelmente maior quando esta parte do Estado, e em nada se compara com os possíveis incômodos que a garantia à livre expressão e à manifestação religiosa podem ocasionar.

Os supostos males e os erros decorrentes de opiniões e julgamentos obtusos, retrógrados não podem servir mais como motivo suficiente para o Estado restringir a liberdade de expressão. Nesse sentido chega a tratar a questão com certa ironia:

⁴⁸VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. São Paulo: Escala, 2002, p. 16.

⁴⁹ VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. *Op.cit.*, p. 40.

⁵⁰ VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. *Op.cit.*, p. 12.

Houve uma época em que acreditávamos ser obrigados a lavrar sentenças contra aqueles que ensinavam uma doutrina contrária às categorias de Aristóteles, ao horror da vida, às quididades e ao universal da parte da coisa. Temos na Europa mais de cem volumes de jurisprudência sobre a feitiçaria e sobre a maneira de distinguir os falsos feiticeiros dos verdadeiros. A excomunhão dos gafanhotos e dos insetos prejudiciais às culturas agrícolas esteve em uso e ainda subsiste em diversos rituais. O uso passou; deixemos em paz Aristóteles, os feiticeiros e os gafanhotos⁵¹.

Ainda discorrendo sobre o dever de tolerar doutrinas e crenças antiquadas e ultrapassadas, Voltaire sustenta que, ao deparar com alguém defendendo tais pensamentos, deveríamos rir como se tivéssemos encontrado com “um homem vestido à moda antiga, com uma gola pregueada e um sobretudo”⁵².

Se o princípio da tolerância se aplicava aos discípulos de Carpócrates ou de Eutíquio, aos monotelitas, monofisistas, nestorianos e maniqueus, como exemplificou Voltaire, é razoável pressupor que também deveria se estender aos neonazistas, machistas, racistas e eugenistas que desejam expor publicamente seus ideais, por mais desagradáveis, tacanhos e odiosos que sejam. Afinal de contas, em uma matriz liberal os princípios fundamentais de direito devem ser garantidos a todos sem discriminação, do contrário, deixariam de ser princípios e voltariam a ser privilégios.

Conclamando a natureza, Voltaire expõe, de maneira sublime, os motivos pelos quais devemos suportar a ignorância e a fraqueza, bem como tolerar até mesmo aquela opinião, que desacompanhada, contrarie o mudo inteiro. Vejamos:

A natureza diz a todos os homens: Eu os fiz nascer todos fracos e ignorantes para vegetar alguns na terra e para adubá-la com seus cadáveres. *Porquanto fracos, ajudem-se; porquanto ignorantes, iluminem-se e suportem-se. Quando todos estiverem de acordo, o que certamente nunca acontecerá, mesmo que houvesse um só homem de opinião contrária, vocês deveriam perdoá-lo;* de fato, sou eu que os leva a pensar como pensam. Eu lhes dei os braços para cultivar a terra e uma pequena luz de razão para guia-los; coloquei em seus corações um germe de compaixão para que se ajudem uns aos outros a suportar a vida. Não abafem esse germe, não o corrompam, saibam que é divina e não substituam a voz da natureza pelos miseráveis furores da escola⁵³.

Reconhecendo assim que o pluralismo e a diversidade constitutivos de seu tempo somente poderiam se harmonizar em uma sociedade liberal que fosse fundada no princípio da tolerância, Voltaire exige que àqueles que pensam e manifestam de

⁵¹ VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. *Op.cit.*, p. 41.

⁵² VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. *Op.cit.*, p. 41.

⁵³ VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância*: a propósito da morte de Jean Calas. *Op.cit.*, p.135 (Grifo nosso).

maneira diversa e reprovável, seja conduzida a luz da razão, o riso e o perdão, mas jamais a violência do Estado.

Além do mais, convém esclarecer que a tolerância não consiste em outra coisa senão em permitir que os outros façam aquilo que desaprovamos e que, tendo o poder de impedir, deixamos de agir em nome desse princípio⁵⁴. A fim de combater ideias intolerantes e fanáticas, não é coerente lançar mão dos mesmos meios aos quais recorrem os opositores da tolerância. Para não cair na contradição performativa de nos revelarmos “fanaticamente antifanáticos”, o que a matriz democrática exige de nós é não tratar os intolerantes com a mesma intolerância que lhes é peculiar, pelo menos no que tange a livre expressão do pensamento. O contrário seria “servir do próprio veneno, ou melhor, ir à casa do inimigo para abastecer-se de artilharia”⁵⁵.

Foi então nesse contexto de disputa por uma narrativa religiosa oficial que se fez necessário estabelecer os limites para atuação do Estado frente às garantias individuais mais basilares da matriz liberal. Visto que somente seria possível concretizar o direito à livre expressão da fé e da consciência por meio da defesa da tolerância, Locke e Voltaire foram pioneiros em dedicar seus esforços para fundamentar esse princípio que possibilitou o desenvolvimento dos ideais democráticos.

Ao contrário do que consideravam as doutrinas políticas e filosóficas de viés comunitarista dominantes no período anterior à modernidade, a matriz liberal pressupõe que é função precípua do Estado garantir a todos o direito de expressar livremente as crenças religiosas, políticas e morais que melhor se adequam às suas concepções acerca do que consiste um ideal de vida boa.

Por isso dedicamos essa primeira parte do trabalho em expor, mesmo que brevemente, as questões iniciais que motivaram o desenvolvimento do princípio da tolerância. Ao estabelecer as bases do pensamento liberal clássico, Locke e Voltaire viram a necessidade de colocar limites ao poder do Estado, denunciando a ilegitimidade daquelas condutas que tinham como objetivo controlar a consciência dos indivíduos.

A partir de então o princípio da tolerância foi se tornando um forte argumento em prol da mais ampla defesa acerca da liberdade de expressão. Se compreendermos

⁵⁴ Nesse sentido explicita COHEN, Andrew Jason. What Toleration Is. *Ethics*. The University of Chicago Press. v. 115, n. 1, 2004, p. 68-95.

⁵⁵ LOPES, Marco Antônio. *Brigadas do antifanatismo: a invenção da tolerância religiosa*. *Op.cit.*, p. 36.

bem a tolerância e estivermos preocupados com sua plenitude, é inevitável concluir que até mesmo as ideias mais desprezíveis estarão protegidas da liberdade de expressão. Contudo esse entendimento acerca da tolerância não é unânime, nem ao menos majoritário, como veremos mais à frente.

Agora passaremos a investigar o argumento que pode ser considerado aquele de maior repercussão no campo da liberdade de expressão. Seja para criticar ou para fundamentar os ideais liberais, o livre mercado de ideias está sempre presente nos debates envolvendo o free speech. Por esse motivo voltaremos nossa atenção para os escritos de John Stuart Mill, o primeiro pensador a defender abertamente a tese de que o Estado não deve interferir no conteúdo dos discursos.

1.2 O livre mercado de ideias

Locução onipresente na tratativa da liberdade de expressão, o livre mercado de ideias é uma metáfora muito utilizada para elucidar e sintetizar a tese desenvolvida por John Stuart Mill em seu arrojado Ensaio sobre a liberdade⁵⁶. Ciente da necessidade de reafirmar a importância da proteção da esfera individual, Mill denuncia os abusos que são cometidos pelo Estado e pelas maiorias presentes na sociedade quando esses tentam impedir algumas opiniões e ideias de circularem livremente.

Preocupado em refinar a corrente de justiça do utilitarismo da qual era partidário, não poupou esforços na tentativa de conciliar os direitos do indivíduo com o objetivo central da moral utilitária que consistia em “maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor”⁵⁷. Para tanto, adotou uma posição muito compatível com os ideais liberais, principalmente naquilo que diz respeito à liberdade de expressão. Nesse sentido salientou que a busca pela maximização do bem-estar geral só legitimar-se-ia na medida em que os direitos individuais não fossem violados.

Ao ressaltar que a garantia das liberdades individuais é vital para a concepção de qualquer ideal de justiça, Mill sugere que a construção de um Estado justo deve

⁵⁶ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 2006.

⁵⁷SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

ser reflexo, em alguma medida, do “bem-estar de cada indivíduo respeitado em sua liberdade plena e em suas liberdades peculiares e particulares”⁵⁸.

Essa necessidade de superar o utilitarismo clássico, defendido principalmente pelo seu preceptor Jeremy Bentham, se mostra ainda mais clara quando Mill volta sua atenção para a defesa da liberdade de expressão. Ciente de que os indivíduos são naturalmente diferentes e complexos e que não há uma “forma idêntica em que a felicidade seja representada sempre pela mesma escolha”⁵⁹, destaca que há um domínio sobre o qual o Estado e a sociedade não devem intervir. Esse domínio não é outro senão o da liberdade individual, na qual as pessoas são livres para fazerem e dizerem o que quiserem, desde que não causem dano uns aos outros. Esse recinto de não interferência é imprescindível tanto para que “o cidadão possa usufruir da felicidade e de sua individualidade”⁶⁰, quanto para promover um espaço público que possibilite o triunfo dos melhores argumentos no longo prazo.

Isto posto constatamos que a tese de Mill intenta fundamentar a liberdade de expressão sobre duas frentes distintas e, para não cair no erro recorrente de reduzir sua sofisticada proposta em uma mera defesa da liberdade do mercado, é preciso atentar sobretudo para as razões primeiras que motivaram o filósofo a escrever seu ensaio.

Nota-se claramente que sua grande preocupação está em combater as novas formas sob as quais tiranias se manifestam na modernidade. Ao contrário do que a maioria dos leitores de sua obra precipitadamente julga, Mill não está preocupado em defender a liberdade *do mercado*, o que ele pretende é investigar “a natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo”⁶¹. Questão essa que considerava até então pouco discutida, mas que, em um futuro próximo, logo seria reconhecida como a principal temática da filosofia política.

Ao aceitar o pressuposto de que a história se desenvolveu em meio a uma trama dialética entre poder e liberdade, Mill revela que durante a antiguidade a liberdade era concebida como uma proteção contra a tirania e o autoritarismo dos

⁵⁸ NEIVA, Gondim Cássia de Rita. Apresentação. In: MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, 2006, p. 9.

⁵⁹ NEIVA, Gondim Cássia de Rita. Apresentação. In: MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 9.

⁶⁰ NEIVA, Gondim Cássia de Rita. Apresentação. In: MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 9.

⁶¹ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 17.

governantes. O mesmo poder que era tido como imprescindível, também era considerado altamente perigoso e, por isso, era tão necessário estabelecer limites aos quais os governantes deveriam se submeter para exercer o poder sobre a comunidade. Era exatamente nisso que consistia a liberdade, já que os objetivos daqueles que detinham poder eram, muitas vezes, interpretados como contrários aos interesses dos súditos.

Entretanto, essa forma de conceber as relações de dominação começa a sofrer fortes alterações com o alvorecer da modernidade, e o povo começa a se dar conta de que é ele, ou melhor, de que são os próprios indivíduos que garantem a legitimidade do poder do Estado. Ora, se o povo se tornou a razão última do poder, é natural que aquele que o exerça o faça em acordo com a vontade daqueles que, temporariamente, o elegeram como representante maior de seus interesses. Nesse novo contexto o sentimento geral era de que “a nação não precisava ser protegida contra seu próprio desejo. Não havia nenhum receio de que ela própria tiranizasse”⁶². Pelo menos era esse o pensamento dominante na Europa ocidental onde os ideais liberais predominavam.

Ao perceber, porém, que os resultados decorrentes dessa concepção não serviam igualmente aos anseios de todos, Stuart Mill questiona o pressuposto Russeuniano que fundamentava a legitimidade do poder no ideal do autogoverno, pois “o povo que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre o qual o poder é exercido”⁶³. Nota-se aqui, claramente, que Mill não idealizava no povo a vontade racional kantiana que, movida por um anseio de universalidade, seria capaz de legislar, a um só tempo, em prol da liberdade individual e coletiva. Pelo contrário, para ele a vontade do ‘povo’ representava simplesmente “o desejo da parte mais numerosa, ou mais ativa deste; a maioria, ou aqueles que conseguem ser aceitos como tal”⁶⁴ e que, não raramente, deseja oprimir as partes mais frágeis da população.

Frente a essas deturpações provenientes das teorias contratualistas que depositavam uma excessiva confiança na vontade popular, Mill afirma ser imprescindível estabelecer fortes limites contra os abusos de poder praticado pelas maiorias. Apesar de as formas de governo terem sido alteradas, a tirania continuou a

⁶² MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 19.

⁶³ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 20.

⁶⁴ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 21.

ser exercida contra aqueles que pensavam de maneira diferente e manifestavam opiniões contrárias às dominantes.

O problema, segundo Mill, é que a tirania da maioria revelava-se ainda mais opressora e perigosa que aquela exercida pelo próprio Estado, “uma vez que, embora não usualmente apoiada por penalidade extremas, ela deixará poucos meios de escape, penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma”⁶⁵. Nesse novo contexto no qual a tirania se manifestava travestida dos ideais democráticos, a proteção contra as arbitrariedades do poder público já não era mais suficiente, sendo necessário também proteger os indivíduos contra:

a tendência da sociedade em impor, por outros que não as penalidades civis, suas próprias ideias e práticas como normas de conduta sobre aqueles que delas divergem, em travar o desenvolvimento, e, se possível em *evitar a formação de qualquer individualidade que não esteja em harmonia com seus métodos*, e em obrigar que todo os tipos de caráter se ajustem a seu próprio modelo.”⁶⁶.

Portanto a garantia da inviolabilidade da esfera individual era tão necessária para o desenvolvimento dos sujeitos e da sociedade, quanto o era a proteção contra as arbitrariedades do absolutismo político.

A grande questão que se colocava acerca da legitimidade do poder normativo das maiorias, era a de saber se essa moral constituída pelos grupos dominantes deveras poderia definir um plano de vida que fosse objetivamente bom para todos e para cada um ao mesmo tempo. Mill afirmava que isso era impossível. Primeiramente porque uma maioria não pode arrogar para si o poder de distinguir o bem do mal, o bom do ruim e o certo do errado, unicamente por estar em vantagem numérica ou política. E, além disso, é sabido que a modernidade revelou não haver mais um critério moral seguro e objetivamente demonstrável, que possa fornecer um único modelo de vida correto que deva ser seguido por todos.

Considerando então que o “princípio prático que guia as pessoas às suas opiniões sobre o regulamento da conduta humana” é subjetivo e orientado pela tendência inata que os indivíduos têm em crer que a sua conduta, seu modo de pensar, julgar e viver são os corretos, o que nos resta então, a fim de garantir as liberdades mais básicas e a individualidade de todos, é assegurar que nenhum plano

⁶⁵ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 21

⁶⁶ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 21 (Destaque nosso).

de vida, por mais bem estruturado que seja, impeça os divergentes de manifestar seus ideais. Afinal de contas:

Ninguém, realmente, admite para si mesmo que seu padrão de julgamento é sua própria preferência; mas uma opinião sobre um ponto de conduta, não amparada por razões, pode apenas ser considerada como preferência de uma pessoa; e se as razões, quando dadas, são um mero apelo a uma preferência similar sentida por outras pessoas, ainda será a preferência de muitas pessoas ao invés de uma⁶⁷

Demonstra assim que são as preferências e os desagradados da sociedade, ou melhor, das classes dominantes que, em última instância, determinam as condutas e as normas as quais todos os demais devem se submeter. E por isso é de extrema importância que em uma democracia seja permitido que todos falem aquilo que bem entenderem, porque ninguém deve estar obrigado a concordar com as preferências e ideias alheias. De resto, ninguém pode advogar de maneira sensata que o dever do Estado consiste mais em alterar os sentimentos dos cidadãos do que em produzir uma causa comum em defesa da liberdade, como faziam antes as igrejas⁶⁸.

Mill insiste que a reivindicação da sociedade em exercer coercitivamente a autoridade sobre aqueles que pensam diferente deve ser amplamente contestada por meio de fortes argumentos fundamentados em princípios verdadeiramente democráticos. Somente dessa maneira seria possível garantir uma vitória dos direitos individuais frente aos desígnios das majorias. Pois que na ausência de uma moral substantiva que seja igualmente válida para todos, em um debate público, seja qual for a temática abordada, um lado estará sujeito ao erro na mesma medida que o outro.

Em consequência disso a convocação pela interferência do governo no conteúdo do discurso é, com muita frequência, um erro cometido por ambas as partes, e só se justificaria caso o objetivo real fosse o de evitar o cometimento de um dano. Esta é para o Stuart Mill a única razão legítima na qual o Estado pode se apoiar para restringir a liberdade individual. Ninguém pode ser forçado a fazer ou deixar de fazer o que deseja com base naquilo que os outros consideram ser o melhor, o mais correto ou o mais adequado.

⁶⁷ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 23.

⁶⁸ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 25.

Nota-se então que o único propósito a partir do qual o poder pode ser legalmente exercido sobre um membro de uma comunidade civilizada, contrariamente à sua vontade, é evitar causar dano a outros⁶⁹.

Isso porque:

A única parte da conduta de qualquer pessoa, pela qual ela está submissa à sociedade é aquela que concerne aos outros. Na parte que meramente concerne a si próprio sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano⁷⁰.

Essas passagens não deixam dúvidas de que a teoria de Mill supera e muito o utilitarismo benthaniano, aproximando-se muito dos ideais liberais, na medida em que reconhece na liberdade humana a razão para existência do Estado e do direito. Liberdade essa que compreende, em primeiro lugar, o domínio interno da consciência e uma absoluta liberdade de opinião e sentimento acerca de todas as questões, sejam elas práticas ou especulativas, científicas, morais ou teológicas⁷¹.

Em segundo lugar, afirma que esse princípio também diz respeito aos gostos e objetivos que cada indivíduo escolhe para si. Liberdade para construir e seguir os planos de vida que melhor se adaptem ao nosso caráter, “sem o impedimento de nossos próprios semelhantes, contando que o que fizermos não os prejudique, mesmo que eles considerem nossa conduta tola, perversa e errada”⁷². Por último, inclui dentro desse conceito de liberdade humana a ampla e irrestrita liberdade de associação, a qual garante a todos indivíduos capazes o direito de reunir-se segundo seus próprios desígnios.

Interessante ressaltar que Mill afirma não somente ser ilegítima toda e qualquer intervenção do governo no âmbito da liberdade de expressão, mas também que é mais grave e mais nociva a coerção que se dá em acordo com a opinião pública. Dando a entender que quanto mais distinta, desagradável e detestável for a ideia, maior ainda é a necessidade de protegê-la. Não há como contestar que o terreno no qual a metáfora do livre mercado de ideias se desenvolve é fundamentalmente radicado na defesa das liberdades individuais, que se constituíram historicamente como garantias contrárias às arbitrariedades daqueles que estão no poder.

⁶⁹ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 27.

⁷⁰ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 28.

⁷¹ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 30.

⁷² MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 31.

Por isso, ainda que toda a humanidade “fosse de uma determinada opinião, e apenas uma pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciar aquela pessoa, do que ela, se tivesse o poder, de silenciar toda a humanidade”⁷³. Para o inglês, o mal advindo da censura merece atenção especial porque não prejudica somente aquele que foi silenciado, mas toda a humanidade. É tão devastador que se prolonga no tempo e não se limita a causar danos na geração presente. Não obstante, a censura é traiçoeira e, como um *boomerang*, regressa com força total contra aquele que a lançou, causando-lhe um mal ainda maior do que aquele do qual seu alvo foi vítima.

Afirma ser assim porque, se a opinião que se pretende censurar está correta, aqueles que a recriminam perdem a chance de trocar o erro pela verdade e, caso ela seja falsa, desperdiçam a oportunidade de reafirmar e vivificar ainda mais a verdade, que tende a sair fortalecida do confronto com as ideias que a contradizem⁷⁴.

A questão se torna ainda mais delicada quando aceitamos a hipótese de que em uma democracia ninguém, nem mesmo a maioria, detém autoridade para discernir o mal do bem, o certo do errado e a mentira da verdade de maneira incontestável. A recusa em permitir aqueles que pensam de modo divergente de falar só se justificaria caso fosse possível afirmar certeza absoluta sobre um determinado assunto, que para Stuart Mill é algo inconcebível.

Ciente da falibilidade a que estamos condenados, combatia veementemente a ideia de que um, ou mais indivíduos, pudessem arrogar para si o direito de decidir controvérsias para toda humanidade de maneira definitiva, e, diante dessa razoável constatação, afirma que é somente o desejo de confiança de um indivíduo em seu próprio julgamento solitário, que o leva a apelar e a confiar na suposta indefectibilidade de uma opinião que é compartilhada pelo “mundo inteiro”. Ou seja, sendo aceito por todos que ninguém pode ter certeza absoluta acerca de nenhum tema, o fato de uma opinião ter mais ou menos seguidores não faz com ela seja nem mais, nem menos verdadeira.

Com efeito, o livre intercâmbio de ideias parece ser o meio mais habilitado para conduzir a humanidade ao aperfeiçoamento dos assuntos morais, políticos e científicos, haja vista que:

⁷³ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 36.

⁷⁴ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 36

a única forma para a qual um ser humano pode tentar alguma aproximação para conhecer a inteireza de um assunto é ouvir o que pode ser dito sobre ele por pessoas de variadas opiniões e estudar todos os modos nos quais tal assunto pode ser examinado por qualquer natureza de mente. Nenhum homem sábio jamais adquiriu sabedoria de nenhuma outra forma que não esta; nem faz parte da natureza humana do intelecto humano tornar-se sábio de outra maneira⁷⁵.

Mill estava tão à frente do seu tempo, que ao argumentar que toda opinião, crença, tese – por melhores que sejam – devem se manter abertas à refutação, parece antecipar as bases do princípio da falseabilidade, princípio este que melhor traduz o método sob o qual a ciência moderna se fundamentou e que só viria a ser sistematizado no século seguinte por Karl Popper.⁷⁶ Vejamos:

Não existe nenhuma defesa para amparar as crenças sobre as quais temos mais certeza, *exceto um convite permanente ao mundo inteiro para provar que são infundadas*. Se o desafio não for aceito, ou for aceito e a tentativa falhar, ainda estaremos longe o bastante da certeza; mas fizemos o melhor que o estado atual da razão humana admite; não negligenciamos nada que pudesse dar chance à verdade de nos alcançar; se os ouvidos forem mantidos abertos podemos esperar que, se houver uma verdade melhor, ela será encontrada quando a mente humana estiver apta a recebê-la; e nesse ínterim podemos confiar em tal aproximação da verdade, da forma que é possível em nossos próprios dias⁷⁷

Nota-se então que a esfera pública deve constituir-se em um espaço permanentemente aberto, onde todos, sem exceção, estão convidados a participar e opinar sobre qualquer assunto. Por mais insólita e repulsiva que seja a ideia ela tem o mesmo direito que todas as demais possuem de ser defendida publicamente, caso contrário, estaríamos todos condenados a acreditar para sempre em ‘verdades’ que há muito caducaram⁷⁸. Mas é exatamente por ser possível, em alguns momentos mais

⁷⁵ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 41

⁷⁶O princípio da falseabilidade, ou da refutabilidade, como também é conhecido, foi formulado por Karl Popper em meados do século XX como uma crítica e uma resposta aos problemas decorrentes do método indutivo que, até então, era muito utilizado para comprovação das teorias e hipóteses científicas. Popper afirmava que um método que selecionava os fatos que seriam investigados para comprovar a hipótese pressuposta carecia de objetividade e, por isso, propõe então uma nova metodologia para a epistemologia científica. Segundo ele, o que possibilita a uma teoria torna-se lei é a possibilidade de ela ser refutada, falseada e não somente a probabilidade de sua verificação empírica. Em decorrência disso, mesmo teorias que apresentem alto grau de coerência e que estejam ancoradas em algum suporte fático, mas que não estejam abertas à refutação não passam de mitos ou crenças bem estruturadas. Para essa nova metodologia científica, o que garantirá o status de lei a uma hipótese é a sua maior capacidade de resistir às críticas em relação às demais teorias. Ver mais em: POPPER, Karl R. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Editora Cultrix, 1975.

⁷⁷MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p. 42

⁷⁸Para ficar na brevidade de dois exemplos apenas, citamos as teorias do geocentrismo e da naturalidade da escravidão, ambas defendidas por Aristóteles e consideradas verdadeiras por quase

e em outros menos, que as opiniões vigentes sejam refutadas, que hoje se pode afirmar que estamos mais distantes do erro do que estiveram as gerações que nos antecederam. Não somente no campo das ciências, mas também no campo da política e da moral.

É nítido que por detrás do pensamento de Stuart Mill há uma crença subjacente na narrativa do progresso. Entretanto não se quer dizer com isso que todas as ideias que se destacam na livre competição do ‘mercado’ são sempre as melhores, Mill sabe da ingenuidade que seria afirmar tal coisa. A sua confiança é que, no longo prazo, a livre troca de ideias nos aproximaria da ‘verdade’, de modo que os argumentos mais fortes e mais bem fundamentados sobressairiam aos demais. Mesmo admitindo que, no alvorecer das discussões, hipóteses infundadas pudessem ganhar algum espaço, com o decorrer do tempo, naturalmente elas dariam lugar a teorias mais sofisticadas, sugerindo assim uma espécie de ‘evolucionismo das ideias’⁷⁹.

Para Mill toda pretensão de restringir uma opinião por causa de seu conteúdo é ilegítima, pois consiste em uma evidente violação do direito fundamental à livre expressão da individualidade – que se manifesta na liberdade de consciência, reunião, pensamento e culto – e porque nega categoricamente que a opinião silenciada possa ser ‘verdadeira’ assumindo a infalibilidade daquele que a censura. Além de ilegítima é também ineficaz, porque mesmo que se confirme o erro da opinião banida, ela pode conter, ao menos parte, algum acerto. E, considerando que nenhuma opinião prevalescente sobre qualquer assunto contém a verdade inteira, será apenas através do conflito de opiniões antagônicas que o resto da verdade terá chances de se apresentar.

Mesmo que alguns poucos admitam a existência de ideias inquestionáveis, se essas não estiverem abertas à discussão e à contestação vigorosa, elas serão sustentadas por aqueles que as defendem e percebidas por aqueles que as criticam, na forma de um preconceito, de um dogma, que, como tal, não permitirá que seus

dois milênios. Ver, respectivamente: ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Editora Edipro, 2012 e ARISTÓTELES. *Política*. Livro I, Cap. 1-7. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

⁷⁹ Curiosamente Mill lançava seu Ensaio sobre a Liberdade em 1859, mesmo ano em que Charles Darwin, seu contemporâneo, publicava *A Origem das espécies*, obra monumental na qual apresentou, dentre outras coisas, a comprovação da teoria do evolucionismo das espécies. Em suas viagens ao redor do mundo, Darwin constatou que ao longo do tempo os seres vivos vão se tornando cada vez mais complexos e desenvolvidos e que, diante da competição pela sobrevivência, as melhores e mais bem adaptadas espécies seriam naturalmente selecionadas. Ver: DARWIN, Charles. *A Origem das espécies*. Porto: Editora: Lello & Irmãos, 2003. E-Book. Disponível em <<http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf>>.

fundamentos sejam racionalmente explicitados e compreendidos. Além disso, qualquer doutrina do bem, do certo, do bom e do justo que não permita sua contestação correrá o risco de se enfraquecer e até mesmo de cair no esquecimento, pois o efeito vital exercido sobre a conduta e o caráter de seus seguidores reduzir-se-á a uma mera formalidade, já que os argumentos e as reais motivações que estão por detrás das convicções que a fundamenta deixarão de ser atualizados e vivificados pelo embate com opiniões divergentes⁸⁰. Nesse mesmo sentido, a fim de ressaltar os perigos que Mill buscava combater, Baker sintetizou:

Sem que as pessoas tenham a oportunidade de responder e de se opor a expressões e a pontos de vista equivocados, a verdade corre o risco de se tornar um dogma estéril e ineficaz para consecução do bem, porque as pessoas perderão a capacidade de justificar e explicar a verdade quando o desafio (tradução livre)⁸¹.

Por isso que, para Stuart Mill, o livre intercâmbio de ideias é notoriamente o meio mais apto para aproximar a humanidade, não só dos melhores argumentos acerca das questões políticas e morais, mas também das hipóteses científicas mais robustas e precisas. Tão logo o Estado, as maiorias estabelecidas, ou nossos pares neguem a alguém o direito de falar algo, estamos assumindo que nós mesmos, e aqueles que concordam conosco, nos tornamos os juízes da certeza, e juízes que sequer escutam o outro lado⁸². Ainda que escutar aquilo que não gostamos possa provocar um tremendo incômodo e reproduzir uma ofensa desmedida, cabe reconhecer que em uma democracia não há violência maior do que impedir, ou punir os indivíduos por manifestarem publicamente suas crenças e ideais mais íntimos.

Portanto Mill ressalta que apenas quando for comprovada a ocorrência de um dano definido, ou o risco de um dano concreto, a um ou mais indivíduos, é que o caso deverá ser retirado da esfera da liberdade de expressão e colocado na esfera penal. O poder coercitivo do Estado que recai sobre os membros da sociedade somente será exercido de maneira legítima quando ficar demonstrado que o fundamento para a intervenção estatal for o de evitar a consumação de danos a terceiros. Contudo, não

⁸⁰ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p.80

⁸¹ Without people having the experience of responding to and opposing expressions of misguided views, truth is in danger of becoming sterile dogma, ineffective for good because people will have lost the ability to justify and explain the truth when challenge. BAKER, C. Edwin. *Autonomy and hate speech*. In: HARE; WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. New York: Oxford University Press. 2009. P.151.

⁸² MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p.42

pode ser todo e qualquer dano motivo suficiente para ingerência do Estado. Desse modo, Mill destaca que, da conduta que decorra uma:

ofensa meramente eventual ou, como pode ser chamada, ofensa implícita que uma pessoa causa à sociedade, pela conduta que não viola qualquer dever específico do público, nem ocasiona dano perceptível a nenhum indivíduo, específico exceto a ela mesma, a inconveniência é que a sociedade pode permitir-se tolerar isso pelo bem maior da liberdade humana⁸³.

Ao evidenciar várias vezes que a tolerância deve ser estendida à totalidade de opiniões em prol da liberdade humana, Mill deixa claro que, ao contrário do que muitos afirmam, não está preocupado em defender a liberdade *do mercado*, mas sim a inviolabilidade e a liberdade *dos indivíduos*. O real motivo que o leva a justificar a ampla proteção da liberdade de expressão é o direito mais fundamental que todos indivíduos detêm frente ao Estado e às maiorias democraticamente estabelecidas, de manter-se fiel aos seus ideais – ainda que sejam considerados tolos, repugnantes e perversos – e de viver em acordo com eles, desde que suas condutas não prejudiquem ninguém. Para tanto, e pelas diversas razões supracitadas, estabeleceu que o livre intercâmbio ideias seria o único meio legítimo e eficaz na consecução dessa finalidade.

Por fim, é necessário ressaltar que, em seus escritos, Mill jamais indicou expressamente a existência de um “livre mercado de ideias”, mas, nem por isso, a expressão deixa de ser uma excelente metáfora para elucidar e condensar boa parte da tese desenvolvida em seu livro *Sobre a liberdade*. Na verdade, o grande responsável por incorporar essa expressão ao pensamento de Stuart Mill, foi Oliver Wendell Holmes Jr. – um dos mais influentes juízes da história da Suprema Corte dos Estados Unidos – especialmente quando utilizou os termos “*free trade in ideias*” e “*the competition of the Market*” em seu famoso *dissent* em *Abrams v. United States*⁸⁴.

No caso, refugiados russos foram sentenciados a cumprir mais de quinze anos de prisão por terem jogado panfletos, do topo de um edifício em Nova York, que continham mensagens de protesto contra a decisão do Presidente Woodrow Wilson que decretava o envio de tropas norte-americanas para uma intervenção em território russo. A acusação foi baseada na Lei de Espionagem que criminalizava, dentre outras coisas, o pronunciamento, a impressão, a redação e a publicação de qualquer

⁸³ MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. *Op.cit.*, p.126

⁸⁴ *Abrams v. United States*, 250 U.S 616 (1919).

expressão desleal, profana, difamatória ou ofensiva que fosse direcionada à Constituição e às forças armadas do Estados Unidos da América.

Apesar de a condenação das instâncias inferiores ter sido mantida pela Suprema Corte, Holmes discordou da decisão e, seguido por Louis Brandeis, proferiu as palavras que, de acordo Anthony Lewis⁸⁵, “mudaram para sempre a percepção americana da liberdade” e que serviram para consubstanciar na jurisprudência da Corte os ideais preceituados pelo filósofo britânico. Com a eloquência que lhe era peculiar Holmes advertiu:

A perseguição pela expressão de opiniões me parece perfeitamente lógica. Se alguém não duvida de suas premissas ou de seu poder e quer de todo o coração determinado resultado, naturalmente expressa seus desejos em leis e se livra de toda a oposição. (...) Mas quando os homens perceberem que o tempo perturbou muitas crenças que lutam entre si, talvez comecem a acreditar, ainda mais do que acreditam nos fundamentos de suas próprias condutas, que o bem final desejado é alcançado mais facilmente pela *livre troca de ideias* – que o melhor teste da verdade consiste no poder que o pensamento tem de se tornar aceito na *competição do mercado*, e essa verdade é o único fundamento sobre o qual os desejos (de todos os cidadãos) podem seguramente ser executados. Esta, de qualquer maneira, é a teoria de nossa Constituição. Ela é um *experimento, como toda vida é um experimento*. Todos os anos, se não todos dias, temos que apostar nossa salvação em alguma profecia baseada em algum conhecimento imperfeito. E, enquanto esse experimento for parte do nosso sistema, acredito que devemos estar eternamente vigilantes contra as tentativas de restringir a expressão de opiniões que abominamos e acreditamos estarem repletas de morte, a menos que ameacem instantaneamente a interferir de imediato nos propósitos legítimos e prementes da lei que uma repressão imediata seja necessária para salvar o país. (...) Somente a emergência que torna imediatamente perigoso deixar a correção dos maus conselhos a cargo do tempo justificaria abrir qualquer exceção ao comando abrangente “O congresso não fará nenhuma lei (...) que restrinja a liberdade de expressão”⁸⁶.

⁸⁵LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. São Paulo: Aracati, 2011.

⁸⁶ Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power, and want a certain result with all your heart, you naturally express your wishes in law, and sweep away all opposition. (...) 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. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country. (...) Only the emergency that makes it immediately dangerous to leave the correction of evil counsels to time warrants making any exception to the sweeping command, "Congress shall make no law... abridging the freedom of speech". *Abrams v. United States*, 250 U.S 616 (Tradução e grifos nossos).

Simpáticos ou não à vigorosa defesa que Mill fez da liberdade de expressão, devemos reconhecer que, senão todos, a grande maioria dos teóricos do *free speech* que o sucederam trouxeram o livre mercado de ideias para a reflexão. Até mesmo porque essa tese acabou se tornando uma das mais influentes na jurisprudência da Suprema Corte estadunidense, que se tornou, sem sombra de dúvidas, a maior responsável pelos debates mais profundos e densos envolvendo os limites da liberdade de expressão na contemporaneidade.

1.3 O *self-government* e a corrente madisoniana.

O terceiro argumento favorável à liberdade de expressão que iremos abordar teve sua origem no âmago do republicanismo. Dentro das teorias da justiça, o republicanismo pode ser compreendido como uma corrente que abarca uma grande variação de concepções de justiça que negam vários pressupostos liberais, mas que tampouco se adequam ao ideal moralizador que orienta a matriz comunitarista. Não é tarefa fácil encontrar uma classificação pacífica que compreenda todas as vertentes do republicanismo. Muito menos é esse o objetivo do presente capítulo.

No entanto, a fim de estabelecer um mínimo denominador comum que permita compreender a concepção política que está por trás do argumento que vamos destacar, trataremos do republicanismo como uma vertente das teorias da justiça que prescreve à comunidade e às instituições políticas o dever de promover o autogoverno de seus cidadãos. Atribui grande importância à deliberação pública e impõe que seja dispensado um tratamento imparcial aos atores políticos. Tem como finalidade garantir e fomentar uma concepção de cidadania que estenda a todos o direito a ampla participação nas atividades políticas.

Nas palavras de Gargarella⁸⁷, o republicanismo, ao contrário do liberalismo e do pensamento de Mill, “busca mais apoiar-se na (do que por limites à) vontade majoritária” e “tende a conceber a liberdade não como liberdade contra as majorias, mas como consequência do autogoverno da comunidade⁸⁸. Nesse sentido, é importante ressaltar também que a “tradição republicana sempre se recusou a

⁸⁷ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. *Op. cit.*, p. 202.

⁸⁸ Ressaltamos aqui que o critério para definir o que consiste a vontade majoritária na tradição do republicanismo decorre de uma razão qualitativa e não de critérios quantitativos.

entender a liberdade primeiramente em termos individuais: antes de tudo ela é pública, o que significa que não poder reduzida a um direito a ser garantido pelo poder público”⁸⁹.

Assentados os pressupostos sob os quais se fundamenta essa tradição, a tese acerca da liberdade de expressão desenvolvida pelo republicanista Cass Sunstein se destaca por fornecer um argumento bastante coerente sobre os limites desse direito. Diferentemente da visão mais estreita da liberdade apresentada por grande parte dos teóricos partidários do republicanismo⁹⁰, Sunstein, ao buscar a interpretação mais adequada da Primeira emenda à Constituição norte-americana, defende que somente em casos excepcionalíssimos pode o Estado restringir a liberdade expressiva dos cidadãos.

Apoiando-se abertamente nos ideais difundidos por James Madison⁹¹, afirma que a soberania dos americanos – diferentemente do que acontece com os britânicos, por exemplo – encontra-se ancorada no povo e não no governo. Em decorrência disso as treze colônias se constituíram a partir de sistema ambicioso conhecido como “*government by discussion*”, no qual as determinações políticas seriam sempre alcançadas por meio de um amplo debate público⁹².

Sunstein então percebeu que a consecução desse ideal só pôde se concretizar em virtude da mais ampla garantia à livre expressão do pensamento que foi determinada pela *Bill of Rights*, de sorte que o direito à liberdade de expressão passou a ser compreendido como uma precondição da democracia e, por isso, raramente deve entrar em desacordo com ela.

Contudo, não se quer dizer com isso que esse direito seja absoluto. Para definir melhor os contornos e a abrangência do *free speech*, Sunstein desenvolverá a tese central da chamada *two tier theory*, que despontou em meados do século XX, na

⁸⁹ ADVERSE, Helton. Republicanismo. In: *Dimensões políticas da justiça*. AVRITZER; BIGNOTTO; FILGUEIRAS; GUIMARÃES; STARLING. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. P. 27-35.

⁹⁰ Como por exemplo, BORK, Robert H.. Neutral Principles and Some First Amendment Problems, *Indiana Law Journal*, Volume 47, Number 1, 1971, p. 1-35

⁹¹ James Madison Jr. é considerado um dos maiores protagonistas da história norte-americana. Advogado, de longa carreira política, foi o quarto presidente do EUA (1809 – 1817) e ao lado de John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson e George Washington, líderes da Revolução Americana, Madison é considerado um dos sete pais fundadores (Founding Fathers) dos Estados Unidos. Também é conhecido como o Pai da Constituição por ter assumido papel central na redação e na campanha de aprovação da Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados (*United States Bill of Rights*), nome concedido às dez primeiras emendas à Constituição. Ver mais em: MORRIS, Richard B. *Seven Who Shaped Our Destiny: The Founding Fathers as Revolutionaries*. New York: Harper & Row, 1973.

⁹² SUNSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 154.

jurisprudência da suprema corte estadunidense, como uma teoria capaz de dar uma resposta objetiva para as questões envolvendo a cobertura da Primeira Emenda.

A hipótese central apresentada por essa teoria sugere que os discursos que estão sob a tutela da Primeira Emenda se dividem em dois níveis: no primeiro nível estão as expressões dotadas de um alto valor político (*high level speech*), enquanto que, no segundo, encontram-se as expressões de baixo valor político (*low level speech*). Essa distinção se faz necessária porque, aos discursos que transmitem mensagens eminentemente políticas, deve ser garantida uma liberdade de expressão quase absoluta, diferentemente do que acontece com as expressões que são classificadas no nível abaixo.

Antes de adentrar mais nas particularidades da teoria, importa ressaltar o momento em que foram estabelecidos seus primeiros pressupostos. Foi na década de quarenta, mais especificamente em 1942, que a *Supreme court*, diante do caso *Chaplinsky v. New Hampshire*⁹³, empregou pela primeira vez a ideia de que os discursos poderiam ser classificados em níveis distintos de acordo com o conteúdo que manifestassem.

A questão girava em torno de Walter Chaplinsky, testemunha de Jeová, que em 6 de abril de 1940, na cidade de Rochester, panfletava e bradava em uma calçada que todas as religiões organizadas não passavam de instituições voltadas para extorsão de seus fiéis. Durante o episódio, após alguns distúrbios e uma confusão local, as ruas nos arredores da manifestação foram bloqueadas e a polícia foi acionada para deter o pregador. Nesse momento o delegado da cidade, que tentava acalmar os ânimos da manifestação, foi verbalmente atacado por Chaplinsky, que teria se dirigido a ele por meio desses insultos: *“You are a God-damned racketeer”, “a damned fascist and the whole government of Rochester are Fascists or agents of Fascist”*⁹⁴.

Chaplinsky foi detido e, posteriormente, acusado e condenado por ter violado um estatuto de New Hampshire⁹⁵ que proibia qualquer um de expressar, em locais

⁹³ *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 U.S. 568 (1942).

⁹⁴ O que em português seria o mesmo que dizer: *“Você é um bandido amaldiçoado por Deus”, um “maldito fascista e todo os membros do governo de Rochester são fascistas ou agentes do fascismo”*.

⁹⁵ Estatuto de Leis Públicas de New Hampshire, que em seu capítulo 378, seção 2, prescrevia: *Nenhuma pessoa endereçará qualquer palavra ofensiva, desdenhosa ou irritante a qualquer outra pessoa que esteja, legalmente, em alguma rua ou em qualquer outro espaço público, nem a chamará por qualquer nome ofensivo ou desdenhoso, nem fará nenhum barulho ou exclamação em sua presença com a intenção de ridicularizá-la, ofendê-la ou incomodá-la, ou impedi-la de prosseguir com*

públicos, discursos intencionalmente ofensivos que fossem direcionados a outras pessoas. A defesa recorreu das decisões proferidas pelas instâncias inferiores até que apreciação do caso fosse submetida à Suprema Corte, que em decisão unânime, escrita pelo *justice* Frank Murphy, confirmou a condenação de Chaplinsky recorrendo aos argumentos embrionários da *two tier theory*:

Existem certas classes de discurso bem definidas e estreitamente limitadas, cuja prevenção e punição nunca foram pensadas para provocar qualquer problema constitucional. Nessas classes estão incluídas as palavras lascivas e obscenas, profanas, difamatórias e insultantes ou “*fighting words*”, que são aquelas que, por sua própria elocução, infligem dano ou tendem a incitar a imediata violação da paz. Observou-se que tais enunciados não são parte essencial de nenhuma exposição de ideias e possuem um valor social tão insignificante, bem como não representam nenhum passo a caminho da verdade que qualquer benefício que possa derivar deles é claramente compensado pelo interesse da sociedade na manutenção da ordem e da moralidade⁹⁶.

Nota-se que nessa passagem do voto as bases que orientam a *two tier theory*, como mais tarde ficou conhecida. É nítida a originalidade dessa nova interpretação da Primeira Emenda sugerida no voto da Corte. Ao indicar a existência de duas classes de discursos, os juízes estabeleceram que expressões compostas por palavras lascivas e obscenas, profanas, difamatórias e insultantes, ou, pelas “*fighting words*”, poderiam sim ser restringidas pelo Estado, sem que intervenção entrasse em contradição com o direito – constitucionalmente garantido – à liberdade de expressão.

Apesar de a decisão não ter se constituído em um forte precedente, tendo sido várias vezes contrariada na jurisprudência daquela Corte⁹⁷, muitos teóricos e constitucionalistas norte americanos se filiaram a essa corrente interpretativa da Primeira Emenda. Mas foi somente Cass Sunstein que conseguiu fundamentá-la em coerência com desígnios democráticos que embasam a Constituição dos Estados

seus afazeres ou ocupações legais (Tradução nossa). Disponível em: < <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/315/568.html> >.

⁹⁶ “There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or “fighting” words those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality” *Chaplinsky v. New Hampshire Op. cit.* (tradução nossa).

⁹⁷ Em *Cohen v. California 403 U.S 15 (1971)* por exemplo, a Corte explicitamente rejeitou a aplicação do teste das “*fighting words*” firmado em *Chaplinsky*, e derrubou a sentença que havia condenado o jovem Cohen a 30 dias de prisão por ter usado uma jaqueta com os dizeres “foda-se o alistamento” dentro da Corte municipal de Los Angeles.

Unidos. Foi muito além do que foi acertado pela corte no caso e encarou a difícil tarefa de dar traçar contornos mais nítidos entre os discursos que seriam dotados de um maior valor social daqueles que estariam situados fora do núcleo constitucional e, portanto, mais susceptíveis à restrição.

Com o intuito de demonstrar que a liberdade de expressão pode ser regulamentada pelo Estado de maneira legítima, Sunstein recorre a uma interessante analogia com a política estadunidense empregada nos anos 30. Naquela época, com a finalidade de reformar e retomar o crescimento da economia que padecia com as graves sequelas da Grande Depressão de 1929, foi necessária a implementação de uma série de programas governamentais os quais exigiram uma forte atuação do Estado nas relações econômicas. A essa política de recuperação socioeconômica liderada pelo presidente Franklin Delano Roosevelt, foi dado o nome *New Deal*. Esse novo acordo de caráter progressista redefiniu as práticas liberais que haviam levado os Estados Unidos à “falência”, aumentando, de forma considerável, os poderes e o tamanho do governo federal, que passou a intervir diretamente na economia.

Sunstein recorre a essa analogia para demonstrar que, já no século passado a ideia, ou melhor, o mito de que o mercado poderia se autorregular sem interferência estatal, havia sido desmascarada. Deixou claro que todas as condições para que o mercado funcionasse “livremente” dependiam diretamente da atuação do Estado, fosse para impedir a formação de monopólios, oligopólios e *trustes*, ou, simplesmente para garantir as condições e a própria gênese da propriedade privada.

Longe de defender qualquer tipo de censura, declara que seu principal objetivo é avaliar o sistema norte americano à luz da relação entre o princípio da liberdade de expressão e a soberania popular. Segundo o autor:

um esforço para enraizar a liberdade de expressão em uma concepção de soberania popular sugere que muitos dos nossos entendimentos atuais estão fora de questão. Por isso, defenderei mudanças substanciais na teoria e na prática da liberdade de expressão. Acima de tudo, sugiro que existe uma grande diferença entre um “mercado de ideias” - um mercado econômico desregulado - e um sistema de deliberação democrática.⁹⁸

⁹⁸ My largest conclusion is that an effort to root freedom of speech in a conception of popular sovereignty suggests that many of our current understandings are off the mark. I will therefore argue for substantial changes in the theory and practice of free speech. Above all, I suggest that there is a large difference between a “marketplace of ideas”—a deregulated economic market—and a system of democratic deliberation. SUNSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 176 (tradução nossa).

Nesse sentido, afirma que, tal como aqueles teóricos políticos do período pré *New Deal* estavam enganados, também incorriam no mesmo erro aqueles que defendiam que a liberdade de expressão decorria de um *free marketplace of ideas*. E, da mesma forma que se tornou inconcebível a ausência do Estado na promoção de uma economia saudável, ficou comprovada a necessidade e a legitimidade da regulamentação estatal na esfera da liberdade de expressão. Do contrário, como ressalta Sunstein várias vezes em seu livro, condutas como o falso testemunho, a propaganda enganosa, o suborno e a ameaça não poderiam ser criminalizadas pelo Estado.

Que condutas como essas não devem ser protegidas pela liberdade de expressão é ponto pacífico na teoria do *free speech*, pois delas decorre um dano concreto contra aqueles para quem o discurso é direcionado. Quando se comprova objetivamente que a expressão está voltada para enganar, calotear e fraudar o público, ou ainda, para reduzir e furtar a autonomia das pessoas retirando-lhes o poder de fazer as próprias escolhas, fica clara a necessidade de intervenção do Estado. Da mesma maneira, configura-se ilegítima toda ingerência do governo naqueles discursos que se referem às questões legislativas, políticas públicas, decisões judiciais ou a qualquer instituição e ação estatais. Afinal de contas, para Sunstein, o discurso político constitui o centro das preocupações da liberdade de expressão.

Nestes termos, em se tratando de extremos opostos, a tarefa de identificar os discursos que merecem uma absoluta proteção constitucional daqueles que podem ser regulamentados não é nada difícil e deixa pouca margem para contestação. Mas, a primeira grande questão que a teoria enfrenta é a de traçar uma linha divisória em casos limítrofes. Por isso há um grande esforço em definir com maior clareza quais e como são estabelecidos os critérios utilizados para classificar as expressões em seus respectivos níveis.

Com esse intuito, Sunstein afirma que as expressões de alto valor são aquelas que, ao mesmo tempo, *pretendem e são recebidas* como uma contribuição para o debate público. Notoriamente os discursos que sugeriram qualquer mudança legislativa, ou que convoquem o governo a adotar determinadas ações e políticas sociais devem estar no centro da proteção constitucional. Quanto a isso não restam dúvidas. Contudo, há aqueles discursos em que a mensagem veiculada não é explicitamente política e que, mesmo assim, poderiam ser classificados como discursos de alto valor. Sunstein, afirma que seria esse caso da literatura, da música e das artes em geral,

que apesar de nem sempre deixarem claro a todos qual é a mensagem que pretendem transmitir, bastaria que alguns membros da comunidade constatassem seu teor político para que esse status fosse atingido. Sobre esses critérios esclarece que:

Ao exigir a *intenção*, no entanto, não pretendo exigir comprovações individuais de motivação subjetiva. Geralmente esta questão deve ser resolvida fazendo inferências razoáveis a partir do discurso em questão (...). Ao exigir que o discurso seja *recebido* como político, não quero dizer que todos os ouvintes ou leitores devam perceber o conteúdo político. É suficiente se alguns o fizerem.⁹⁹

Demonstra assim que esses requisitos não são tão subjetivos a ponto de bastar unicamente a constatação individual de uma pessoa, nem tão pretenciosos para exigir a unanimidade das opiniões. No entanto, sugere que essa avaliação não deve ser muito rigorosa, sendo suficiente que algumas pessoas, apoiadas em argumentos razoáveis, classifiquem a expressão como tal. Do contrário, o Estado poderia se aproveitar dessa exigência forte, a fim de restringir os discursos que, de maneira subliminar, manifestassem mensagens de oposição ou críticas ao governo.

Por outro lado, Sunstein destaca que, para que a *two tier theory* não perca seu sentido e não acabe resultando em um absolutismo completo, esse teste deverá preencher os dois requisitos *simultaneamente*, notem:

Sob o teste que proponho, o simples fato de um discurso ser visto por alguns como político é insuficiente se assumirmos que não é assim pretendido. Considere, por exemplo, discursos comerciais, obscenos, difamatórios ou algum texto sobre formação rochosa. Algumas pessoas entendem que discurso comercial e obscenidade são “políticos”; e, de fato, é plausível pensar que quase todo discurso é político tendo em vista que quase toda mensagem se relaciona de alguma forma com a estrutura social e política existente. A propaganda comercial e a obscenidade são bons exemplos disso. Mas somente o fato de algumas pessoas considerarem o discurso sob questão como político não nos permite concluir que ele seja qualificado como tal para os propósitos constitucionais pois, se assim fosse, teríamos que classificar como político quase todo discurso, o que, portanto, destruiria todo o fundamento da teoria dos dois níveis¹⁰⁰.

⁹⁹ By requiring *intent*, however, I do not mean to require individual trials on subjective motivation. Generally this issue should be resolved by making reasonable inferences from the speech at issue (...) By requiring that the speech be *received* as political, I do not mean that all listeners or readers must see the political content. It is sufficient if a few do. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2354 (tradução nossa).

¹⁰⁰ Under the test I propose, the mere fact that a speech is seen by some as political is insufficient if we assume that it is not so intended. Consider, for example, commercial speech, obscenity, private libel, or a rock formation. Some people understand commercial speech and obscenity to be “political”; and indeed it is plausible to think that almost all speech is political in the sense that it relates in some way to the existing social and political structure. Commercial speech and obscenity are examples. But if some people understand the speech in question to be political, it cannot follow that the speech qualifies as such for constitutional purposes, without treating almost all speech as political and therefore destroying

Tendo estabelecido a *intenção* e a *recepção* como critério, ou melhor, como um teste adequado para classificar as expressões em distintos níveis constitucionais, Sunstein enumera quatro argumentos fundamentais¹⁰¹ decorrentes de sua interpretação acerca da tese Madisoniana, que justificam os motivos pelos quais os discursos com status políticos ocupam uma posição especial na teoria da liberdade de expressão.

Longe de querer reafirmar a tese do originalismo norte americano¹⁰², Sunstein aponta em primeiro lugar para a investigação histórica que deve ser feita do texto constitucional. Segundo ele, parece inegável que a proteção dos discursos políticos se sagrou, ao longo da história, como o núcleo do princípio da liberdade de expressão. Não quis dizer com isso que os demais discursos estão desprotegidos, apenas que deve haver pouca dúvida de que a motivação central da primeira emenda sempre foi a de evitar a supressão estatal de ideias políticas que fossem contrárias, ou que ameaçassem o governo¹⁰³. E, ressalta que, ao falar da história, não está se referindo unicamente à investigação sobre a vontade dos legisladores originários (*framers*),

refiro-me também ao desenvolvimento do princípio da liberdade de expressão ao longo da história do direito americano. As grandes decisões sobre o *free speech* de juízes como Holmes e Brandeis (...) surgiram da supressão de ideais políticos divergentes operada pelo Estado¹⁰⁴.

the whole point of the two-tier system SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2364-2454 (tradução nossa).

¹⁰¹ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2371.

¹⁰² Explicitamente rejeitada por Sunstein, em linhas gerais, a tese central do originalismo defende a ideia de que a interpretação sobre as normas constitucionais deve se restringir em declarar a vontade original e genuína do legislador. Caso o sentido originário da norma não esteja explícito no texto, os juristas deveriam encontrá-lo por meio de uma investigação histórica e documental utilizando, principalmente, dos registros acerca dos debates que foram travados à época da propositura da Lei. Mais sobre o assunto em: BORK, Robert H. The Original Understanding. In: BRISON, SUSAN & SINNOT-ARMSTRONG. *Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation*. Colorado: Westview Press, 1993, p. 48-67 e SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

¹⁰³ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2378.

¹⁰⁴ By history I do not mean only the framers' views. I refer as well to the development of the free speech principle through the long history of American law. The great free speech opinions from Justices Holmes and Brandeis (...) grew out of government suppression of political dissent. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2385 (tradução livre).

Isso porque, Sunstein assegura que o mesmo se aplica para a maioria dos casos relevantes envolvendo a liberdade de expressão na contemporaneidade, bastando um breve olhar para história recente dos Estados Unidos¹⁰⁵.

Em segundo lugar, destaca que, apesar de haver muitos pontos de vista dissonantes em relação à liberdade de expressão, essa concepção é aquela que melhor conformaria as diversas concepções existentes sobre os problemas envolvendo o *free speech*. Para ele, reconhecer que um discurso que verse sobre a vida política da comunidade deva receber a mais elevada proteção constitucional é um denominador comum entre todas as demais teorias. Da mesma forma, garante que nenhuma outra interpretação razoável da liberdade de expressão negaria que ameaças, tentativas de suborno, propaganda enganosa e difamação de pessoas privadas ocupam um lugar inferior na teoria constitucional.

O terceiro motivo está intrinsecamente conectado ao primeiro e esclarece que o fato de o discurso político se encontrar no cerne da liberdade de expressão não decorre sempre e diretamente da maior importância que lhe é atribuída. Até porque é fácil perceber que há muitos discursos que, apesar de políticos, referem-se a matérias de pouco, ou de nenhum interesse público. Na verdade, essa maior proteção decorre de uma premissa básica que indica haver uma maior probabilidade de o Estado agir de maneira corrupta, ilegítima e partidária quando se propõe a restringir os discursos quando seus próprios interesses estão em jogo. Todavia, essa desconfiança tende a ser menor quando a regulamentação se refere à propaganda comercial, a obscenidade, a difamação, dentre outros assuntos que não se remetem diretamente aos assuntos políticos e governamentais.

Por fim, o quarto ponto assegura que a ênfase na proteção desse tipo de discurso procede, não somente da maior possibilidade de o Estado atuar de maneira tendenciosa quando seus interesses próprios estão em cena, mas porque sua

¹⁰⁵ Aqui Sunstein chega a citar dois dos mais famosos casos da história judicial norte americana, o *New York Times Co. v. Sullivan* e o *New York Times Co. v. U.S.* O primeiro caso gira em torno da acusação feita pelo comissário da polícia de Montgomery de que o *Times* teria difamado sua pessoa em uma reportagem na qual denunciava, genericamente, que policiais racistas do Sul teriam utilizado de práticas ilegais para conter as manifestações pelos direitos civis e que, por isso, lhe era devido uma indenização por danos morais. Já o segundo caso versa sobre a tentativa do governo estadunidense de proibir que fossem publicados pelos jornais documentos oficiais que deflagravam a real situação da guerra contra Vietnã. Esses documentos, que mais tarde ficaram conhecidos como *Pentagon Papers*, provavam que governo estava omitindo e invertendo as informações sobre a guerra a fim de manter a aprovação popular frente suas estratégias políticas. Notem que em ambos os casos a vitória da liberdade de expressão e de imprensa foi consagrada pela Suprema Corte. Mais detalhes em: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) e *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

restrição é iminentemente nociva para a democracia. Sunstein defende que essas intervenções são especialmente perigosas porque possibilitam a obstrução dos canais comuns de mudança política. Segundo ele:

se o governo proíbe a pornografia violenta, os cidadãos podem continuar a argumentar contra a proibição alegando ser ela tola, paternalista e ofensiva ao direito à liberdade constitucionalmente garantido. Mas se a discussão política for excluída, o corretivo democrático não estará disponível, ao menos. Suponha, por exemplo, que o governo proíba a crítica à guerra. Essa crítica política é excluída do processo de discussão social sobre como e quando deve ser conduzido o esforço de guerra. O resultado é um efeito inaceitavelmente corrosivo nos processos deliberativos do público (...). Os impedimentos do discurso não-político podem minar os processos deliberativos removendo exemplos vívidos da conduta cuja ilegalidade está em questão; mas eles não têm a característica especial de impedir o debate democrático¹⁰⁶.

Esse argumento é crucial não só para justificar a leitura em camadas da primeira da emenda, mas também para compreender a liberdade de expressão como o princípio que elevará a legitimidade da democracia ao seu máximo, por ser ele o único, dentre todos os sistemas de governo até então teorizados, a compreender o pluralismo e o multiculturalismo inerentes às sociedades modernas. Essa legitimidade da democracia é excepcional exatamente por permitir a manifestação daqueles que dela discordam. Qualquer um que não concorde com o conteúdo de suas leis, com os procedimentos convencionados, com as políticas públicas acertadas, ou com os princípios que a fundamenta, pode manifestar livremente sua opinião sem temer uma punição posterior. Independentemente das preferências e dos valores cultivados pelas majorias, a democracia é a única que garante ao indivíduo o direito de manifestar suas ideias, por mais perniciosas e detestáveis que sejam¹⁰⁷.

¹⁰⁶ If the government bans violent pornography, citizens can continue to argue against the ban on the ground that it is foolish or paternalistic, or invasive of liberty, rightly conceived. But if political discussion is foreclosed, the democratic corrective is unavailable, or less readily so. Suppose, for example, that government bans criticism of war. That political criticism is shut out of the process of social discussion about how or whether to conduct the war effort. The result is an unacceptably corrosive effect on the public's deliberative processes (...) Impairments of nonpolitical speech may undermine deliberative processes by removing vivid examples of the conduct whose illegality is at issue; but they do not have the special characteristic of preventing democratic debate. SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. *Op.cit.*, posições, 2340-2347 (tradução livre).

¹⁰⁷ Apesar de Sunstein reservar aqui esse argumento apenas para justificar a maior proteção dos discursos essencialmente políticos, veremos mais à frente como a questão da legitimidade aparece mais explicitamente nas teorias liberais de Dworkin e Baker, que estendem essa maior proteção constitucional inclusive para as expressões que Sunstein deixa de fora do núcleo da primeira emenda.

Sunstein ressalta ainda que todo esse esforço para definir um critério e justificar os motivos que a teoria fornece para classificar dos discursos em dois níveis consiste também em prevenir que uma compreensão imprecisa do princípio da liberdade de expressão leve os juízes, intérpretes da Primeira Emenda, a conceder uma menor proteção aos discursos que mais a demandam e uma maior salvaguarda para discursos menos significativos.

Esclarecido esses pressupostos, Sunstein assegura que há somente uma justificativa possível de ser utilizada pelo Estado para legitimar a intervenção em discursos políticos que gozam da mais alta proteção constitucional. Essa justificativa é fundamentada no dever que o Estado tem de impedir que os indivíduos abusem de sua liberdade para causar danos a outras pessoas. Então, aproximando-se da teoria de Stuart Mill e da atual interpretação que faz a Suprema Corte da primeira emenda, afirmou que somente quando ficar comprovada a iminência do cometimento de uma ação danosa é que poderá o Estado intervir na manifestação expressiva.

Essa conclusão a que chega Sunstein pode até ser uma novidade dentro do republicanismo, mas ela já estava em gestação dentro da jurisprudência norte americana desde a segunda década do século passado¹⁰⁸. Apesar de criticar algumas decisões da Suprema Corte que, por vezes, segundo ele, parece não ter compreendido bem a distinção existente entre os discursos que se situam no cerne da proteção constitucional daqueles que se encontram à margem, Sunstein ratifica o teste elaborado pela Corte ao final da década de 60 quando essa decidiu sobre o caso *Brandenburg v. Ohio*¹⁰⁹.

Clarence Brandenburg, um dos líderes da Ku Klux Klan¹¹⁰ de Ohio, foi condenado por ter comandado uma reunião entre os membros da Klan, na qual proferiu um discurso de represália contra os judeus, os negros e também contra

¹⁰⁸ Que começou especificamente em 1919, a partir do histórico voto do juiz Holmes em *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47. A doutrina até então vigente baseava-se unicamente no *Bad tendency test*, que apesar de impedir a censura prévia, admitia a intervenção do Estado para repreender discursos potencialmente difamatórios ou ofensivos. Mas depois de *Schenck*, o teste do perigo claro e presente foi ganhando cada vez mais força, e mesmo que não tenha superado o teste da tendência nociva de de imediato, foi lembrado diversas vezes, como em *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204, em *Debs v. United States* 249 U.S 211 e em *Abrams v. United States* 250 U.S 616 até se consolidar definitivamente na jurisprudência na década de 60. Note que todos os casos citados aqui foram apreciados pela Suprema Corte no ano de 1919 e todos envolviam o direito à liberdade de expressão. Obviamente a lista até o ano de 1969 é muito maior, mas não é do nosso interesse destacar aqui todos os casos compreendidos nesse período.

¹⁰⁹ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S 444 (1969).

¹¹⁰ A Ku Klux Klan (KKK) é a designação adotada por um dos grupos de extremistas norte-americanos que compartilham uma ideologia reacionária e racista. Dentre outras causas radicais, defendem a supremacia e o nacionalismo branco, o antissemitismo e o conservadorismo econômico e moral.

aqueles que os apoiavam. Chegou a alertar os membros dos três poderes que caso continuassem com a supressão da “raça caucasiana branca”, medidas vindicativas poderiam ser tomadas. Ao final ainda anunciou que já havia sido combinado que, durante o dia da independência do EUA, mais de quatrocentos mil membros da KKK marchariam até o Capitólio, em Washington D.C.

Condenado a dez anos de prisão e a pagar uma multa de mil dólares pela Corte municipal de Hamilton por ter violado o Estatuto de Ohio¹¹¹, Bradenburg, tendo seu recurso negado pelo Tribunal estadual, levou a disputa até a Suprema Corte, onde questionou a constitucionalidade da norma a que foi acusado de infringir.

Foi então que a Suprema Corte, em decisão *per curiam*, deu seu maior passo em direção à proteção da liberdade de expressão. Para reverter a condenação e garantir o direito de Clarence à livre manifestação do pensamento, os juízes, da famosa Corte Warren¹¹², elaboraram aquele que ficou conhecido como *Brandenburg test*¹¹³, por meio do qual a Corte assegurou que mesmos os discursos mais desagradáveis, odiosos, violentos e racistas, estão amparados pela liberdade de expressão. E, fazendo referência às recentes decisões nas quais já se demonstrava ser necessário distinguir o mero ensino em abstrato de ideias perniciosas e violentas da preparação e organização de grupos que tem como objetivo cometer ações criminosas e abusivas, a Corte pontuou:

Essas decisões posteriores moldaram o princípio de que as garantias constitucionais de liberdade de expressão e liberdade de imprensa não permitem a um Estado proibir ou proscriver a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal advocacia for direcionada a incitar ou produzir ação ilegal e iminente, ou ainda quando seja provável que incite ou produza tal ação¹¹⁴

¹¹¹ *Ohio's Criminal Syndicalism Statute* que tornava ilegal reuniões, encontros e as assembleias de pessoas que defendessem, como meio para implementar reformas industriais ou políticas, a sabotagem, a violência e outras medidas de viés terrorista.

¹¹² Período no qual a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren. Nomeado como *Chief Justice* pelo conservador Eisenhower, Warren, surpreendentemente, se tornou um dos juízes mais progressistas da história da Corte e formou uma maioria liberal que foi responsável por estender a todos os cidadãos norte-americanos os direitos e as liberdades civis. Para mais detalhes ver: *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S 483 (1954) e MORO, Sérgio A *Corte exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 337-356.

¹¹³ Também conhecido como *Imminent Lawless test action, teste da ação ilegal iminente*.

¹¹⁴ These later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press 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 Op. cit.* (tradução livre).

A concepção e a aprovação desse teste pela Corte precisou melhor a extensão da Primeira da Emenda ao esclarecer que nenhum discurso deve ser limitado, unicamente, por causa de seu conteúdo. O teste da ação ilegal iminente estabeleceu, portanto, um critério objetivo que deve ser observado pelo Estado para justificar a intervenção em qualquer discurso que seja. Como vimos, somente quando for comprovado que a atividade expressiva foi intencionalmente direcionada a incitar ou provocar um dano iminente, é que o Estado poderá intervir na esfera da liberdade do indivíduo. Ou ainda, quando há uma alta probabilidade de que o discurso instigue ou provoque o cometimento de um ato ilícito e que seja essa a intenção do agente.

Diante disso, fica claro que não é tarefa do Estado proibir a mera defesa, ou a apologia de ideais, condutas e políticas consideradas imorais e detestáveis. Nem mesmo quando essas condutas equivalham a ações ilegais, representando assim uma violência em abstrato. Caso não fique provado o risco concreto de um dano, o Estado deve abster-se de agir. Em razão disso, a condenação de Brandenburg foi revertida e os ideais de Holmes e Brandeis foram consolidados e aperfeiçoados por essa decisão que constituiu um dos mais fortes precedentes constitucionais envolvendo a liberdade de expressão na história recente dos EUA.

O mesmo raciocínio é apresentado por Sunstein, especialmente quando o que está em pauta são os discursos de mais alto valor constitucional, pois “sem uma demonstração de danos prováveis, imediatos e graves, o governo não pode regular o discurso político. Essa conclusão tem implicações amplas e dramáticas.”¹¹⁵ E são dramáticas porque permitem a todos criticar duramente as instituições vigentes e as ações do governo, estando protegidos até mesmo as manifestações expressivas que proponham a sua derrubada, como seria o caso de um discurso comunista ou revolucionário. Mas as implicações não param por aí, pois “até mesmo aqueles discursos racistas e sexistas, geralmente se situam no núcleo da liberdade de expressão”¹¹⁶ e por isso merecem toda a proteção da Primeira Emenda:

Sob esse critério, um discurso contendo ódio racial, oferecido por um membro da Ku Klux Klan, é geralmente protegido, da mesma forma que o discurso de membros dos Panteras Negras também o é. E o mesmo vale para as manifestações nazistas que aconteceram em Skokie, Illinois, o lar de grande parte daqueles que sobreviveram aos campos de concentração. Nestes

¹¹⁵ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2199 (tradução livre).

¹¹⁶ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2206 (tradução livre).

casos, o remédio comum para o discurso prejudicial é mais discussão e debate, jamais a supressão¹¹⁷.

Novamente concordando com algumas das premissas de Mill, Sunstein argumenta que a melhor solução para esses discursos tóxicos é ampliar o debate, jogando luz nessas questões emblemáticas e garantindo a todos, independentemente de suas concepções morais e políticas, um espaço para participar das discussões públicas.

Está claro que para Sunstein o “discurso político é firmemente protegido e pode ser regulado baseando-se apenas em uma forte demonstração de dano”¹¹⁸. Entretanto ele mesmo admite que muitos discursos não se enquadram nessa categoria. Dentre esses certamente estão as “tentativas de suborno, solicitações criminais, ameaças, conspirações, os aconselhamentos médicos ou jurídicos não licenciados e o perjúrio”¹¹⁹. Quanto ao menor valor constitucional que deve ser dispensado para esses discursos, não há dúvidas. Afinal de contas, nenhum deles tem como finalidade comunicar alguma ideia, quanto menos uma ideia política e podem todos ser regulamentados pelo Estado sem as criteriosas exigências de demonstração de dano.

Contudo, entre esses dois extremos estão a música, a pintura, os romances, as tragédias, o cinema e todas as demais manifestações artísticas. Estão também as pesquisas científicas, a pornografia, a propaganda comercial e outras categorias de expressões que não pretendem e nem são recepcionadas como uma contribuição para o debate sobre as questões públicas e que, por isso, são, a princípio, classificados no segundo nível.

Sunstein ressalta que essa linha divisória nem sempre é tão nítida e muito menos fácil de traçar, mas é necessária para dar coerência à teoria. Obviamente que nos casos em que os discursos artísticos e científicos, por exemplo, forem intencionados e recebidos como uma contribuição para a deliberação social de questões públicas, eles automaticamente alcançarão o nível mais alto da proteção constitucional. Principalmente porque, tal como é a política, as artes e a ciência

¹¹⁷ Under this standard, a speech containing racial hatred, offered by a member of the Ku Klux Klan, is usually protected; so too with a speech by a member of the Black Panthers, or by Nazis during a march in Skokie, Illinois, the home of many survivors of concentration camps. The ordinary remedy for harmful speech is more discussion and debate, not suppression. SUNSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2206 (tradução livre).

¹¹⁸ SUNSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2216 (tradução livre).

¹¹⁹ SUNSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2216 (tradução livre).

também são essências para o desenvolvimento da autonomia¹²⁰ e das capacidades dos cidadãos. Mas cremos não ser necessário para alcançar o objetivo a que nos propomos adentrar e aprofundar muito nas questões que envolvem as regiões fronteiriças da Primeira emenda, onde a classificação dos discursos é mais elástica, porosa e, ao mesmo tempo, mais aguda¹²¹.

Apesar de parecer mais flexível quanto a restrição das expressões localizadas fora no núcleo da primeira emenda, Sunstein adverte que, ainda nesses casos, o Estado deverá apresentar uma justificativa legítima e plausível, sendo insuficientes as motivações subjetivas e parciais fundamentadas naquilo que o governo, ou uma determinada maioria acredita ser o melhor para todos.

Prescreve assim, de maneira negativa, os quatro argumentos que o Estado não pode – em nenhum caso – utilizar a fim de limitar qualquer tipo de manifestação expressiva, quais sejam: (1) o desacordo para com as ideias apresentadas; (2) o seu próprio interesse em contraposição aos demais interesses envolvidos; (3) o receio de que os indivíduos possam ser persuadidos e influenciados pela mensagem; e (4) seu desejo em assegurar que as pessoas não sejam ofendidas pelo discurso¹²².

Diante desses critérios, Sunstein convida o leitor a concluir que qualquer regulamentação que se ampare na discriminação de pontos de vista deve ser atribuída uma forte presunção de invalidade¹²³. Ou ainda, que toda restrição do Estado na liberdade de expressão que decorra da preferência por um ponto de vista em detrimento de outro, é presumidamente ilegal. Isso porque a intervenção que se faz no discurso a partir de juízos morais substantivos coloca em risco o dever de imparcialidade do Estado que deve prevalecer especialmente quando o que está em jogo é o direito à livre manifestação do pensamento.

¹²⁰ Importante lembrar que, como um expoente do republicanismo, Sunstein destaca que o conceito de autonomia que deve ser levado em consideração aqui não se resume ao livre arbítrio e nem à liberdade que todos tem para seguir sua própria concepção de bem. Para o autor autonomia é mais que isso, e pode ser resumida na capacidade e no direito que todos temos de nos tornar autores das nossas próprias narrativas de vida.

¹²¹ O que não quer dizer que Sunstein tenha poupado esforços para debater essas questões polêmicas ao longo de sua obra. Ademais, como demonstraremos em seguida, mesmo os discursos que ocupam o nível constitucional inferior e, especialmente esses localizados em uma área limítrofe, gozam de uma forte proteção contra a ingerência estatal. Para mais detalhes sobre esse ponto ler o tópico *Couterarguments and the Second Tier In: SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. Op.cit.,* posição 2633-2829.

¹²² SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.,* posição 2758 (tradução livre).

¹²³ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.,* posição 3097.

Claro que ao postular isso Sunstein não nega que o Estado parte das mais diversas concepções morais que permeiam a esfera política para fundamentar as diretrizes das ações governamentais, das instituições e das políticas públicas. Mas, reconhece, coitudo, que são raras as circunstâncias nas quais as restrições no discurso baseadas no conteúdo, ou em um determinado ponto de vista, podem servir como meio legítimo para corrigir as desigualdades existentes¹²⁴. Na maioria das vezes, um *status quo* injusto não pode servir para justificar as intervenções do Estado na liberdade dos falantes pois, muitos de nós:

Não queremos permitir que o governo diga que algum lado deve ser silenciado porque é muito poderoso e porque seus oponentes são muito fracos - mesmo que às vezes isso seja indubitavelmente verdadeiro. Existe um sério risco de que decisões judiciais ou legislativas sobre quanto poder detém cada grupo, e sobre quem deverá fazer essa redistribuição, sejam tendenciosas e não confiáveis.¹²⁵

Isso porque ao tentar traçar esses parâmetros redistributivos, “o governo inevitavelmente estará operando com seus próprios preconceitos, e esses vieses afetarão qualquer regulamentação estratégica”¹²⁶. Entretanto, esse risco se torna inaceitável quando a regulação envolve a liberdade de expressão. Nesse caso, e ao contrário do que acontece com as demais políticas afirmativas que necessariamente são promovidas em uma democracia, a atuação estatal poderá fechar os canais de discussão ao impedir arbitrariamente que algumas opiniões dissonantes sejam apresentadas¹²⁷. É por isso que não devemos tratar o *free speech* como se fosse

¹²⁴ Restrições com base no conteúdo são mais facilmente justificáveis, pois são menos propensas à parcialidade do que aquelas baseadas no ponto de vista, por exemplo: uma lei que proíba a propaganda eleitoral nas traseiras dos ônibus é baseada no conteúdo (caráter eleitoral), e é neutra em relação ao ponto de vista, pois proíbe qualquer posição, lado, partido ou corrente política de utilizar desse espaço para fazer publicidade. Por isso pode ser considerada legítima na medida em que apresente justificativas razoáveis para se manter e desde que não se constitua em um mero artifício para favorecer uma posição em detrimento de outra. Já as restrições que se baseiam na defesa de um ponto de vista são menos defensáveis, pois devem se fundamentar unicamente no risco oferecido pela posição que se pretende censurar, por exemplo: uma lei que proíba as empresas de cigarros de fazer publicidade em outdoors não necessariamente impedirá que campanhas contra o consumo do tabaco utilizem desse mesmo espaço para sua divulgação. Isso porque a motivação para esse tipo de restrição se dá em virtude do interesse estatal em reduzir os riscos/danos óbvios e concretos envolvendo o consumo de substâncias prejudiciais à saúde, tal como o tabaco e a nicotina.

¹²⁵ We do not want to allow government to say that some side must be silenced because it is too powerful and because its opponents are too weak—even though sometimes this is undoubtedly true There is a serious risk that judicial or legislative decisions about the relative power of various groups, and about who is owed redistribution, will be biased or unreliable. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 3136 (tradução livre).

¹²⁶ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 3136

¹²⁷ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 3136.

uma ação afirmativa permitindo que alguns falem enquanto que outros são coagidos a ficar calados.

Retomamos então à alegação mais geral da teoria de Sunstein que compreende tanto os discursos de primeiro nível constitucional quanto àqueles de segundo escalão: O Estado não pode restringir nenhum tipo de expressão, mensagem, fala, discurso, ou manifestação alegando a discordância e a reprovação das ideias apresentadas. “A regulamentação somente será justificada quando fizer referência a danos genuínos”, ou melhor, quando estiver fundamentada pelo perigo claro e presente da consumação de um dano concreto.

Nunca é demais ressaltar que não basta a simples alegação de um dano em abstrato para justificar a limitação do discurso, porque “danos são tão facilmente invocados e a sua aceitação em qualquer circunstância resultaria na intolerável censura de muitos outros casos”¹²⁸. Por isso é imprescindível que essa categorização do dano pelo Estado seja independente da valoração das ideias apresentadas, dos interesses envolvidos na questão, do medo de que os indivíduos possam ser influenciados e da vontade de assegurar que as pessoas não sejam ofendidas pelo conteúdo do discurso. Não podemos negar que,

Barreiras formidáveis à censura estão contidas na simples noção de que geralmente o governo não pode regular o discurso com base apenas na desculpa de que as pessoas serão persuadidas ou ofendidas por ele. Mesmo sob a interpretação que a *two tier theory* faz da Primeira Emenda, o discurso que recai no segundo nível não pode ser restringido sem uma substancial demonstração de danos¹²⁹.

Apesar de todo o cuidado para distinguir os discursos essencialmente políticos dos demais, Sunstein aproxima muito os dois níveis de discurso ao defender que até mesmo a intervenção do Estado no nível mais baixo necessita de uma substancial demonstração de dano para se legitimar. De sorte que, a regulamentação, de modo

¹²⁸ Because harms are so easily invoked that their acceptance in any case would lead to intolerable censorship in many cases. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 3058 (tradução livre).

¹²⁹ Formidable barriers to censorship are contained in the simple notion that usually government cannot regulate speech merely because people will be persuaded or offended by it.⁴³ Even under a two-tier First Amendment, speech that falls within the second tier cannot be restricted without a substantial showing of harm. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2808 (tradução livre).

algum será permitida, se seu real propósito for o de reprimir mensagem ao invés de evitar danos genuínos¹³⁰.

Portanto não restam dúvidas de que, sob os fundamentos da *two tier theory* apresentados por Sunstein, os discursos racistas, preconceituosos, sexistas, misóginos e homofóbicos que não se reduzem a meros epítetos depreciativos¹³¹ gozam de uma proteção constitucional bastante sólida. Mesmo que esses discursos provoquem a cólera, o ressentimento, a indignação e ainda ofendam grande parcela da sociedade, eles devem ser considerados uma parte legítima do processo deliberativo¹³². Estão diretamente voltados para o campo político e, não só pretendem, como também são recebidos como uma contribuição para o debate acerca das controvérsias públicas.

Exatamente por isso se encontram no âmago da liberdade de expressão e, ainda que essa contribuição seja negativa do ponto de vista axiológico, de maneira nenhuma essa avaliação poderá servir de pretexto para o Estado furtar do indivíduo o seu direito de participar dos debates e de expor livremente suas opiniões e suas concepções de mundo, sejam elas quais forem.

Notem também que Sunstein está longe de defender o conteúdo desses discursos preconceituosos, racistas, odiosos, sexistas e obscenos. Na verdade, afirma que o sistema de governo madsoniano comprometido com o ideal do *self-government* é o mais legítimo e o mais bem capacitado para lidar com esses problemas. Consciente do dever do Estado em corrigir as desigualdades e os estigmas sociais que permeiam a comunidade, defende que a repressão não é o melhor e nem deve ser o primeiro caminho a ser tomado. Por conseguinte, argumenta que a “deliberação política é central para esse processo de superação de preferências e crenças produzidas pela limitação das oportunidades e pela injustiça social”¹³³.

É por meio do ideal de autogoverno, que possibilita um debate amplo e desinibido com a participação de todos, que a sociedade terá oportunidade de

¹³⁰ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 2821.

¹³¹ Like an obscene telephone call, a racial epithet is not plausibly taken as part of social deliberation on racial issues, and the harms that it produces go well beyond offense. Of course, there will be hard intermediate cases. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 3269. Vale ressaltar que, como veremos em seguida, Dworkin também fará uma importante distinção entre os discursos odiosos que tem como finalidade comunicar alguma ideia daqueles que se constituem em meros epítetos, insultos destinados unicamente a ofender a alguém.

¹³² SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 3269.

¹³³ Political deliberation is central to this process of overcoming preferences and beliefs that are produced by limited opportunities or social injustice. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 5740 (tradução livre).

desconstruir crenças enraizadas em preconceitos, na intolerância e na falta de conhecimento. Dialogando com a geração dos *Founding Fathers*, Sunstein assegura que a Carta de Direitos não garante a ninguém, nem mesmo à maioria dos cidadãos, o direito de pautar e instruir quais as discussões serão, e quais não deverão ser tratadas na esfera pública. Ao contrário, sugere que uma das principais funções do sistema democrático é estender a todos o direito de participar dos processos de deliberação pública, nos quais “até mesmo desejos e crenças correntes acerca de quais os cursos de ação são os melhores, não podem ser congelados”¹³⁴.

O sistema de governo sobre o qual está fundamentada a constituição norte-americana é um sistema político orientado mais pela deliberação do que pela agregação. Nesse sentido, relembra que “uma característica distintiva do republicanismo americano é a extraordinária hospitalidade em relação ao desacordo e à heterogeneidade, ao invés do temor a eles”. E que “os constituintes acreditavam que a diversidade de opiniões constituiria uma força criativa e produtiva”¹³⁵ para a consolidação da democracia estadunidense.

Mas reconhecendo que esse ponto de vista nunca foi uma unanimidade na história do país, destacou as seguintes palavras do “proeminente antifederalista Brutus”, forte oponente dessa interpretação constitucional: “Em uma república, os costumes, sentimentos e interesses do povo devem ser semelhantes. Se este não for o caso, haverá um confronto constante de opiniões; e os representantes de uma parte estarão continuamente lutando contra os da outra parte”¹³⁶.

Contudo, sublinha que não foram os ideais de Brutus que prevaleceram. Como todos sabem, foram as ideias do Partido Federalista que saíram vencedoras desse embate. Segundo Sunstein, “os federalistas americanos não acreditavam que a heterogeneidade fosse um obstáculo para a discussão política e o debate. Pelo contrário, sabiam que ela era indispensável para que eles ocorressem”. Afinal de

¹³⁴ SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 4170.

¹³⁵ A distinctive feature of American republicanism is extraordinary hospitality toward disagreement and heterogeneity, rather than fear of it. The framers believed that a diversity of opinion would be a creative and productive force. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 4155 (tradução livre).

¹³⁶ “In a republic, the manners, sentiments, and interests of the people should be similar. If this be not the case, there will be a constant clashing of opinions; and the representatives of one part will be continually striving against those of the other. BRUTUS *apud* SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 4155 (tradução livre).

contas, questionou, “se as pessoas já estão de acordo, sobre o que elas irão discutir? Por que é que elas iriam querer conversar?”¹³⁷.

Por fim, cabe aqui salientarmos uma vez mais, que a enorme importância atribuída por Sunstein à liberdade de expressão não emana da defesa de um livre mercado. Tanto é assim que, apesar de ter invocado em diversos momentos o teste do perigo claro e presente desenvolvido por Holmes, o constitucionalista declara que a analogia do free market é infeliz e incapaz de explicar os reais fundamentos que garantem à liberdade de expressão a sua ampla proteção. O fundamento desse direito, segundo o teórico, reside na necessidade de garantir que o povo governe o governo e não o contrário. Nesse sentido esclarece que:

O sistema de livre expressão não é uma abstração sem sentido que protege o discurso pelo discurso. A Primeira Emenda não é um produto da economia neoclássica; ela tem propósitos independentes e identificáveis. Esses propósitos estão intimamente ligados ao objetivo de alcançar uma democracia deliberativa formada por agentes políticos iguais¹³⁸.

Esse sistema, que trata a liberdade de expressão não somente como um meio para se alcançar a “verdade”, tem por finalidade promover o autogoverno dos cidadãos garantindo e fomentando uma concepção de autonomia política que estenda a todos o direito a mais ampla participação nas deliberações públicas. Para tanto exige que seja dispensado um tratamento imparcial aos atores políticos, possibilitando assim que cada um possa contribuir à sua maneira para o debate. Diante disso Sunstein afirma que foi o voto concorrente do *justice* Louis Brandeis¹³⁹ em *Whitney v. California*¹⁴⁰ que melhor compreendeu as raízes e as condições sob as quais o sistema da liberdade de expressão está fundamentado.

¹³⁷ The American Federalists did not believe that heterogeneity would be an obstacle to political discussion and debate. On the contrary, they thought that it was indispensable to it. If people already agree, what will they talk about? Why would they want to talk at all? SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 4160 (tradução livre).

¹³⁸ The system of free expression is not an aimless abstraction, protecting speech for its own sake. The First Amendment is not an outgrowth of neoclassical economics; it has independent and identifiable purposes. Those purposes are closely connected with the goal of achieving a deliberative democracy among political equals. SUSTEIN, Cass R. Democracy and the problem of free speech. *Op.cit.*, posição 4698 (tradução livre).

¹³⁹ A distinção entre as concepções de Holmes e Brandeis sobre a liberdade de expressão apontada por Sunstein em sua obra não parece ser tão significativa assim. Ao longo dos anos em que estiveram na Corte sempre votaram juntos nos casos envolvendo a Primeira Emenda. Assim também se sucedeu em *Whitney v. California* 274 U.S 357 de 1927, no qual o voto concorrente de Brandeis foi acompanhado por Holmes.

¹⁴⁰ Anita Whitney foi acusada de ter ajudado a fundar o *Comunist Labor Party of America*, uma organização que supostamente instigava a derrubada do governo por meio da violência. Anita que teria

De fato, a *opinion* de Brandeis ilustra e incorpora muito bem as ideias centrais destacadas no republicanismo madisoniano de Sunstein. Mas além disso, segundo Lewis, esse voto foi considerado por muitos estudiosos a “melhor manifestação judicial da causa da liberdade de expressão”¹⁴¹ e por isso não podemos deixar de retratá-lo, ao menos em parte:

Aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que a finalidade do Estado era tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades; e que nesse Estado *as forças deliberativas deveriam prevalecer sobre o arbítrio*. Eles valorizavam a liberdade tanto como um fim quanto como um meio. Acreditavam que a liberdade era o segredo da felicidade e que a coragem era o segredo da liberdade. Acreditavam que as liberdades de pensar o que quiser e de falar o que se pensa são meio indispensáveis para a descoberta e para a disseminação da verdade política; que *sem as liberdades de expressão e de reunião a discussão seria fútil; que com elas a discussão geralmente fornece proteção adequada contra a disseminação de doutrinas perniciosas*; que a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que a discussão pública é um dever político; e que esse deve ser o princípio fundamental do governo Americano. Eles reconheciam os riscos a que todas as instituições humanas estão sujeitas. Mas sabiam que a ordem não pode ser garantida apenas pelo medo da punição por infringi-la; que é arriscado desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo gera repressão; que essa repressão gera o ódio; que o ódio ameaça a estabilidade do governo; que o caminho da segurança se situa na oportunidade de discutir livremente as supostas queixas e as possíveis soluções, e estabelecer que o remédio mais adequado para os conselhos maléficos são os bons conselhos. Acreditando no poder da razão aplicado por meio da discussão pública, eles afastavam o silêncio coagido pela lei – o argumento da força em sua pior forma. Reconhecendo as tiranias ocasionais das maiorias governantes, eles emendaram a Constituição para que as liberdades de expressão e de reunião fossem garantidas. O simples medo de lesões graves não pode justificar a supressão da liberdade de expressão e de reunião. Muitos temiam bruxas e queimaram mulheres. É a função do discurso libertar os homens da escravidão dos medos irracionais. Para justificar a supressão da liberdade de expressão, deve haver terreno razoável para temer que o mal grave seja resultado direto da prática da liberdade de expressão. Deve haver um fundamento razoável para acreditar que o perigo apreendido é iminente. Deve haver um fundamento razoável para acreditar que o mal a ser prevenido é sério. (...) Aqueles que conquistaram nossa independência pela revolução não foram covardes. Eles não temiam mudanças políticas. Eles não exaltaram a ordem à custa da liberdade. (...) *Se houver tempo para expor as mentiras e as falácias por meio da discussão e para evitar o mal pelos processos de educação, o remédio a ser aplicado é mais discurso, não o*

então violado uma lei do Estado da Califórnia que tinha como escopo criminalizar ações sindicais violentas foi condenada à prisão. Com um *background* muito semelhante aos casos que antecederam seu julgamento - vide nota 104 -, Anita teve sua condenação confirmada por unanimidade pela Suprema Corte, que apesar de ter feito, uma vez mais, referência ao teste do perigo claro e presente, fundamentou a decisão com base na ideia de que o Estado tem o dever de restringir aqueles discursos que manifestam uma *tendência nociva* – *Bad tendency test* –. Contudo o voto concorrente de Brandeis não só estabeleceu as premissas do atual *Brandenburg test* como também serviu de fundamento para o indulto que foi concedido à Anita pelo governador da Califórnia, um mês após a decisão. LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. *Op. cit.* p. 53.

¹⁴¹ LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana*. *Op. cit.* p. 52.

silêncio forçado. Apenas uma emergência pode justificar a repressão. Tal deve ser a regra se a autoridade quiser se reconciliar com a liberdade¹⁴².

Essa passagem do voto de Brandeis é tão grandiosa e eloquente, que em algumas linhas conseguiu não só invocar os fortes pressupostos estabelecidos por Stuart Mill, como também apresentou os principais elementos desenvolvidos pela atual teoria de Sunstein. Mas sua influência na luta pela defesa da liberdade de expressão não parou por aí. Além de ter sido o alicerce da decisão que 40 anos depois se tornou um dos precedentes mais importantes na avaliação dos casos envolvendo a Primeira Emenda, também esboçou os argumentos que foram desenvolvidos pelas sofisticadas teorias liberais acerca do *free speech* que veremos a seguir.

1.4 Responsabilidade e autonomia moral: Uma questão de legitimidade.

Os principais argumentos utilizados para fundamentar a liberdade de expressão na autonomia são especialmente bem trabalhados por Ronald Dworkin e

¹⁴² Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties, and that, in its government, the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end, and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness, and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that, without free speech and assembly, discussion would be futile; that, with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies, and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law -- the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed. Fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly. Men feared witches and burnt women. It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears. To justify suppression of free speech, there must be reasonable ground to fear that serious evil will result if free speech is practiced. There must be reasonable ground to believe that the danger apprehended is imminent. There must be reasonable ground to believe that the evil to be prevented is a serious one(...) Those who won our independence by revolution were not cowards. They did not fear political change. They did not exalt order at the cost of liberty. (...) If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence. Only an emergency can justify repression. Such must be the rule if authority is to be reconciled with freedom. *Whitney v. California* 274 U.S 357 (1927) (destaques nossos).

Edwin Baker, ambos partidários da matriz liberal da teoria da justiça. Ao contrário do que muitos pensam, a interpretação que esses dois teóricos realizam da liberdade de expressão não é unânime e nem mesmo representam a doutrina majoritária nos Estados Unidos. Na verdade, o que não faltam são críticas aos seus trabalhos. A maioria delas é proveniente das teorias políticas cujo o fundamento da justiça decorre de convicções éticas mais cheias, como o comunitarismo e o próprio republicanismo. Mas o curioso é que outras tantas partem de dentro da própria perspectiva liberal, como é o caso dos apontamentos de Jeremy Waldron. Não obstante, entendemos que nenhuma dessas propostas rivais oferece uma compreensão mais adequada e coerente acerca do direito à livre manifestação do pensamento.

Começaremos então por Dworkin, que é considerado mais ponderado do que Baker na defesa que faz da liberdade de expressão. Contudo, importa sublinhar que, se diante de uma perspectiva mais geral essa afirmação parece proceder, no que se refere à proteção que é devida ao conteúdo das expressões, ambos parecem concordar em praticamente tudo.

1.4.1 Ronald Dworkin

Dworkin tem afirmado que os dispositivos que estruturam constituições democráticas como a do Estados Unidos são, em grande parte, dispositivos abstratos que exigem da comunidade jurídica uma interpretação baseada em princípios morais que guiaram a aplicação dessas normas nos casos concretos. Apesar de intuitivo, nem todos compreendem bem a ideia que está por detrás desse raciocínio, por isso é necessário descrever melhor esse procedimento:

A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral – o princípio de que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam – e o incorpora ao direito norte-americano. Assim, toda vez que surge uma questão constitucional nova ou controversa (...), as pessoas encarregadas de formar uma opinião sobre o assunto devem decidir qual a melhor maneira de compreender aquele princípio moral abstrato¹⁴³.

Resta então saber se o fundamento verdadeiro desse princípio moral abstrato que veda a censura se estende a qualquer forma de expressão e a todo tipo de

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.* p.2.

conteúdo, inclusive aqueles não são essencialmente políticos. A essa metodologia interpretativa dos princípios constitucionais abstratos Dworkin deu o nome de leitura moral da constituição. Segundo ele, esse não é o melhor método de compreender o sentido dessas normas fundamentais, mas sim o único possível.

A leitura moral, apesar de inserir “a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional”¹⁴⁴, não é, em si mesma, um “programa ou estratégia intrinsecamente liberal nem intrinsecamente conservadora”¹⁴⁵. Apenas assume que as posições políticas e morais dos juízes, inegavelmente, afetarão e orientarão a suas decisões acerca dessas grandes questões constitucionais.

Confia aos juízes e, especialmente aos juízes da suprema corte, a autoridade para identificar e densificar essas normas genéricas naquelas circunstâncias em que são chamados a decidir sobre um caso complexo¹⁴⁶. Dworkin chama atenção principalmente para aqueles dispositivos que exercem uma função contramajoritária e que têm como objetivo “proteger os indivíduos e as minorias da ação do Estado”¹⁴⁷.

Para tornar mais claro o sentido desses princípios constitucionais, sugere que eles sejam enunciados em um nível mais geral possível e, para entender melhor o que Dworkin propõe, iremos direto para os comentários que filósofo faz acerca do princípio que garante a liberdade de expressão. Antes disso, achamos importante destacar os ideais políticos e jurídicos que, segundo ele, podem ser extraídos da leitura de todo o conjunto principiológico estabelecido pela Constituição e que constituem o ponto de partida para a interpretação de qualquer mandamento moral abstrato:

o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.* p.2.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.* p.3.

¹⁴⁶ Ver mais em: DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005 e GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos no estado democrático de direito. Ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 143, p/ 191-209, jul./set./1999

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. *Op. cit.* p.10. Notem que Dworkin está se referindo ao contexto norte-americano, sobretudo à chamada Declaração de Direitos que contém grande parte das emendas à Constituição. Contudo isso não limita a sua análise, já que os princípios morais abstratos aludidos por ele, são os próprios dos direitos individuais que fundamentam todo o constitucionalismo moderno, dentre eles estão o direito de ir e vir, o direito à igual proteção, ao devido processo e obviamente à liberdade de expressão, por exemplo.

quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião¹⁴⁸.

Diante dessa perspectiva constatamos que o Estado e seus agentes devem tratar os cidadãos como agentes morais independentes, sem privilegiar, distinguir, ou ainda melhor, sem preferir uns aos outros na hora de efetivar os princípios garantidos na Constituição. É imperioso que o Estado garanta a todos igual respeito e consideração, independentemente das escolhas e dos estilos de vida que cada um decide fazer. Ou seja, no momento de efetivar esses princípios deve o Estado proceder sempre de maneira imparcial, respeitando os limites impostos contra sua atuação na esfera das liberdades individuais.

Decorre daí que os juízes ao aplicar esses preceitos morais abstratos devem se atentar para história, ao que os legisladores originários queriam dizer quando conceberam tais princípios e, ao mesmo tempo, considerar as decisões que os tribunais tomaram ao longo dos anos em casos semelhantes. Esse respeito pela história, todavia, é muito diferente da obstinação ordenada pelo originalismo e não compartilha das mesmas pretensões. Portanto, apesar de sermos governados pelo que os legisladores disseram, ou melhor, pelos princípios que eles declararam, não estamos por isso, subordinados a qualquer informação “acerca de como eles mesmo teriam interpretados esses princípios ou os teriam aplicado em casos concretos”¹⁴⁹.

Além disso, a leitura moral que propõe Dworkin exige da interpretação constitucional integridade¹⁵⁰ e coerência e, por isso, impede aos juízes de dizerem que a Constituição não expressa nada além de suas próprias convicções. Mesmo que algumas constituições – e este é o caso da norte americana – outorguem aos juízes a autoridade suprema para definir o que diz a Lei, eles:

não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucionalmente seguida por outros juízes no passado¹⁵¹.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.11

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.15

¹⁵⁰ Para mais detalhes da teoria do direito como integridade ver: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. *Op. cit.* e DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.15

Para explicitar melhor a maneira pela qual se realiza a integridade e coerência constitucional por meio do elo que deve existir entre as interpretações do passado e as decisões do presente que, tão logo, servirão como norte para guiar as questões futuras, propomos um exemplo semelhante ao que Dworkin utiliza. Ainda que um determinado juiz acredite na realização plena e substantiva do ideal de justiça abstrato de igualdade econômica, não pode por isso, empenhar-se para aplicar esse princípio como uma forma de implementar a propriedade coletiva dos meios de produção, como se fosse essa uma exigência da Constituição¹⁵².

No mesmo sentido, sugerimos outro exercício mental. A igualdade de tratamento entre os indivíduos é um princípio moral abstrato garantido em qualquer democracia moderna, da mesma forma que é o princípio da liberdade de expressão e imprensa. Mas um juiz com tendências igualitárias radicais, não pode interpretar essas cláusulas constitucionais como uma garantia de que todas as vozes presentes na sociedade sejam ouvidas, em pé de igualdade, por todas as pessoas. Essa interpretação, além de deixar muitas dúvidas quanto à possibilidade de ser efetivada, não é coerente com os princípios e com a história da Constituição, seja ela a brasileira ou a norte-americana, e muito menos com as decisões que as cortes de ambos os países têm acordado sobre o tema.

Percebe-se então que o modelo de constitucionalismo proposto por Dworkin contesta tanto a premissa majoritária, que se apoia na ideia de que os juízes devem decidir de acordo com o que pensa a maioria, quanto a crocracia, que é a forma de governo na qual o poder é centralizado na figura dos juízes, que podem decidir baseando-se unicamente em suas opiniões pessoais. Essa concepção de constitucionalismo é, segundo Dworkin, a única que realmente observa as exigências democráticas, uma vez que preenche as “condições de participação moral numa determinada comunidade política”¹⁵³, permitindo que a liberdade positiva¹⁵⁴ se concretize na medida em que a cada indivíduo seja garantido o direito de participar de

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.16

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.36

¹⁵⁴ Na teoria política a liberdade positiva pode ser definida como a capacidade que o indivíduo tem de se auto realizar e determinar, algo que só seria possível quando lhe são garantidos o poder e os recursos necessários para que, mediante a tomada de decisões autônomas, possa cumprir com suas próprias finalidades e definir seu próprio destino. Ver mais em: BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press p. 118-172, 1971.

qualquer decisão coletiva sem que tenha que submeter sua vontade à vontade de uma determinada maioria.

Essas condições democráticas, que são divididas em três grupos, “determinam como o indivíduo deve ser tratado por uma comunidade política verdadeira para que possa ser um membro moral dessa comunidade”¹⁵⁵. A primeira delas exige que toda pessoa tenha a oportunidade de modificar, de algum modo, as decisões que são tomadas pela coletividade. Demanda ainda que essa chance de participar do processo de mudança social não seja determinada pelos valores, convicções, talentos e nem pelas capacidades individuais. Uma consequência direta dessa condição é a obrigação de garantir a todos, independentemente das preferências, o direito à livre expressão e manifestação do pensamento, sejam eles essencialmente políticos ou não.

A segunda condição é a exigência de igual consideração e respeito pela participação de cada indivíduo no processo político da comunidade. Em decorrência disso, qualquer decisão, ou ação política que despreze as necessidades e perspectivas de uma minoria, seja ela qual for, será injusta e ilegítima.

Já a terceira condição decorre da autonomia, ou ainda, da independência moral que cada indivíduo detém mesmo estando inserido em uma coletividade e demonstra como a liberdade individual é preservada e promovida pelo “autogoverno coletivo”. Similarmente ao que acontece com uma equipe em uma partida de futebol, o fato de todos compartilharem do mesmo objetivo e do mesmo trabalho não impede que cada jogador tome suas decisões dentro do campo de acordo com aquilo que ele próprio considera ser o melhor num determinado lance.

Ainda que a responsabilidade de definir a tática e a estratégia para conquistar a vitória seja atribuída ao treinador, os jogadores não perdem com isso suas individualidades em campo e, muito menos, fora dele. Mesmo entregando parte da responsabilidade a um terceiro, os jogadores preservam os elementos essenciais para o controle de suas vidas. Até mesmo antes de entrar em campo eles podem discutir e preferir uma estratégia a outra e opinar sobre as táticas. Mas, no momento em que essas diretrizes são definidas pelo técnico, todos devem acatá-las e respeitá-las.

Ao concordar em transmitir essa responsabilidade para outra pessoa, os jogadores não sacrificam os elementos essenciais para o controle de suas próprias

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.37.

vidas. O que o técnico definitivamente não pode fazer é obriga-los a torcer somente para o time que jogam, ou para um outro que seja da sua preferência. Da mesma maneira que também não pode forçá-los a gostar de um estilo de jogo em detrimento de outros¹⁵⁶. Conquanto que executem em campo o que foi previamente combinado, estão livres para assumir para si as demais responsabilidades que lhes são inerentes.

Trazendo esse raciocínio para a vida política e, principalmente, para o campo do debate público sobre questões fundamentais de justiça, Dworkin ensina que, na relação entre os indivíduos e a comunidade:

As pessoas que assumem a responsabilidade pessoal por decidir qual o tipo de vida que mais prezam podem mesmo assim aceitar que as questões de justiça – acerca de como equilibrar os interesses de todos os cidadãos, que são diferentes e às vezes conflituosos -sejam decididas coletivamente, de modo que uma única decisão possa ser encarada por todos como dotada de autoridade. (...) Assim, mesmo quando seus pontos de vista são derrotados, ele pode considerar-se unidos aos outros num esforço conjunto para resolver essas questões.¹⁵⁷

Isso decorre da autonomia moral que deve ser garantida a todos os indivíduos legalmente capazes e que deságua na própria questão da legitimidade da democracia. Ao reconhecer a responsabilidade moral que é intrínseca a todos indivíduos, o Estado – ou qualquer outra maioria – não pode decidir por eles o que devem ou não pensar. Do mesmo modo não pode impor que esses indivíduos não se expressem contrariamente ao que foi definido pela comunidade. Apesar de ser passível de punição a desobediência dessas regras, não pode ser punido aquele que simplesmente pensa de maneira divergente. Somente assim o acordo social prevalece e a comunidade pode exigir legitimamente a sanção daqueles que desviam da lei.

Dentro desse contexto, não pode a comunidade arrogar para si o poder de limitar o espectro dos valores e dos ideais que servirão para orientar os indivíduos na hora de decidir e expressar qual é o modelo de vida que desejam seguir. Por isso, a escolha e a expressão desses valores devem refletir unicamente as preferências individuais e nunca uma determinação da sociedade. Essas são as premissas básicas para constituição de uma comunidade política ‘verdadeira’.

¹⁵⁶ Utilizamos aqui o mesmo raciocínio que Dworkin desenvolveu ao fazer uma analogia com o funcionamento de uma orquestra. Ao invés de técnicos e jogadores ele se referiu a maestros e músicos.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.39.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.40 (grifos nossos).

Nas palavras de Dworkin, essa comunidade política, concebida por agentes morais autônomos e independentes, “não pode determinar o que seus cidadãos devem pensar a respeito de política ou ética, mas deve, por outro lado, propiciar circunstâncias que lhes permitam chegar a crenças firmes em matéria de ética e política através de sua própria reflexão e, por fim, de sua convicção individual”¹⁵⁸.

Dito isso e tendo enunciado brevemente os pressupostos da leitura moral, as exigências democráticas e as condições de participação moral em uma comunidade política verdadeira, podemos concentrar agora nos argumentos que Dworkin desenvolve para fundamentar a liberdade de expressão que, obviamente, decorrem de tudo que pontuamos até aqui. Segundo o filósofo, ao longo da história norte americana muitas foram as propostas criadas para justificar a forte proteção que o texto constitucional concede à liberdade de expressão e imprensa. Entretanto, chama atenção para o fato de quase a totalidade delas pode ser enquadrada em apenas duas categorias mais genéricas.

Na primeira categoria estão as teorias que justificam a liberdade de expressão por causa de sua instrumentalidade. Nesse caso, a sua importância advém da crença de que a forte proteção do direito à livre expressão consiste no melhor meio para se alcançar a verdade. Entendem que, ao longo do tempo, o debate livre e desinibido produzirá mais benefícios do que malefícios. Dworkin demonstra que foi partindo dessa premissa que a Suprema Corte norte-americana firmou a atual leitura que se faz da Primeira Emenda à Constituição. Segundo ele, a ideia que a descoberta da verdade e da falsidade na política é facilitada e promovida pelo livre debate, foi o argumento mais constante na história recente da jurisprudência constitucional dos Estados Unidos na consolidação da liberdade de expressão¹⁵⁹. Plenamente adotada pelos tribunais a partir de *Brandenburg*, essa tese não deixou de ser uma aposta da coletividade na ideia de que a liberdade de expressão constitui num bem maior para a democracia, ainda que dela possam afluir alguns males.

Dworkin afirma, entretanto, que essa justificativa, apesar de ter permitido à jurisprudência dos Estados Unidos avançar muito na interpretação dos casos envolvendo a liberdade de expressão, não compreende toda a importância desse direito para o sistema democrático por tratá-lo somente como um meio para se

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.40.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.317

conquistar um determinado fim. Não quer dizer com isso que a justificativa instrumental não tenha nenhum valor, pois, como dito, antecipou aos norte-americanos uma liberdade que nenhum outro Estado do mundo teve a coragem de oferecer aos seus cidadãos.

Contudo, sustenta que uma defesa consistente da liberdade de expressão requer muito mais do que uma explicação consequencialista. Deve ir além e demonstrar que na essência da constituição de uma sociedade política, reside o direito que todos os indivíduos adultos¹⁶⁰ possuem de serem tratados pelo Estado como agente morais responsáveis e, por isso, capazes de deliberar publicamente e de expor suas próprias percepções sem temer que sejam punidos por causa disto. É sob esse ideal que está fundamentada a segunda categoria dos argumentos que justificam a liberdade de expressão. Esse argumento, que Dworkin chamou de ‘constitutivo’, pressupõe 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. Só conservamos nossa *dignidade individual* quando insistimos em que ninguém – *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-la¹⁶¹.

Notem que a passagem destaca apenas o aspecto passivo da responsabilidade moral, que emana justamente da obrigação de sermos tratados como indivíduos capazes de escolher autonomamente aquilo que iremos ver, ler, ouvir e prestar atenção. Mas, do mesmo modo, a outra face da responsabilidade moral implica não só no direito que todos os indivíduos detêm de constituir suas convicções próprias, mas também na garantia de poder manifestá-las livremente.

Isso porque, como ressaltamos outras vezes, na modernidade não há mais um consenso acerca do que consiste a verdade, o bom, o bem e o belo. Também não há mais uma autoridade legítima capaz de definir esses conceitos de maneira irrefutável¹⁶². Ao invés disso, o que há são inúmeros projetos de vida, incontáveis

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.318

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.319 (grifos nossos)

¹⁶² Interessante notar que muitos anos antes o jovem Marx fez críticas semelhantes contra a censura que era praticada nos Estados germânicos no início do século XIX. O pai do comunismo, afirmou em seus escritos sobre a liberdade de imprensa e comunicação que todo censor, todo aquele que limita a liberdade de expressão, seja o governo ou uma pessoa privada, só poderia atuar legitimamente ante a

concepções políticas, científicas e estéticas que devem concorrer, ao menos formalmente, em pé de igualdade na esfera pública. Diante disso, toda vez em que há uma restrição no conteúdo dos discursos, o Estado frustra e nega esses aspectos da personalidade moral dos indivíduos ao impedir que determinadas pessoas exerçam essas responsabilidades, “justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam”¹⁶³.

Por conseguinte, eleva a proteção da liberdade de expressão a um patamar superior àquele pretendido por Sunstein e pela concepção madisoniana. Na teoria de Dworkin o mesmo grau de proteção deve ser garantido para todos os tipos e formas de expressão. As manifestações acerca dos temas mais banais e pitorescos merecem a mesma defesa que é destinada aos discursos explicitamente políticos. Nenhuma distinção axiológica fundamentada, sobretudo, pelas preferências dos juízes pode justificar a intervenção do Estado nessa esfera da autonomia individual pois,

Na mesma medida em que o Estado exerce o domínio político sobre uma pessoa e exige dela a obediência política, não pode negar a nenhum desses dois aspectos da responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar. Não pode fazê-lo do mesmo modo pelo qual não pode negar-lhe o direito de votar. Se o Estado faz isso, abre mão de um aspecto substancial de sua reivindicação de poder legítimo. *Quando o Estado proíbe a expressão de algum gosto ou atitude social, o mal que ele faz é tão grande quanto o de censurar o discurso explicitamente político; assim como os cidadãos têm o direito de participar da política, também têm o direito de contribuir para a formação do clima moral ou estético*¹⁶⁴.

Nota-se aqui mais uma vez a relação que Dworkin vai sugerindo ao longo de sua obra entre o respeito pelas opiniões dos indivíduos e a legitimidade do poder coercitivo e decisório do governo. Na medida em que o Estado impede os cidadãos de questionar e criticar as leis em vigor e as políticas públicas empregadas, ele mina o que há de mais ‘constitutivo’ para o sistema democrático, que é a possibilidade de participação ativa no processo deliberativo de tomada de decisões que produzirão efeitos – diretos ou indiretos – na vida de todos os indivíduos.

justificativa de estar sob a inspiração divina. Todavia, completou ele, em nossa sociedade, quando alguém se vangloria de ter inspiração divina para justificar suas imposições, só há uma solução, levá-lo ao especialista em doenças mentais. MARX, Karl. *Liberdade de imprensa / Karl Marx*. Tradução de Claudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2007, p.47.

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.320.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.320 (grifos nossos).

Mas é importante deixar claro que, apesar de atribuir maior importância às justificativas constitutivas, Dworkin não está negando o mérito das justificações instrumentais, e muito menos afirmando que elas se excluem. Na verdade, elas são complementares¹⁶⁵. Com base nisso, vai fazer uma forte ressalva quanto às decisões que a suprema corte norte americana tem tomado nos casos envolvendo a Primeira Emenda.

Isso porque, segundo Dworkin¹⁶⁶, somente em dois momentos os juízes da Corte utilizaram do argumento constitutivo para fundamentar a importância do direito à liberdade de expressão no ordenamento americano. A primeira vez que isso ocorreu foi justamente no voto dissidente de Brandeis em *Whitney v. California*¹⁶⁷, no qual o juiz sentenciou que o fim último do Estado é deixar os homens livres para desenvolver suas faculdades e ressaltou que para a consecução desse objetivo a liberdade de expressão é valiosa não somente como um meio, mas também como um fim.

A outra vez em que a justificativa constitutiva apareceu foi, de maneira muito mais discreta, com uma pequena referência no voto do *justice* Brennan, responsável por proferir a *opinion* do caso *New York Times Co. v. Sullivan*¹⁶⁸, que revolucionou a maneira pela qual a Corte interpretaria todas as demais questões envolvendo o *free speech*. Embora tenha atribuído ao cidadão o dever de atuar como um crítico e tendo dito que, do mesmo modo que em uma democracia o dever do Estado é administrar, o dever do cidadão é o de criticar, Brennan ainda restringiu essa breve menção do argumento constitutivo às questões políticas. Por isso é que Dworkin adverte que a despeito de a decisão em *Sullivan* ter configurado um grande passo na jornada pela defesa da liberdade de expressão e imprensa,

o uso quase exclusivo que Brennan faz da justificação instrumental e a ênfase que dá à qualidade especial da expressão política hoje nos parecem lamentáveis mesmo que tenham sido necessários para garantir a maioria, pois é possível que, por causa disso, se tenha reforçado o pressuposto popular,

¹⁶⁵ Dworkin é um dos poucos que compreendeu o argumento de Stuart Mill em sua totalidade. Atesta que o britânico utilizou das duas justificativas para fundamentar sua teoria acerca da liberdade de expressão. Enquanto isso a grande maioria de seus críticos se limita a enxergar somente a parte *instrumental* de seu argumento, reduzindo toda a riqueza e coerência da teoria de Mill a uma simples defesa do livre mercado de ideias. Entretanto, como vimos, Mill estava muito à frente de seu tempo e a sua enorme contribuição para a compreensão do direito à liberdade de expressão além de indiscutível, é muito ainda muito atual.

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.323.

¹⁶⁷ Ver nota 137.

¹⁶⁸ Ver nota 101.

mas perigoso, de que é a isso que se reduz a Primeira Emenda e de que a justificativa constitutiva é ou deslocada ou desnecessária¹⁶⁹.

O problema que se apresenta é que se a liberdade de expressão consiste apenas num instrumento que garante ao povo o governo de si próprio, não fica claro quais seriam os motivos que impendem a maioria de impor uma restrição no discurso que seja por ela aprovada. Além de correr o risco de aumentar o poder de controle das maiorias, essa concepção também não explica, satisfatoriamente, como é que visões tão deturpadas da realidade poderiam, de fato, contribuir para a eficiência do mercado de ideias.

É no mínimo controverso afirmar que a oportunidade de escutar um discurso de supremacistas brancos como o de Brandenburg que manda os negros de volta para África e os judeus para Israel, ou de participar de manifestações nazistas em locais onde residem muitos dos sobreviventes do Holocausto¹⁷⁰, deixaria os indivíduos mais aptos para eleger os melhores cursos de ação política para a comunidade. E por isso questiona: “Será que nos seria mais difícil separar a verdade do erro – será que o mercado de ideias seria menos eficiente – se os membros da Klan, os nazistas ou os sexistas dogmáticos tivessem de ficar em silêncio?”¹⁷¹

Segue daí que a justificativa instrumental não seria capaz, por si só, de fundamentar a inconstitucionalidade de leis que tentam proibir manifestações que expressem convicções que a comunidade desaprova radicalmente. E, em um sistema democrático, preocupado com a autonomia moral dos indivíduos que constituem a sociedade, deve ser assegurada a participação pública de todos no sentido mais amplo possível. Portanto, nunca é demais ressaltar que é dever de todos respeitar e tolerar a opinião contrária, pois, da mesma forma que é inadmissível negar a alguém o direito ao voto por causa das concepções morais que ostenta, é inconcebível que se puna um indivíduo por manifestar publicamente suas crenças, convicções e preferências, mesmo que elas expressem ideias odiosas, detestáveis e sem fundamento.

É importantíssimo que a aplicação desse princípio constitucional também proteja essas formas de expressão, precisamente “porque somos uma sociedade liberal

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.324

¹⁷⁰ Ver nota 112.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.326

comprometida com a responsabilidade moral individual, e *nenhuma* censura de conteúdo é compatível com esse compromisso”¹⁷². Assim, a universalidade e o caráter constitutivo da própria humanidade que estão contidos na liberdade de expressão, impõe que ela seja justificada “nunca unicamente como um meio, mas sempre e ao mesmo tempo, como um fim”¹⁷³, permitindo que todos possam participar efetivamente na constituição da atmosfera moral, política e estética da sociedade da qual fazem parte.

Por isso não se pode deixar que argumentos unicamente fundamentados pela instrumentalidade da liberdade de expressão sejam utilizados estrategicamente para minar essa proteção, que deve ser garantida por toda sociedade que se vê comprometida com os ideais liberais. Para ilustrar esse ponto, Dworkin recorta parte do argumento que Fish formulou em defesa dos estatutos universitários que censuram as manifestações politicamente incorretas dentro dos *campi*. Segundo Fish: “A expressão, em suma, não é e não pode ser um valor independente, mas sempre se afirma dentro do contexto de uma concepção de ‘bem’ já pressuposta, diante da qual deve se curvar em caso de conflito”¹⁷⁴. Dworkin critica veementemente essa tentativa de Fish de utilizar um argumento instrumental com o intuito de limitar o conteúdo dos discursos. Isso porque segundo ele o ideal comunitarista sob o qual Fish constrói suas ideias acerca da liberdade de expressão ignora, ou desconsidera por completo a dimensão constitutiva que fundamenta o *free speech*.

Entretanto nos parece que o argumento de Fish não deveria nem mesmo ser classificado como instrumental. Sua hipótese, muitas vezes, se afigura mais a uma crítica do que a uma defesa da liberdade de expressão. Para ele a concepção de bem estabelecida não é conquistada por meio da liberdade, mas constitui-se em um limite substancial a ela¹⁷⁵. Ao sustentar que essa concepção de bem pressuposta é que *constitui* a sociedade, sugere que ela mesma (a concepção de bem) se torne um *instrumento* legítimo para restringir a livre manifestação do pensamento que a ela se oponha. Tanto é que, nos casos de conflito, Fish não abre exceções para sustentar

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.327.

¹⁷³ Exatamente como ordena uma das fórmulas do imperativo categórico kantiano.

¹⁷⁴ FISH, Stanley *apud* DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.328.

¹⁷⁵ Ver mais: FISH, Stanley. *There's no such thing as free speech: and it's a good thing, too*. New York: Oxford University Press, 1994.

que a liberdade de expressão deverá se curvar frente ao ideal de bem pressuposto pela comunidade.

Para elucidar melhor como que as justificativas instrumentais utilizadas isoladamente podem servir para subverter as premissas da liberdade de expressão ao invés de afirmá-las, Dworkin adentra na polêmica questão envolvendo as regulamentações de alguns estados norte-americanos que visam a proibir a difusão da pornografia em seus territórios. Segundo ele, o principal argumento para restringir essas formas de expressão que, alegadamente, ofendem o gênero feminino, parte da premissa de que as mulheres participariam de modo mais eficaz do processo político se não fossem insultadas por expressões ofensivas, tais como as simbolizadas na pornografia. Diante dessa perspectiva, a meta instrumental da democracia deliberativa estaria mais próxima de ser alcançada quando a liberdade de expressão fosse mais limitada do que protegida¹⁷⁶.

Contrariando essas alegações, Dworkin sustenta que não é apresentada nenhuma evidência que sirva para comprovar o argumento de que as mulheres estariam se afastando do processo político em virtude da proteção que é garantida à pornografia pela liberdade de expressão e, especialmente, pelas fundamentações constitutivas que justificam sua amplitude. Por mais que se tenha tentado demonstrar que a pornografia legal seja uma causa do comportamento machista, bem como dos aviltantes assédios sexuais que ainda persistem na sociedade¹⁷⁷, os argumentos apresentados se resumem a uma retórica provocativa, de embasamento jurídico-filosófico duvidoso e sem nenhuma comprovação fática. Apesar de compreender esse ponto de vista, não parece que as justificativas apresentadas sejam suficientes para limitar a liberdade de expressão de nenhuma maneira¹⁷⁸.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.328.

¹⁷⁷ Como sugere a eminente teórica americana do feminismo, com quem Dworkin trava interessante debate, Catherine MacKinnon, em: MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

¹⁷⁸ Se tais alegações fossem suficientes para restringir a pornografia, não teríamos condições de argumentar contra uma possível intervenção do Estado no conteúdo de novelas, filmes e até mesmo comerciais, que são, em grande parte, os maiores responsáveis por introjetar no inconsciente social comportamentos preconceituosos e machistas que reforçam a mensagem de que a mulher deve ocupar uma posição inferior ao homem na sociedade. Da mesma maneira, não apresentamos estudos que comprovem tal alegação, mas é difícil negar que o efeito desses discursos no imaginário social é muito maior e muito mais abrangente do que aquele supostamente causado pela pornografia. E, por isso, partindo de uma premissa democrática, não há como defender a legitimidade de intervenções tão agudas na liberdade de expressão. Se tal argumento desconsidera por completo a justificativa constitutiva da liberdade de expressão, ele tampouco consegue ser uma boa justificativa instrumental. Entretanto, como ressaltamos anteriormente, não é objetivo dessa pesquisa aprofundar nos debates e nos argumentos favoráveis a essa posição. Apesar da conexão explícita entre a liberdade de

Dworkin, para esclarecer a questão, recorre uma vez mais à jurisprudência norte americana, especificamente ao Tribunal itinerante do Sétimo Circuito, que confirmou a decisão do tribunal de Indianápolis, ao ratificar a declaração de inconstitucionalidade da lei da capital de Indiana, que proibia a “produção, venda, exposição ou distribuição” de todos os materiais classificados como pornográficos. Para tanto destacou a seguinte passagem do voto do juiz Easterbrook: “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”¹⁷⁹. Dworkin ainda mencionou outra interessante passagem do voto de Easterbrook, na qual o juiz faz uma clara referência ao argumento utilizado por Holmes:

O objetivo essencial da Primeira emenda é exatamente o de proteger nosso (direito de) expressão contra esse tipo de *disciplina legal por conteúdo*. A censura pode ser permitida ocasionalmente quando tem o objetivo de proibir as formas de expressão imediatamente perigosas – gritar ‘Fogo!’ num teatro lotado ou incitar uma multidão à violência, por exemplo – ou as que são especial e desnecessariamente inconvenientes – carros com alto-falantes que percorrem as ruas dos bairros residenciais à noite, por exemplo. Porém, ainda segundo Easterbrook, não se deve censurar nada a pretexto de a mensagem veiculada ser má ou de expressar ideias que não devem ser ouvidas de modo algum¹⁸⁰.

É por isso que ideal constitutivo da democracia assegura que todos os cidadãos, sejam eles negros, caucasianos, judeus, católicos, espíritas, nazistas, comunistas, anarquistas, capitalistas, muçulmanos, homossexuais, transexuais, homofóbicos, segregacionistas, mulheres ou homens, estão sob o império do Direito e devem ser tratados com igual respeito e consideração. Em decorrência disso, são todos, igualmente livres para expressar as opiniões que lhes são próprias, quanto para escolher os ideais que influenciarão seus projetos de vida. Não há como defender que essa tarefa que é constitutiva, não só da democracia, mas também da individualidade das pessoas, seja designada ao Estado. Portanto, se considerarmos que,

Os cidadãos que respeitem a lei são agentes morais responsáveis, é contraditório pensar que alguém tem o direito de determinar o que eles podem ou não podem ler com base num juízo oficial qualquer sobre o que

expressão, os discursos odiosos e a pornografia, por motivos metodológicos, preferimos não dar a ela atenção especial. Ademais, os fundamentos que desenvolvemos aqui, por si sós, demonstram que dificilmente legitimar-se-ia a conduta do Estado que visasse censurar expressões pornográficas.

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Op. cit. p.350.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Op. cit. p.350 e 351.

vai edificar ou destruir o caráter deles ou o que os levaria a ter opiniões incorretas sobre assuntos de interesse pessoal¹⁸¹.

Além do mais, a liberdade de expressão, “concebida e protegida como uma liberdade negativa fundamental, é o próprio âmago da escolha feita pelas democracias modernas, escolha essa que agora devemos respeitar enquanto buscamos outros meios para combater a vergonhosa desigualdade que ainda aflige as mulheres”¹⁸².

Fácil perceber que o argumento de Dworkin não se restringe às desigualdades e injustiças sociais que acometem as mulheres. Qualquer forma de expressão pejorativa que possa desagradar, ofender ou constranger um indivíduo, ou um grupo de indivíduos, não pode ser considerada a causa determinante das disparidades econômico-sociais existentes na sociedade. Mesmo que tais expressões façam referência à cor da pele, crença, etnia, ou à orientação sexual e política, atribuir esse nexo de causalidade à garantia da liberdade de expressão é, no mínimo, precipitado. E, ainda que tal relação de fosse comprovada, não poderia ela, por si só, servir para relativizar o direito à livre manifestação do pensamento. Isso porque existem meios mais adequados e mais eficazes para corrigir essas distorções que permeiam as sociedades ao longo de todo percurso da história humana. Meios que, acima de tudo, não comprometem o princípio que é constitutivo de todas as democracias modernas¹⁸³.

Uma opinião que seja grotescamente afrontosa e ultrajante não deve por isso ser proibida. Em um sistema de governo no qual a participação e a deliberação pública são fundamentais, “as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.333

¹⁸² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.355.

¹⁸³ Como é do conhecimento de todos, o investimento e a promoção de práticas educacionais que esclareçam as raízes e os males provenientes das práticas preconceituosas, bem como o incentivo e a criação de políticas afirmativas são medidas que o Estado não só pode, como tem o dever de promover a fim de garantir os princípios que estruturam qualquer constituição democrática. Mas a própria sociedade civil pode dar respostas terapêuticas e pedagógicas contra manifestações discriminatórias. Um belo exemplo disso aconteceu na Alemanha, na cidade de Wunsiedel, que transformou uma marcha de extrema direita em uma ação beneficente voltada para o financiamento de um programa que combate o movimento neonazista. Sem que os manifestantes soubessem, diversos membros da comunidade preparam uma ação conjunta na qual arrecadaram fundos para ‘patrocinar’ a marcha de extremistas. Para cada metro percorrido, eram doados dez euros para o programa EXIT Deutschland, responsável por desenvolver estratégias contra o ressurgimento dos movimentos neonazistas. Ao final da caminhada, os extremistas foram informados que a marcha havia arrecadado dez mil euros para o programa que condenava as ideias que eles tentavam divulgar. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/cidade-alema-transforma-marcha-nazista-em-campanha-antiextremismo.html>.

quanto quaisquer outras. A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também às de mau gosto”¹⁸⁴.

Geralmente, os argumentos favoráveis à restrição desse tipo de discurso constituem uma vasta “mixórdia de alegações acerca de diversos tipos de dano” sem muita preocupação em distinguir uns dos outros. Nenhuma restrição aos discursos que parta da pressuposição acerca da ocorrência de um dano abstrato, pode se legitimar em sistema realmente preocupado com a garantia da liberdade de expressão.

De maneira muito semelhante ao raciocínio desenvolvido por Stuart Mill, pela Suprema Corte e até mesmo pelo republicanismo de Sunstein, Dworkin garante que é somente quando o discurso apresentar um perigo evidente e imediato a alguém que a intervenção do Estado justificar-se-ia. Para elucidar melhor essa fórmula e, voltando à questão da mensagem pornográfica, Dworkin assegura que, ficando comprovado que certas “formas de pornografia aumentam significativamente a possibilidade de que mulheres venham a ser estupradas ou agredidas fisicamente”¹⁸⁵ não restam alternativas a não ser a restrição do discurso.

Contudo, somente a possibilidade de se atribuir a esses discursos a responsabilidade de serem, ao menos em parte, a suposta causa de uma estrutura econômica e social que privilegia os ofensores em detrimento dos ofendidos, não pode ser motivo suficiente para permitir a censura. E, no mesmo sentido, seria inconstitucional qualquer tentativa de suprimir a expressão que defendesse explicitamente que mulheres, negros, homossexuais, índios, judeus e outras minorias, não deveriam ocupar posições e cargos de “prestígio” na sociedade¹⁸⁶. Da mesma maneira que seria inconstitucional impedir aos conservadores de defenderem o fim das políticas afirmativas e redistributivas.

Uma vez mais Dworkin ao ensinamentos do juiz Easterbrook, dessa vez no caso *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*¹⁸⁷, para reforçar e esclarecer o argumento de que a constituição dos Estados Unidos impede o governo de edificar

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.351.

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.351.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.353.

¹⁸⁷ *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985).

qualquer lei que tenha por finalidade proibir o conteúdo da expressão, ao invés de evitar danos concretos e iminentes. Em certo momento de seu voto, o juiz do Sétimo Circuito responsável pela redação do Tribunal, concluiu muito acertadamente 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 (...) Todos esses efeitos infelizes dependem de uma intermediação mental”¹⁸⁸.

Infelizmente, para coordenar todos os planos de ação individuais, ou melhor, para ao menos garantir que a manifestação desses planos seja possível, a democracia não pode evitar que seus membros se sintam ofendidos por ideias as quais, fundamentalmente, se opõem. Se a nossa certeza de que a negação do holocausto constitui uma ofensa repulsiva às memórias dos judeus e das demais minorias que foram aniquilados nos campos de concentração é uma justificativa suficiente para excepcionar a liberdade de expressão, então temos que aceitar que os criacionistas da década de 1920 do Estado Tennessee que proibiram o ensino do evolucionismo darwinista nas escolas públicas estavam com a razão. Afinal de contas, eles “tinham tanta convicção da história dos seres vivos quanto nós temos da história da Alemanha, e também agiram para proteger pessoas que se sentiam humilhadas no âmago do seu ser pela nova e vergonhosa doutrina”¹⁸⁹.

Dentro desse debate, Dwrokin também relembra da perseguição liderada por muçulmanos fundamentalistas à Salman Rushdie, escritor e autor de *Os versos satânicos*. Em seu livro ficcional Salman aborda a polêmica questão acerca de alguns versos que teriam sido excluídos do Alcorão por não serem coerentes com a doutrina do monoteísmo islamista. Acusado por blasfemar contra o profeta Maomé e por ofender a fé e a religião islâmica, o escritor foi ordenado à pena de morte¹⁹⁰ (*fatwah*) pelo chefe de Estado do Irã, o que obrigou o escritor a viver escondido no Reino Unido durante décadas.

Essa injusta perseguição, ao fim e ao cabo, também se baseava na convicção de que alguém – Rushdie – estava errado e de que seus escritos eram responsáveis por uma ofensa irreparável e pelo profundo sofrimento que, nesse caso, era causado

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.355.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.361.

¹⁹⁰ A punição também se estendia aqueles que publicassem ou comercializassem o livro de Rushdie.

aos membros do islamismo. Suas palavras foram consideradas perigosas e escandalosamente mentirosas¹⁹¹.

Ao traçar as semelhanças principiológicas nos argumentos utilizados para justificar os mais distintos casos de censura e de retaliação oficial às opiniões divergentes, Dworkin pontua que “toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados”¹⁹².

Por mais que seja tentador pensar que o Estado deveria ser menos tolerante nos casos envolvendo expressões contra as minorias, não há como legitimar essa conduta em uma democracia. Pesquisas acadêmicas que afirmam existir diferenças genéticas entre as raças, manifestações contrárias aos movimentos LGBT’s, passeatas da Klan e a defesa do revisionismo histórico, por exemplo, são casos lamentáveis e desprezíveis, mas são ideias que devem e precisam ser combatidas no campo do debate e da argumentação pública. “Não gostaríamos que os poderosos tivessem o direito de proibir este tipo de história ou aquele tipo de biologia só porque as consideram erradas”¹⁹³. Além do mais, ainda que isso fosse possível, o efeito da proibição seria exatamente o oposto daquele pretendido.

Como já dissemos outras vezes, a história nos mostra que quando a violência estatal é mobilizada com a finalidade de dizimar ideias e expressões que são consideradas nocivas, o que se consegue é criar mártires e dar popularidade a um pensamento que, muito provavelmente, encontraria pouquíssimo eco na deliberação pública.

É inegável que um Estado realmente comprometido com os princípios de igualdade e liberdade tem o dever de promover políticas públicas para reduzir as desigualdades que se desenvolveram no seio das sociedades ao longo do tempo, mas não é limitando a liberdade de expressão que conseguirá êxito. E, por mais que pareça haver situações particularíssimas que exijam a intervenção do Estado, devemos nos atentar para o fato de que,

¹⁹¹ Depois de passar anos sem poder se manifestar publicamente, Rushdie declarou na cerimônia de lançamento de sua autobiografia: "Se você se sente ofendido por alguma coisa, o problema é seu. É bem difícil ficar ofendido por causa de um livro, você tem que se esforçar muito. Quando se fecha o livro, ele perde o poder de ofender." Ver mais em: < <https://www.cartacapital.com.br/internacional/ha-25-anos-salman-rushdie-recebia-sentenca-de-morte-islamica-1694.html> >.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.361

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.362.

a censura, muitas vezes, é filha do ressentimento, e as pessoas que sentem que a história foi injusta para com elas – como ocorre não só com os negros, mas também com muitos fundamentalistas muçulmanos e outros grupos – jamais vão admitir que sua situação não é igualmente especial¹⁹⁴.

Nunca é demais lembrar que as incontáveis manifestações expressivas de caráter progressista, que se alinhavam a um pensamento ideológico mais à esquerda, foram duramente censuradas no mundo ocidental durante grande parte do século passado. Partidos políticos foram desconstituídos, sindicalistas eram tratados como criminosos, líderes de movimentos pela concretização dos direitos civis foram presos e, aqueles que simpatizavam com os ideias comunistas e marxistas eram considerados uma ameaça à soberania nacional. A história do século passado está tão recheada de casos assim que não são necessários mais exemplos para comprovar esse ponto. O que devemos ressaltar é que em todos esses casos de evidente abuso do poder do Estado a justificativa para limitar a expressão seguia essa mesma linha de raciocínio que apontava ou para a excepcionalidade de determinada circunstância, ou para a nocividade e ofensividade do discurso, bem como para o risco (inegavelmente abstrato) que essas ideias ofereciam à população em geral.

Exatamente por isso é que Dworkin pede para que tomemos muito cuidado com os princípios que só podemos confiar quando são aplicados por aqueles que pensam como nós¹⁹⁵. Nesse sentido, ressalta que esses membros de movimentos intolerantes “nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, às vezes insuportável. Mas liberdade é importante, importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso”. Afinal de contas até mesmo o jovem Marx já nos alertava, ao escrever sobre a liberdade de expressão e imprensa, que “é impossível colher uma rosa sem espinhos!”¹⁹⁶.

As pessoas que amam a rosa da liberdade “não devem dar tréguas aos seus inimigos (...) e aos seus odiosos colegas, mesmo em face das provocações violentas que eles fazem para nos tentar”, porque na falta da liberdade de expressão as demais liberdades não passam de ilusão. Segundo Marx,

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.362.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.361.

¹⁹⁶ MARX, Karl. *Liberdade de imprensa / Karl Marx*. *Op. cit.* p.60.

Cada faceta da liberdade condiciona todas as outras, como sucede também com cada órgão do corpo. Quando uma liberdade específica é questionada, questiona-se toda a liberdade. Quando uma faceta da liberdade é negada, a própria liberdade é repudiada, e poderá conduzir apenas a uma mera semelhança de vida, pois depois a não-liberdade assumirá o controle como força dominante¹⁹⁷.

Tão logo começam a abrir brechas para restringir o conteúdo dos discursos, a liberdade de expressão passa a correr o risco de se tornar a exceção e não mais a regra, assim como todas as demais liberdades consagradas pelo estado democrático de direito.

Muitos argumentam, contudo, que esse alto preço da liberdade recai unicamente sobre os grupos minoritários que compõem a sociedade e que são as principais vítimas desses discursos intolerantes e detestáveis. Chamam a atenção para o possível silenciamento que essas expressões podem causar nos grupos que foram historicamente oprimidos e que, por isso, não seria condizente com o ideal da liberdade expressão permitir esse tipo de manifestação, uma vez que, ao invés de mais discurso teríamos menos.

Mas, como ressalta Dworkin, os estudiosos que apresentam essa hipótese se apoiam unicamente em especulações que não encontram muito embasamento fático nem teórico. Primeiramente porque, da mesma maneira que um discurso insultuoso pode levar seu destinatário ao silêncio, ele pode também, e talvez seja até mais provável, que ele instigue uma investida argumentativa contra esses ataques irracionais. O que, muito provavelmente, contribuiria para expor e esclarecer ao público as fraquezas e as incoerências dessas expressões preconceituosas e ultrapassadas.

Segundo porque, mesmo se a hipótese do silenciamento fosse confirmada ela dificilmente seria uma justificativa suficiente para o Estado restringir a autonomia dos indivíduos, uma vez que ninguém é obrigado a ler, escutar, ver e nem a concordar com qualquer opinião que seja. Ao garantir a liberdade de expressão em sua plenitude, não se está impedindo ninguém de falar aquilo que pensa. Caso algum indivíduo deixe de exercer esse direito, terá sido em virtude de uma escolha própria e não por causa de uma imposição externa sobre a qual nada poderia fazer. Mas no momento em que o Estado impede que o indivíduo expresse publicamente suas convicções mais íntimas, ele está negando sua autonomia e responsabilidade moral

¹⁹⁷ MARX, Karl. Liberdade de imprensa / Karl Marx. *Op. cit.* p.87.

e, portanto, retirando seu direito de escolher e expressar aquilo que acredita ser o certo e o errado.

Por isso mesmo essa justificativa não seria, por si só, suficiente. Mesmo aqueles que criticam essa posição, dificilmente duvidam de que a desigualdade econômica é uma das maiores responsáveis pelo silenciamento das vozes minoritárias dentro da sociedade, muito mais do que esses discursos lamentáveis que são lançados contra elas e contra seus membros. Contudo, é pouco provável que alguém que acredite nas instituições democráticas defenda que o Estado tem, por isso, o dever de limitar o acesso e o uso das propriedades e dos bens materiais aos seus titulares de direito, a fim de equalizar melhor as possibilidades de discurso.

Ao que tudo indica, uma medida como essa seria muito mais eficiente para combater esse silenciamento do que a censura dos conteúdos considerados nocivos, porém, seria tão ou mais ilegítima que esta. Os meios aqui, de forma alguma, justificam os fins, por mais nobres que eles sejam. Como destacamos anteriormente, a integridade do Direito não permite ao juiz, ou a quem quer que seja, empenhar-se para aplicar o princípio da liberdade de expressão como uma norma que limitaria alguns tipos de conteúdo discursivo enquanto privilegiaria outros, mesmo acreditando que o Estado deva garantir a todos o direito de ser ouvido. O princípio moral abstrato contido na cláusula da liberdade de expressão não ordena que o Estado dê iguais condições aos indivíduos de serem ouvidos, tal como o princípio da igualdade não pode ser interpretado e aplicado como uma forma de implementar a propriedade coletiva dos meios de produção¹⁹⁸.

Dworkin demonstra que esse argumento 'igualitário', apesar de levantar as questões mais sérias em relação aos possíveis limites da liberdade expressão, é um dos mais perigosos. Pressupõe que somente os grupos que sofreram com as desvantagens que se perpetuaram durante a constituição da sociedade é que não podem estar sujeitos às ofensas, à discriminação e ao abuso das expressões emanadas por aqueles contribuíram para a formação dessas desigualdades. No entanto, decorre daí um princípio moral assustador, segundo o qual a igualdade definiria que certas pessoas são menos livres – portando menos iguais – do que as outras para expressar seus gostos, preferências e convicções¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Ver nota 148.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 377 e 378.

Sob essa premissa de consequências devastadoras o “Estado poderia então proibir a expressão vívida, visceral ou excessivamente emotiva de qualquer opinião ou convicção que tivesse uma possibilidade razoável de ofender um grupo menos privilegiado”²⁰⁰. Para ilustrar o quão arriscado seria a prática desse ‘despotismo da polícia do pensamento’, obras clássicas da literatura, tais como *O mercador de Veneza*, *Guerra e Paz*, *Reinações de narizinho*, *O Cortiço* e até mesmo a *Política* de Aristóteles estariam sob suspeita de cair na ilegalidade.

Na verdade, segundo Dworkin, o princípio da liberdade de expressão contido na Constituição contribui de maneira muito distinta para a compreensão acerca do que é a igualdade e, especialmente, a igualdade política. Para o teórico,

assim como ninguém pode ser proibido de votar porque suas opiniões são desprezíveis, também não se pode negar a ninguém o direito de falar, escrever ou manifestar-se pelo rádio ou pela televisão pelo simples fato de as opiniões dessas pessoas serem insultuosas demais para ser levadas em consideração²⁰¹.

Nesse mesmo sentido, afirma que o papel igualitário da Primeira Emenda,

proíbe a censura dos perversos sexuais ou dos neonazistas, não porque alguém pense que as contribuições deles vão impedir a corrupção ou melhorar a qualidade do debate público, mas porque a igualdade exige que todos, por mais excêntricos ou desprezíveis que sejam, tenham a oportunidade de exercer sua influência não só nas eleições, mas na política em geral²⁰².

Vale ressaltar que, com isso, Dworkin não quer dizer que o Estado permitirá que todas as ideias e opiniões sejam colocadas em prática e, menos ainda, que as decisões e as políticas oficiais favorecerão igualmente a todos os grupos da sociedade. Este não é o ponto. O que a igualdade realmente exige “é que todas as opiniões tenham a oportunidade de exercer sua influência, e não que todas triunfem ou mesmo sejam representadas naquilo que o Estado efetivamente faz”²⁰³.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 378.

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 379.

²⁰² DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 380.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 380.

Por isso nenhum indivíduo deve ser impedido de influenciar a atmosfera moral da qual faz parte. Seja por meio de suas escolhas, preferências, opiniões ou pela maneira como pretende levar sua vida. “O fato de esses gostos e opiniões chocarem aqueles que têm o poder de prender ou calar a pessoa não é motivo suficiente para que ela não possa expressar-se”²⁰⁴. Contudo há limites, e não se pode tentar moldar o ambiente moral quando as condutas necessárias para tanto violem a autonomia alheia impedindo objetivamente que os demais possam fazer o mesmo. Dessa forma, ameaças concretas, intimidações e outras formas de assédio são expressões que não devem ser protegidas pela Primeira Emenda. Mas o que não se pode incluir dentro dessas formas de expressão é “um pretenso direito de não ser ofendido ou prejudicado pelo fato de outras pessoas terem gostos hostis ou destoantes ou terem a liberdade de expressar esses gostos e gozá-los em sua vida particular”²⁰⁵.

Uma sociedade fielmente comprometida com ideais democráticos permite que expressões obscenas, indecorosas, repugnantes, humorísticas e de mal gosto sejam livremente apresentadas. Não por causa de uma pretensa busca pela descoberta da verdade – argumento instrumental – mas sim por causa do compromisso social com o princípio da igualdade. E, ao contrário do que os críticos do liberalismo político afirmam, para Dworkin “a liberdade garantida pela Primeira Emenda não é inimiga da igualdade; é o outro lado da moeda da igualdade”²⁰⁶.

Em razão disso, aqueles que entendem que o comando constitucional decorrente da interpretação do princípio moral abstrato da igualdade constitui um freio, ou, um limite ao exercício dessas liberdades individuais, cometem um grande erro, pois se adotarmos essa concepção segundo a qual:

uma maioria pode determinar que certas pessoas são demasiado corruptas, violentas ou radicais para participar da vida moral informal do país, teremos dado início a um processo que termina, como aliás já aconteceu em tantas outras partes do mundo, por tornar a igualdade algo a ser temido e não louvado, um eufemismo “politicamente correto” da palavra *tiranía*²⁰⁷.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 381.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 381

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 382.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p. 383.

Tampouco pode ser utilizado para fins de limitar o livre exercício do pensamento o mais que popular princípio da dignidade humana. Se bem compreendida, a dignidade humana jamais constituirá um empecilho para o *free speech*. Na verdade, é somente quando alguém tem o direito de se expressar livremente é que podemos falar em dignidade. Isso porque a concepção de dignidade humana para Dworkin é estruturada sobre dois princípios que são fundamentais para a vida de qualquer pessoa, sendo que um deles está diretamente conectado com a liberdade de expressão individual.

O primeiro deles é o respeito por si próprio, que implica no dever moral que cada indivíduo tem de levar a sério a própria vida, e se refere mais ao modo pelo qual a pessoas se relacionam consigo mesmas. Já o segundo, é o princípio da autenticidade, que é o que realmente nos interessa. Esse princípio consiste na responsabilidade pessoal e intransferível que cada indivíduo tem em identificar quais devem ser os critérios de sucesso que irão orientar sua vida, bem como na necessidade de “criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerentes com os quais ele mesmo concorde”²⁰⁸.

Decorre daí que toda intervenção do Estado na esfera da autonomia moral dos cidadãos que tenha por objetivo impedir que certos gostos, preferências, opiniões e estilos de vida profundamente desagradáveis, além de violar o princípio da liberdade de expressão também nega aos indivíduos a possibilidade de construírem uma vida com dignidade, já que essa não será mais dotada da autenticidade que lhe é inerente²⁰⁹.

A vida nas sociedades modernas não é uma utopia na qual a relação entre os indivíduos é sempre mediada pela alteridade e pelo respeito mútuo. Podemos até considerar que estes são deveres morais legítimos, mas jamais constituirão um dever de direito. Uma mulher não pode ser obrigada pelo Estado a tratar um machista com a mesma estima, consideração e respeito que dedica àqueles de quem ela gosta. Da mesma maneira, não podemos exigir legalmente que um membro da Ku Klux Klan trate os afros americanos dessa forma. O único que tem essa obrigação é o Estado, que deve garantir igual consideração pelas crenças, opiniões, preferências, ideologias

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 311.

²⁰⁹ Interessante notar que ao longo da obra supracitada Dworkin deixa claro que o dever de tratar as pessoas com igual respeito e consideração é imperativo somente para o Estado. Já o indivíduo não tem o dever legal de tratar seus pares da mesma maneira, ou seja, com a mesma imparcialidade que é devida ao Estado.

e concepções de mundo que cada membro da comunidade manifesta, independentemente do grupo que esteja inserido.

Contudo é necessário reafirmar que Dworkin não defende uma postura absolutista da Primeira Emenda. Para ele a liberdade de expressão encontra seus limites quando, e unicamente quando, a mensagem possa oferecer um perigo claro e iminente de dano. Esse dano, todavia, não pode ser um dano qualquer, causado pela simples competição das ideias e opiniões no espaço público. Se o ponto de vista e a concepção de mundo que acredito fere, ou ofende o sentimento de outras pessoas, paciência. Por isso temos que ter claro que somente a expressão que de tenha alta probabilidade de causar um dano, que seja deliberado, iminente e tenha conexão direta com o discurso proferido é que autoriza o Estado a intervir na mensagem. Nesse caso, a expressão ultrapassará formalmente seus limites por estar invadindo a autonomia e as demais liberdades dos demais indivíduos. Para esclarecer melhor, propomos um outro exercício mental também semelhante ao que Dworkin sugere.

Suponhamos que em nossas vidas somos todos nadadores que competem em raias separadas e demarcadas. Nesse cenário hipotético é permitido a cada um escolher livremente o modo de nadar, a velocidade das braçadas, o ritmo respiratório, bem como as demais estratégias que melhor se adaptem às individualidades dos participantes. Em meio a essa disputa e como consequência dela, pode até ser que alguns indivíduos joguem água nas raias adversárias, exigindo dos concorrentes que se esforcem ainda mais para vencer resistência do meio. Evidentemente, ao final, nem todos sairão como vencedores e, boa parte sofrerá com as perdas e os danos da competição, já que não terão suas vontades atendidas. No entanto, esse tipo inevitável de dano - *damnum sine injuria* - que é decorrente da competição é permissível, natural e por isso deve ser tolerado. O que não se pode permitir é que um indivíduo cause um dano concreto e deliberado ao entrar na raia vizinha para prejudicar o seu adversário. Todos temos que ter o direito de competir a fim de conduzir nossas vidas da maneira que acreditamos ser a melhor. Não obstante, o que nós não temos é o direito de impedir que os outros façam o mesmo, negando a eles a responsabilidade e a autonomia moral que são inerentes a qualquer indivíduo²¹⁰.

Da mesma maneira acontece com a liberdade de expressão. Na esfera pública cada um possui seu espaço para manifestar livremente suas ideias e suas opiniões.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Op. cit. p. 439.

Todos cidadãos, indivíduos moralmente responsáveis, têm o mesmo direito de contribuir para a formação do clima estético, moral e político da sociedade da qual fazem parte. Dentro desse cenário de concorrência entre as ideias, é normal que alguns saiam ofendidos e frustrados. Evidentemente que nem todos ficarão satisfeitos, mas nem por isso pode o Estado interferir, uma vez que essa “ofensa”, ou esses supostos danos, são decorrentes da própria competição, do próprio jogo democrático. Mais uma vez percebemos então que o limite dessa liberdade se encontra não no conteúdo do discurso, mas na sua forma. Na possibilidade do cometimento intencional de um dano concreto e iminente. Ou seja, quando o discurso constitui, ou enseja de imediato, uma conduta que irá subtrair a autonomia de alguém lhe causando um dano deliberado.

Notem que a proposta de Dworkin segue o mesmo critério que foi definido pelo teste de Brandenburg²¹¹, critério esse que já se encontrava em desenvolvimento nos ensaios de Stuart de Mill e que acabou sendo adotado também pelo republicanismo madisoniano de Cass Sunstein. Mesmo que cada um desses teóricos tenha percorrido caminhos diversos na fundamentação da liberdade de expressão, todos eles parecem concordar com a proposição desse teste que, de maneira imparcial, constitui um limite não à mensagem do discurso, mas às consequências que ele pode desencadear.

1.4.2 Edwin Baker

Nesse mesmo sentido está a teoria da liberdade de Edwin Baker, que também considera a autonomia individual uma forte barreira à interferência do Estado nos conteúdos discursivos. Baker, conjuntamente de Dworkin, talvez tenha sido um dos poucos teóricos a levar a defesa da liberdade de expressão até as últimas consequências. Com uma extensa obra dedicada ao tema, discute sobre praticamente todas as questões envolvendo o *free speech*²¹². Propõe uma teoria bastante radical e coerente para fundamentar a liberdade de expressão da maneira mais ampla possível. Isso porque, para o constitucionalista, um sistema político realmente comprometido com a proteção dos direitos individuais não pode restringir a participação de nenhum cidadão no contínuo processo de mudança ao qual está submetida toda a sociedade.

²¹¹ Ver nota 109.

²¹² Ver mais em: BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, Op.cit e BAKER, C. Edwin. *Media, Markets and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2002.

Para desenvolver sua hipótese, Baker, assim como fez Sunstein, não poupa de críticas as tradicionais teorias que buscam consagrar a liberdade de expressão recorrendo à clássica concepção do “livre mercado de ideias”. Argumenta que não só Stuart Mill estava equivocado, como também estão todos aqueles teóricos liberais contemporâneos que tentam fundamentar a liberdade de expressão por meio de uma releitura do *marketplace of ideas*²¹³. Afirma, contudo, que, muitas vezes, os teóricos do livre mercado de ideias alcançam resultados muito semelhantes aos que sua teoria oferece, mas ressalta que conseguem isso partindo de premissas incoerentes e insustentáveis, que são facilmente desconstruídas²¹⁴. Isso porque essas teorias sustentam que o princípio da liberdade de expressão deve proteger é o livre mercado e não um espaço no qual a liberdade individual pode ser manifestada independentemente de algumas formas da intervenção estatal. Ao depositar no mercado a razão final da liberdade de expressão todas essas teorias se tornam incapazes de embasar devidamente a ampla proteção garantida pela *first amendment*.

Para combater esses argumentos Baker propõe uma interpretação que se conduza por outros caminhos. De acordo com sua autointitulada ‘teoria da liberdade’ a função precípua da liberdade de expressão deve ser a de garantir a participação de todos os indivíduos no contínuo processo de mudança social, de modo a assegurar que autonomia individual e os direitos à autodeterminação e autorrealização não fiquem à mercê das intervenções arbitrárias que podem partir do Estado.

Este é o principal ponto em que Baker se apoia para sustentar que sua teoria da liberdade supera as demais teorias liberais. Segundo ele, grande parte delas – inspiradas no ideal utilitarista de Mill – estariam preocupadas em justificar a importância da liberdade de expressão por considerá-la um instrumento indispensável na busca da “verdade”. Além de questionar essa eficácia instrumental²¹⁵ do *free speech* Baker argumenta que essa finalidade só teria sentido caso houvesse uma verdade comprovadamente objetiva e desvendável, que não consistisse apenas em um conceito subjetivo, escolhido ou criado socialmente por aqueles que detêm o poder.

²¹³ Apesar de concordarmos com grande parte das críticas que Baker faz, vale ressaltar uma vez mais que teoria de Stuart Mill não se reduz somente a uma defesa do livre mercado de ideias, como ficou demonstrado no início deste capítulo.

²¹⁴ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p. 4.

²¹⁵ Ver mais em BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit*, capítulo 1. The classic marketplace of ideas theory e 2. Possible modifications.

Criticando fortemente aqueles que defendem a existência de um critério objetivo capaz de definir seguramente o que é a verdade no campo social, Baker alerta que até mesmo nas ciências da natureza esse ideal já caiu por terra. Para ele, o critério envolvido na escolha entre as teorias científicas que são oficialmente aceitas não gira mais em torno da busca pela verdade objetiva, mas sim em torno de questões pragmáticas e considerações subjetivas de valor. Acrescenta ainda que:

Essa rejeição da verdade objetiva também pode ser vista na relutância do acadêmico moderno em acreditar em formas platônicas ou nas essências inteligíveis. Em vez disso, o conhecimento depende da forma como os interesses, as necessidades e as experiências das pessoas os levam a dividir e categorizar uma massa em expansão de dados dos sentidos²¹⁶.

Portanto, se nas ciências naturais a verdade objetiva atualmente encontra pouco espaço para ser afirmada, menos chance ainda ela tem de prosperar nos assuntos políticos, morais, estéticos e sociais. Estamos com Baker quando este defende que as teorias hermenêuticas modernas reconhecem não haver um sentido intrínseco que emana diretamente do fenômeno e que, portanto, poderia ser captado ou descoberto pelo intérprete. Na verdade, o que existe é um fato, ou um objeto ao qual o intérprete atribui significado e sentido examinando-os de acordo com seu próprio entendimento de mundo que é, inevitavelmente, influenciado pelas suas experiências e pelos seus interesses particulares²¹⁷. Por isso mesmo, essa teleologia da verdade objetiva não pode servir de argumento para justificar a importância da liberdade de expressão em um sistema democrático. Além do mais Baker pontua que caso pudéssemos aceitar a verdade como um critério seguro para fundamentar a liberdade de expressão, acabaríamos nos deparando com uma forte contradição. Isso porque, caso existisse de fato uma verdade objetiva, à medida em que nos aproximássemos dela menor seria o número de discursos possíveis, já que a diversidade, o pluralismo e as opiniões diminuiriam progressivamente²¹⁸.

Contudo, o que mais nos interessa aqui não são as críticas que faz Baker à teoria clássica do mercado de ideias, mas sim a sua proposta para fundamentar a liberdade de expressão na autonomia individual. E, de modo semelhante ao que postulam Sunstein, Dworkin e, inclusive Mill, Baker sustenta a hipótese de que, retirados os casos em que o discurso possa comprovadamente causar um dano

²¹⁶ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p. 23.

²¹⁷ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p. 24.

²¹⁸ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p. 18

efetivo a outrem, qualquer expressão – independentemente de seu conteúdo – deve valer-se da mais ampla proteção constitucional.

Enfatiza que o fundamento que garante maior proteção à essa liberdade frente aos outros direitos individuais reside na sua capacidade de promover a autorrealização de cada indivíduo, possibilitando a participação de todos na tomada de decisões coletivas e na construção do ambiente político cultural. Além disso, Baker defende a ideia de que o dano proveniente das condutas expressivas é distinto dos demais, já que esse, na maioria das vezes, não resulta na redução da autonomia de terceiros e, por isso, exige uma menor intervenção por parte do Estado.

Percebe-se logo que em sua teoria o respeito pela autonomia e pela integridade individual não é somente uma premissa lógica que dá coerência à sua obra, mas consiste também no seu principal postulado ético que, segundo o teórico:

exige o reconhecimento de que o indivíduo tem o direito de usar o discurso para se desenvolver ou para influenciar e interagir com outras pessoas de um modo correspondente aos seus próprios valores. Ao menos é este o postulado de respeito pelo indivíduo eticamente autônomo que essa obra defende e que deve ser o fundamento da liberdade de expressão da primeira emenda²¹⁹.

Por isso mesmo que, em linhas gerais, fora os casos em que o discurso possa provocar um dano concreto comprometendo a integridade e a autonomia de um ou mais indivíduos, todas as demais formas expressivas devem gozar da mais alta proteção constitucional, inclusive aquelas consideradas desagradáveis, ofensivas, detestáveis e preconceituosas. Para Baker o “discurso, diferente do que acontece com outros comportamentos, poucas vezes é pensado como fisicamente violento ou destrutivo”²²⁰. Mesmo assim não nega que as expressões têm o poder de infligir alguns “danos” nos seus interlocutores, na verdade assume que todos os tipos de discurso podem fazer algum mal aos ouvintes. “Normalmente, no entanto, o discurso

²¹⁹ (...) requires the recognition that a person has the right to use speech to develop herself or to influence or interact with others in a manner that corresponds to her values. At least, this is the ethical postulate of respect for the ethically autonomous individual that this book argues is and should be the foundation of first amendment freedom of speech. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.59 (tradução nossa).

²²⁰ Speech, unlike other behavior, is seldom thought of as physically violent or destructive. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.55 (tradução nossa).

difere da maioria das outras condutas produtoras de dano, pela *forma* como causa o dano²²¹.

Se difere porque os possíveis danos que podem ser causados pelo discurso dependem de uma intermediação psicológica e subjetiva por parte dos destinatários da mensagem. Não é como as outras condutas violentas que objetivamente lesam a integridade física, as posses e, portanto, limitam a autonomia e a liberdade dos indivíduos. Pelo contrário, quando produz algum dano, é na forma de uma ofensa às emoções, sentimentos, crenças e à estima do interlocutor ou do grupo do qual faz parte. Diante disso, duas observações feitas por Baker merecem ser destacadas:

Primeiro, o discurso causador de danos (deste tipo) não interfere na autoridade legítima que cada pessoa tem para tomar suas próprias decisões. Pelo menos, isso se segue enquanto nenhuma pessoa tiver o direito de decidir o que o orador deve dizer ou acreditar. E essa suposição de que ninguém tem o direito de controlar a fala de uma pessoa é uma consequência necessária por respeitarmos a autonomia dos indivíduos. Em segundo lugar, proibir certas expressões do falante com intuito de proteger algumas pessoas dos danos que essas falas podem provocar desrespeita a responsabilidade e a liberdade do ouvinte²²².

Aqui fica ainda mais clara e evidente a proximidade das teorias de Baker e a de Dworkin. Ambos sustentam que o Estado, ao restringir alguns tipos de mensagem, acaba por violar não só autonomia e a liberdade do falante, mas também por negar a responsabilidade moral dos ouvintes, já que parte da pressuposição de que eles não suficientemente capazes de discernir os discursos que merecem dos que não merecem atenção e audiência. Esse comportamento paternalista do Estado não encontra espaço em um ambiente democrático, constitutivamente deliberativo, que deve garantir a inviolabilidade da autonomia das pessoas. E, para os que acreditam ser essa hipótese um excesso liberal, que deposita uma crença demasiada na liberdade individual em detrimento de outros direitos, é sempre bom lembrar quem foram aqueles que propuseram e queimaram livros e “bruxas” ao longo da história por considerá-los ofensivos e repugnantes.

²²¹ Normally, however, speech differs from most other harm-producing conduct in the way it causes harm. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, Op.cit p.55 (tradução nossa).

²²² First, the speaker's harm-causing speech does not itself interfere with another person's legitimate decision-making authority. At least, this follows as long as the other has no right to decide what the speaker should say or believe. And this assumption that the other has no right to control a person's speech is a necessary consequence of our respecting people's autonomy. Second, outlawing acts of the speaker in order to protect people from harms that result because the listener adopts certain perceptions or attitudes disrespects the responsibility and freedom of the listener. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, Op.cit p.56 (tradução nossa).

Nesse sentido é que a teoria da liberdade sustenta que essa maior proteção que é garantida à expressão pela constituição também é proveniente do reconhecimento implícito de que a fala, via de regra, constitui-se em uma conduta não coercitiva. No entanto, Baker não nega a existência de alguns tipos de discurso impermissíveis que se localizam fora do âmbito da proteção constitucional. Entende que, para determinar quais os discursos devem ser banidos, é necessário identificar aqueles que são essencialmente coercitivos daqueles que não são. Mas ressalta que essa tarefa requer um enorme cuidado, já que, muitas vezes, as pessoas e os agentes do governo costumam invocar noções frouxas, mal formuladas e inadequadamente amplas de coerção, a fim de justificar a interferência do Estado em diversas condutas expressivas²²³.

Por isso é tão necessário determinar um conceito bem estreito e preciso de coerção que represente limites claros e significativos à autoridade Estado e às arbitrariedades que podem ser cometidas pelos agentes governamentais. Somente “uma digressão sobre o conceito de coerção e de ameaças, uma importante subclasse de atos coercitivos que deve ser distinguida das ofertas e advertências, esclarecerá o escopo permissível das restrições aos atos de fala.²²⁴”

Duas premissas gerais indicam quando uma pessoa coercitivamente constrange a outra por meio do discurso: (1) se A restringe B a opções piores do que aquelas que ela, legítima e moralmente, tinha direito de esperar ou (2) se A utiliza de meios aos quais ela não tinha direito a fim de mudar as opções de B²²⁵. Isso porque, esclarece Baker, apesar de estar garantido a todos indivíduos autonomia para utilizar livremente as expressões que incorporam e promovam valores que lhes são substancialmente importantes, nenhum falante tem o direito de reivindicar poderes sobre os outros²²⁶.

Apesar então de a Primeira Emenda exigir a proteção da expressão que manifesta ou contribua de alguma maneira para os valores e as visões que o falante carrega consigo – proteção essa que tem como objetivo preencher os dois principais fundamentos da liberdade de expressão, a autorrealização e a participação do indivíduo no processo de mudança –, Baker lista três tipos de condutas expressivas

²²³ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.56.

²²⁴ Thus, a digression on the concept of coercion and of threats, an important subclass of coercive acts that must be distinguished from offers or warnings, will clarify the permissible scope of restrictions on speech acts. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.56 (tradução nossa).

²²⁵ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.56.

²²⁶ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.60.

que ultrapassam esses limites ao invadir e subtrair a integridade e autonomia daqueles para quem a mensagem é encaminhada.

Em primeiro lugar está a mensagem que constitui uma tentativa concreta de causar um dano físico a alguém, ou às suas propriedades. Nesse caso, um bom exemplo seria a ordem para “atirar” que é proveniente do líder de um grupo de assaltantes. Esse tipo de fala, evidentemente, não goza de nenhuma proteção constitucional. O segundo tipo de expressão que se encontra fora do âmbito protetivo é aquela que não foi escolhida pelo próprio falante, e que, portanto, não condiz, não corresponde e nem representa os valores que lhes são próprios²²⁷.

No terceiro lugar estão os discursos que são concebidos e concretizados como um instrumento voltado para desrespeitar e distorcer a autonomia ou a integridade dos processos mentais do interlocutor. Baker assegura que essa é a justificativa responsável por explicar as razões pelas quais condutas como a chantagem, o perjúrio, a espionagem, a fraude e a ameaça não se encontram sobre a guarida da liberdade de expressão²²⁸.

É claro que para avaliar se a conduta expressiva realmente se enquadra nas exceções acima, as especificidades e as circunstâncias de cada caso serão decisivas no momento de classificar esses discursos. Ao trabalhar alguns exemplos Baker ressalta que a aplicação dessas exceções ao discurso deve ser restritíssima, principalmente porque não é toda chantagem, nem toda mensagem ameaçadora que, de fato, interferem na autonomia dos interlocutores.

Essa posição cautelosa que Baker assume diante de uma possível interferência do Estado no discurso se deve muito a importância que o direito à livre manifestação do pensamento ocupa em sua teoria, mas é, ao mesmo tempo, consequência da sua preocupação com a máxima proteção que deve ser dada a todos os conteúdos discursivos.

Baker afirma, um sem número de vezes, que sua teoria da liberdade se distingue das demais exatamente porque não está nem um pouco interessada em saber se as expressões têm ou não algum valor para os seus destinatários. Isso,

²²⁷ Esse tipo de exceção está intimamente relacionado com os limites que podem ser aplicados ao discurso comercial, mas que, pelos motivos metodológicos listados acima, não serão objeto de investigação desse trabalho. Não se quer dizer com isso que o tema seja de menor importância, tanto que o capítulo nono do livro de Baker - *Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom* - trata com exclusividade das questões envolvendo a propaganda comercial e os distintos limites à ação do Estado que surgem nesses casos específicos.

²²⁸ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.59 e 60.

segundo ele, é indiferente. Da forma que tradicionalmente vem ao público, mensagens detestáveis, preconceituosas e odiosas, tal como as proferidas pelos membros da Klan, por grupos neonazistas e reacionários, raramente poderão ser alvo da intervenção estatal. Ao passo que discursos bem mais sutis e indiretos podem, muitas vezes, constituir-se em uma ameaça efetiva ou em uma chantagem ilegal que de fato interferem diretamente na autonomia dos destinatários. E, comprovada essa situação de abuso das liberdades expressivas, o Estado não só pode, como deve ser chamado a restringir o discurso.

Em ambos os casos, bem como em tantos outros, a intenção do falante ao se expressar é, quase sempre, a de influenciar o meio e a conduta de seus interlocutores. Algumas vezes eles até podem se sentir incitados a mudar de comportamento mas, para que o Estado possa intervir de maneira legítima, é necessário que se comprove que o falante tentou alterar a conduta do ouvinte utilizando somente a violência psicológica a fim de coagi-lo a satisfazer seus desejos. Agora, caso essa mudança seja proveniente do poder persuasivo do discurso, capaz de induzir os interlocutores a alterarem livremente sua conduta ou seu convencimento sobre um determinado tema ou fato, não pode o Estado interferir de maneira nenhuma.

Importante notar que Baker não alega ser necessário que a expressão comunique alguma ideia. Ao contrário, para a teoria da liberdade é irrelevante se o falante comunica ou não alguma informação em seu discurso. Este não é um critério seguro que possa servir como justificativa para a intervenção do Estado na autonomia dos indivíduos, até mesmo porque:

o discurso - histórias, músicas e outras formas de comunicação verbal - que oferecem conforto e simpatia a um amigo ou que afastem esse amigo da agonia são condutas que mudam o mundo do interlocutor e do ouvinte, mesmo que nenhuma informação específica seja comunicada²²⁹.

O mesmo acontece com a expressão obscena, ou com um filme puramente pornográfico que, apesar de não terem por finalidade comunicar uma ideia em

²²⁹ Speech—stories, song, or other forms of verbally reaching out—that offers a friend comfort and sympathy or diverts the friend from agony is an activity that changes the speaker's and listener's world even if no particular information is communicated. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.61 (tradução nossa).

especial, evidentemente alteram e estimulam alguns comportamentos em seu público alvo, e nem por isso podem ser restringidos²³⁰.

Evidencia-se então que para teoria da liberdade o que realmente deve ser levado em consideração no momento de verificar a legitimidade da interferência do Estado na expressão “é a natureza dos atos do falante. O ponto crucial é o método que o falante utiliza para obter um efeito no mundo”²³¹. Não é conteúdo e nem mesmo a falta dele que devem levar o Estado a agir, mas sim a *forma* pela qual a expressão se manifesta. Um discurso de conteúdo obsceno ou preconceituoso, discriminatório e odioso só poderá ser punido caso se manifeste na forma de uma ameaça ou de uma chantagem concretas.

Entretanto, como a autorrealização e a participação individual na mudança são as propostas fundamentais da liberdade de expressão, é inegável que a primeira emenda deva, na maior parte das vezes, proteger as condutas expressivas que têm por objetivo alterar, de alguma maneira, a realidade da qual fazemos parte. Por isso Baker assegura que, de acordo com sua teoria, a possibilidade de mudar o mundo é um aspecto preponderante do direito à liberdade de expressão²³². E, como praticamente toda manifestação expressiva tem essa potencialidade, os limites que podem ser traçados pelo Estado estão conectados unicamente “à maneira como o falante altera uma dada situação – ele não pode fazê-lo de maneira coercitiva nem por meio de invasões no domínio da autoridade decisória de outras pessoas”²³³. De resto, as demais *formas* de expressão, bem como todos os conteúdos discursivos existentes, encontram-se sobre a proteção constitucional. Por isso mesmo, “embora o falante possa reivindicar o direito à autonomia plena para perseguir os valores que lhes são substantivos a fim de expor sua visão acerca dos fatos sobre o mundo, essa

²³⁰ Sobre a questão da pornografia Baker é contundente, vejamos: This focus on each participant's liberty interest and on the values of selffulfillment and participation in cultural change alters, and sometimes simplifies, the analysis of some traditional first amendment issues. For example, as noted in Chapter 1, marketplace of ideas theories do not provide a convincing justification for protecting obscenity. Pornography may have more to do with ribald entertainment than with robust debate. If pornography degrades sexual intimacy or contributes to the subordination of women it does so more by being an undesirable activity and a corrupting experience, not by being an argument. From the perspective of the liberty theory, however, pornographic communications, or even pornographic materials produced and pursued by a solitary individual, contribute—whether in a good or bad fashion—to building the culture. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p. 68.

²³¹ (...) on the nature of the speaker's acts. The speaker's method of having an effect on the world is crucial. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.61 (tradução nossa).

²³² BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.62.

²³³ (The relevant issue) relates to how the speaker alters the situation—she or he cannot do so in a coercive manner or by invasions of other people's realm of decision-making authority. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.62 (tradução nossa).

reivindicação genérica não dá a ele a permissão de exercer nenhum poder sobre os outros indivíduos”²³⁴.

Diante dessa perspectiva é imprescindível concluir que discursos, mensagens, escritos, passeatas, brados e epítetos discriminatórios, que tradicionalmente são direcionados contra as minorias que compõem a sociedade, estão completamente protegidos pelo direito à livre expressão do pensamento. Muitos podem alegar que essas expressões constituem uma ameaça para grande parte dos ouvintes, entretanto, Baker defende que, nesses casos, a conduta do falante não reduz o interlocutor à condição de um mero instrumento. Os discursos que reivindicam a volta das minorias étnicas e religiosas para seus países de origem, ou que proponham um tratamento voluntário para pessoas que tenham orientação sexual fora do padrão heteronormativo, por mais bizarros, abomináveis e agressivos que sejam, não transformam automaticamente seus interlocutores em um mero recurso na tentativa de promover os valores dos falantes²³⁵. Desse modo, caso a mensagem não passe de uma ameaça genérica e abstrata, sem o propósito de conseguir alguma vantagem ou poder direto sobre a autonomia do ouvinte reduzindo-o à condição instrumental, nada podemos fazer para impedir sua exposição.

Nesse sentido Baker insiste que a livre expressão do pensamento:

é protegida porque promove tanto a realização pessoal quanto a capacidade do indivíduo em participar dos processos de mudanças, desde que não fira a autonomia de terceiros. Disso concluímos que, contanto que o discurso represente a liberdade do indivíduo na escolha da sua expressão, dependa para o seu poder (de influência) da livre aceitação do ouvinte e não seja usado para coagir ou violentar alguém, a liberdade de expressão representa uma carta de liberdade para as ações não coercitivas²³⁶.

No intuito de delinear todos os contornos dessas condutas expressivas consideradas não coercitivas, Baker, uma vez mais, não poupa de críticas os escritos sobre a liberdade de Stuart Mill. E, dessa vez por considerar o princípio do dano um limite perigoso e genérico demais à liberdade de expressão. Segundo ele muitas

²³⁴ Although a speaker has a general autonomy claim in respect to pursuing her substantive values by exposing facts about the world, she does not have any general claim to be able to exercise power over others. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.65 (tradução nossa).

²³⁵ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.64.

²³⁶ Speech is protected because, without disrespecting the autonomy of other persons, it promotes both the speaker's self- fulfillment and the speaker's ability to participate in change. This leads to the conclusion that, as long as speech represents the freely chosen expression of the speaker, depends for its power on the free acceptance of the listener, and is not used in the context of a violent or coercive activity, freedom of speech represents a charter of liberty for noncoercive action. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.69 (tradução e parênteses nossos).

atividades podem incomodar, ofender e 'prejudicar' – *harm* – as pessoas de maneira não coercitiva. Desse modo, afirma que tanto um discurso racista quanto um *spoiler* sobre o final de um filme podem causar um dano aos seus ouvintes sem que esses tenham sua esfera de autonomia invadida²³⁷. Um flerte romântico direcionado a alguma pessoa também pode afetar negativamente os sentimentos e as emoções de um terceiro interlocutor apaixonado. Contudo, em nenhum desses casos a justificativa do dano se faz suficiente para restringir a expressão. Na verdade, esses são danos inevitáveis, provenientes da nossa própria opção pela vida em sociedade e que, por isso, devem ser tolerados.

Como toda conduta expressiva deve estar protegida das restrições legislativas que se baseiam no frágil ideal utilitário da promoção de um bem-estar geral, o princípio do dano não pode constituir-se na “pedra de toque” de uma teoria comprometida com a defesa da liberdade de expressão. Com efeito, qualquer argumento destinado a fundamentar um sistema político que opere sob o reino da liberdade deve admitir que em certos casos, algumas condutas que podem provocar danos não servem para justificar restrições do Estado na liberdade individual, especialmente quando o que está em jogo é o livre exercício do pensamento e da expressão²³⁸.

Para melhor delinear os limites envolvendo as possíveis restrições legais às condutas expressivas Baker afirma que é necessário traçar duas importantes distinções que subsistem dentro da classe de regras que impedem diretamente o indivíduo de satisfazer suas vontades. Essas distinções permitem que essas regras sejam divididas em duas categorias. No primeiro grupo estão aquelas regras responsáveis por restringir o arbítrio de uma pessoa dando a outrem a oportunidade ou a autoridade decisória que aquela pessoa reclamava para si mesma. A essas regras que têm como objetivo alocar os recursos e compatibilizar os direitos e os deveres nas relações sociais, Baker deu o nome de *alocativas*. Elas somente restringem a liberdade de um, ou de alguns indivíduos, quando tal medida é condição necessária para garantir a liberdade e a autonomia de outro.

Do lado oposto estão as regras que restringem a liberdade individual por impedirem diretamente e, ao mesmo tempo, todas as pessoas de satisfazerem seus

²³⁷ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, Op.cit p. 73.

²³⁸ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, Op.cit p. 74.

desejos. Essas negam a todos certa autoridade ou oportunidade decisória e, por isso, são intituladas de “proibições gerais”²³⁹.

Baker afirma que tal distinção, apesar de pouco familiar, é muito importante para compreender melhor os desígnios da Primeira Emenda. Demonstra que ambas categorias estão relacionadas ao direito civil e penal, mas que as *alocativas* são facilmente ilustradas pelo direito à propriedade. Por exemplo, quando A é proprietário de algo e, portanto, tem o direito de agir e decidir livremente sobre esse bem, aos demais indivíduos é negada essa mesma oportunidade decisória. E, da mesma maneira, também são consideradas *alocativas* as leis que proíbem o roubo, o assassinato e o estupro. Já as proibições gerais, que são aquelas que eliminam por completo a autoridade individual decisória, podem ser exemplificadas pelas leis contra a obscenidade, a pornografia, a eutanásia, a poluição e outras mais.

Do ponto de vista da teoria da liberdade essas regras encontram maior dificuldade de se legitimarem do que as *alocativas*, porque elas:

não alocam a autoridade decisória, mas negam essa autoridade a todos os indivíduos. As proibições gerais dizem: “Ninguém (ou todos) deve fazer X – por exemplo, ninguém lerá pornografia, poluirá o ar, cometerá suicídio, fixará preços, praticará sodomia, provocará incêndios ou defenderá o comunismo. Só que essa forma de restrição é frequentemente mais objetável do que a forma imposta pelas regras de alocação. Ao invés de dizer: “ninguém por fazer ‘X’,” é sempre possível identificar quem pode decidir quando será permitido ou não fazer ‘X’. Por isso, ao excluir todos de tomar certas decisões, as proibições gerais, limitam mais a escolha individual do que as regras de alocação. E se pensarmos na liberdade como uma torta contendo todas as escolhas individuais possíveis, as regras alocativas são aquelas que dividem a torta, enquanto as proibições gerais normalmente são as responsáveis por reduzir o tamanho da torta – muito embora a maioria presumivelmente julgue que a torta menor seja mais doce do que a maior²⁴⁰.

Ao distinguir as regras de proibição geral das regras alocativas, Baker demonstra o motivo destas últimas estarem mais próximas do compromisso que as

²³⁹ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p. 74

²⁴⁰ General prohibitions are more problematic from a perspective of liberty. They do not allocate decision-making authority but deny authority to all individuals as individuals. General prohibitions say: “No one (or everyone) shall do X”—for example, no one shall read pornography, pollute the air, commit suicide, fix prices, engage in sodomy, create a fire hazard, or advocate communism. This form of restriction is frequently more objectionable than the form imposed by allocation rules. Unlike allocation rules, there is no logical necessity for general prohibitions. Rather than say, “no one can do ‘X’,” it is always possible to identify someone who gets to decide whether to do ‘X.’ By excluding everyone from making certain decisions, general prohibitions limit individual choice more than allocation rules do. If liberty is thought of as a pie containing all possible individual choices, allocation rules divide the pie, while general prohibitions typically reduce the size of the pie—although the majority presumably finds this reduced pie sweeter than the larger one. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.75 (tradução nossa).

sociedades modernas têm com a liberdade. “Todas as proibições gerais são dirigidas a algum comportamento que os grupos dominantes desvalorizam e consideram como um custo”²⁴¹. Acontece que, na maior parte das vezes, o montante desses custos não é suficiente para justificar uma regra geral que restrinja a autonomia de todos os indivíduos.

Assumindo que a totalidade das pessoas concorda com a necessidade de respeitar as liberdades individuais, é contraditório pensar que a avaliação negativa, feita por uma determinada maioria, acerca do comportamento de alguém, seja motivo suficiente para restringir condutas auto expressivas que são substancialmente valorizadas pelos seus autores. Isso seria o mesmo que defender que a maioria detém o direito de dizer que os indivíduos sozinhos só são livres para agir da maneira que ela considera certa e apropriada.

Entretanto essa violação pode deixar de existir quando a proibição geral estiver direcionada apenas às condutas que são instrumentalmente valoradas. Neste caso a maioria não exige que seus valores sejam sobrepostos aos valores que o agente defende e tem o direito de expressar. Na verdade, esse tipo de proibição pode ser melhor compreendido como sendo uma maneira menos problemática de restringir a conduta expressiva de uma determinada pessoa por ela não ter o direito de utilizar de certos meios como recurso para sua ação, haja vista não ser ela quem irá arcar com os custos da mesma²⁴².

Como as regras de proibição geral impedem a todos de fazerem determinada ação – geralmente definida por um julgamento de valor da maioria – elas implicam em uma restrição direta no processo de autorrealização e de livre expressão dos indivíduos. Portanto, muitas vezes, essas proibições são contrárias ao postulado da primeira emenda, já que proíbem as pessoas de praticar condutas não-coercitivas que são *substancialmente* valorizadas por elas mesmas. Já as regras de alocação não desrespeitam a liberdade individual, pois elas restringem apenas *instrumentalmente* as práticas valorizadas²⁴³.

²⁴¹ All general prohibitions are directed at behavior that the ruling group disvalues, that it views as a cost. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.75 (tradução nossa).

²⁴² BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.75

²⁴³ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.78

O exemplo da poluição que Baker traz é bastante elucidativo. Se o governo impõe uma restrição (taxas e multas razoáveis)²⁴⁴ à poluição – que evidentemente produz danos a terceiros – ele não proíbe o indivíduo de alcançar a conduta que é *substancialmente* valorada pois, até que se prove o contrário, o ato de poluir não é a finalidade de nenhuma conduta, mas apenas um meio para alcançá-la. Assim, quando utilizo o meu carro, ou quando uma indústria desenvolve sua linha de produção, estamos contribuindo para o aumento da poluição, todavia a finalidade substancial dessas condutas é, respectivamente, a locomoção, a fabricação de uma mercadoria e, conseqüentemente o lucro proveniente de sua comercialização²⁴⁵.

Fica claro que, nesses casos, as restrições se destinam a limitar a conduta que é apenas *instrumentalmente* valorizada, aproximando-se muito mais das regras alocativas do que das proibições gerais e, portanto, não resultam em uma ilegítima intervenção na esfera da liberdade dos indivíduos, que conservam o direito de auto expressão e autorrealização por não estarem impedidos (ao menos diretamente) de realizar as condutas que valorizam.

Trazendo esse raciocínio para o âmbito da liberdade de expressão podemos concluir que, embora o Estado não possa limitar o conteúdo expressivo – por meio de proibições genéricas que restringem substancialmente determinadas condutas – lhe é permitido aplicar algumas restrições instrumentais relativas ao tempo, local e à forma do discurso²⁴⁶. Desde que tais intervenções não se constituam em um meio de proibir substancialmente o conteúdo expressivo, elas podem se legitimar mais facilmente por se apresentarem na forma de restrições alocativas.

Nesse sentido, podemos afirmar com Baker que, se o conteúdo de um discurso discriminatório (não violento) tem, como tantos alegam, o poder não só de influenciar a conduta de terceiros como também de reduzir, em certa medida, as opções de escolha e a ‘autonomia’ dos seus destinatários, o mal que o Estado inflige às pessoas ao impor proibições genéricas à expressão é semelhante, porém muito pior. Exatamente porque a imposição de proibições gerais permite àqueles que estão no

²⁴⁴ Razoável porque caso as taxas ou multas sejam exorbitante a restrição, que a princípio seria instrumental, acaba se tornando uma proibição genérica impedindo assim a prática da conduta que é substancialmente almejada por alguns indivíduos.

²⁴⁵ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.77 e 78.

²⁴⁶ Poderíamos aqui citar como exemplo as restrições que são direcionadas aos horários de exibição de alguns conteúdos expressivos em canais abertos, bem como aquelas que dizem respeito à invasão de espaços e propriedades privadas para a realização de manifestações e também como já demonstrado acima as restrições às formas de expressão coercitivas e violentas. Mais sobre a questão em: *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941).

poder usar as pessoas unicamente como meios na consecução de seus fins. Seja ao exigir que adotem alguma conduta específica ou que renunciem às condutas expressivas que os desagradam²⁴⁷.

Ou seja, o que Baker está sugerindo é que ao limitar condutas expressivas formalmente não violentas, o mal que o Estado causa é o mesmo que decorre da ameaça, da chantagem e de outras condutas coercitivas que são terminantemente incondizentes com a liberdade individual, pois impede que certos indivíduos gozem de sua plena autonomia. “Desta forma, as proibições gerais, como atos coercitivos que são, tratam as pessoas como meios. Além disso, restringem desnecessariamente a liberdade individual e, assim, como outras condutas coercitivas, desrespeitam a autonomia dos indivíduos”²⁴⁸.

Sob esse ponto de vista, é incontestável que proibições genéricas e substanciais à certas condutas que, supostamente, podem reduzir a autonomia de alguns indivíduos por causa de seu conteúdo expressivo, consistem em uma violação direta no direito à autorrealização e à participação na mudança que deve ser igualmente garantido a todo cidadão. Por isso podemos ir além de Baker para concluir que o mal que o Estado faz ao conceber leis voltadas para essa finalidade, além de concreto é muito maior do que os danos abstratos que eventualmente podem advir daqueles discursos não coercitivos, cuja mensagem é carregada de ódio e preconceitos.

Percebe-se assim que a teoria da liberdade de Baker pressupõe que o Estado adote uma postura bastante permissiva frente aos distintos projetos de vida e às diversas concepções de mundo que os indivíduos podem manifestar. Exatamente por isso que nenhuma lei que tenha como finalidade impedir terminantemente a possibilidade de um indivíduo de participar dos processos de mudança da sociedade pode se legitimar em sistema político comprometido com as liberdades individuais.

No entanto reconhece que:

Qualquer lei inevitavelmente e corretamente torna algumas formas de vida mais fáceis, outras mais difíceis. Nenhuma lei é neutra entre diferentes formas de vida. Na verdade, tanto as pessoas que atuam como legisladores, quanto os demais indivíduos, devidamente se preocupam com o bem-estar de outras pessoas. O que essas pessoas devem fazer é escolher as leis que

²⁴⁷ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.81.

²⁴⁸ In this way, general prohibitions, like coercive acts, treat others as means. General prohibitions also unnecessarily restrict individual liberty, and thereby, like coercive acts, disrespect individual autonomy. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.81 (tradução nossa).

encorajam e que facilitam as atitudes “sábias” e que alocam os recursos de modo a promover as formas de vida que são preferidas. Contudo, o respeito pela liberdade requer limites aos meios pelos quais as leis podem usar para promover esses valores preferenciais. Para tanto, essas leis devem “encorajar” as escolhas coletivamente preferidas, em vez de barrar as escolhas dissidentes²⁴⁹.

Segundo Baker há um princípio geral que impede que os limites à liberdade individual sejam justificados como uma contribuição para o bem coletivo. Dessa forma, proibir um indivíduo de expressar seus valores substantivos jamais pode ser considerado um meio legítimo para a consecução desse fim. Nenhuma lei deve ter por objetivo suplantar as escolhas ou os compromissos individuais não coercitivos. Por isso é que Baker afirma que as regras alocativas, ao contrário das proibições gerais, raramente podem ser consideradas uma ameaça aos direitos individuais. Elas podem, inclusive, ser utilizadas para encorajar e facilitar atitudes, pensamentos e modos de vida que são idealizados por parte da sociedade, desde que, ao fazê-lo, não impeça a manifestação dos pontos de vista discordantes.

Por outro lado, o que as proibições gerais pretendem é impedir que algumas escolhas genuínas e individuais possam ser feitas. Não são destinadas a promover nem a encorajar as preferências da coletividade. Frequentemente, tratam a limitação não apenas como um meio, mas como um fim em si mesma, uma vez que incorporam a predileção da maioria, com o objetivo de limitar a liberdade daqueles que pensam de maneira diferente²⁵⁰.

É nesse sentido que Baker, ao criticar as restrições que tradicionalmente são impostas às manifestações expressivas, acrescenta que a explicação mais ‘razoável’ que existe para justificar essas intervenções arbitrárias no discurso reside “principalmente no desejo dos governos locais de suprimir grupos impopulares e na falta de simpatia judicial para com os grupos que foram significativamente reprimidos”²⁵¹. Sob o pretexto de evitar que danos abstratos sejam causados, ou que

²⁴⁹ Any law inevitably and properly makes some forms of life easier, others harder. No laws are neutral between different forms of life. People acting as lawmakers as well as individually are properly concerned with other people's welfare. They should choose laws that encourage and make it easier for others to act "wisely" and that allocate resources in ways that promote favored forms of life. Nevertheless, respect for liberty requires limits on the means by which laws promote favored values. Laws should "encourage" collectively preferred choices rather than bar dissident choices. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.77 (tradução nossa).

²⁵⁰ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.77.

²⁵¹ (...) primarily on the local government's desire to suppress unpopular groups and on the lack of judicial sympathy for the groups who were significantly restricted. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.140 (tradução nossa).

o conteúdo maléfico da mensagem possa influenciar as pessoas de maneira indesejada, e até mesmo para defender a necessidade de manutenção da ordem e da paz públicas, o Estado desconsidera por completo as premissas fundamentais que da liberdade de expressão.

Vale lembrar que sua teoria da liberdade estabelece que (i) a legitimidade de qualquer ação estatal depende do respeito pela igualdade e autonomia dos indivíduos e que (ii) esse respeito só se confirma na medida em que todos tenham o direito de expressar livremente seus próprios valores – sejam eles quais forem – independentemente da possibilidade de o conteúdo expressivo constituir uma ofensa para outras pessoas ou, até mesmo, um inconveniente para a consecução dos objetivos governamentais²⁵².

A partir dessa *concepção formal da autonomia* que deve ser mantida intocada, deduz que o “Estado não pode coerentemente exigir que os indivíduos obedeçam às suas leis, a menos que os considere capazes de fazer escolhas por si mesmos, como por exemplo, a própria escolha de seguir as leis que estão postas”²⁵³. E, como esse respeito não é um valor que se faz cumprir gradualmente, toda vez que o Estado nega a alguém o direito de usar a própria expressão para incorporar seus pontos de vista, ele viola a autonomia formal individual e, portanto, o faz de maneira ilegítima e antidemocrática.

Entretanto, ao contrário do que podem pensar alguns críticos de sua teoria, Baker não subestima a importância e o valor que a *autonomia substantiva* possui em um sistema político democrático. O que o Estado está impedido de fazer é violar o respeito pela autonomia formal – que deve ser absoluto – em nome da realização de políticas democráticas que objetivam promover a autonomia substantiva²⁵⁴ dos membros da comunidade. Nesse sentido, Baker esclarece que a legitimidade democrática:

²⁵² BAKER, C. Edwin. Autonomy and hate speech. In: HARE; WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. New York: Oxford University Press. 2010. p. 142.

²⁵³ The state cannot coherently ask a person to obey its laws unless it treats the person as capable of making choices for herself, for example, the choice to obey the law. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.142 (tradução nossa).

²⁵⁴ Para Baker a autonomia substantiva: involves a person’s actual capacity and opportunities to lead the best, most meaningful, self-directed life possible. Laws that advance one person’s substantive autonomy—by allocating resources to her or providing her information, for example—often reduce the substantive autonomy of another person. In making policy choices, a state is properly influenced but not controlled by substantively egalitarian aims, welfare maximizing considerations, and various inevitably non-neutral collective self-definitional or majoritarian values. These policy or legal choices, as compared to others the state might make, inevitably favour some people’s substantive autonomy over that of others. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.142

e certamente o compromisso libertário civil, exigem que, ao promover a autonomia substantiva das pessoas, bem como os objetivos igualitários e outras metas políticas adequadas, a ordem legal não pode ter como propósito usar meios gerais que desrespeitem a autonomia ou a igualdade formal das pessoas. Sob esse ponto de vista, o respeito à liberdade de expressão é uma restrição adequada à escolha coletiva ou legal dos meios que serão utilizados para promover objetivos políticos legítimos.²⁵⁵

Nesse caso temos que a proibição que incide sobre os discursos discriminatórios, racistas e odiosos constitui-se claramente em um meio escolhido pela coletividade para avançar com alguns propósitos políticos legítimos. E, como não podemos negar que, ao menos por um dado momento, esse tipo de discurso (odioso e preconceituoso) incorpora a percepção de mundo do falante e, conseqüentemente, expressa seus valores particulares²⁵⁶, a tentativa do Estado de proibi-los será sempre ilegítima.

Ao sustentar esse ponto, Baker está ciente de que, muitas vezes, essas expressões constituem-se em uma falta de respeito para com a dignidade e a igualdade de alguns membros da sociedade. Mas, da mesma maneira que faz Dworkin, assegura que a igual consideração e o respeito pela dignidade das pessoas é um dever legal exclusivo do Estado e não se estende aos indivíduos. Por isso que, quando alguém profere palavras de ódio, o que está em jogo não é a sua legitimidade para tal, mas sim a legitimidade do Estado para avaliar se esse conteúdo é ou não passivo de ser restringido pelo ordenamento jurídico.

Isso porque, como sabemos:

As leis que têm como propósito impedir uma pessoa de expressar um discurso racista ou de ódio violam sua autonomia formal, enquanto que seu discurso não interfere e nem contradiz a autonomia formal de qualquer outra pessoa, ainda que sua fala possa causar danos que comprometam a autonomia substantiva de alguns de seus interlocutores. Por esta razão, na maioria das vezes, as proibições direcionadas aos discursos racistas e odiosos não devem ser permitidas²⁵⁷.

²⁵⁵ Democratic legitimacy, I believe, and certainly the civil libertarian commitment, requires that, in advancing people's substantive autonomy as well as in advancing substantive egalitarian aims and other proper policy goals, the legal order neither have the purpose to nor use general means that disrespect people's formal autonomy (or their formal equality). On this view, respect for free speech is a proper constraint on the choice of collective or legal means to advance legitimate policy goals. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.142 (tradução nossa).

²⁵⁶ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.142.

²⁵⁷ Law's purposeful restrictions on her racist or hate speech violate her formal autonomy, while her hate speech does not interfere with or contradict anyone else's formal autonomy even if her speech does cause injuries that sometimes include undermining others' substantive autonomy. For this reason,

Para além de toda essa questão envolvendo a inviolabilidade da autonomia formal que garante a todos o direito de manifestar qualquer conteúdo expressivo que seja, Baker acrescenta que proibir a expressão por causa de um juízo moral negativo que a ela é atribuído, “em um contexto discursivo no qual respostas verbais ainda são possíveis, provavelmente reduzirá a auto compreensão cultural democrática de que os conflitos de interesse devem ser tratados por meio do embate político e não por meio do uso da força”²⁵⁸.

Esse raciocínio, segundo Baker, é reflexo do pensamento do filósofo e sociólogo alemão Ralf Dahrendorf, que sustentava que a finalidade da democracia consistia fundamentalmente em transferir os conflitos inevitáveis da sociedade do plano da violência para o plano da política. Para ele a ideia de que um Estado democrático tem o dever de eliminar esses conflitos é ingênua e infundada²⁵⁹.

Mesmo após toda essa consistente fundamentação teórica, filosófica, política e jurídica acerca da liberdade de expressão, Baker ainda se dá ao trabalho de problematizar a questão acerca da restrição dos discursos não coercitivos de maneira mais pragmática. Ainda que não haja qualquer certeza de que as proibições de alguns conteúdos expressivos produzam os resultados esperados, algumas pessoas alegam que, por uma questão de cautela, essas restrições poderiam se justificar. Contudo, para provar que essa hipótese leva a uma conclusão absolutamente equivocada, demonstra que existem seis fortes razões pelas quais se comprova que a melhor maneira de lidar com esses discursos detestáveis e preconceituosos é permitir sua livre expressão. E, uma vez que esses seis pontos estejam certos, o mais cauteloso seria aceitar os eventuais *harms* provenientes dessas expressões, já que as proibições substanciais ao discurso tendem não só a ser contraproducentes como também podem propiciar resultados e danos muito piores do que aqueles advindos de sua permissão²⁶⁰.

Por isso, até que se prove o contrário, devemos nos atentar para o fato de que:
(1) permitir que o combate a esses discursos ocorra livremente no âmbito da

prohibitions on racist or hate speech should generally be impermissible. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.142 (tradução nossa).

²⁵⁸ In the context of discourses where verbal responses are possible, is likely to reduce the democratic cultural self-understanding that conflicts are to be dealt with as a political rather than violent struggle. BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.152 (tradução nossa).

²⁵⁹ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.153.

²⁶⁰ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.154.

argumentação é a única chance que temos para tentar compreender melhor os males provenientes do ódio racial; (2) coagir os indivíduos a esconder esse ódio inevitavelmente ofuscará a localização e a extensão de um problema que deve ser trabalhado pela sociedade; (3) suprimir essas expressões provavelmente aumentará nos racistas não só o senso de opressão, como também a vontade de exprimir seus pontos de vista de maneira realmente violenta; (4) é provável que a supressão reduza a auto compreensão que a sociedade deve ter de que a democracia significa não eliminar o conflito por meio da coerção, mas sim transferir esses conflitos que são inerentes do plano da violência para o plano da política; (5) a proibição legal e a aplicação de leis direcionadas a censurar o discurso de ódio provavelmente farão com que respostas políticas mais eficazes e significativas percam suas forças, deixando à margem as medidas que realmente teriam o poder de mudar a situação, como por exemplo, as políticas afirmativas voltadas para a reduzir as desigualdades materiais que são, em grande, responsáveis pelo agravamento do racismo; (6) , por último mas não menos importante, o princípio que justificaria as proibições e as leis específicas que restringem os discursos do ódio pode ser facilmente desvirtuado para acabar servindo de pretexto (*slippery slope*) para outras decisões legais cuja os resultados podem não só contrariar as necessidades das vítimas de ódio racial, como também as de outros grupos minoritários²⁶¹.

Portanto, resta agora saber se os teóricos que divergem dessa abordagem conseguem, de alguma forma, comprovar o contrário do que esses seis pontos estabelecem e, ao mesmo tempo, oferecer argumentos mais consistentes do que aqueles que foram aqui apresentados para fundamentar uma concepção realmente democrática da liberdade de expressão.

²⁶¹ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, Op.cit p.155.

2. DISCURSO DE ÓDIO: POR QUE PROIBIR?

Após definir e desenvolver quatro dos mais importantes argumentos que fundamentam a liberdade de expressão, indicando a impossibilidade de o Estado intervir nos conteúdos discursivos, passamos para análise de algumas teorias que defendem uma visão oposta.

Apesar de não pertencerem ao mesmo espectro dentro das teorias da justiça, a maioria das hipóteses que sustentam ser o discurso de ódio um limite substancial ao livre exercício da consciência e da expressão compartilham de pelo menos um dos pressupostos do comunitarismo. Para defender a restrição legal dos discursos cujo conteúdo é considerado desprezível e maldoso, essas teorias aceitam – de maneira mais ou menos deliberada – a premissa de que existe uma concepção moral fundada num ideal de bem comum que pode servir como justificativa suficiente para o Estado relativizar os direitos individuais, inclusive, a liberdade de expressão.

Sustentam que, a fim de promover a autonomia substancial dos grupos minoritários, o Estado deve tomar partido acerca das questões expressivas, pois aquelas ideologias, preferências, gostos e opiniões que são contrárias aos valores e às políticas democráticos – ao ideal de bem estabelecido – não teriam o direito de concorrer livremente no espaço público. Dentre essas expressões estão os chamados discursos de ódio, que como muito bem definiu Brugger, são aqueles que se referem “a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”²⁶².

De um modo geral, esses autores que discordam do entendimento liberal, sustentam que toda expressão contendo uma mensagem de ódio deve ser, de alguma forma, limitada pelo Estado. A seguir veremos as particularidades argumentativas que algumas dessas teorias utilizam para tentar justificar essa hipótese que, apesar de controversa, é majoritariamente aceita pelas doutrinas e pelas jurisprudências de todo o mundo.

²⁶² BRUGGER, Winfried. Proteção ou proibição ao discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Revista de Direito Público*, vol. 1, n. 15, jan.-mar. 2007, p. 119.

2.1 A dignidade humana como um obstáculo à expressão.

O filósofo do direito neozelandês Jeremy Waldron tenta formular uma teoria, principalmente em contraposição àquelas de Dworkin e Baker, que apresente uma fundamentação e uma caracterização mais adequada acerca das possíveis restrições que podem ser direcionadas aos discursos de ódio. Para tanto, define um conceito de dignidade que, segundo ele, consistiria em uma barreira legítima à expressão de certos conteúdos.

Tanto em seu livro *The Harm in Hate Speech* quanto nos seus diversos escritos sobre o tema, tal como em *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*, Waldron tece fortes críticas ao pensamento liberal ortodoxo que predomina a história recente da jurisprudência norte americana nos casos envolvendo a liberdade de expressão. Argumenta que o ônus da democracia alegado por Dworkin não recai sobre todos os membros da comunidade, mas somente sobre as minorias, o que acaba por gerar um descompasso e uma injustiça ainda maior com os grupos que foram historicamente marginalizados²⁶³.

De acordo com Waldron, para desconstruir essa confiança na “bravata” liberal que estabelece a máxima invectiva do: “*Posso detestar o que você fala, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo*,²⁶⁴” é necessário compreender, primeiramente, que os discursos de ódio, apesar da nomenclatura, não têm como função primária a expressão de ideias²⁶⁵ e que, muitas vezes, constituem-se em uma ameaça à dignidade e às garantias individuais dos membros da comunidade. Por isso a narrativa de que o direito nada pode fazer em relação às opiniões que as pessoas exprimem e às mensagens que elas transmitem não passa de um ponto de vista equivocado e incoerente com a meta democrática de construir um terreno no qual uma sociedade bem ordenada possa se desenvolver.

Referindo-se às placas e aos anúncios de rua com dizeres do tipo: “Muçulmanos e 11 de setembro! Não sirvam eles, não falem com ele e não deixem eles entrarem”; “Todos se chamam Osama”; “Cães e Judeus Proibidos”, Waldron questiona a extensão da liberdade de expressão, principalmente aquela derivada da

²⁶³ Além de afirmar que esses discursos não só podem, como objetivamente ferem seus destinatários causando um dano para toda a comunidade, Waldron argumenta que esse dano é ainda maior quando essas expressões, ou esses símbolos de ódio são impressos, pintados, afixados em cartazes, ou em *outdoors*, pois, segundo ele, além de serem mais visíveis, são permanentes e mais difíceis de se evitar.

²⁶⁴ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 3.

²⁶⁵ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 2.

atual interpretação que a suprema corte faz da primeira emenda à constituição do Estados Unidos. Não concorda com a ideia de que o Estado deve se abster frente a esses absurdos e, muito menos, com a típica afirmação liberal de que aqueles que são as vítimas dessas mensagens deveriam apenas aprender a conviver com isso. “Isto é, que eles deveriam aprender a viver suas vidas, conduzir seus negócios, e criar suas crianças em um ambiente que dá origem a esse tipo de discurso”²⁶⁶.

Não é somente uma questão de direitos individuais, autonomia e expressão que está em jogo. Para ele o problema envolve problemas sociais e legais de significativa importância, mas que são usualmente desconsideradas. Primeiramente indica a existência de um *bem público de inclusividade*²⁶⁷ pelo qual a sociedade é responsável e com o qual está comprometida. Esse mandado de inclusão, como veremos, acaba ele próprio impondo um limite ao conteúdo expressivo, já que o *bem público* do qual faz parte não admite a expressão das opiniões que o contrariam.

Não obstante aceitar a premissa moderna de que somos todos dessemelhantes e diversos em nossas etnias, origens, aparências e religiões, Waldron afirma que “estamos todos embarcados em um grande experimento de convivência e trabalho conjuntos apesar dessas diferenças”²⁶⁸ e que, devido a isso:

Cada grupo deve aceitar que a sociedade não é só dele; mas que *ela* é para ele também, juntamente com todos os outros. E cada pessoa, cada membro de cada grupo, deve ser capaz de cuidar de seus afazeres, com a garantia de que não haverá necessidade de enfrentar hostilidade, violência, discriminação ou exclusão por outros²⁶⁹.

Diante desse raciocínio que Waldron vai desenvolvendo ao longo de sua obra, percebe-se que o autor assume a premissa de que a restrição e a sanção são meios mais adequados para atingir a finalidade agregativa da democracia do que a própria a deliberação, ficando cada vez mais nítida a sua preocupação em proteger um *bem*

²⁶⁶ That is, they should learn to live their lives, conduct their business, and raise their children in the atmosphere that this sort of speech gives rise to. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 3 e 4 (tradução nossa).

²⁶⁷ Public good of inclusiveness.

²⁶⁸ And we are embarked on a grand experiment of living and working together despite these sortes of differences. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 4 (tradução nossa).

²⁶⁹ Each group must accept that the society is not just for them; but it is for them too, along with all others. And each person, each member of each group, should be able to go about his or her business, with the assurance that there will be no need to face hostility, violence, discrimination, or exclusion by others. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 4 (tradução nossa).

comum, antes mesmo de garantir aos indivíduos o pleno gozo de seus direitos individuais.

Defende assim que o Estado tem o dever de promover um certo sentimento de segurança coletivo que permita a cada indivíduo levar sua vida sem o medo de ser ofendido, discriminado e hostilizado. Essa garantia (*assurance*) do bom funcionamento do ambiente social “é algo em que todos podem confiar, como a limpeza do ar que respiram ou a qualidade da água que bebem de uma fonte²⁷⁰”.

O mais intrigante é que Waldron chega a afirmar que essa sensação de segurança se constitui em um *bem público* que, em uma boa sociedade, deve ser instintivamente sustentado pelas pessoas que a compõem. Com isso parece sugerir que aqueles que não contribuem para esse ambiente harmônico e pacífico são indivíduos maus e que, portanto, não merecem ter a chance de discordar desses pressupostos e nem dessa concepção particular acerca do que consiste uma sociedade *bem ordenada*.

Nesse sentido, argumenta que o *hate speech* é responsável por tornar mais difícil a tarefa de assegurar esse bem público (*assurance*), sendo capaz inclusive de solapá-lo, já que segundo ele, consiste em um ato de violência, intimidação e discriminação contra os indivíduos pertencentes aos grupos minoritários. Ao invocar pesadelos vividos pelas sociedades em um passado não muito distante, os discursos de ódio, segundo Waldron, “criam uma ameaça ao ambiente de paz social e, como uma espécie de veneno que age lentamente, e que vai se acumulando aqui e ali, palavra por palavra, tornam mais difícil e menos natural para os indivíduos – mesmo aqueles de bom coração – desempenharem seu papel na manutenção do bem público²⁷¹”. Deixando claro que seu raciocínio busca traçar uma linha divisória entre as pessoas de coração bom daquelas de mal coração, de modo que as últimas seriam as responsáveis por envenenar o ambiente social – ou o *bem comum* – com mensagens de ódio.

Mas segundo Waldron, não é só essa garantia – *assurance* – que está em jogo quando falamos sobre discursos opressivos. Segundo ele, ao contrário do que

²⁷⁰ it is something on which everyone can rely, like the cleanness of the air they breathe or the quality of the water they drink from a fountain. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 4 (tradução nossa).

²⁷¹ (...) creates something like an environmental threat to social peace, a sort of slow-acting poison, accumulating here and there, word by word, so that eventually it becomes harder and less natural for even the good-hearted members of the society to play their part in maintaining this public good. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 4 (tradução nossa).

acontece quando se é permitida uma proteção absoluta da liberdade de expressão, a restrição das mensagens de ódio, de fato, beneficiaria a todos os membros da sociedade, inclusive os mais necessitados. Isso porque quando se permite uma irrestrita circulação de ideias, o *status* de integrante legítimo dos indivíduos pertencentes às minorias vulneráveis é constantemente questionado e acaba sendo comprometido por aqueles que não os enxergam como membros da sociedade.

O que Waldron quer destacar com isso é a importância dos limites que são impostos à expressão pela dignidade, o direito que garante a todos indivíduos “a sua posição social – *social standing* –, e os fundamentos da reputação básica que os autorizam a serem tratados como iguais nas operações ordinárias da sociedade”²⁷². Dentro de sua teoria a concepção de dignidade não se resume à tradicional definição kantiana, é mais que isso, “a dignidade que reveste os indivíduos é algo no qual todos podem confiar – na melhor das hipóteses, implicitamente e sem problemas, pois com ela, podem viver suas vidas, cuidar de seus negócios e criar suas famílias”²⁷³. Propõe assim que a dignidade seja compreendida não somente pela ótica do reconhecimento do valor intrínseco que cada ser humano detém, mas também como uma questão de status, jurídico e social, que deve ser estendido a todos.

Dentro dessa ótica, Waldron define o *hate speech* como todo aquele discurso que contamina o ambiente público, uma vez que tem por finalidade “manchar as bases da reputação de algumas pessoas, associando características relativas à etnia, raça ou religião a condutas ou atributos que os tornariam menos dignos de serem tratados como membros de uma sociedade bem ordenada”²⁷⁴. Demonstra acertadamente que essas expressões de ódio se manifestam das mais variadas formas possíveis, por meio de insultos religiosos; apelidos raciais depreciativos; representações bestiais e ofensivas de grupos minoritários; associações inadmissíveis entre características dessas minorias e uma suposta tendência à criminalidade e à periculosidade; e até mesmo por meio de condutas mais simbólicas, como a queima de cruzes, e outras

²⁷² it is their social standing, the fundamentals of basic reputation that entitle them to be treated as equals in the ordinary operations of society. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech, Op.cit.*, p. 5 (tradução nossa).

²⁷³ their dignity is something they can rely on - in the best case implicitly and without fuss, as they can live their lives, go about their business, and raise their families. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech, Op.cit.*, p. 5 (tradução nossa).

²⁷⁴ It aims to besmirch the basics of their reputation, by associating ascriptive characteristics like ethnicity, or race, or religion with conduct or attributes that should disqualify someone from being treated as a member of society in good standing. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech, Op.cit.*, p. 5 (tradução nossa).

mais ostensivas, como as marchas antisemitas e convocações para a união das pessoas contrárias aos grupos vulneráveis.

Afirma que o que há de comum entre esses exemplos de *hate speech* é que todos eles são, ao mesmo tempo, “uma afronta calculada à dignidade dos membros vulneráveis da sociedade e um ataque premeditado ao bem público da inclusividade”²⁷⁵. Deixa claro que sua intenção ao limitar os conteúdos expressivos se deve, especialmente, a maior exigência de proteger os grupos minoritários que compõem a sociedade e que são as maiores vítimas desses discursos.

Por isso mesmo é que um discurso de ódio contra muçulmanos estaria menos protegido do que uma mensagem discriminatória direcionada aos cristãos. Segundo Waldron, ao contrário do que acontece com as minorias religiosas, por mais vulnerável que possa ser considerada a religião Cristã, o Estado deve se abster de intervir nas expressões que são voltadas contra o cristianismo. Isso porque as religiões cristãs – além de terem deixado de fazer parte do poder oficial do Estado²⁷⁶ – já seriam fortes o suficiente para suportar discursos ofensivos e degradantes, sem que isso represente uma real ameaça ao *status* mínimo de dignidade de seus seguidores.

De modo análogo, e não menos controverso, defendeu a legitimidade inclusive das leis norte-americanas – *sedicious libel* – que proibiam críticas ao governo e aos seus agentes. Para tanto, explica que, a princípio, quando da constituição e da afirmação do poder central dos Estados Unidos, o governo ainda não havia conquistado estabilidade e aceitação social suficientes para resistir a todo o tipo de crítica popular que fosse lançada contra ele e, por isso mesmo, que essas leis que permitiam a sanção posterior daqueles discursos subversivos, mal-intencionados e venenosos foram imprescindíveis para a manutenção e consolidação do sistema democrático. Chegando a concluir que a alegação de que “um governo pode sobreviver aos vitupérios publicados pelos governados se assemelha mais a um ato imprudente de fé, do que ato de bom senso”²⁷⁷.

²⁷⁵(...) a calculated affront to the dignity of vulnerable members of society and a calculated assault of the public good of inclusiveness. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 5 e 6 (tradução nossa).

²⁷⁶ Since christianity could not be seen as part of the organized apparatus of social control, it would just have to fend for itself in the unruly marketplace of sacred and profane ideas. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.25.

²⁷⁷ That a government could survive the published vituperations of the governed seemed like a reckless act of faith than like basic common sense. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.22 (tradução nossa).

Waldron sugere então que somente após o Estado se estabilizar como força política majoritariamente constituída, conquistando a aceitação e a confiança popular é que estará entregue ao “desregulamentado mercado de ideias sagradas e profanas”²⁷⁸. Tão logo uma instituição, ou um tema ganhe força suficiente para não sucumbir às críticas e aos abusos expressivos, a legislação que os protegia vai perdendo, na mesma medida, a legitimidade e a necessidade de existir. Mas enquanto isso não acontece, as intervenções no discurso podem ser consideradas legítimas e essenciais.

Resta então saber se o mesmo princípio pode ser sustentado quando o que está em jogo é o *status* dos grupos e dos membros pertencentes às minorias vulneráveis. Vejamos:

Eu disse anteriormente que as ações por difamação sediciosa começaram a parecer inadequadas quando percebemos que o governo havia se tornado tão poderoso que não foi mais preciso o apoio da lei contra as denúncias insignificantes dos cidadãos. Mas isso aplicar-se-ia às minorias vulneráveis? Será que o status de igualdade entre esses cidadãos na sociedade está tão bem assegurado que a proteção da lei contra as ofensas espúrias das denúncias racistas já não é mais necessária? Será que isso funcionaria para as minorias raciais? A posição que ocupam na sociedade - o respeito que eles gozam dos concidadãos – seria uma questão de crença puramente privada, com a qual a lei não deveria ter preocupação?²⁷⁹

Waldron sustenta que expressões difamatórias e injuriosas contra grupos e minorias vulneráveis não deveriam estar dentro do espectro de proteção constitucional. Para ele, permitir que essas expressões – que aviltam as características definidoras de alguns grupos sociais e que tentam fazer associações perversas com afirmações factualmente intolerantes e preconceituosas – circulem livremente pelo espaço público, compromete não só a liberdade de alguns indivíduos como também coloca em risco a coexistência social subjacente às cosmopolitas sociedades contemporâneas.

²⁷⁸ (...) unruly marketplace of sacred and profane ideas. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.25 (tradução nossa).

²⁷⁹ I said earlier that prosecutions for seditious libel began to seem inappropriate when we realized that the government had become so powerful that it did not need the support of the law against the puny denunciations of the citizenry. Does that apply to vulnerable minorities? Is their status as equal citizens in the society now so well assured that they have no need of the law's protection against the vicious slur of the racist denunciation? Does that apply to racial minorities? Is their position in society - the respect they enjoy from fellow citizens - a matter of purely private belief, with which the law should have no concern? WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 30 (tradução nossa).

Não obstante o filósofo se complica quando tenta classificar o discurso de ódio como uma difamação de grupo. Opta por tal definição por acreditar que a expressão *hate speech* possa ser usada de maneira distrativa como forma de simplificar uma questão extremamente complexa e profunda. Isso porque, segundo Waldron, a palavra *ódio* pode sinalizar que a discussão gira meramente em torno de questões subjetivas e de menor importância, indicando que a preocupação em relação ao tema se daria por causa de conflitos emocionais, sentimentais e passionais. Acrescenta ainda que o termo *ódio* também pode sugerir, de maneira enganosa, que as leis que restringem esse tipo de discurso estariam voltadas para controlar os pensamentos, as emoções e as atitudes de algumas pessoas. Quando na verdade a sua finalidade última seria a de proteger certos indivíduos, pertencentes a grupos minoritários, da violência e dos danos causados por expressões e publicações que visam desconsiderar a cidadania dessas pessoas²⁸⁰.

O problema é que ao fazer isso Waldron, além de atribuir ao Estado um dever de censura parcial, trata da dignidade, até certo ponto, como um direito difuso. Apesar de antever a contradição de seu argumento afirmando ser a dignidade um direito individual e que, portanto, é o indivíduo que deve ser protegido contra as difamações de grupo – *group libel* –, a própria nomenclatura que Waldron atribui ao *hate speech* indica o contrário. A lógica de seu argumento propõe que a dignidade somente constituirá uma barreira legítima ao discurso quando o mesmo for direcionado aos grupos minoritários e quando essas “imputações difamatórias forem associadas a características que são compartilhadas como raça, etnia, religião, gênero, sexualidade e a nacionalidade dos indivíduos que pertencem a esses grupos”²⁸¹.

Ou seja, é um direito condicionado, que só se manifesta como uma barreira supostamente legítima à liberdade de expressão quando o indivíduo titular desse direito for parte de alguma minoria vulnerável da sociedade. Waldron até tenta desfazer essa confusão. Diz que a dignidade é sim um direito individual, que se constitui como uma proteção do indivíduo – e não de um determinado grupo – frente às condutas expressivas discriminatórias. Entretanto, ao falar sobre o alegado dano que é causado pela difamação de grupo, o autor não se refere propriamente ao indivíduo. Pelo contrário, afirma que:

²⁸⁰ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 34-64.

²⁸¹ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 60

O dano que as expressões do ódio racial causam é um dano, em primeira instância, **aos grupos** que são denunciados ou bestializados nos panfletos e cartazes racistas. Não é um dano - se posso dizer sem rodeios - aos liberais brancos que acham a invectiva racista desagradável²⁸².

Mais à frente na sua obra Waldron destaca ainda que as leis que dizem respeito ao *hate speech* – ou a difamação de grupo, como prefere o autor – “são criadas para reivindicar a ordem pública²⁸³”, deixando ainda mais clara a sua preocupação e a primazia que dá à proteção do grupo e da ordem pública em detrimento do indivíduo, no que diz respeito à liberdade de expressão. Esse viés mais comunitarista e antiliberal de sua teoria se torna ainda mais explícito a partir de sua definição acerca de como uma sociedade bem ordenada deve se parecer.

Waldron então toma emprestado a ideia desenvolvida por John Rawls no *Liberalismo Político*²⁸⁴ na tentativa de justificar melhor a necessidade e a legitimidade das leis que censuram as difamações de grupo. Explicita resumidamente que uma sociedade bem ordenada tal como a idealizada por Rawls teria dois princípios fundamentais de justiça, a liberdade e a igualdade, que estruturariam todo o resto. Nesse cenário hipotético todas as pessoas se conduziram com um efetivo senso de justiça, permitindo assim a coexistência de indivíduos com os mais diversos projetos de vida. Reconhecendo que esse modelo rawlsiniano é apenas hipotético e abstrato, Waldron propõe trabalhar com essa questão de maneira mais prática e próxima da realidade. Para ele importa então saber como uma sociedade bem ordenada de fato deveria aparentar. Nesse ponto o foco de sua argumentação começa a transitar do campo jurídico para o campo estético e sua grande provocação gira em torno da questão acerca de como uma sociedade realmente bem ordenada deveria parecer.

Ao contrário da proposta liberal que classificaria como bem ordenada a sociedade que se deixasse orientar por um livre mercado de ideias, na qual todas as opiniões e símbolos, inclusive racistas e preconceituosos pudessem circular livremente, Waldron afirma que esse ambiente seria esteticamente desagradável, ainda que superficialmente organizado.

²⁸² The harm that expressions of racial hatred do is harm in the first instance to the groups who are denounced or bestialized in the racist pamphlets and billboard. It is not harm - if I can put it bluntly - to the white liberals who find racist invective distasteful. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 30 (tradução e destaques nossos).

²⁸³ They are set up to vindicate the public order. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 46.

²⁸⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Editora Ática, 2000.

Utilizando-se da metáfora comumente empregada pelos liberais para justificar a não intervenção do Estado nos conteúdos expressivos, Waldron vai na direção oposta e defende que não devemos deixar que floresçam entre as milhares e mais variadas espécies de flores aquelas que são venenosas²⁸⁵. Segundo ele, a colorida e desregulamentada diversidade do livre mercado de ideias não pode ofuscar características visíveis que estão em desacordo com o compromisso fundamental que uma sociedade bem ordenada deve ter com os princípios de justiça²⁸⁶.

Nesse sentido sustenta que somente as sociedades que combatem, por meio do direito, as expressões de ódio que são voltadas para atacar as minorias vulneráveis, é que de fato podem ser consideradas justas e bem ordenadas. Isso porque essa garantia (*assurance*), quando bem compreendida, seria responsável por assegurar que todos os membros tratariam uns aos outros como cidadãos igualmente dignos.

Parece assim acreditar, com muita fé, que a legislação contra as difamações de grupo seria a panaceia do ódio e dos preconceitos sociais, econômicos, étnicos, políticos, como também da discriminação com base no gênero, na orientação sexual e na nacionalidade das pessoas. E, na contramão do que Locke argumentou em seus escritos sobre a tolerância²⁸⁷, afirma que a força coercitiva do Estado é um ingrediente indispensável para mudar o pensamento e o coração dos intolerantes²⁸⁸. Essa atuação do Estado para Waldron é, inclusive, pressuposto indispensável para que a sociedade possa ser considerada “bem ordenada”.

Nesse sentido, ao discordar da efetividade das práticas educativas e das políticas afirmativas como medidas legítimas no combate ao *hate speech*, Waldron ironiza: “as sociedades não se tornam bem ordenadas em um passe de mágica. O trabalho expressivo e disciplinar da lei pode ser um ingrediente necessário na mudança do coração dos cidadãos racistas que uma sociedade bem ordenada exige”²⁸⁹. Chega a impressionar a crença que Waldron deposita no direito e, especialmente no direito penal, rumo a eliminação do ódio na sociedade e na conversão das crenças daqueles que são considerados por ele intolerantes. Nega

²⁸⁵ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 67.

²⁸⁶ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p. 68.

²⁸⁷ Ver nota 37

²⁸⁸ WALDRON, Jeremy. *Dignity and Defamation: the visibility of hate*, *Op. cit.*, p. 1623.

²⁸⁹ Societies do not become well-ordered by magic. The expressive and disciplinary work of law may be necessary as an ingredient in the change of heart within its racist citizens that a well-ordered societies presupposes. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.81.

abertamente que a educação e o debate público sobre esses temas polêmicos sejam meios mais adequados para lidar com a questão²⁹⁰, e reforçando assim sua defesa pela legitimidade e pela necessidade das condutas coercitivas que restringem a liberdade de pensamento, opinião e expressão dos indivíduos que possuem um mal coração.

Acredita que o Estado, ao permitir que expressões odiosas se manifestem, está sendo condescendente com racismo e o preconceito. Além do mais, sustenta que essa atitude permissiva colabora para que esses indivíduos não se sintam isolados. Segundo Waldron:

A publicação do discurso de ódio e a disseminação desses símbolos e rabiscos em lugares visíveis a todos é uma forma de proporcionar um ponto focal para a proliferação e coordenação das condutas que esses discursos expressam, além do mais, essa manifestação pública de ódio de alguns indivíduos sinaliza para os demais simpatizantes da causa que eles não estão sozinhos em seu racismo ou fanatismo²⁹¹.

Por causa desse receio de que a permissão do discurso de ódio sirva para aglutinar e promover a coordenação dos partidários da causa, Waldron insiste em justificar as leis que censuram o conteúdo desses discursos, dando pouca importância para o fato de que essas medidas restritivas conseguem, no máximo, varrer a poeira para debaixo do tapete.

Algumas vezes é objetado que tais leis simplesmente direcionam o ódio para o subterrâneo. Mas de certa forma, o que realmente importa é: transmitir a sensação de que os fanáticos são indivíduos isolados e amargurados, ao invés de permitir que eles entrem em contato uns com os outros e coordenem um empreendimento que visa minar a garantia (*assurance*) que é fornecida em nome dos princípios mais fundamentais da sociedade.²⁹²

Nota-se então que Waldron não enfrenta essa objeção com a profundidade que deveria. A questão de ordem prática, que surge quase que automaticamente após a “solução” que ele propõe, mas que ele prefere não encarar, é a seguinte: Será que

²⁹⁰ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.79.

²⁹¹ The publication of hate speech, the appearance of these symbols and scrawls in places for all to see, is a way of providing a focal point for the proliferation and coordination of the attitudes that these actions express, a public manifestation of hatred by some people to indicate to others that they are not alone in their racism or bigotry. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.95 (tradução nossa).

²⁹² It is sometimes objected that such laws simply drive hate underground. But in a way, what is the whole point: we want to convey the sense that the bigots are isolated, embittered individuals, rather than permit them to contact and coordinate with another in enterprise of undermining the assurance that is provided in the name of society's most fundamental principles. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.95 (tradução nossa).

esse ódio e esses preconceitos tão enraizados na consciência de algumas pessoas desapareciam com a censura estatal, ou será que essa conduta repressiva provocaria uma reação ainda pior por parte daqueles que serão impedidos de se expressar?

Sabemos que a ideia de que o amplo e desimpedido debate público nem sempre poderá convencer a todos a deixar seu ódio e seus preconceitos de lado, mas não há como negar que é mais provável que isso aconteça por meio de fortes argumentos e de um diálogo livre do por meio da violência estatal. Por meio da censura, o ódio não só não deixará de existir, como muito provavelmente poderá se fortalecer e se intensificar nos subterrâneos das mentes desses indivíduos, que sabem muito bem que não estão de modo algum, isolados nas suas concepções de mundo.

Sobre essa questão Waldron apenas diz que da mesma maneira que não está claro que o debate público seja a resposta mais apropriada para lidar com esse problema, “também não está claro que levar essa mensagem (de ódio) para o subterrâneo é algo totalmente ruim”²⁹³. Ora, além de não apresentar argumentos que indiquem que essa conclusão seja mais coerente com os princípios democráticos de uma sociedade comprometida com a realização da tolerância e da liberdade de expressão, a hipótese de Waldron também não encontraria bases psicológicas para se sustentar, já que a psicanálise há muito vem nos ensinando que aquilo que não é dito acaba se manifestando na forma de sintoma.

Mais adiante, o neozelandês também faz severas críticas à ortodoxia da jurisprudência norte americana que, para ele, tem se deixado levar cegamente pelo ideal do livre mercado de ideias na hora de fundamentar as decisões envolvendo a liberdade de expressão e as possíveis restrições dos discursos odiosos. Segundo Waldron:

Um efeito útil de enfrentar o caráter da regulação do discurso do ódio como uma restrição baseada no conteúdo sobre a liberdade individual é que ela nos ajuda a encarar alguns dos mitos e slogans tradicionais dos quais a “jurisprudência” da liberdade de expressão é amplamente composta. Uma vez que não acreditamos que a verdade acabará por prevalecer no mercado de ideias, nem na suposição de que o melhor remédio para os discursos perversos é mais discurso, nem na crença de que o impacto causado pela atuação legislativa na limitação do conteúdo discursivo é sempre uma coisa ruim, não é mais necessário tentarmos forçar a regulação do discurso do ódio dentro de um quadro de exceções que já foram admitidas nos interstícios dessas platitudes. Em vez disso, partimos do pressuposto de que a regulação

²⁹³ (...) nor is it all clear that driving this message underground is altogether a bad thing. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.95 (tradução nossa).

do discurso do ódio é vista na maior parte do mundo desenvolvido como uma necessidade ou como um empreendimento legislativo razoável, destinado a combater certos males bem conhecidos²⁹⁴.

Interessante notar que essa passagem demonstra a inversão que Waldron está propondo. Depreende-se de seu argumento que as restrições à liberdade de expressão baseadas no conteúdo não devem ser vistas apenas como uma exceção ao *free speech*, mas sim como uma necessidade imprescindível para o funcionamento razoável do poder legislativo. Mais uma vez percebemos que Waldron parte do pressuposto de que o Estado deve assumir uma posição moral substancial para intervir e relativizar a autonomia e a liberdade de expressão com o intuito de combater “males” que são “bem conhecidos”, para garantir a ordem da sociedade.

Dentro dessa perspectiva se posiciona contrariamente à concepção que Baker e Dworkin têm acerca da autonomia individual. Não contesta a importância de garantir a todos o direito de participar do processo de mudança social e de contribuir de alguma forma para o clima político, estético e moral da sociedade da qual fazem parte. Entretanto nega que isso possa dar a algumas pessoas o direito de desconsiderar a dignidade de seus concidadãos no momento de se expressarem publicamente.

Ao contrário do que Baker afirma, Waldron sustenta que não há uma diferença substancial entre o dano causado pela expressão e, principalmente, pelas expressões impressas, do dano que é produzido por condutas e comportamentos que são fisicamente violentos e destrutivos. Não considera o discurso de ódio como uma mera ofensa que depende da intermediação psicológica e subjetiva dos seus destinatários. Para ele essas difamações de grupo consistem em um ataque concreto à dignidade e à reputação dos indivíduos pertencentes às minorias vulneráveis, bem como à garantia que todos devem ter para levar uma vida tranquila sem serem hostilizados.

²⁹⁴ One useful effect of facing up to the character of hate speech regulation as a content-based restriction on individual freedom is that it helps us face down some of the traditional myths and slogans of which free-speech “jurisprudence” is largely composed. Since we do not buy into the assumption that truth will eventually prevail in the marketplace of ideas, or the assumption that the best remedy for bad speech is more speech, or the assumption that legislative attention to content-based impact is always a bad thing, it is not necessary for us to try to force hate speech regulation into a framework of exceptions that have already been admitted into the interstices of these platitudes. Rather, we start from the assumption that hate speech regulation is seen in most parts of the developed world as a necessity or as a reasonable legislative enterprise, aimed at combating certain well-known evils (evils outlined in Chapters 3 and 4 above). And we consider whether an equally honest case can be made against such regulation in terms of the value of free speech or its importance to individuals. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, *Op.cit.*, p.157 (tradução nossa).

Por isso defende que a autonomia individual não seja pensada como um valor absoluto. Ao afirmar que algumas formas de expressão constituem um dano objetivo e concreto a valores e a direitos que devem ser protegidos pelo Estado, sugere que a liberdade de expressão seja equilibrada com os demais valores que são igualmente importantes para a convivência social:

Esse equilíbrio pode não exigir a supressão de cada palavra ou epíteto que são informalmente considerados discursos de ódio. Mas pode ordenar que atentemos para as formas mais flagrantes da difamação de grupo, particularmente para aquelas ameaçadoras ou abusivas nas quais a intenção destrutiva da auto revelação de alguns indivíduos é mais ou menos explícita²⁹⁵.

Com isso Waldron sustenta que discursos difamatórios expressados em locais públicos e acessíveis a todos, muitas vezes enfraquecem valores sociais que são incorporados pela preservação da dignidade e da reputação dos indivíduos vulneráveis. Assim, ao caracterizar o dano proveniente da difamação de grupo como objetivo, Waldron rejeita veementemente a ideia de que às vítimas das mensagens de ódio bastaria coragem para enfrentar essas ofensas. Ao contrário do que afirma Baker, para ele não há como justificar que seja exigido justamente das minorias mais vulneráveis da sociedade agir com coragem para encarar os insultos racistas que lhes são dirigidos. Esse esforço extra vai de encontro às necessidades e aos direitos que esses indivíduos possuem. Afinal de contas, afirma ele, são sempre os grupos minoritários que arcam com o ônus decorrente do livre mercado de ideias.

Por isso mesmo defende que a sociedade tem o dever de fornecer a todos os seus membros uma garantia geral e implícita, fundamentada na dignidade comum, que impeça que alguns indivíduos sejam forçados a evocar “trabalhosamente a coragem para sair e tentar se desenvolver em um que ambiente parcialmente hostil que agora é apresentado pra eles”²⁹⁶.

Seguindo esse raciocínio Waldron direciona suas críticas também para o argumento da legitimidade levantado por Ronald Dworkin. Como ficou demonstrado

²⁹⁵ That balance might not require the suppression of every word or epithet that counts colloquially as hate speech. It may require us to attend to the most egregious forms of group libel, particularly when the threatening or abusive form in which it is presented makes the destructive intention of the self-disclosure more or less explicit. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech, Op.cit.*, p.172 (tradução nossa).

²⁹⁶ (...) is that it should not be necessary for them to laboriously conjure up the courage to go out and try to flourish in what is now presented to them as a partially hostile environment. WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech, Op.cit.*, p.171 (tradução nossa).

acima, em sua teoria, a liberdade de expressão é uma condição indispensável para alcançar a legitimidade política e jurídica que fundamentam os regimes democráticos. Portanto Dworkin enfatiza que uma democracia justa deve garantir:

Não somente o direito dos cidadãos a um voto, mas também o direito a voz: a decisão da maioria não é justa a menos que todos tenham tido uma oportunidade razoável de expressar suas atitudes, ou opiniões, ou medos, ou gostos, ou pressuposições, ou preconceitos, ou ideais, não apenas na esperança de influenciar os outros (embora essa esperança seja crucialmente importante), mas também para confirmar sua posição como um agente responsável, e não uma vítima passiva da ação coletiva²⁹⁷.

Deixa claro que a liberdade que temos para viver da maneira que acreditamos ser a melhor, para escolher qual a concepção moral seguir, para professar nossas crenças mais íntimas, para expressar nossas convicções e percepções acerca do mundo e da sociedade, de maneira autônoma e desimpedida, tem um preço. Para Dworkin é somente permitindo que racistas, preconceituosos, misóginos, homofóbicos se expressem que podemos defender a legitimidade das leis e das decisões políticas as quais esses indivíduos se opõem.

Dentro dessa ótica, leis e políticas públicas que têm como finalidade: proibir a segregação e a discriminação social, inibir a prática de condutas violentas e preconceituosas, universalizar os direitos e as garantias fundamentais, reduzir as desigualdades socioeconômicas e implementar ações afirmativas, por exemplo, só são de fato legítimas na medida em que não se proíbe os intolerantes de manifestarem contra elas e contra os grupos de indivíduos a quem elas visam proteger.

Apesar de destacar a importância e a força desse argumento, Waldron sustenta que a legitimidade não deve ser entendida como uma questão de *tudo* ou *nada*, mas sim por meio de uma avaliação *gradual*. Segundo ele, “a aplicação das leis contra o discurso de ódio *diminui* a legitimidade de outras leis sem destruí-la

²⁹⁷ that each citizen have not just a vote but a voice: a majority decision is not fair unless everyone has had a fair opportunity to express his or her attitudes or opinions or fears or tastes or presuppositions or prejudices or ideals, not just in the hope of influencing others (though that hope is crucially important), but also just to confirm his or her standing as a responsible agent in, rather than a passive victim of, collective action. DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE; WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. New York: Oxford University Press. 2010, p. vii (tradução nossa).

completamente²⁹⁸. Nesse sentido, uma legislação que limite as pessoas de manifestarem seu desacordo para com as leis antidiscriminatórias pode ser mais ou menos legítima, dependendo do tipo de conteúdo que ela visa censurar²⁹⁹.

Nesse sentido, a título de exemplo, Waldron argumenta que uma lei que proíba os indivíduos de afirmarem que os membros protegidos pelas leis antidiscriminatórias são animais inferiores que merecem ser exterminados, como os ratos e as baratas, teria um déficit de legitimidade bem menor do que uma outra lei que impedisse as pessoas de argumentar, de maneira razoável e racional, sua oposição à legislação que protege as minorias³⁰⁰.

Mas a questão que escapa ao raciocínio de Waldron é que uma lei dessas, que deixa a cargo do Estado a avaliação sobre qual conteúdo deve ou não ser banido, pode muito bem ser utilizada como pretexto para o governo e para as majorias atenderem seus interesses morais, ideológicos, econômicos e políticos, como tantas vezes ressaltaram Sunstein, Dworkin e Baker. Reconhece a relevância e coerência dessa objeção, entretanto alega que as experiências constitucionais nas diversas democracias maduras ao redor do mundo, não abriram o caminho para mais restrições na esfera da liberdade de expressão. Na verdade, acredita que esses Estados que reconheceram a necessidade de censurar as difamações de grupo aplicam essas leis em caráter especialíssimo, sem deixar que a exceção se torne a regra³⁰¹. Contudo, como veremos, essa crença não se confirma no cenário brasileiro, no qual muitas decisões restringindo o discurso têm ameaçado a liberdade de expressão.

De toda forma, Waldron insiste na tentativa de demonstrar que as leis contrárias ao *hate speech* ou às difamações de grupo podem se justificar mesmo quando fundamentadas na restrição do conteúdo. Para ele essas leis visam unicamente evitar o ataque aos fundamentos de justiça já consolidados e não sobre elementos abertos à contestação. Nas suas próprias palavras, esses fundamentos de justiça consistem

²⁹⁸ (...) the enforcement of hate speech laws diminishes the legitimacy of other laws without destroying it altogether. WALDRON, Jeremy. Hate speech and political legitimacy. In: HARE; WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. New York: Oxford University Press. 2010, p. 333.

²⁹⁹ A título de curiosidade, vale ressaltar que Waldron chegou a publicar um trecho de uma mensagem de e-mail enviada a ele por Dworkin na tentativa de demonstrar que o seu ponto de vista é o mais acertado. WALDRON, Jeremy. Hate speech and political legitimacy. In: HARE; WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. *Op cit.*, p. 334.

³⁰⁰ WALDRON, Jeremy. Hate speech and political legitimacy. In: HARE; WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. *Op cit.*, p. 335.

³⁰¹ WALDRON, Jeremy. *Dignity and Defamation: the visibility of hate*, *Op. cit.*, p 1656.

“em coisas tal como a igualdade racial elementar, a igualdade básica entre os sexos, a dignidade da pessoa humana, a libertação da violência e da intimidação, e assim por diante³⁰²”.

A hipótese de Waldron que contraria a premissa de Dworkin, é a de que o debate sobre essas questões já se encontraria encerrado e que, por isso, não haveria razões para justificar seu reavivamento. Apesar de admitir a existência de alguns *dissidentes periféricos*, Waldron pressupõe que já houve um aprendizado histórico e conclusivo, que se deu durante décadas anteriores e que estabeleceu – por meio de um debate aberto sobre esses temas – que o racismo e a intolerância religiosa, por exemplo, foram terminantemente derrotados. Exatamente por isso, sustenta que esses dissidentes não possuem mais o mesmo o direito que os demais indivíduos têm para manifestar livremente suas opiniões sobre essas questões que, segundo ele, já se encontram completamente fechadas³⁰³.

Entretanto, como ficou demonstrado ao longo de todo o capítulo anterior, o Estado além de colocar em risco sua legitimidade ao tentar definir questões e limites substancialmente morais como esses, sempre o fará com altas doses de arbitrariedade. Tanto é assim, que o próprio Waldron, de maneira muito controversa, chega a indicar que as leis que visam banir os discursos de ódio direcionados contra as minorias sexuais e aos movimentos LGBT's são gradualmente mais danosas à legitimidade política do que aquelas que proíbem expressões de intolerância racial e religiosa. Isso porque, segundo o teórico, as questões sobre o casamento homoafetivo e as identidades sexuais ainda estão abertas, de modo que as leis proíbem a difamação desses grupos só poderiam se estabelecer legitimamente após ter sido encerrado o debate³⁰⁴.

O que Waldron não deixa claro é quem seria o responsável por avaliar se o debate está ou não concluído e quais seriam os parâmetros utilizados para tanto. Ao que parece, as questões que giram em torno da tolerância étnica e religiosa não se distinguem substancialmente daquelas envolvendo a intolerância às diversas manifestações afetivas. E não parece razoável aceitar que o critério temporal seja suficiente para uma classificação tão diferenciada. É preciso mesmo muita fé e

³⁰² I mean things like elementary racial equality, the basic equality of sexes, the dignity of the human person, freedom from violence and intimidation, and the like. WALDRON, Jeremy. Hate speech and political legitimacy. In: HARE; WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. *Op cit.*, p. 336.

³⁰³ WALDRON, Jeremy. Hate speech and political legitimacy. In: HARE; WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. *Op cit.*, p. 337.

³⁰⁴ WALDRON, Jeremy. *Dignity and Defamation: the visibility of hate*, *Op. cit.*, p 1651-1654.

otimismo para acreditar que as questões e as tensões étnico/raciais e religiosas podem ser dadas como encerradas em nossas sociedades.

Contudo, essa maneira controversa e equivocada de compreender a liberdade de expressão é dominante em todo mundo. Prova disso é que no Brasil são pouquíssimos aqueles que contestam essa visão que é amplamente difundida pela doutrina e majoritariamente adotada pela jurisprudência do país. Nesse sentido, de maneira semelhante ao que faz Waldron, Daniel Sarmiento também sustenta que o *hate speech* consiste em um limite substancial e legítimo à liberdade de expressão³⁰⁵.

O constitucionalista aplaude a polêmica decisão do Habeas Corpus 82.242³⁰⁶, no qual ficou estabelecido pelo nosso Supremo Tribunal Federal que o princípio da liberdade de expressão não abrange manifestações de caráter antissemita. O julgamento do caso *Ellwanger*, como também ficou conhecido, foi considerado por muitos o mais emblemático e também o mais importante da história do nosso Supremo Tribunal Federal envolvendo a liberdade de expressão. Sigfried Ellwanger Castan foi um escritor negacionista do holocausto e fundador da Revisão, editora especializada em literatura antissemita que foi responsável por publicar os seus próprios livros “revisionistas”.

Ellwanger que foi acusado pela prática do crime de racismo, foi inocentado em sede de primeira instância, mas acabou condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ao ter seu Habeas Corpus negado pelo Superior Tribunal de Justiça, recorreu então ao Superior Tribunal Federal alegando, entre outras coisas, que pelo fato de o povo judeu não ser considerado uma “raça”, ele não poderia ser condenado pelo crime de racismo. Sua defesa sustentou ainda que sua conduta poderia ser tipificada apenas como simples discriminação. E, considerando que “o crime de ‘simples discriminação’ prescreve, sendo, por expresse mandamento constitucional, imprescritível apenas o crime de racismo, o paciente do habeas corpus não poderia mais ser punido, já que teria havido a prescrição da pena em concreto”³⁰⁷.

Contudo a tese da defesa não foi aceita e os ministros do tribunal, ora argumentando pela ponderação de valores e pelo princípio da proporcionalidade, ora

³⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Disponível em <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>

³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.424/RS*. Plenário, Relator Min. Maurício Corrêa. DJU, Brasília, 17 set. 2003.

³⁰⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, Op. cit.*, p. 22.

pela inviolabilidade da dignidade humana e pela exigência da igualdade de tratamento entre os membros do Estado de democrático de direito, julgaram improcedente o pedido de *habeas corpus*. Em decorrência da interpretação constitucional que fez a Corte, ficou decidido, em linhas gerais, que a liberdade de expressão não protege os discursos de cunho antissemita, já que eles podem ser alvos da persecução penal pela prática do crime de racismo.

Concordando não só com o mérito da decisão, mas também com a interpretação que o Supremo Tribunal fez dos princípios constitucionais e com a jurisprudência que supostamente se firmou a partir de então, Sarmiento enalteceu a posição da corte que, em suas palavras:

foi aplaudida de forma praticamente unânime, tanto no âmbito da sociedade civil como no meio acadêmico. Alguns constitucionalistas chegaram a criticar a metodologia empregada pela Corte – em especial o recurso à ponderação de interesses – mas não o resultado alcançado, de banimento e criminalização das manifestações de racismo. Portanto, parece existir um forte consenso contrário à proteção constitucional do hate speech, pelo menos em relação às expressões de intolerância racial³⁰⁸.

Apesar de se declarar abertamente como membro desse grupo majoritário que endossou e festejou a decisão da Corte, Sarmiento, logo em seguida, manifesta sua preocupação quanto às restrições à liberdade de expressão que se dão em razão do conteúdo das ideias apresentadas. Segundo ele “é preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a autorrealização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o ‘politicamente correto’, vigentes em cada momento histórico”³⁰⁹.

Naturalmente a pergunta que vem à tona é a seguinte: será que uma decisão que impede um indivíduo de manifestar sua opinião acerca de um episódio trágico da história da humanidade não decorre exatamente das concepções morais dominantes na sociedade? Será que ela não violaria o direito à autorrealização individual ao restringir não só o direito de um indivíduo expressar suas concepções de mundo, mas também a sua liberdade de ir e vir?

Ora, se é o próprio Sarmiento quem diz que “a liberdade de expressão não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela

³⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p.3.

³⁰⁹ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p 3 e 4.

maioria, mas também aquelas que chocham e agridem³¹⁰”, não poderia uma decisão como a do caso *Ellwanger* ser considerada coerente e nem legítima.

Seguindo com suas críticas à liberdade de expressão direciona sua análise para o cenário estadunidense. Discorrendo brevemente sobre o posicionamento da Corte Suprema de *Beauharnais v. Illinois* (1952)³¹¹ até *Virginia v. Black et al* (2003)³¹², conclui que: “no que tange à própria liberdade, predomina no pensamento jurídico norte americano uma concepção muito formal deste valor, que tende a abstrair-se da opressão real exercida no mundo da vida sobre sujeitos de carne e osso”³¹³.

A respeito dessa falta de preocupação para com as questões referentes à igualdade racial e ao combate ao preconceito, Sarmiento ressalta que, muitas vezes, ao se esquivar das questões substanciais envolvidas nos casos, a Corte acaba por manifestar um *silêncio eloquente* nos julgamentos acerca da do direito à livre expressão do pensamento. Segundo ele, o principal exemplo desse silêncio pode ser visto em *R.A.V. v. City of St. Paul*³¹⁴, no qual a Suprema Corte do Estados Unidos decretou a inconstitucionalidade da *Minnesota's Bias-Motivated Crime Ordinance*³¹⁵, e reverteu a condenação de um adolescente – que foi referido nos documentos processuais somente pelas iniciais de seu nome, R.A.V – que teria queimado uma cruz, juntamente com outros jovens, no terreno de uma família de afro americana.

O argumento utilizado pela Corte para decretar a inconstitucionalidade da lei da qual o grupo de jovens era acusado de ter violado, foi fundamentado na parcialidade do conteúdo da legislação que impunha restrições especiais somente aos

³¹⁰ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p 4.

³¹¹ *Beauharnais v. Illinois* 343 U.S. 250 (1952) Foi um julgamento em que a Corte Suprema discutiu “a condenação criminal de um indivíduo que promovera a distribuição de panfletos em Chicago, nos quais conclamava os brancos a se unirem contra os negros e evitarem a miscigenação racial, acusando os afrodescendentes de serem os responsáveis por estupros, roubos e outros crimes”. SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p 7. A decisão, que foi redigida pelo *justice* Frankfurter, classificou as expressões como meras ofensas pessoais e grupais e que, portanto, não seriam parte essencial da manifestação nenhuma ideia, propriamente. A partir daí argumentou que a Primeira Emenda não foi concebida para proteger este tipo expressão de valor social reduzido e que, por isso mesmo, no caso em análise, o interesse social pela moralidade e pela ordem deveriam prevalecer sobre o direito à livre manifestação do pensamento.

³¹² *Virginia v. Black et al* 538 U.S. 343 (2003), é um dos mais recentes casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos envolvendo liberdade de expressão e *hate speech*. Na ocasião, em decisão redigida pela *justice* O'Connor, a Corte declarou a constitucionalidade de uma legislação do Estado da Virgínia que tornava crime a queima de cruzeiros que fosse orientada para intimidar pessoas ou grupos. Vale ressaltar que essa prática deplorável de queimar cruzeiros é comumente utilizada por membros da Ku Klux Klan como um símbolo da aversão que sentem pelos negros norte-americanos.

³¹³ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p. 12.

³¹⁴ *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992)

³¹⁵ Lei de crimes motivados por preconceito de St. Paul, Minnesota que proibia a exibição de símbolos reconhecidamente voltados para despertar raiva, alarme ou ressentimento em certos grupos de indivíduos, fazendo referência à raça, à cor, ao credo, à religião ou ao gênero dessas pessoas.

indivíduos que expressassem opiniões desfavoráveis que fizessem menção à raça, cor, credo religião ou gênero das pessoas. Segundo a Corte, a referida lei consistia em uma discriminação baseada no conteúdo expressivo, já que, ao mesmo tempo em que proibia que esses “temas” fossem tratados com hostilidade, permitia que expressões e invectivas insultuosas sobre os demais assuntos acontecessem livremente.

Percebendo então que a legislação local permitia que o Estado tomasse partido e assumisse uma posição em detrimento das outras, a Corte declarou a inconstitucionalidade da norma, tendo em vista que, como ressaltou o *justice* Scalia: “St. Paul não tem o poder de autorizar um lado do debate a lutar luta livre e requerer que o outro lado siga as regras de etiqueta do Marquês de Queensbury³¹⁶”.

Na decisão, de fato, como afirma Sarmiento, não há nenhuma referência ao contexto histórico de discriminação e opressão racial que sofreram os negros norte-americanos. Muito menos há menções sobre a situação ou sobre os impactos que essa conduta causou à família que dela foi alvo. Destaca que no julgamento houve apenas uma pequena “concessão” da Corte nesse sentido, que foi exatamente quando o *justice* Scalia, responsável por redigir a *opinion* da maioria, constatou que, apesar da ilegalidade do Estatuto local, a conduta dos jovens de queimar uma cruz em terreno alheio era digna de repressão.

Diante da reiterada falta de consideração da Corte pelas questões substanciais que entram em jogo nos casos envolvendo os limites da liberdade de expressão, apoiando-se em Owen Fiss e Catharine Mackinnon³¹⁷, Sarmiento afirma que:

Esta visão, ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presentes nas próprias estruturas sociais, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coação estatal sobre os indivíduos. Em matéria de liberdade de expressão, ela ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre os seus alvos³¹⁸.

Nessa passagem nota-se que o constitucionalista faz como tantos outros detratores da liberdade de expressão costumam fazer. Afirma, sem apresentar nenhuma comprovação empírica, que o silenciamento das minorias é um efeito

³¹⁶ SCALIA *apud* SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p.10.

³¹⁷ Ver mais em: MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

³¹⁸ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p.12.

colateral inevitável causado pela permissão do discurso de ódio e pelas difamações de grupo.

Observa que depois dos anos 50, quando as questões envolvendo o *hate speech* começaram a surgir, houve uma mudança drástica no posicionamento de muitos defensores dos direitos humanos no que diz respeito à compressão da livre expressão do pensamento. Antes disso, os movimentos progressistas que lutavam pela universalização e afirmação dos direitos civis das minorias reivindicavam, a todo tempo, que a cláusula da liberdade de expressão contida na Primeira Emenda deveria garantir a maior proteção possível para o conteúdo dos discursos. Somente assim eles poderiam manifestar publicamente suas causas sem que fossem por isso criminalizados. Nesse contexto, ressalta Sarmento:

Era sempre a Direita que queria restringir o free speech, contra a firme oposição da Esquerda, que encarnava os interesses dos grupos mais desfavorecidos. De repente, a liberdade de expressão, tal como interpretada pela Suprema Corte, passa a ser vista por alguns não mais como um instrumento de emancipação, mas como um escudo em favor da opressão de grupos estigmatizados³¹⁹.

Ora, será então que aqueles que antes argumentavam que as restrições no conteúdo do discurso consistiam apenas em um artifício “legal” para o Estado e para as maiorias impedirem aqueles que deles discordassem de expor suas ideias, podem, sem cair em contradição, argumentar que as limitações da liberdade de expressão com base no conteúdo são agora necessárias e legítimas? Antes, os grupos oprimidos não tinham voz suficiente para expor suas pretensões e concepções de mundo, pois eram injustamente silenciados por aqueles que detinham o poder econômico e político. Mas agora que conquistaram o seu merecido espaço no debate público e suas ideias se tornaram praticamente incontestáveis, querem utilizar do mesmo instrumento que um dia seus algozes utilizaram, a fim de censurar aqueles cujas opiniões são contrárias aos valores que defendem.

Dentro dessa ótica, a liberdade de expressão não passaria de um princípio instrumental “fraco” que só seria digno de confiança quando aplicado por aqueles que pensam de maneira similar. Todavia, aqueles que compartilham desse pressuposto tentam justificá-lo com alegações e suposições que dificilmente podem ser comprovadas e, Sarmento não parece oferecer uma alternativa melhor. Ao enaltecer

³¹⁹ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p.13.

o posicionamento da jurisprudência canadense no combate a *hate propaganda*³²⁰, destacou que:

o Tribunal canadense analisou os principais efeitos negativos que o hate speech promove – o mal às vítimas e o mal à sociedade como um todo. Em relação às vítimas, registrou o terrível dano psicológico a que se submetem os integrantes das minorias étnicas e religiosas quando expostos às manifestações de ódio e desprezo, que podem abalar a sua autoestima, e levá-los a evitar contatos com os não-membros dos seus grupos, ou a buscar anular as suas características distintivas para fugirem ao preconceito. Já em relação ao dano à sociedade, o Tribunal observou que, com o uso das tecnologias e meios apropriados, as pessoas podem ser convencidas das ideias mais abomináveis³²¹.

Curiosamente não há referências sobre como foi que o Tribunal desenvolveu sua análise que justificaria e comprovaria a necessidade de censurar esse tipo de discurso. A alegação do dano psicológico, do mal às vítimas, à sociedade e da influência negativa que essas ideias abomináveis provocariam, continua sendo apenas pressuposição. Além do mais, se enquadram perfeitamente nas justificativas que o Estado não poderia, de modo algum, utilizar para restringir o conteúdo do discurso, como ficou muito bem demonstrado por Mill, Sunstein, Dworkin e Baker. E sobre a consideração acerca do conteúdo abominável do discurso, nunca é demais ressaltar que a igualdade entre negros e brancos, entre mulheres e homens, entre índios e europeus, bem como a refutação do geocentrismo e do darwinismo também já foram consideradas ideias perigosas e abomináveis em determinados contextos.

Na tentativa de desenvolver melhor seu argumento, Sarmiento vai além e, citando exemplos de casos julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão demonstra a imensa discricionariedade que possuem os juízes no momento de restringir ou não a liberdade de expressão³²². Para ele, o fato de a Corte daquele país ter sido fortemente influenciada por uma cultura humanitária foi fator determinante para a concepção de uma ordem constitucional que censura previamente certos discursos de ódio. Chega até mesmo a sugerir que o nazismo exigiu que o sistema alemão se tornasse menos tolerante com os intolerantes, como se o “excesso tolerância” tivesse sido uma das causas da ascensão do Partido Nacional-Socialista.

³²⁰ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p.15-19.

³²¹ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p.17.

³²² SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p. 19-24.

Nesse sentido, tentando justificar essa concepção moral substancial que adota o Tribunal Constitucional, pondera que:

o modelo alemão não aceita o hate speech, mas também não descuida da proteção da liberdade de expressão, sobretudo quando está em jogo a discussão de questões de interesse público. Por outro lado, há, no confronto com as liberdades comunicativas, uma proteção mais intensa dos direitos da personalidade de minorias em situação de desvantagem, como os judeus e deficientes físicos. A metodologia empregada para solucionar as colisões de direitos é sempre a ponderação de interesses, realizada sobre o background de um sistema axiológico em cujo centro está o princípio da dignidade humana³²³.

Nessa passagem há dois problemas que aparentemente passaram despercebidos pelo autor, mas que chamam bastante atenção. Em primeiro lugar Sarmiento parece desconsiderar que muitas vezes os discursos de ódio, de maneira mais ou menos direta, dizem respeito a questões que são de interesse público, como por exemplo os discursos anti-imigratórios/xenofóbicos, nacionalistas, racistas e hetenormativos. Posteriormente, enaltece a metodologia empregada pelo Tribunal Alemão nos casos em que há uma *colisão de direitos*, indicando o acerto das decisões que restringem o discurso com base na *ponderação de interesses* que se dá dentro de um *sistema axiológico*, no qual a *dignidade humana* ocuparia um lugar privilegiado. O que nos leva a perceber que sua argumentação confunde o conceito de princípio com o conceito de valor e não leva em consideração o caráter deôntico fundamental do *dever-ser* que subsiste nos princípios jurídicos.

Leva a crer que as decisões judiciais nos casos difíceis ou são predeterminadas por uma espécie de *meta valor* incorporado pela dignidade humana, ou então são definidas com base nas preferências axiológicas e nos interesses dos juízes, que podem, ao seu sabor, decidir segundo aquilo que acreditam ser o *melhor*, ao invés de decidir com base naquilo que é de fato *devido*³²⁴.

Sarmiento também questiona a hipótese de que o livre mercado de ideias poderia servir como instrumento eficaz na busca pela verdade. Segundo ele, a “situação ideal de discurso” – fazendo uma referência à teoria discursiva de Habermas – é inviabilizada pelas falas odiosas que, dentre outras coisas, não consideram seus interlocutores como participantes legítimos do debate. Nesse sentido, argumenta que

³²³ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p. 25.

³²⁴ Ver mais em: GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 167-198.

o *hate speech* estaria “muito mais próximo de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões”³²⁵. Isso porque, na sua concepção, só haveria dois comportamentos possíveis para as vítimas que são expostas às manifestações de ódio: “revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada. Nenhum deles contribui minimamente para ‘a busca da verdade’”³²⁶. Mais uma vez lidamos com uma aposta que não encontra nenhuma comprovação empírica, uma suposição fraca que não pode servir de justificativa para permitir a limitação e a censura de alguns conteúdos discursivos³²⁷.

Concordamos com Sarmiento somente quando ele defende que o medo das ideias que se opõem radicalmente à democracia não pode ser utilizado como fundamento para cercear a liberdade de expressão. O receio de que alguns inimigos da democracia possam fazer uso das instituições democráticas como instrumento legítimo para subverter a ordem democrática, não é a melhor justificativa para o Estado impedir que certas causas sejam expressadas. Se assim fosse, manifestações favoráveis ao retorno da ditadura militar, à implementação do comunismo, bem como a advocacia da anarquia poderiam facilmente ser criminalizadas.

O que não parece razoável é a hipótese de que o *hate speech* contraria as próprias bases que fundamentam a concepção de democracia deliberativa, que segundo Sarmiento, deve estar voltada para a consecução de um ideal de bem que seja comum a todos. Vejamos:

Se adotarmos uma concepção deliberativa de democracia, que a conceba não como uma mera forma de governo da maioria, ou de agregação e cômputo dos interesses individuais de cidadãos egoístas e autocentrados, mas como um complexo processo político voltado ao entendimento, pelo qual pessoas livres e iguais procuram tomar decisões coletivas que favoreçam ao bem comum, *buscando o equacionamento de diferenças e desacordos através do diálogo*, veremos que o *hate speech* só prejudica o funcionamento do processo democrático³²⁸.

Além de pressupor, à moda comunitarista, a existência de um bem comum que deva orientar as decisões dos indivíduos “livres” e iguais, afirma que as concepções

³²⁵ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p. 31.

³²⁶ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p. 31.

³²⁷ Até mesmo porque não é menos razoável a afirmação contrária. O cenário atual, não nos leva a crer que as mulheres têm se calado frente aos discursos machistas. Muito pelo contrário. Quanto mais o machismo da sociedade é exposto explicitamente, mais vozes igualitárias e feministas têm surgido para combater esses argumentos por meio do discurso.

³²⁸ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p.33 (destaque nosso).

e percepções de mundo divergentes devam ser solucionadas por meio do diálogo. Ora, mas se o equacionamento entre as dissonâncias deve acontecer justamente por intermédio do diálogo, é contraditório defender que o *hate speech* possa ser censurado do debate público por meio da coerção estatal.

Apesar de demonstrar preocupação com a proteção dos processos democráticos e das minorias que deles fazem parte, seu argumento vai na direção contrária à proteção dos direitos individuais, pois alega que a garantia da paz social e da ordem pública³²⁹ justificaria a restrição na esfera da liberdade de expressão, que é, a um só tempo, princípio legitimador e constitutivo da própria democracia.

O próprio Sarmiento destaca a sofisticação do argumento de Robert Post, que se opõe à restrição do *hate speech* exatamente porque o ideal democrático de autogoverno pressupõe que todos os indivíduos devem ter a igual oportunidade de participar das decisões públicas, de maneira livre e autônoma, por meio da manifestação desimpedida de suas opiniões. Para tanto, ressalta que o Estado, segundo Post,

deve manter-se neutro em relação às diversas concepções substantivas concernentes às formas como deve se articular a vida em sociedade, já que tais concepções têm de emergir do próprio discurso público, ao invés de consubstanciarem limitações prévias impostas pelo Estado aos participantes deste discurso, com base nos padrões de civilidade e moralidade majoritariamente adotados³³⁰.

Para combater essa concepção de que o discurso deve ser fundamentado por um “princípio meramente formal de igualdade, pelo qual todos devem ter a capacidade de expor suas ideias, e não numa concepção substantiva da isonomia, como a que proíbe as manifestações de racismo”³³¹, Sarmiento defende ser necessário que os participante reconheçam os demais interlocutores como iguais, ainda mais em se tratando de ambientes políticos que são marcadamente constituídos pela heterogeneidade e pelo pluralismo. Na sua opinião, “este reconhecimento reduz os riscos de atritos insuperáveis – que podem inviabilizar a democracia – e define um mínimo terreno comum no qual é possível tentar equacionar divergências de uma forma que possa ser aceita por todos”³³².

³²⁹ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p. 33.

³³⁰ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p. 35.

³³¹ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p. 35.

³³² SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. Op. cit., p. 36.

Entretanto esse terreno supostamente plural e heterogêneo excluiria oficialmente os preconceituosos de participar diretamente dos processos de mudança política, social e cultural da sociedade em que estão inseridos. Ao retirar a oportunidade de alguns indivíduos de influenciarem nas decisões coletivas que afetam a todos os membros da comunidade, o Estado acaba por tratá-los como indivíduos menos livres e menos iguais do que os outros, na medida em que são impedidos de manifestar suas convicções publicamente.

Apesar de tentar se resguardar afirmando que nem toda restrição aos discursos de ódio parte de uma concepção comunitarista da justiça, a qual impõe limites substanciais ao debate público, “impedindo os dissidentes de se insurgirem contra alguma concepção politicamente correta sobre a ‘vida boa’ adotada pela maioria”³³³, não tem êxito em demonstrar porque sua hipótese seria diferente³³⁴. Apela para um argumento retórico, que diz respeito a mensagem que o poder público envia para população quando permite os intolerantes de exporem suas opiniões publicamente. Segundo ele, uma vez que o Estado deixa de condenar essas condutas desprezíveis e odiosas, “a dor e a sensação de abandono dos alvos destas manifestações tende a ser amplificada, e o símbolo que fica – e todos sabemos da importância dos símbolos na vida social – é o de um Estado cúmplice da barbárie”³³⁵.

Contudo, reconhece que é necessário evitar que as restrições à liberdade de expressão façam com que esse princípio, que é tão caro para constituição da democracia e para a autonomia individual, torne-se refém das doutrinas morais substanciais defendidas pelas majorias constituídas e, por isso, propõe que a solução seja adotar o “caminho do meio” que é oferecido pela prática da ponderação.

A hipótese de Sarmiento é a de que a ponderação dos princípios, ou a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, permitiria aos juízes interferir na esfera da liberdade de expressão, desde que ficasse comprovado que essa ação do poder público fosse adequada para atingir os seus objetivos. Ou seja, que fosse constatada a sua necessidade e a sua exigibilidade e que, além disso, o benefício trazido superasse o ônus imposto pela intervenção do Estado nos direitos individuais³³⁶.

³³³ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p. 36.

³³⁴ Ver nota 325.

³³⁵ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p. 44.

³³⁶ Nesse sentido, demonstra que: “por inspiração da dogmática alemã, a doutrina e a jurisprudência brasileira decompõem o princípio da proporcionalidade em três máximas ou subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, assim sintetizados por Luís Roberto Barroso: ‘(a)

Essa alternativa, na sua percepção, seria capaz de evitar que a utopia do respeito mútuo no discurso público se degenerasse “na triste distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade, cativa de ortodoxias morais inquestionáveis”³³⁷, na qual seriam permitidas somente as ideias politicamente corretas. E, ao mesmo tempo, capaz de restringir somente aquelas manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito. Deixando de fora as demais expressões que “podem e devem ser desmontadas e combatidas através da crítica pública e não da repressão juridicamente institucionalizada”³³⁸.

Entretanto, ressaltamos uma vez mais que a aplicação da proporcionalidade permite que as normas principiológicas sejam compreendidas apenas como valores concorrentes que devem ser sopesados e aplicados de acordo com as preferências do juiz, que decidirá o conflito com base naquilo que entende ser o *melhor*. No entanto, segundo Dworkin, diante dos casos difíceis, os juízes deverão escolher um princípio que, ao ser aplicado, excluirá os demais princípios concorrentes, não havendo espaço para uma aplicação gradual e ponderada de cada um deles.

Dentro dessa lógica, ao contrário das regras, os princípios não descendem de uma cadeia hierárquica na qual as exceções são previamente estabelecidas antes da sua aplicação. Dessa maneira, o juiz, no momento de decidir qual princípio será densificado no caso concreto, deverá fazê-lo com base naquilo que é *devido*, independentemente daquilo que acredita ser o *melhor*. Somente assim poderá fornecer uma resposta justa, correta e adequada ao caso, assegurando a integridade e o caráter deontológico do direito (de *dever ser*)³³⁹.

Nesse sentido, Galuppo esclarece muito bem a proposta interpretativa de Dworkin que, ao contrário de Robert Alexy, sustenta que:

não se trata de imaginar uma ponderação, ou seja, imaginar-se um conflito resolvido pela aplicação de um e não aplicação de outro princípio, orientada pela hierarquização dos mesmos, mas de se imaginar que os princípios são

da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas para atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão”. SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p. 53.

³³⁷ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p. 53.

³³⁸ SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech*. *Op. cit.*, p.56.

³³⁹ Para compreender melhor a teoria da aplicação dos princípios jurídicos no Estado democrático de direito, bem como as diferenças fundamentais entre a teoria de Dworkin e Alexy, consultar: GALUPPO, Marcelo Campos. *Princípios Jurídicos no estado democrático de direito*: Ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Op. cit.*

normas que se excepcionam reciprocamente nos casos concretos, vez que não podem, muitas vezes, ser contemporaneamente aplicados. É claro que um princípio só pode excepcionar a aplicação de outro quando isso for suficientemente fundamentado de um ponto de vista discursivo. Mas efetivamente os *discursos* de aplicação podem apresentar tal fundamentação³⁴⁰.

Nota-se também que a aplicação de princípios tal como pensado por Dworkin não pressupõe nenhuma hierarquia entre eles. Por isso, todos os princípios concorrem entre si dentro de um mesmo plano, e é a impossibilidade de aplicá-los contemporaneamente que exigirá a escolha de um em detrimento de todos os outros. Essa decisão, para ser justa, deve ser racional e discursivamente justificável, demonstrando coerência com as normas constitucionais e com as decisões do passado que julgaram casos semelhantes³⁴¹.

Desse modo não nos parece razoável a proposta de Sarmento que busca restringir o direito à liberdade de expressão por meio da *ponderação de interesses*. Ainda mais porque essa metodologia que se propõe a solucionar as colisões de direitos, parte da premissa de que a ponderação acontece sob o background de um sistema *axiológico*, no qual o *valor* da dignidade humana ocupa um lugar privilegiado.

Também rejeita essa posição doutrinária e jurisprudencial o constitucionalista José Emílio Medauar Ommati, que ao analisar a questão envolvendo a liberdade de expressão e os discursos de ódio na Constituição de 1988, argumentou pela “completa inadequação da utilização do postulado da proporcionalidade para a solução da colisão de princípios constitucionais”³⁴².

Assim como fez Sarmento, José Emílio também inicia sua tese sobre a liberdade de expressão por meio de uma análise minuciosa do caso Ellwanger³⁴³. Apesar de não ter poupado críticas à fundamentação que os ministros apresentaram em seus votos, se posicionou favoravelmente ao resultado da decisão que negou o pedido de habeas corpus do editor e escritor de obras antisemitas.

Partindo da perspectiva da teoria do direito como integridade de Dworkin, Ommati demonstrou a fragilidade argumentativa de grande parte dos votos, especialmente daqueles que se valeram do princípio da proporcionalidade para

³⁴⁰ GALUPPO, Marcelo Campos. *Princípios Jurídicos no estado democrático de direito*: Ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Op. cit.* p. 199.

³⁴¹ Conforme ficou demonstrado nas páginas 65-70.

³⁴² OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*, *Op. cit.*, p. 22.

³⁴³ Referente ao *Habeas Corpus* 82.242, vide nota 303.

justificar ou condenar a decisão de limitar a liberdade de expressão em favor dos 'valores' da igualdade e da dignidade humana. No entanto, ressaltou que a decisão do Supremo Tribunal Federal de enquadrar o revisionismo histórico ou, negacionismo do holocausto, como crime de racismo foi acertada, e concluiu que a correta interpretação dos princípios de igualdade, dignidade e liberdade legitima a vedação aos discursos de ódio.

Inicialmente criticou o voto do relator do caso, o Ministro Moreira Alves que, para justificar seu posicionamento favorável ao réu, sustentou a tese de que a conduta de Ellwanger não poderia ser considerada um ato de racismo. Segundo o ministro o tipo penal deveria ser aplicado de maneira restritiva, "primeiro porque o termo não abarca todas as formas de discriminação, tais como idade ou sexo, por exemplo, e segundo, por força da cláusula de imprescritibilidade"³⁴⁴, que se aplicaria estritamente à prática do racismo, uma vez que o constituinte não incluiu nela nem mesmo os crimes considerados hediondos pela Constituição.

Ainda segundo o autor, no intuito de delimitar melhor o real sentido do termo racismo Moreira Alves "recorreu ao elemento histórico, ou à interpretação histórica da Constituição, buscando nos debates parlamentares a vontade do Constituinte"³⁴⁵, para chegar à conclusão de que o termo havia sido concebido unicamente com o intuito de garantir a proteção dos negros, que sofreram durante séculos com a prática da escravidão no Brasil. Além de questionar a estratégia interpretativa baseada na busca pela intenção do legislador, Omatti também desaprova a outra tese que foi apresentada pelo ministro, segundo a qual seria impossível classificar a atitude de Ellwanger como racismo, haja vista os judeus não constituírem propriamente uma *raça*, mas sim um *povo*.

Após essas considerações passa a verificar as motivações do primeiro voto divergente que foi proferido pelo Ministro Maurício Corrêa. Demonstrou que o Ministro se ocupou em apresentar que, ao longo da história, o povo judeu sempre foi vítima das mais variadas perseguições e discriminações; que as pesquisas científicas recentes na linha do genoma humano mostram que o conceito de *raça* se tornou obsoleto e que, segundo pesquisas sociológicas e políticas, a divisão da humanidade entre *raças* sempre foi arbitrária e definida socialmente. Posteriormente a essas

³⁴⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 41.

³⁴⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p 41.

reflexões o Ministro teria traduzido o racismo como uma “valoração negativa de certo grupo humano”³⁴⁶, que compartilha características semelhantes, configurando assim uma raça distinta, “a qual se deve dispensar comportamento desigual da dominante”³⁴⁷.

Feito isso, segundo Omatti, o Ministro procurou comprovar que Ellwanger, ao negar fatos históricos incontroversos, tentou suscitar o sentimento de ódio contra os judeus com o claro intuito de reacender a chama nazista e que, por isso, sua conduta deveria sim ser condenada pelo crime imprescritível de racismo.

Após apresentar as considerações de Maurício Corrêa, José Emílio pondera que nem todas revisões históricas necessariamente configuram a prática de racismo. Contudo, sem dar maiores explicações, sustenta que Ellwanger, ao afirmar que o “Holocausto foi um constructo judeu para se beneficiar em termos políticos, sociais e econômicos às custas dos alemães”³⁴⁸, ultrapassou os limites da liberdade de expressão. Ressalta também que o Ministro, para fundamentar seu voto, desconsiderou a autonomia que o Direito Moderno possui frente aos demais subsistemas que estruturam a sociedade e que, dentro dessa ótica, o uso da Bíblia para justificar a possibilidade jurídica de se praticar racismo contra os judeus era completamente dispensável³⁴⁹.

Na sequência, parte para a análise do voto do Ministro Gilmar Mendes, que fazendo uso do princípio da proporcionalidade, argumentou pela não concessão do *habeas corpus*, alegando que Ellwanger, ao publicar e editar obras que apresentavam uma suposta revisão histórica, havia cometido crime de racismo e que, por isso, a sua condenação deveria ser mantida pela Corte. De acordo com o autor, Gilmar Mendes avaliou que a correta medida da liberdade de expressão não deve permitir manifestações intolerantes e racistas que se oponham ao princípio da dignidade humana, à democracia e ao pluralismo constituinte das sociedades modernas.

Destacou que o Ministro “demonstrou que o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de *bens*, *valores* ou princípios constitucionais,

³⁴⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p 47.

³⁴⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p 47.

³⁴⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p 48.

³⁴⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p 48.

representando um método geral para a solução de conflitos entre princípios (...)”³⁵⁰. Segundo esse raciocínio, quando verificada a necessidade de se restringir um direito fundamental devido a ocorrência de um conflito de princípios que são contemporaneamente garantidos pela Constituição, a solução para questão partiria da aplicação das três máximas que subsistem ao princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade *stricto sensu*³⁵¹.

Para esclarecer melhor essa metodologia que a jurisprudência pátria importou da doutrina alemã, especialmente da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy³⁵², José Emílio explicita, de maneira sucinta, os termos dessa fórmula da proporcionalidade. Segundo ele,

em face de um conflito de bens constitucionais contrapostos, deve-se perquirir se o ato impugnado afigura-se adequado, ou seja, apto para produzir o resultado desejado; se o ato é necessário, isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; por fim, se o ato é proporcional, em sentido estrito, ou seja, se há uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto³⁵³.

Relata então que, apesar de Gilmar Mendes ter ressaltado a inegável importância que foi dada ao princípio da liberdade de expressão pelo constituinte, o Ministro assegurou que a decisão que garantiu a dignidade humana e os valores inerentes a uma sociedade pluralista em detrimento do suposto direito de Ellwanger publicar e editar livros antissemitas, respeitava os requisitos da proporcionalidade e, portanto, era acertada. Para Gilmar Mendes, a liberdade de expressão não poderia abranger a intolerância racial e muito menos estímulos à violência³⁵⁴ e, por isso mesmo, o Ministro proferiu o voto pela manutenção da condenação do réu indeferindo o pedido de *habeas corpus*.

Mas o mais intrigante é que, tendo utilizado do mesmo princípio da proporcionalidade para fundamentar sua decisão, o Ministro Marco Aurélio chegou a uma conclusão antagônica a de Gilmar Mendes. Ommati esclarece que o Ministro

³⁵⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 50.

³⁵¹ Vide nota 333.

³⁵² Para maiores detalhes: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁵³ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 50 e 51.

³⁵⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 51.

também lançou mão dos ensinamentos de Robert Alexy para embasar seu posicionamento, tendo citado diretamente o teórico alemão para explicar a aplicação da técnica da ponderação de princípios. Entretanto, diante do caso que lhe foi apresentado, Marco Aurélio atribuiu mais *valor* à liberdade de expressão do que o Ministro Gilmar Mendes.

De acordo com Ommati, o Ministro ressaltou que dentre os direitos fundamentais a livre expressão do pensamento e da consciência “ganha papel de extrema relevância, em suas mais variadas facetas” e, que “é por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária”³⁵⁵.

Além do mais demonstrou que o Ministro Marco Aurélio não negou que os livros escritos e publicados por Ellwanger eram marcadamente preconceituosos. O Ministro defendeu, entretanto, que o combate a esse tipo de ideia deve acontecer no campo do debate, por meio de critérios limpos e justos, e não por intermédio da coerção estatal. Segundo ele “o Estado se torna mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias opiniões”³⁵⁶. Com isso, Marco Aurélio teria comprovado, recorrendo ao princípio da proporcionalidade, que a decisão de limitar a liberdade de expressão do paciente havia sido excessiva e injusta, ou seja, desproporcional³⁵⁷.

De resto, o Ministro assegurou que a cláusula de imprescritibilidade somente poderia incidir naqueles casos em que a discriminação racista fosse voltada contra os negros pois, do contrário, estaríamos defendendo a existência de um tipo constitucional penal aberto e imprescritível, algo inconcebível dentro da matriz democrática de direito³⁵⁸.

³⁵⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 53.

³⁵⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 54.

³⁵⁷ Além desse argumento, Ommati mostra que o Ministro também utilizou de uma frágil suposição para justificar seu voto, tendo sustentado a hipótese de que no Brasil, diferentemente do que acontece em outros países mundo afora, não há intolerância em relação aos judeus. Diante disso, conclui, não sem entrar em contradição, que as manifestações preconceituosas provenientes de um brasileiro que são direcionadas ao povo judeu não são capazes de incitar o ódio à comunidade judaica e, por isso, não poderiam ser classificadas como um ato de racismo OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 56.

³⁵⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 55.

Ao expor os votos desses dois ministros, Omatti deixa claro que a aplicação do princípio da proporcionalidade acaba conduzindo os juízes para o mundo dos valores, da axiologia e dos interesses distanciando a análise de direito que deveria ser feita no caso concreto. Ao permitir essa ampla discricionariedade, tem-se que a decisão proferida, ou ainda a norma expedida pelo juiz no momento da aplicação do princípio jurídico, ao fim e ao cabo, não representa nada além das suas próprias preferências particulares. Exatamente por isso, argumenta, é que os dois Ministros, Marco Aurélio e Gilmar Mendes, tendo lançado mão da mesma metodologia, acabaram chegando a resultados tão conflitantes.

Na sequência, Omatti retrata a fundamentação do voto do Ministro Celso de Mello que defendeu a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como a proibição do discurso racista em decorrência da igual dignidade de todos. Com o intuito de demonstrar que a decisão de Celso de Mello pela negação do *habeas corpus* foi, dentre todas, a mais acertada, Omatti ressalta que o Ministro atestou ser “verdade que a Constituição de 1988 deu ampla margem para que as pessoas pudessem expressar suas ideias e pensamentos”, mas chamou atenção também para o fato de que “essa liberdade não é absoluta, pois deve ser compatibilizada com a igualdade dos demais, ou (...) com a dignidade das pessoas”.

Mostra assim que o argumento do Ministro se baseou na tese que busca afirmar a existência de limites externos à liberdade de expressão que seriam responsáveis por impedi-la, a um só tempo, de ser exercida de modo absoluto e com o propósito de incitar a intolerância e o ódio públicos. Esses limites, de acordo com a interpretação que Celso de Mello fez do texto constitucional, seriam os *direitos* à igualdade e à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Omatti esclarece que o Ministro Celso de Mello percebeu bem que no caso de Ellwanger, “não haveria que se falar em colisão de direitos, pois, no caso, o próprio Texto Constitucional já houvera decidido pelo direito de igualdade ou a favor da dignidade da pessoa humana, limitando a liberdade de expressão”³⁵⁹.

Curioso é que o Ministro admite que se o legislador não tivesse deixado claro essa opção constitucional – que ele alega existir – pela dignidade e pela igualdade, seria necessário recorrer à *ponderação concreta de bens e valores* que, na visão de

³⁵⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 61.

Omatti, seria diferente da ponderação de princípios e condizente com os anseios da teoria do direito como integridade de Dworkin.

Vejam os trechos do voto de Celso de Mello que o constitucionalista seleciona para corroborar sua afirmação:

Concluo este voto, Senhor presidente. **E**, ao fazê-lo, **reconheço**, em um contexto de liberdades **aparentemente** em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, **utilizando-se**, esta Corte, **do método** – que é apropriado e racional – **da ponderação concreta** de bens e valores, **de tal forma** que a **existência** de interesse público **na revelação e esclarecimento da verdade**, em torno de ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa, **basta**, por si só, **para atribuir**, ao Estado, **o dever** de atuar na defesa de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes, como neste caso, **culminem** por fazer instaurar tratamentos discriminatórios **fundados** em inadmissíveis ódios raciais³⁶⁰.

Contudo, apesar de o Ministro não se referir a uma ponderação de *princípios* propriamente, como ressalta Omatti, não notamos uma mudança substancial na metodologia sugerida para solucionar os possíveis conflitos em casos concretos. Ao mencionar uma ponderação concreta de *bens e valores*, o ministro parece estar se referindo exatamente ao princípio da proporcionalidade, tão criticado pelo autor. A lógica argumentativa utilizada por Celso de Mello para fundamentar sua decisão, ao contrário do que sustentou Omatti, não se diferencia muito daquela que fora empregada pelos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. No trecho destacado, percebe-se com clareza que o Ministro reduz o Direito e seus princípios a bens e valores, permitindo assim, por vezes, que os juízes, no momento de dizer qual é o direito, o façam de maneira arbitrária e extremamente subjetiva.

E é próprio julgamento de Ellwanger que nos permite afirmar essa tese de maneira inequívoca. Utilizando-se de um mesmo método para avaliar qual o princípio deveria prevalecer no caso concreto, não poderiam os ministros afirmar que, diante de um mesmo caso, a Constituição ordena duas coisas que são diametralmente opostas.

³⁶⁰ Celso de Mello nos autos do HC 82.424/RS, p. 203 *apud* OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 61-62.

Com isso não queremos sustentar que os juízes devam sempre decidir de maneira idêntica, mas apenas reafirmar a teoria de Dworkin que ensina que, para todo caso concreto existe uma única decisão que pode ser considerada *correta*. Por isso, essa decisão, ao contrário daquilo que propõe Alexy, não deve decorrer de uma aplicação utilitária e ponderada dos princípios, mas sim de um “trabalho árduo, hercúleo, de enfretamento da questão, tentando visualizá-la a partir do maior número de ângulos possíveis, no intuito de se chegar à decisão correta, que, por estar vinculada àquele caso e à reconstrução feita pelos interessados na discussão, é única, histórica e irrepetível”³⁶¹.

Exatamente sobre esse ponto concordamos com Omatti, que lança mão da teoria do direito como integridade para afirmar que:

raciocinar principiologicamente não significa ponderar princípios, no intuito de maximizar sua aplicação, utilizando-os na medida do possível em sua maior grau, até porque Dworkin, se contrapõe a qualquer forma de utilitarismo ou raciocínio de meio e fins, mas assumir a complexidade do caso e se colocar na posição de cada um dos afetados, a partir de suas argumentações, pretendendo ver de que modo o **Direito** pode ser justificado como a **melhor prática argumentativa** existente no momento³⁶².

Até então, fiel à teoria de Dworkin, Omatti observa que o Direito deve ser encarado como uma questão de princípios, de modo que as decisões relativas aos casos difíceis sejam decorrentes de uma argumentação baseada na interpretação de toda a história institucional do próprio Direito. Somente assim ele poderá ser interpretado à sua melhor luz. Exatamente por isso é que os juízes não podem, de modo algum, decidir com base nas suas próprias preferências. Eles devem respeitar as particularidades do caso, mas sem desconsiderar que esse caso “está ligado a um conjunto de casos passados que possuem características semelhantes”³⁶³. A partir daí, por meio de argumentos principiológicos, concebidos discursivamente, “os juízes devem convencer todos os afetados por sua decisão de que a decisão tomada é a única correta, no sentido de única adequada para regular a situação que lhe foi colocada”³⁶⁴.

³⁶¹ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 112.

³⁶² OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 112 (destaques nossos).

³⁶³ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 112.

³⁶⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 113.

Essa proposta interpretativa de Dworkin nos “convida a ver a Constituição e o próprio Direito como um projeto coletivo comum que leva a sério a pretensão de que homens livres e iguais podem se dar normas para regular suas vidas em comunidade”³⁶⁵. Como vimos no primeiro capítulo, a teoria da integridade exige que a interpretação dos princípios se dê por meio da leitura moral da Constituição, que ordena, entre outras coisas, que o juiz se concentre no contexto fático do caso e nos argumentos levantados pelas partes para que possa atualizar e aplicar os princípios constitucionais que, em grande parte, foram escritos com uma linguagem bastante abstrata.

Vale ressaltar que Dworkin não supõe que os juízes devam se despir de seus preconceitos e concepções de mundo no momento de dizer a lei. Dworkin reconhece ser inevitável que as motivações ideológicas dos julgadores influenciem no momento da decisão. O que necessariamente deve ser evitado é que os valores que os juízes carregam consigo se sobreponham aos princípios jurídicos e se tornem a razão última de suas decisões. E, para garantir que essas decisões sejam realmente justas o intérprete deve estar sempre ciente de que o Estado tem o dever de tratar a todos com igual respeito e consideração. É sob esse pressuposto que se forma o modelo de sociedade liberal idealizado por Dworkin.

Nesse sentido Omatti assegura que, de acordo com o filósofo norte americano, uma sociedade justa seria “aquela que consegue realizar os mais diversos projetos de vida boa, sem que esses projetos sejam massacrados por questões políticas, econômicas ou morais”³⁶⁶. Ou seja, é uma sociedade na qual valores morais substanciais não podem, ou, não devem impedir os indivíduos de levar as suas vidas de maneira autêntica, de modo que todas as concepções acerca do que consiste uma vida boa sejam respeitadas e tratadas com igualdade pelo Estado. Nesse contexto, somente aqueles projetos de vida que efetivamente eliminem o igual direito que os demais indivíduos têm de seguir com seus próprios planos é que devem ser restringidos pelo Estado.

Isso porque, como já destacamos em outro momento, na perspectiva dworkiniana, todos os indivíduos são igualmente livres para expressar suas opiniões e perspectivas acerca da do clima moral, estético e político da sociedade da qual

³⁶⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 114.

³⁶⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 139.

fazem parte. É somente agindo dessa maneira que o Estado protege a dignidade das pessoas, que, como bem sintetizou Omatti, para Dworkin:

Se apresenta a partir de dois princípios ou ideias que se relacionam: o princípio do autorrespeito e o da autenticidade. Tais princípios e ideias significam que, primeiro, toda vida deve ser respeitada e protegida. Mais que respeitada e protegida, pelo primeiro princípio, exige-se que uma vida humana não seja desperdiçada. Já pela segunda ideia ou princípio, uma vez protegida e respeitada e não desperdiçada, a vida humana deve ser vivida pelo indivíduo a partir da responsabilidade individual deste indivíduo por sua vida. É dizer: cabe a cada indivíduo construir seu projeto de felicidade, sucesso e realização de sua vida³⁶⁷.

Ora, mais uma vez esclarecidos esses pressupostos, não restam dúvidas que, de acordo com Dworkin, a mais ampla proteção da liberdade de expressão é condição *sine qua non* para a efetivação da dignidade humana. A fim de garantir a todos a possibilidade de viver suas vidas de maneira autêntica, o Estado não deve proibir que alguns membros da sociedade expressem seus pontos de vista por causa de seu conteúdo. Isso porque, “a autenticidade é prejudicada quando alguém é obrigado a aceitar o juízo de outrem acerca dos valores ou objetivos que devem se evidenciar em sua vida”³⁶⁸. Desde que a expressão dessa autenticidade não se constitua em um perigo claro, eminente, concreto e ilícito para a execução, ou para a manifestação dos demais projetos de vida, não pode o Estado interferir no direito à livre expressão do pensamento e da consciência individuais. Caso contrário, estará violando o dever fundamental de tratar a todos com igual consideração e respeito, pois, como bem pontou Omatti, “se democracia significa livre formação das ideias, ou seja, respeito pela autonomia pública dos cidadãos, também significa respeito pela igual consideração por *todos*, ou seja, pela autonomia privada dos mesmos cidadãos”³⁶⁹.

Dentro dessa perspectiva dworkiniana é inquestionável que nesse *todo* estão incluídos os anarquistas, capitalistas, comunistas, conservadores e progressistas, bem como os preconceituosos, os racistas, os fundamentalistas, os misóginos e os antissemitas, como Ellwanger. Segundo Dworkin o Estado não só pode como, tantas vezes, deve incentivar alguns estilos de vida em detrimento de outros. O que ele

³⁶⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 182.

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. *Op. cit.* p 325.

³⁶⁹ MATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 196 (destaque nosso).

definitivamente está impossibilitado de fazer é impedir que algumas opiniões sejam ditas por serem consideradas ofensivas, odiosas e detestáveis.

Portanto, discordamos veementemente de Omatti quando este afirma que a “própria compreensão de Ronald Dworkin no sentido de que os discursos, mesmo os mais perversos e racistas, não podem ser proibidos em nome do igual respeito e consideração que um regime democrático deve ter por todos os indivíduos³⁷⁰” é contraditória com as premissas do próprio autor, porque “nega justamente o igual respeito e consideração daqueles que foram discriminados”³⁷¹.

Omatti parece não levar em conta que, para Dworkin, o dever jurídico de tratar a todos os membros da sociedade com igual respeito e consideração é uma obrigação que concerne unicamente ao Estado e, comete, por isso, o mesmo erro que Waldron, já que também não percebe:

a diferença crucial que existe entre os direitos e as responsabilidades do governo – as nossas responsabilidades quando agimos coletiva e coercivamente na política – e as nossas responsabilidades enquanto indivíduos que convivem dentro da estrutura do direito. Nesse sentido, o governo tem o dever de tratar com igual importância o destino de cada cidadão. Mas eu não preciso: ao agir como um indivíduo – dono dos próprios recursos – não devo a você ou aos seus filhos a mesma consideração que tenho pelos meus próprios filhos ou por mim mesmo. Governos não podem adotar nenhuma convicção ética – qualquer opinião substancial sobre a base da dignidade humana – e impor esta visão sobre os cidadãos dissidentes, pois é necessário reconhecer o direito à independência ética de todos os cidadãos³⁷².

A interpretação que Dworkin propõe é clara e não deixa dúvidas. Não há um dever jurídico que obrigue os indivíduos a ter a mesma consideração por todos os membros que compõem a sociedade. Imaginemos a seguinte situação exemplo: um indivíduo que, tendo dois pratos de comida para serem doados, encontra dois mendigos, sendo um branco e outro negro, escolhe dar ambos os pratos para o

³⁷⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 20.

³⁷¹ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 20.

³⁷² (...) the crucial difference between rights and responsibilities of government - our responsibilities when acting collectively and coercively in politics - and our responsibilities as individuals operating within the structure of coercive law. Government must treat the fate of each citizen as of equal importance. But I need not: I do not owe you or your children the concern, when I act as an individual deploying my own resources, that I show to my own children or to myself. It must recognize a right of ethical independence. But by recognizing that right means that no individual citizen may be forced to accept any official ethical conviction or be prevented from expressing one's own dissenting convictions. DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. In: HERZ, Michael F. MOLNAR, Peter. *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 342 (tradução nossa).

mendigo branco simplesmente por causa de suas preferências morais que são, distorcidas, racistas e preconceituosas.

Apesar de essa conduta ser extremamente racista e imensamente repreensível do ponto de vista moral, não podemos afirmar, de acordo com a teoria de Dworkin, que esse infeliz indivíduo incorreu em uma ilegalidade por ter agido dessa maneira. Quem não pode fazer o mesmo, no entanto, é o Estado, principalmente, quando estiver tratando do direito à liberdade de expressão. Jamais poderá utilizar de quaisquer preferências morais substanciais com o intuito de impedir que alguns indivíduos manifestem suas opiniões e projetem seus ideais de vida autonomamente.

Por isso, uma vez aceitas as premissas fundamentais estabelecidas por Dworkin, não há como discordar de suas conclusões finais, especialmente aquela que comprova ser ilegítima toda e qualquer tentativa de restrição na liberdade de expressão que tenha como base o conteúdo do discurso. Exatamente porque, como vimos anteriormente, para Dworkin é a proteção da mais ampla liberdade de expressão que garante a legitimidade do próprio sistema de governo. Seja no Brasil, nos Estados Unidos da América, ou em qualquer outro lugar do mundo, o “governo compromete sua legitimidade ao criar empecilhos à forma de participação dos grupos racistas no processo democrático, pois falha em tratá-los com o devido respeito pressuposto em qualquer democracia.”³⁷³

Interessante ressaltar que Omatti, no intuito de justificar sua conclusão acerca da necessidade e da legitimidade da decisão que penalizou Sigfried Ellwanger, além de ter alegado que Dworkin estava enganado em relação à sua própria teoria, terminou sua tese afirmando que este tipo de restrição à liberdade não pode ser comparado à censura. Segundo o autor, “o que não se pode proibir é todo e qualquer discurso previamente”³⁷⁴, ideia essa que era muito popular nos séculos XVIII e XIX, – principalmente por causa dos ensinamentos do Sir William Blackstone³⁷⁵ – mas que

³⁷³ (...) government does compromise legitimacy - it fails to treat racists with the kind of respect any justification of democracy assumes - when it obstructs their participation, on their own terms, in the democratic process. DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. *Op. cit.* p.341-344 (tradução nossa).

³⁷⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988, *Op. cit.*, p. 205.

³⁷⁵ William Blackstone (1723-1780) foi um grande jurista inglês defensor da liberdade de expressão que ficou reconhecido, principalmente, por seus *Commentaries on the Laws of England*. Seus escritos impactaram diretamente, durante décadas, o pensamento jurídico americano, influenciando renomados juristas como John Marshall, John Jay, James Wilson e até mesmo Abraham Lincoln. Entretanto, suas ideias acerca da liberdade de expressão foram superadas ao longo do século XX, principalmente por causa dos avanços da doutrina e da jurisprudência norte-americanas no que diz respeito à correta interpretação da Primeira Emenda.

foi ultrapassada exatamente porque propicia ao Estado uma discricionariedade sem precedentes na hora de determinar quais os conteúdos devem ou não ser submetidos a uma sanção.

Além do mais, ao se atribuir uma punição a determinados conteúdos discursivos por causa do seu potencial ofensivo, o Estado não faz outra coisa senão censurar os demais indivíduos de expressar ideais e opiniões idênticas ou semelhantes àquelas que sofreram a retaliação oficial. Por isso mesmo é que podemos dizer, sem receios, que no Brasil, após o julgamento HC 82.424/RS, discursos antissemitas, revisionistas e negacionistas foram objetivamente censurados.

2.2 Falas que silenciam e megafones.

Compartilhando de algumas das premissas e da conclusão a que chegou Omatti, Francisco Prates sustenta em sua tese³⁷⁶ que os discursos de ódio, além de oprimir, também provocam o silenciamento das minorias. Tentou então demonstrar que em um Estado Democrático de Direito que se afirma aberto e plural “manifestações públicas de profundo e odioso desprezo a determinados grupos sociais, seja por questões de gênero, cor ou origem”³⁷⁷, não só podem, como devem ser limitadas e responsabilizadas pelo Estado.

Em seu trabalho, Prates defende que as democracias constitucionais contemporâneas não podem confiar ao livre mercado de ideias a necessária e legítima tarefa de combater os discursos preconceituosos e detestáveis. Segundo ele “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”³⁷⁸. Diante disso, busca comprovar que a liberdade de expressão, quando utilizada como um instrumento de silenciamento e opressão contra as minorias que foram historicamente marginalizadas, deve sim ser limitada pelo Estado.

³⁷⁶ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Minas Gerais, 2015.

³⁷⁷ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p. 7.

³⁷⁸ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p. 7

Assim como Omatti, Prates acredita que a herança jurídica, institucional e cultural do Brasil, bem como os Tratados internacionais de Direitos humanos, impedem que a liberdade de expressão seja interpretada à moda norte-americana. Alega que, apesar de sua inegável importância, o direito à livre expressão do pensamento não pode ser considerado absoluto³⁷⁹, especialmente porque, o exercício irrestrito desse direito pode implicar em danos às liberdades e garantias individuais dos demais membros que compõem a sociedade.

Prates também se preocupa em comprovar que a possibilidade de limitação da liberdade de expressão com base no conteúdo pode ser legítima. Segundo ele, quando o Estado age de modo a atribuir, posteriormente, uma responsabilização ao indivíduo que tenha manifestado ideias consideradas odiosas, ofensivas ou opressoras, não há que se falar em censura, uma vez que tal proibição não constituir-se-ia em uma vedação prévia à expressão de determinados conteúdos, mas apenas em uma forma de o Estado penalizar condutas potencialmente e intencionalmente danosas. Defende assim que “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”.

Apesar de trazer para reflexão numerosos e os mais importantes casos envolvendo a relação entre o exercício da liberdade de expressão e os chamados discursos de ódio, Prates, assim como Omatti, não consegue comprovar como que, na prática, esse tipo de responsabilização baseada no conteúdo se diferenciaria da censura propriamente dita. Por exemplo, ao contrário do que faz a nossa Carta Constitucional de 1988, a Constituição alemã – por motivos que são do conhecimento de todos – abriu uma forte exceção à liberdade de expressão, quando, em 1994, permitiu a inclusão do texto do parágrafo terceiro do artigo 130 do Código Penal Federal, que “pune efetivamente todas as formas de negação, mentira e aprovação do Holocausto”³⁸⁰. Sem entrar no debate acerca das questões morais, políticas e históricas que poderiam ou não fundamentar essa exceção, importa aqui destacar que esse dispositivo penal³⁸¹ consiste em um exemplo claro e explícito de censura estatal.

³⁷⁹ Importante ressaltar que nenhum dos pensadores que aqui foram elencados para fundamentar a hipótese desse trabalho é partidário da tese absolutista da liberdade de expressão.

³⁸⁰ BRUGGER, Winfried. Proteção ou proibição ao discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Op. cit.*, p. 122.

³⁸¹ “O art. 130 (3) estabelece o seguinte: ‘Prisão, não excedente a 5 anos, ou multa, será a punição de quem, em público ou em reunião, aprove, negue ou minimize o ato descrito no art. 220a (1) [ou seja, genocídio], cometido sob o Nacional Socialismo, de forma capaz de perturbar a paz pública’”.

Já no Brasil a Constituição Federal, por meio do § 2º do artigo 220, veda “toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, não admitindo que nenhum tipo de censura oficial seja exercida de maneira legítima. Entretanto, após o Supremo Tribunal Federal ter negado o *habeas corpus* no julgamento de Ellwanger, ficou claro que a decisão estabeleceu, mesmo que de maneira indireta, a censura de manifestações expressivas políticas e ideológicas cujo conteúdo seja considerado antissemita, contrariando, na prática, o que o texto constitucional comanda.

Dessa forma, podemos afirmar com segurança que, no Brasil, discursos e ideias antissemitas que contrariem a narrativa oficial acerca de um dos mais aviltantes episódios da história da humanidade estão censurados, uma vez que é do conhecimento (prévio) de todos que essas expressões serão classificadas como crime de racismo, que, inclusive, é considerado imprescritível pela própria Constituição Federal. Por isso, e por todos os motivos que ficaram demonstrados no primeiro capítulo, é tão difícil justificar a restrição da liberdade de expressão por esse caminho. Toda e qualquer responsabilização que tiver por base o conteúdo proferido resultará em uma forma de censura contra os indivíduos que compartilham das ideias que foram condenadas.

Ao fazer uma análise das injustiças sociais historicamente postas, dos preconceitos naturalizados e dos discursos homogeneizadores³⁸², Prates argumenta que a liberdade de expressão, no contexto das democracias constitucionais contemporâneas, pode servir não para libertar, mas para reafirmar essas desigualdades e para forçar o silêncio daqueles que quase nunca tiveram voz. Recomenda assim que, refletir sobre a 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 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 unidimensionais³⁸³.

BRUGGER, Winfried. Proteção ou proibição ao discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Op. cit.*, p. 122.

³⁸² PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p.19 e ss.

³⁸³ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p. 31.

De maneira um tanto quanto poética, Prates sugere que o Estado, ao determinar os limites que devem ser impostos à livre expressão do pensamento, deve considerar que, além dos efeitos nocivos que são visíveis, as falas preconceituosas, muitas vezes, resultam em uma espécie de violência simbólica, que afastaria ainda mais as minorias do processo de participação e construção do debate público. O que, segundo ele, compromete o compromisso que as democracias têm com a efetivação da igualdade e com a luta pelo reconhecimento dos direitos.

Sustenta assim que esse poder simbólico que é exercido pelas classes dominantes se manifesta em todas as esferas da vida social e que, por isso, “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”³⁸⁴.

Isso porque, nessa lógica, o Estado, ao permitir a manifestação desses discursos considerados opressores, estaria emitindo uma mensagem simbólica às pessoas de que o preconceito, o racismo, o fundamentalismo, o machismo seriam fenômenos normais, uma vez que a expressão dos mesmos estaria por ele próprio protegida. Desse modo, ao invés de tentar combater, estaria confirmando e naturalizando as desigualdades econômicas e sociais que ainda persistem nas democracias modernas. Mais que isso, Prates afirma que esse processo de exclusão é tão dramático que chegar a transcender critérios econômicos-materiais, se enraizando em um nível mais profundo, denominado de “*pano de fundo de silêncio compartilhado*”³⁸⁵, onde os “*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”³⁸⁶.

Ora, mas se essa violência simbólica, *não-dita*, que é derivada de uma herança cultural funesta e de tradições primitivas, não for expressada por aqueles que dela se aproveitam, dificilmente poderemos combatê-la de maneira eficaz. Como bem alertou Baker³⁸⁷, permitir que o combate a esses discursos ocorra livremente no âmbito da argumentação pode ser a única chance que temos para tentar compreender melhor

³⁸⁴ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p.19.

³⁸⁵ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p 33.

³⁸⁶ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p 33

³⁸⁷ Vide nota 258.

os males provenientes do ódio às minorias, uma vez que coagir os indivíduos a esconder esse ódio inevitavelmente ofuscará a localização e a extensão de um problema que deve ser trabalhado abertamente por toda a sociedade. Ademais, suprimir essas expressões provavelmente aumentará nos racistas não só um certo senso de vitimização, mas também a vontade de externalizar seus pontos de vista de maneira muito mais violenta.

Sob essa perspectiva, podemos comparar a democracia a um organismo vivo no qual as falas opressivas podem ser vistas como bactérias potencialmente nocivas que convivem de maneira simbiótica com o sistema³⁸⁸. Sabemos que exterminá-las (censurá-las) coloca em risco o próprio equilíbrio (legitimidade) do sistema, e o emprego de medidas drásticas, como o uso sistemático de antibióticos, em nada pode ajudar, já que esses agentes jamais deixarão de existir.

Desse modo, além de enfraquecerem todo o organismo, medidas assim são extremamente contraindicadas por, pelo menos, outras três razões. Como esse tipo de agente (pessoas preconceituosas) inevitavelmente voltará ao sistema, o uso de antibióticos só fará com que eles se tornem cada vez mais perigosos e violentos, potencializando seu poder destrutivo a cada investida malsucedida. Além disso, ações como essa apenas postergam e desviam o foco das medidas profiláticas que seriam realmente eficientes para manter o sistema em harmonia. Por isso a solução mais adequada (legítima) deve passar por um tratamento terapêutico menos supressivo e violento, que permita não só a identificação e a localização desses agentes potencialmente patogênicos, mas que também forneça estratégias mais eficientes e preventivas, propiciando ao organismo um sistema mais equilibrado.

De modo análogo, felizmente, em uma democracia, não podemos eliminar, nem calar aqueles que possuem ideias dissonantes. Mesmo que essas ideias sejam consideradas perversas, detestáveis e, de certa maneira, representem esse poder simbólico que busca legitimar e naturalizar as desigualdades econômicas e sociais que persistem na sociedade, não pode o Estado restringir a expressão sob essa justificativa.

Se Prates alega que, nas democracias constitucionais, é dever combater essa violência simbólica e silenciosa que reforça as desigualdades e impede que suas

³⁸⁸ Lembrando aqui que, como demonstraram Dworkin e Baker, a possibilidade de manifestar ideias que são contrárias aos próprios desígnios democráticos é o que confere legitimidade ao Estado democrático de direito.

vítimas se expressem, nada melhor do que permitir que as pessoas tragam, por meio da fala, esses ideais preconceituosos à tona. Uma vez que, sem saber quem são, onde se encontram e o que realmente pensam esses indivíduos, jamais teremos condições de contestar e refutar essa mentalidade perniciosa e antidemocrática.

É necessário ressaltar que impor sanções àqueles que pensam de maneira diferente não os convencerá de que estejam errados e nem reduzirá o preconceito na sociedade. Ao contrário, a perseguição estatal possivelmente reforçará suas convicções, estimulará esses indivíduos a agir de maneira *silenciosa*, comunicando seus ideais clandestinamente e, além do mais, poderá promover um ambiente no qual esse ódio emudecido venha se manifestar de maneira efetivamente violenta.

Considerando então que “em uma democracia constitucional, entendida 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”, de menos o próprio direito fundamental de questionar”³⁸⁹, não se pode admitir que nenhum conteúdo discursivo sirva de base para justificar a restrição da liberdade de expressão.

Até mesmo porque, como nos lembra Prates, uma das poucas que coisas que pode ser considerada permanente em uma democracia é a sua possibilidade de mudança, de reconstrução e reinvenção. Segundo ele, é exatamente essa *permanência em movimento* que dificulta as tentativas ilegítimas de fechamento ou solidificação de nossa identidade constitucional³⁹⁰. É dentro dessa perspectiva de democracia que surge o ideal de *constitucionalismo* que o autor defende em sua tese. Constitucionalismo esse que é inaugurado mediante as novas exigências de organização das sociedades modernas que, por serem hipercomplexas, plurais e abertas, não podem mais “lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política”³⁹¹.

Nesse contexto moderno de consolidação das democracias constitucionais, no qual é permitido questionar a tudo e a todos, como muito bem ressaltou Prates, não se pode impedir que os indivíduos contestem inclusive os fundamentos da própria democracia e os “dogmas intocáveis” que deles se extraem. Ou ainda, que eles

³⁸⁹ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p 45.

³⁹⁰ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p 45.

³⁹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*: Vol. 68, n. 2 (abr./jun. 2002) p. 69.

questionem até mesmo aquilo que é considerado por todos e por todas como aceito e válido universalmente, sobretudo, os valores e os princípios basilares, tais como a liberdade, a igualdade e a dignidade. Somente assim podemos falar da legitimidade que é exigida pelo Estado democrático de direito.

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 dizermos que democracia é o governo de todos não deve ser sinônimo, quando tomamos a sério a dimensão constitucional, de governo das majorias, pois se assim fosse, o dissenso seria tido como algo previamente negativo, no qual a divergência poderia ser eliminada e descartada³⁹².

Entretanto, mesmo após essas considerações, Prates, apoiando-se em Habermas, alega que a “pretensão de sermos tolerantes com os não tolerantes”³⁹³, acabaria por reforçar a própria intolerância, colocando em risco o próprio projeto democrático. Sugere assim, que os egoístas, preconceituosos, racistas e fundamentalistas que não percebem os demais indivíduos como iguais, ou, em outras palavras, que não tratam a todos com igual respeito e consideração, não teriam o mesmo direito de expressar publicamente as representações de vida boa que consideram pertinentes.

Para justificar essa contradição proveniente dessa atuação do Estado que rejeita o conteúdo moral expressado por alguns indivíduos, Prates alega, apoiando-se principalmente em Mackinnon, que os discursos de ódio consistem em um ato de violência concreto, no qual, muitas vezes, não há nenhuma ideia comunicada, mas somente a promoção do medo³⁹⁴. Para ilustrar esse raciocínio, cita como exemplo a expressão “*God hate fags*” que fora utilizada em cartazes por membros da conservadora Igreja Batista de Westboro, no funeral de Matthew Snyder – um ex-membro da Marinha estadunidense que foi morto durante a guerra do Iraque – com o intuito de insultar, ofender e ultrajar a família Snyder, unicamente porque, o pai de Matthew, Albert, é gay assumido³⁹⁵.

³⁹² PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p. 41.

³⁹³ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p 83 e seguintes.

³⁹⁴ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p 83.

³⁹⁵ Ver mais em *Snyder v. Phelps*, 562 U.S 443 (2011).

Concordamos que a conduta dos membros da *Westboro Baptist Church* foi desprezível, abominável e perversa. Entretanto é muita presunção afirmar que o intuito da manifestação era unicamente o de causar pavor nos *Snyders* e nos demais homossexuais. Por pior que possa ser considerado o conteúdo desse tipo de expressão, não há como negar que tal manifestação pretende comunicar uma ideia. Se o deus no qual eles creem concebe a homossexualidade como um desvio, ou um pecado, não pode o Estado impedi-los de expressar publicamente suas opiniões acerca dessa questão que, aliás, é de extrema relevância e deve ser, a todo tempo, esclarecida por meio de um debate amplo, robusto e bem fundamentado.

Sob a perspectiva democrática que Prates apresenta e diante dos fundamentos sob os quais a liberdade de expressão está alicerçada, casos como esses não devem servir para justificar uma resposta violenta e silenciadora por parte do direito. Ao contrário, devem ser vistos como uma oportunidade para o Estado promover o debate sobre o assunto, estimulando o ponto de vista contrário a fim de demonstrar o quão obsoleto, desumano e abjeto é este tipo de ideia. Ademais, devemos sempre ter em mente que, em uma Estado democrático, não cabe mais ao direito restringir as manifestações das crenças e das religiões que surgem no âmago das sociedades, como já ensinava Locke há mais de três séculos³⁹⁶.

Contudo, indo de encontro ao ditado popular anglo-saxão que ensina que: *sticks and stones may break my bones but names (or words) will never hurt me*³⁹⁷, Prates, insiste na tese de que as palavras de ódio, tais como as utilizadas pelos membros da Igreja de Westboro, não só ferem como também podem silenciar suas vítimas.

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?³⁹⁸

³⁹⁶ Vide nota 37.

³⁹⁷ Paus e pedras podem quebrar meus ossos, mas nomes (ou palavras) nunca me machucarão (tradução nossa).

³⁹⁸ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p 84.

Estamos com Prates quando este afirma que é necessário estabelecer limites para liberdade de expressão, haja vista que tal direito não é absoluto. Todavia isso não quer dizer que será legítima a tentativa de o Estado definir, com base em um julgamento moral substancial, quais os *dizeres* são bons o suficiente para serem permitidos e quais são maldosos o suficiente a ponto de serem banidos do debate público.

Prates cita vários episódios nos quais sugere que a liberdade expressiva dos indivíduos poderia ter sido restringida a fim de evitar danos aos interlocutores da mensagem. Um deles é um caso interessante que ficou conhecido como *Increase Diversity Bake Sale*. Literalmente, *venda de bolos para o aumento da diversidade*. Para participar do evento, que foi organizado por um grupo de alunos da Universidade da Califórnia, mulheres, negros, latinos e membros de outros grupos minoritários ganhavam uma cota e, por isso, pagavam menos que seus colegas (homens) brancos de origem norte americana. A ideia central dos organizadores do evento era criticar e protestar contra a política de ações afirmativas que era praticada por aquela instituição ensino³⁹⁹.

Convenhamos, apesar de discordar da pauta defendida pelo grupo alunos, há que se admitir que a manifestação, além de pacífica e criativa, serviu para provocar a reflexão e o debate entre os demais membros da universidade sobre o tema. Contudo, Prates chega a colocar em dúvida até mesmo a legitimidade do conteúdo desse tipo expressão. Para ele, não fica claro se essa ideia seria,

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?⁴⁰⁰

Sugere assim que, para traçar os contornos entre o que pode ser dito e o que não pode, o Estado deve considerar não só o conteúdo do discurso, como também a finalidade que está por detrás dessas expressões. Ora, mas mesmo que ficasse comprovado que a intenção do grupo de estudantes fosse criticar a política de cotas

³⁹⁹ Ver mais em: < <http://noticias.terra.com.br/educacao/eua-estudantes-organizam-venda-de-bolos-9racista39-contra-acao-afirmativa,2f8a1a4045cea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html> > Acesso em: 30/06/2018.

⁴⁰⁰ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Op. cit., p 84 e 85.

e, ao mesmo tempo, ‘atacar’ verbalmente os indivíduos que são destinatários dessas políticas, nada poderia fazer o Estado. Isso porque a manifestação, em nenhum momento, ofereceu um perigo claro e iminente de dano e, por mais que Prates alegue que essas palavras possam ferir e silenciar os grupos para os quais são direcionadas, não consegue demonstrar, nem comprovar que isso de fato aconteça.

Um Estado realmente comprometido com os ideais democráticos não pode querer justificar o cerceamento ao direito fundamental à liberdade de expressão com base em alegações como essa. Como demonstramos com Mill, Sunstein, Dworkin e Baker, essa justificativa baseada no medo e no receio, por parte do Estado, de que as falas possam influenciar negativamente a conduta de seus interlocutores, jamais pode ser utilizada como justificativa suficiente e legítima para restringir a livre expressão. Desde que o discurso não ofereça riscos *concretos* à integridade física e à autonomia de seus destinatários, seja qual for o conteúdo da mensagem que comunique, ele deverá ser protegido.

Mas Prates, a fim de fundamentar sua hipótese, tenta demonstrar, de várias maneiras, que essas falas *violentas*, além de provocar danos irreversíveis para suas vítimas, servem também para mantê-las em silêncio. Contudo, para tanto, não apresenta argumentos fortes e convincentes, faz apenas alegações genéricas que não encontram muito respaldo empírico. Nesse sentido, chega a afirmar que:

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 matam⁴⁰¹.

Apesar de expor em sua tese os mais diversos casos envolvendo discursos de ódio e de intolerância, Prates não menciona um único episódio sequer que realmente comprove a hipótese alegada. Não há também a indicação de um estudo que demonstre a existência de uma relação de causalidade direta entre o *conteúdo* de algumas falas e o silenciamento que elas supostamente promovem. E os *hate speeches* – que muito se distinguem das humilhações pessoais e das invasões de

⁴⁰¹ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p 86.

privacidade – por piores e por mais ofensivos que sejam, não se pode provar que sejam eles uma possível causa da morte de seus destinatários.

Mesmo que ficasse comprovado que danos concretos podem advir de alguns tipos de fala, ainda teríamos que analisar se seria esse o caso de o Estado agir de modo a restringir a liberdade de expressão do falante. Isso porque, há muitas maneiras legítimas de interagir com o mundo que podem gerar consequências catastróficas para as demais pessoas e, sabemos que isso, por si só, não é razão suficiente para que o Estado venha restringir as liberdades individuais.

Um indivíduo que termina um relacionamento amoroso a contragosto de seu parceiro ou parceira, pode gerar um dano e um sofrimento irreparáveis. Entretanto, essa conduta expressiva – que pode até mesmo ser o gatilho para que algumas pessoas tomem a decisão de acabar com suas próprias vidas – não é passível de ser responsabilizada pelo Estado. Somente quando a conduta expressiva forçar coercitivamente alguém a agir contra sua própria vontade é que poderá o Estado intervir no discurso.

Até mesmo porque, se creditarmos ao Estado o dever de investigar essas camadas mais subliminares das mensagens para “identificar o que estes discursos pretendem edificar, que pretensões estão subjacentes aos mesmos, quais estruturas simbólicas guiam estas falas excludentes”⁴⁰², a fim de estabelecer o que deve ou não ser dito, estaríamos condenando a proteção da liberdade de expressão a uma subjetividade sem precedentes. Além do mais, se o próprio autor assume que a força normativa dessa violência simbólica, apesar de ser reduzida pela adoção de “mecanismos de controle e acesso ao espaço público” e por “políticas públicas de inclusão”, jamais será “integralmente suprimida”⁴⁰³, não há porque permitir tamanha intervenção do Estado no âmbito da liberdade de expressão.

Nesse sentido, ao invés de adotar medidas punitivas e coercitivas, de legitimidade questionável, que cerceiam o direito à livre expressão, é preferível que o Estado invista em políticas afirmativas e em ações educativas que demonstrem a todos a importância de valores como a tolerância, o respeito e a dignidade, estimulando no

⁴⁰² PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Op. cit., p 87.

⁴⁰³ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Op. cit., p 87

debate um contraponto aos discursos preconceituosos que visam “manter a ordem social estabelecida” e reproduzir “padrões de vida excludentes de cidadania”⁴⁰⁴.

Afinal de contas, para ser coerente, esse critério que é sugerido por Prates não só inviabilizaria a manifestação das expressões tipicamente de ódio, como também acabaria por permitir que fossem banidos todos os discursos que pregam o conservadorismo econômico e moral. Porque esses sim, muito mais que os *hate speech*, são os grandes responsáveis pela reprodução e manutenção das desigualdades históricas e injustamente estabelecidas e, conseqüentemente, os maiores representantes desta “dimensão simbolicamente repressiva do exercício do poder” que, por vezes 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 debates⁴⁰⁵.

Ao atribuir tamanha ‘importância’ aos discursos tipicamente opressores, Prates parece não se atentar para o fato de que eles representam apenas a ponta do *iceberg* de preconceitos e da intolerância que há muito estão enraizados no âmago das sociedades. Impedir que os intolerantes expressem publicamente seus preconceitos e suas opiniões esdrúxulas e equivocadas, além de minar a legitimidade da democracia, será somente uma forma de varrer a poeira para debaixo do tapete. O que poderia ser visto como uma oportunidade de esclarecer para a população os erros e os vícios de tais opiniões, acaba se tornando uma medida violenta e efetivamente silenciadora.

Vale lembrar, uma vez mais, que em uma democracia liberal o Estado não pode lançar mão de uma moral substancial para regular os conteúdos expressivos, portanto o argumento que buscar legitimar esse “silenciamento do lado certo”, além de carregar consigo uma pretensão moral extremamente controversa, não é compatível com os ideais democráticos e muito menos com os fundamentos da liberdade de expressão.

⁴⁰⁴ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Op. cit., p 87

⁴⁰⁵ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Op. cit., p 87

A dimensão que Prates dá aos efeitos negativos desses discursos é tão superestimada que ele chega a conjecturar que vitória do Partido Nazista, bem como as tragédias que seguiram com ascensão de Hitler ao poder, poderiam ter sido evitadas caso o Estado alemão tivesse restringido a liberdade de alguns indivíduos de expressarem suas crenças e ideologias políticas. Da mesma forma, alega que o genocídio de Ruanda em 1994 teria sido impedido se houvesse uma restrição maior à liberdade de expressão naquele país.

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 Ruanda⁴⁰⁶.

Prates acredita, sinceramente, que a permissão dada para que esses discursos políticos circulassem livremente foi a causa direta dessas duas grandes tragédias históricas, mesmo reconhecendo que esses *hate speeches* não tenham convidado, “explícita e diretamente, ao cometimento de ações violentas”⁴⁰⁷. Ora, mas como comprovar que esses eventos acontecerem *por causa*, e não *apesar* da liberdade de expressão? Essa hipótese não passa de um palpite impossível de ser demonstrado.

Ao contrário do que Prates pressupõe, podemos alegar que a proibição a esses discursos teria não só potencializado o sentimento de ódio nessas sociedades, como também catalisado a concretização dessas atrocidades que, mais cedo ou mais certo, acabariam se sucedendo. Na verdade, é bem mais provável que esse suposto excesso de liberdade tenha servido para postergar a efetivação desses atos de extrema violência e bestialidade do que para causa-los. A liberdade de expressão não é um pavio para violência concreta, como supõe Francisco, mas sim uma maneira legítima de atenuá-la.

Além do mais, esses esforços que apelam para a coerção estatal como meio de impedir a expressão dessas ideias preconceituosas, se mostraram completamente

⁴⁰⁶ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Op. cit., p 252

⁴⁰⁷ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Op. cit., p 252

ineficazes, e é o próprio Prates quem destaca em sua tese uma fonte de dados muito interessante que serve para validar ainda esse ponto. Um estudo que foi realizado em diversos países da Europa⁴⁰⁸ – os quais adotam uma legislação que criminaliza as expressões de ódio –, constatou um aumento substancial, entre os anos de 2009 e 2014 da representatividade de partidos de extrema direita que, a exemplo da *Frente Nacional* francesa liderada pela conservadora Marine Le Pen, defendem propostas que são consideradas por muitos como xenófobas, racistas e intolerantes.

Esses dados⁴⁰⁹, apesar da frieza dos números e dos incontáveis fatores que concorreram para ocorrência desse fenômeno, pelo menos nos deixam ciente de que o impacto que o preconceito, o ódio e a intolerância têm na sociedade e na política, não é reduzido por meio da adoção de leis ou da assinatura de pactos e tratados internacionais que restringem o conteúdo dos discursos. Quando muito, – como previu Baker e como demonstraremos melhor na sequência – estimulam a propagação dessas ideias e dão a elas uma força que dificilmente teriam caso não fossem censuradas por um consenso moral oficial. Até mesmo porque se se permitir que tais ideologias e percepções de mundo sejam retiradas pelo Estado do debate público, algo que já coloca em risco a legitimidade do sistema democrático, não teríamos como argumentar, de maneira coerente e por meio de princípios, pela inconstitucionalidade de um projeto de lei que intenta criminalizar os discursos de caráter comunista⁴¹⁰.

Sob pena de corromper toda a base da democracia e de cair na mais profunda contradição, o Estado não pode interpretar a liberdade de expressão como um princípio aplicável somente por, e para aqueles que compartilham de determinados

⁴⁰⁸ Dentre eles Alemanha, Áustria, Croácia Reino Unido, Dinamarca e França, vide: <<http://www.lamarea.com/2014/05/26/resultados-de-la-extremaderecha-en-europa-por-paises/>>. Acesso em: 03 de julho de 2018.

⁴⁰⁹ A representação da Frente Nacional no parlamento francês saltou de 6,3% em 2009 para impressionantes 26,60% em 2014. É claro que há uma comunhão de fatores que contribuíram para esse fenômeno, mas devemos sublinhar que o fato da França possuir uma legislação mais dura contra os *hate speech* não impediu em nada que esses discursos ganhassem força no espaço público e na arena política francesa.

⁴¹⁰ Esse é o caso do Projeto de Lei 5358/2006 de autoria do deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP) que propõe alterar a Lei Antirracismo (7.716-89) incluindo entre crimes que se encontram nela previstos o “fomento ao embate de classes sociais”. Além do mais, o texto prevê uma pena de reclusão de dois a cinco anos e multa – a mesma que seria aplicada para os casos de apologia ao nazismo – para quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, a foice e o martelo ou quaisquer outros meios para fins de divulgação favorável ao nazismo ou ao comunismo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A266306915B5029576D08B82826A3283.proposicoesWebExterno2?codteor=1460579&filename=PL+5358/2016> Acesso em: 03 de julho de 2018.

valores e concepções de mundo. Caso contrário, estaríamos asfixiando a liberdade de opinião e consciência e, junto com ela, o próprio direito à igualdade.

As palavras de Dworkin não deixam dúvida quanto a isso. Debatendo com aqueles que, como Prates, defendem que uma ampla liberdade de expressão pode comprometer a igualdade o filósofo vai direto ao ponto:

Há quem afirme que a expressão de 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 questão⁴¹¹.

Tal como Dworkin, estamos cientes de que esses discursos de ódio podem sim causar algum dano contra aqueles a quem estão direcionados. Entretanto esse dano que é genérico, abstrato, ou simbólico, como alega grande parte dos detratores da liberdade de expressão, não é suficiente para limitar o direito e a oportunidade que todos os indivíduos têm de participar e de influenciar no debate público com as opiniões e percepções que lhes são próprias.

É somente quando o Estado trata com igual respeito e consideração a expressão dos racistas e dos progressistas, dos ateus e dos religiosos, dos “maus” e dos “bons”, que a *igualdade se revela como a outra face da liberdade*. Não cabe ao Estado escolher qual opinião é digna de ser ouvida e qual é digna de ser calada. Em um contexto discursivo no qual respostas verbais ainda são possíveis, lançar mão da coerção para impedir que alguns falem e que outros escutem determinados tipos de conteúdo é um atentado aos predicados mais fundamentais da democracia.

Diferentemente das suposições de que o discurso racista “cala” seus alvos, o silenciamento que é conduzido e oficializado pelo Estado gera um dano concreto e objetivo para aqueles cujos dizeres são considerados perversos. Consiste em uma incontestável restrição do direito à livre expressão da consciência e do pensamento que não depende de nenhuma crença para ser constatada.

⁴¹¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 514-515 (destaque nosso).

Ademais, não podemos relevar o fato de que, nas democracias contemporâneas grande parte da pressão favorável à censura,

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 poder⁴¹².

Não se quer dizer com isso que o Estado deva se abster da tarefa de combater o racismo e a intolerância. Na verdade, é imprescindível atacar coletivamente o preconceito e a discriminação, mas não dessa maneira. Não é silenciando os que divergem da maioria que nos aproximaremos mais dos ideais de igualdade e liberdade. Fosse essa a solução, teríamos que admitir que a democracia não é capaz de cumprir com um de seus principais objetivos, que é o de transferir os conflitos sociais inevitáveis do plano da violência para o plano da política, onde a argumentação prevalece sobre a coerção.

Por mais que Prates alegue em sua tese, juntamente a autores como Richard Delgado (1982), Catharine Mackinnon (1996) e Mary Matsuda (1989), que os *hate speeches*, “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”⁴¹³, não comprova o poder silenciador desses discursos que, supostamente, tornariam inaudível as vozes das vítimas de seus interlocutores. Para Prates, permitir que os intolerantes, os conservadores, os fundamentalistas, os racistas, machistas expressem suas concepções políticas e ideológicas na arena pública, não é garantir o direito a igual liberdade de expressão, mas sim uma forma que indivíduos poderosos e perversos encontraram para exercer a *manutenção de mordanças*⁴¹⁴.

⁴¹² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. *Op. cit.*, p. 514.

⁴¹³ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p. 169.

⁴¹⁴ PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. *Op. cit.*, p. 170.

Por isso, na impossibilidade de se verificar um dano concreto que, não apenas influencie na tomada de decisão dos destinatários, mas que de fato implique na redução da autonomia e da liberdade dos ouvintes, não pode o Estado restringir, legitimamente, a expressão de nenhum indivíduo, ou grupo de indivíduos. Porque, além de tudo que foi até aqui exposto, o Estado, ao criminalizar alguns discursos, reduz concreta e arbitrariamente a liberdade de alguns indivíduos em detrimento de outros.

Esse silenciamento que parte do Estado, ao contrário daquele alegado por Prates, além de concreto é definitivo, pois, mesmo que alguns discursos possam convencer alguns de seus interlocutores a ficarem em silêncio, eles não têm o poder de impedir ninguém, efetiva e terminantemente, de falar o que e quando quiser. Ao passo que, quando o Estado seleciona conteúdos que serão criminalizados, ele atua de forma a reduzir, de maneira objetiva e concreta, a liberdade e a autonomia de alguns indivíduos, que face ao poder coercitivo estatal nada poderão fazer, a não ser se calarem. Apontar a ilegalidade das restrições que têm por base o conteúdo dos discursos, não é mesmo que dizer que Estado deva se manter inerte frente às *assimetrias* que compõem o debate público.

Nesse sentido, vale destacar também a interessante metáfora concebida de Owen Fiss em sua obra sobre *A ironia da liberdade de expressão*⁴¹⁵. Segundo ele o Estado, a fim de assegurar a robustez do debate público, deve atuar como intermediador imparcial no debate que se atenha para “um método predeterminado de procedimentos baseado (...) em alguns princípios abstratos⁴¹⁶”, mas que, ao mesmo tempo, seja sensível às limitações que recursos como tempo e dinheiro podem impor a alguns indivíduos.

Sob essa perspectiva, Fiss afirma que “quando o Estado age como mediador, seu propósito não é determinar o resultado, nem tampouco preservar a ordem pública (...), mas, ao contrário, assegurar a robustez do debate público”⁴¹⁷. O grande problema é que seu entendimento acerca do significado de um debate público robusto parte de moral substancial, bem à moda comunista.

⁴¹⁵ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*

⁴¹⁶ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 54.

⁴¹⁷ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 55.

Ao se referir à *dinâmica silenciadora* que pode ser empregada por *mãos privadas*, “por exemplo, pela pessoa que lança epítetos raciais, publica pornografia, ou usa recursos econômicos superiores para dominar campanhas políticas”⁴¹⁸, Fiss afirma haver uma ampla base para intervenção estatal. Sua hipótese se baseia na ideia de que a promoção dos valores democráticos pelo Estado é um fim público legítimo que pode ser compatibilizado com a Primeira Emenda. Segundo ele, esse tipo de regulação “pode promover, na melhor das hipóteses, os direitos discursivos das mulheres, das minorias e dos pobres, mas necessariamente diminui os direitos discursivos dos racistas, pornografistas e ricos”⁴¹⁹.

Na sua visão, o que justificaria essa tomada de partido ou, essa quebra da neutralidade do Estado não seria um juízo moral sobre os interesses privados voltado para distinguir os bons discursos dos maus, mas sim o dever de se “estabelecer precondições essenciais para autogovernança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público”⁴²⁰. Nesse sentido, sustenta que:

Se nada mais estivesse envolvido além dos interesses expressivos de cada grupo, vale dizer, o desejo do racista e o interesse do potencial vítima de cada qual expressar o seu pensamento, então haveria de fato algo arbitrário na escolha do Estado de um grupo em detrimento de outro⁴²¹.

Em princípio, Fiss parece demonstrar mais cautela do que Prates quando afirma a necessidade de o Estado se comportar de maneira imparcial no momento de agir para promover a robustez do debate público. Entretanto sua conclusão também não deixa de ser contraditória, pois, a fim de evitar que poderes fora do Estado inibam o discurso de uma determinada minoria, defende que há vezes em que é preciso “reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros”⁴²² e que, outras vezes, seria necessário até mesmo silenciá-los. Deixa assim escapar que essas precondições do debate são mecanismos aparentemente imparciais, que visam retirar do debate público apenas alguns grupos de indivíduos.

⁴¹⁸ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 47.

⁴¹⁹ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 47-48.

⁴²⁰ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 49

⁴²¹ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 49

⁴²² FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 49

Então, a fim de impedir o suposto silenciamento que as forças de fora do Estado podem, em tese, produzir a alguns grupos, Fiss afirma ser necessário que o Estado, no momento de alocar os recursos, deva censurar a opinião daqueles grupos que falam alto demais. Defende assim, que o Estado:

pode ter que alocar os recursos públicos – distribuir megafones – para aqueles cujas vozes não seriam escutadas em praça pública de outra maneira. *Ele pode até mesmo ter que silenciar as vozes de alguns para ouvir as vozes dos outros. Algumas vezes, simplesmente não há outra forma*⁴²³.

Ora, mas se o próprio autor reconhece que a Primeira Emenda consiste em um mecanismo testado e aprovado que impede e previne as tentativas de o Estado inibir o debate livre e aberto⁴²⁴, não se pode legitimar nenhuma conduta do Estado que vise silenciar algumas vozes em detrimento de outras. Além de ser incoerente, esse argumento coloca em risco a própria eficácia do princípio da liberdade de expressão, uma vez que viabiliza que o governo utilize de seus próprios interesses para controlar o direcionamento, a agenda e, inclusive, o conteúdo das discussões públicas. Sob a justificativa de estar deixando de fora aqueles que falam alto demais, o Estado pode estar simplesmente censurando os grupos e os indivíduos que discordam de seus interesses e preceitos morais.

Apesar de a proposição de Fiss constituir-se em uma hipótese de intervenção neutra em relação ao conteúdo, ela não é, de forma alguma, imparcial em relação ao ponto de vista, pois, além de impedir os racistas, pornógrafos e os ricos de se expressarem livremente, dá ao Estado o poder de escolher, discricionariamente, aqueles para quem os megafones serão concedidos.

Isso porque Fiss não concebe a liberdade de expressão como princípio legitimador dos processos democráticos e, nem ao menos reconhece sua importância como um direito que garante a auto expressão e autorrealização dos indivíduos. Para ele o que faz com que esse princípio seja tão valorizado pela Constituição se deve unicamente ao fato de ele ser considerado essencial para autodeterminação coletiva⁴²⁵.

⁴²³ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 30 (destaques nossos).

⁴²⁴ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 30.

⁴²⁵ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 30.

Ou seja, o fundamento último da liberdade de expressão em Fiss não se encontra dentro do processo de legitimação do sistema democrático, nem no respeito à autonomia individual. Na verdade, sua grande preocupação é garantir que *todas* as vozes possam ser ouvidas (à exceção de algumas) a fim de promover um cenário no qual a opinião pública esteja sempre bem informada. Dentro dessa sua lógica, a liberdade de expressão não passa de um mero instrumento que auxilia no processo de concretização da autodeterminação coletiva, de um mecanismo teleologicamente voltado para a promoção de um suposto bem que seja comum a todos.

Para Fiss, o Estado não fere nenhum direito individual quando decide censurar o discurso dos poderosos. Na verdade, ao fazê-lo ele “está meramente exercendo seu poder de polícia para promover um fim público legítimo, como ele faz quando edita uma lei de controle de armas ou de controle de velocidade de trânsito”⁴²⁶. E, ao comparar o controle do conteúdo discursivo às leis que estabelecem limites de velocidade nas vias de trânsito, o autor vai deixando cada vez mais claro que a falta de importância que liberdade de expressão ocupa em sua teoria. Afirma que o direito à auto expressão não contém nenhum valor intrínseco e que a legitimidade do procedimento democrático se deve muito mais à possibilidade de o debate público promover à comunidade o maior número de ideias, do que propriamente no direito que os indivíduos têm de manifestar as próprias opiniões. Por isso mesmo afirma que, ao intervir nessa esfera da liberdade, “o Estado está tentando proteger o *interesse da audiência* – a cidadania como um todo – de *ouvir* um debate aberto e inclusivo das questões de *importância pública*”⁴²⁷.

Não é difícil perceber que o viés comunitarista de sua teoria vai se tornando cada vez mais claro. Além de subverter a lógica da liberdade expressão, nota-se que Fiss transfere dos indivíduos para Estado o direito e a capacidade moral de julgar aquilo que é ou não digno de ser escutado. E, ao delegar ao Estado o poder de selecionar quais são as questões de interesse e importância do pública, se esquece de que a autoridade estatal pode classificar os discursos de acordo com suas pretensões, vontades e concepções de mundo, suprimindo assim o direito dos dissonantes de participarem ativamente do debate.

⁴²⁶ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 48.

⁴²⁷ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 50 (destaques nossos).

Como também demonstra como e, muito menos, consegue comprovar que os discursos de conteúdo odioso causam um dano concreto aos seus interlocutores, Fiss apenas aposta na *tendência* desses discursos em “diminuir a autoestima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público”⁴²⁸. Acredita assim que não há problemas em deixar o Estado agir como um censor, controlando os resultados do debate, desde que sua conduta tenha como objetivo fortalecer a discussão pública. Para Fiss “da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo”⁴²⁹. Resta saber então se aqueles que estarão impedidos de manifestar seus pontos de vista por causa do silenciamento do Estado, também aplaudirão e concordarão com essa “abertura” que, presumivelmente, melhoraria a qualidade do debate.

Mesmo que tenha tentado fundamentar sua hipótese dentro de uma perspectiva menos moralista, é perceptível que Fiss obtém pouco sucesso nessa tarefa. Isso porque, é inegável que sua proposta não só permite o Estado restringir a liberdade de expressão com base no conteúdo, como também entrega para ele o poder de “controlar a escolha das pessoas dentre pontos de vistas contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate”, de acordo com uma concepção oficial de bem, de mundo e de debate que considerada melhor. Apesar da metáfora elucidativa, essa proposta de Fiss que dá ao Estado o direito de silenciar, quando achar adequado, os racistas, os pornografistas, os ricos e os demais cidadãos que “falam alto demais”, não é condizente com os ideais democráticos até aqui expostos.

Afinal de contas, se a liberdade de expressão não se estende aos intolerantes, aos cineastas, aos milionários, ou àqueles cujas opiniões contestam, inclusive, os valores constitucionalmente garantidos, a democracia corre um sério risco de se tornar meramente um instrumento voltado para a instauração de uma silenciosa paz de cemitério, na qual todos estão sempre em eterno acordo.

⁴²⁸ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 47.

⁴²⁹ FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. *Op. cit.*, p. 55.

3. EFEITOS COLATERAIS

Tendo demonstrado que os argumentos favoráveis à intervenção do Estado no conteúdo dos discursos são inconsistentes com a matriz democrática do direito e que, portanto, qualquer tentativa de justificar a proibição dos discursos de ódio que não seja baseada na teoria do dano claro e iminente é ilegítima, resta ainda analisar se, dentro de um ponto de vista utilitário, a estratégia do silenciamento seria um instrumento eficaz. Ou seja, se a restrição dos discursos de ódio por parte do Estado conseguiria, pelo menos, alcançar os resultados a que ela se propõe.

Em um primeiro momento, direcionando a atenção para alguns casos polêmicos⁴³⁰ envolvendo a liberdade de expressão no cenário brasileiro, destacaremos como uma legislação que permite a restrição de conteúdos discursivos inevitavelmente proporcionará decisões arbitrárias, aleatórias, quase sempre fundamentadas pelas crenças íntimas dos julgadores que, para decidir, lançam mão de malabarismos hermenêuticos inexplicáveis que atendem unicamente aos seus próprios anseios axiológicos.

Um desses casos emblemáticos envolveu um discurso homofóbico pronunciado pelo presidente do partido PRTB, Levy Fidelix. Em meio a um debate entre os presidenciáveis de 2014, que fora promovido pela *Rede Record*, o candidato, perguntado sobre os motivos que o levava a não aceitar a união de casais do mesmo sexo, respondeu que “dois iguais não fazem filho” e que “aparelho excretor não reproduz”. Sugeriu ainda que os gays deveriam ser enfrentados pela população, que a homoafetividade estaria relacionada às práticas de pedofilia e que a mesma consistia em uma doença psicológica que deveria ser tratada “bem longe da gente”⁴³¹.

Por ter dito essas palavras o então candidato foi processado pela Defensoria Pública de São Paulo e condenado a pagar uma indenização por danos morais no valor de um milhão de reais que seria revertida para ações que visam promoção de igualdade da população LGBT, conforme definição do Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT. A juíza do caso, Flavia Poyares Miranda, da 18ª Vara Cível do Foro Central da Capital, fundamentou sua decisão dizendo que Fidelix “ultrapassou

⁴³⁰ Como não é objeto desse trabalho fazer uma análise aprofundada desses casos, destacaremos somente os pontos essenciais para o argumento que pretendemos desenvolver nesse capítulo.

⁴³¹ Informações e passagens retiradas da sentença proferida pelo Tribunal de justiça do Estado de São Paulo. Ação civil pública – Indenização por Dano Material. Processo: 1098711-29.2014.8.26.0100

os limites da liberdade de expressão, incidindo sim em discurso de ódio, pregando a segregação do grupo LGBT⁴³², tendo atentado contra a dignidade e a igualdade de minorias além de ter incitado atos de violência⁴³³.

É evidente que o candidato demonstrou uma ignorância sem tamanho ao manifestar suas opiniões intolerantes e preconceituosas a respeito da diversidade sexual e de gênero. Mas, da mesma forma, é evidente que seu discurso também não se constituiu em um perigo claro e iminente de dano e, muito menos, serviu para silenciar as vozes das minorias que tentou desqualificar⁴³⁴.

Apesar das detestáveis palavras ditas por Fidelix, cabe a seguinte pergunta: será que, como uma estratégia de vida, não é melhor saber aquilo que as pessoas que nos cercam realmente pensam, quais são as suas convicções íntimas e seus planos de ação? Especialmente se elas forem nossos possíveis representantes no poder? É sempre bom lembrar que coagir os indivíduos a esconder o ódio somente ofuscará a localização e a extensão de um problema que deve ser trabalhado abertamente pela sociedade⁴³⁵.

Para além disso, está claro que, pelo que foi até aqui estabelecido, uma decisão como essa⁴³⁶ censura e tolhe o direito à liberdade de expressão de um candidato político que, queiramos ou não, representa os valores de uma parcela (ainda que, felizmente, muito pequena) da sociedade. Dentro de um cenário no qual é permitido a um juiz responsabilizar um indivíduo por expressar, em plena corrida eleitoral, as

⁴³² Juíza Flavia Poyares Miranda nos autos do processo 1098711-29.2014.8.26.0100, p. 5 e 6.

⁴³³ Interessante destacar parte do voto da juíza que, ao discorrer sobre a as novas possibilidades de constituição familiar, disse: “aplicando-se os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, bem como adotando-se uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais acima transcritos podemos concluir que as uniões estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo devem ser reconhecidas e igualmente tuteladas” (Juíza Flavia Poyares Miranda, nos autos do processo 1098711-29.2014.8.26.0100, p. 6. Entretanto, como ficou demonstrado especialmente pela teoria de Dworkin, esse reconhecimento é devido somente por parte do Estado. Exigir que todos os cidadãos compartilhem da mesma concepção (moral) acerca da constituição familiar ou é um ideal utópico ou então absolutista, tirânico.

⁴³⁴ Vale lembrar que as declarações homofóbicas de Fidelix provocaram, na época, uma mobilização da comunidade LGBT que organizou um “beijaço gay” em resposta ao então candidato. Ver mais em: < <https://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/justica-condena-levy-fidelix-a-pagar-1-milhao-de-reais-por-declaracoes-homofobicas-9659.html> >.

⁴³⁵ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.155.

⁴³⁶ Felizmente a decisão que limitava um discurso que, apesar de preconceituoso, era eminentemente político foi revertida em segunda instância. Segundo o advogado do Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) “o tribunal reformou a decisão de primeiro grau para considerar indevida a indenização e por consequência, não necessário o pagamento da indenização (...)” e “acolheu a tese de que as manifestações não foram destinadas a nenhuma pessoa ou grupo, e entendeu que é necessário privilegiar a liberdade de expressão por se tratar de um debate de ideias”. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/justica-de-sp-aceita-recurso-de-levy-fidelix-e-suspende-indenizacao-de-r-1-milhao-por-comentarios-contra-gays.ghtml> >. Acesso em: 10 de julho de 2018.

ideologias e concepções de mundo que considera corretas, a democracia deixa de correr riscos e passa a ser concretamente pulverizada. Não só pelo fato de a liberdade de expressão ser ela própria constitutiva dos sistemas democráticos, mas também pelos efeitos trágicos que uma decisão como essa pode gerar.

Utilizando-se dos mesmos argumentos que fundamentaram a decisão que condenou Levi Fidelix, religiosos acusaram a transexual Viviany Beleboni de ter atacado o sentimento e a dignidade dos crentes. A acusação se deu após Viviany ter interpretado a crucificação de Cristo na parada LGBT de São Paulo com o intuito de representar o sofrimento e a perseguição que acometem as minorias LGBT's no Brasil. Diante de tal fato, Viviany foi intimada pelo Ministério Público de São Paulo para depor sobre o ocorrido, mas, felizmente a acusação não procedeu.

Entretanto, vale a pena destacar que, no dia seguinte à Parada, o Deputado Federal e pastor Marco Feliciano – à época eleito pelo Partido Social Cristão – publicou um texto no Facebook com os seguintes dizeres: “Imagens que chocam, agridem e machucam. Isto pode? É Liberdade de expressão dizem eles. (...) Colocar Jesus num beijo gay pode? Enfiar um crucifixo no ânus pode? Despedaçar símbolos religiosos pode? (...) Dizer que sou contra tudo isso NÃO PODE? Sou intolerante, ne?”⁴³⁷

Apesar de estar revestido de preconceito e intolerância, o argumento do deputado é muito importante para nossa reflexão. Se para condenar a conduta de Levy Fidelix levou-se em conta que seu discurso foi ofensivo e atentou contra a dignidade da comunidade LGTB, por que é que a manifestação expressiva de Beleboni também não poderia sofrer a mesma restrição? Não há como garantir que sua manifestação não tenha ofendido, incomodado ou ferido a dignidade de alguns crentes.

Seria mesmo legítimo deixar a cargo do Estado a tarefa de definir e medir qual o grau de ódio e ofensividade de uma expressão que motivaria a sua intervenção? Se a resposta for positiva, estaremos delegando ao Estado o poder de escolher, de acordo com o pensamento moral majoritário, qual o tipo de expressão pode ou não circular livremente na sociedade. Além do mais, abrir-se-ia um espaço sem precedentes para que o Estado e seus representantes restringissem arbitrariamente expressões que estariam no cerne da proteção constitucional, favorecendo assim o

⁴³⁷ Disponível em: < <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/07/transexual-crucificada-na-parada-gay-abre-oito-processos-na-justica.html> > . Acesso em: 10 de julho de 2018.

desencadeamento do *slippery slope*. Nessa perspectiva, uma pequena concessão do Estado – como essas que permitem censurar os conteúdos odiosos – poderá servir de pretexto para outras decisões legais cuja os resultados podem contrariar, não só as necessidades das vítimas do preconceito sexual, como também as de outros grupos minoritários.

Contudo, muitos podem sustentar que casos como esses se diferem qualitativamente na medida em que, no primeiro, as vítimas fazem parte de uma minoria, enquanto que, no segundo, os ofendidos pertencem a um grupo majoritário e, por causa disso, a expressão que ofendeu aos grupos cristãos nem ao menos poderia ser categorizada como discurso odioso. Mas e se, ao invés de ter sido a comunidade cristã, fossem os judeus alvos de uma manifestação semelhante? Na qual o líder religioso representado pela comunidade LGBT fosse Moisés e não Jesus?

Pode parecer descabida tal provocação, mas esse é um efeito (*slippery slope*) inafastável quando se permite que o Estado e seus representantes restrinjam o discurso com base no conteúdo expressivo e, o caso da artista plástica *Ana Smile*⁴³⁸, responsável pela marca chamada “Santa Blasfêmia”, também nos serve de exemplo. O trabalho da artista consistia na confecção e na venda de estatuetas de gesso estilizadas, onde as tradicionais representações dos santos da Fé Católica eram transformadas em ícones da “cultura pop”, como o Batman, o Vingador, a Galinha Pintadinha, a Minnie e até mesmo em personalidades como David Bowie e Frida Kahlo⁴³⁹.

Em que pese as críticas acerca do bom ou mau gosto e as demais avaliações estéticas que podiam recair sobre seu trabalho, ninguém duvidaria que a artista estava exercendo seu trabalho de maneira digna e dentro dos padrões legais. Entretanto não foi assim que pensaram os representantes da Arquidiocese de Goiânia e muito menos o juiz da 9ª comarca de Direito Civil de Goiânia que, em sede liminar, proibiu tanto a produção quanto a venda das estatuetas. Além disso, ordenou que fossem deletados todos os perfis da loja Santa Blasfêmia nas mídias sociais invocando, principalmente, a inviolabilidade da *dignidade* da Igreja Católica como fundamento para sua decisão.

⁴³⁸ Nome artístico da requerida Ana Paula Dornelas Guimarães de Lima.

⁴³⁹ As imagens das estátuas também podem ser encontradas nos autos do processo criminal (5073163.84.2016.8.09.0051) que sofreu a artista por, supostamente, ter cometido crime de *ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo*, previsto no artigo 208 do Código Penal Brasileiro.

Em seu voto o juiz ressaltou que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos IX e XVI, garante a liberdade de expressão e reunião, mas, da mesma forma, esse artigo, em seu inciso VI, também “garante a inviolabilidade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias”⁴⁴⁰. Dito isso, o juiz concluiu seu raciocínio registrando que:

muito embora os direitos e garantias fundamentais estejam na mesma ordem, sem hierarquia ou primazia de um direito sobre o outro, quando houver conflito entre eles, deve prevalecer o direito à dignidade pessoal, à honra, e à vida privada, que no caso a Igreja Católica, a Santa Sé, é pessoa jurídica de direito público por constituir um país soberano, o Vaticano, logo gozo da proteção Constitucional por possuir personalidade jurídica⁴⁴¹.

Chega a impressionar a falta de coerência da decisão e de sua pretensa fundamentação. Como pode o juiz afirmar, em um primeiro momento, que a Constituição não estabelece nenhuma hierarquia ou primazia entre direitos e garantias fundamentais que se encontram na mesma ordem para, logo em seguida, concluir que, em caso de conflito entre eles, prevalecerá o direito à dignidade pessoal, à honra, e à vida privada? A contradição e a arbitrariedade de uma decisão como essa saltam aos olhos. Mais uma vez notamos como é perigoso utilizar da teoria da ponderação dos princípios, bem como se valer do direito à dignidade para fundamentar decisões que tentam justificar uma suposta necessidade de cercear a liberdade de expressão. E, como já ficou demonstrado durante a análise do caso Ellwanger, esses argumentos não passam de uma estratégia utilizada pelos juízes, em um nível mais ou menos consciente, para dar ares de legitimidade a essas decisões que representam apenas a exteriorização daquilo que eles consideram ser o bom, ou o melhor.

Ao final, o juiz do caso argumentou ainda que Ana Paula, ao fabricar imagens que satirizavam os santos representantes da Igreja Católica, extrapolou seu direito à livre expressão constitucionalmente garantido de forma a obstar o direito de imagem da Requerente, a Arquidiocese de Goiânia. A decisão que garantiu a antecipação da tutela, obrigava a artista, sob pena de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), 1) a não fabricar, vender, conceder, doar, permutar ou transmitir por qualquer modo a terceiros suas peças; 2) a não utilizar-se do conteúdo em discussão no processo como

⁴⁴⁰ Juiz Abílio Wolney Aires Neto nos autos do processo 201600958448, p. 120.

⁴⁴¹ Juiz Abílio Wolney Aires Neto nos autos do processo 201600958448, p. 120 e 121.

meio de propaganda e/ou projeção de seu trabalho; 3) a excluir da Internet e de todas as mídias sociais as imagens de suas estatuetas, bem como o perfil social da marca “santa blasfêmia”; 4) a retirar da loja “Endossa”, em Brasília, bem como determinar a proibição da venda, cessão, doação ou qualquer tipo de transmissão a terceiros das peças fabricadas pela requerida⁴⁴².

Uma decisão como essa⁴⁴³, bem como a tentativa de penalizar a manifestação expressiva de Viviany Belebony demonstram bem que ao autorizar o Estado a intervir no conteúdo do discurso estamos dando a ele o poder não só de censurar aquilo que queremos, mas também aquilo que não queremos. Não podemos admitir que decisões tão abomináveis como essa que censura a liberdade de artística, e tão questionáveis quanto aquela que puniu um candidato conservador por ter expressado suas convicções éticas e morais, em meio a um debate que se realizou durante a corrida eleitoral, sejam condizentes com os pressupostos democráticos.

Uma vez que aceitamos que não queremos mais arcar com o ônus proveniente da liberdade de expressão, ou seja, ao estabelecer que não devemos mais escutar aquelas ideias que odiamos, temos que estar cientes de que a permissão para que o Estado restrinja os conteúdos expressivos também tem seu preço, que, nesse caso, é a nossa própria autonomia. O preço de ter que deixar a cargo do Estado a avaliação das ideias que você pode ou não expressar. Entretanto esse preço é alto demais, especialmente quando o seu pensamento é o dissonante, quando a expressão de sua concepção de mundo e os valores que você carrega não estão de acordo com aquilo que a maioria espera que você pense. É exatamente por isso que Dworkin nos chama a atenção ao dizer que:

Toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. [por isso] *Tome cuidado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você*⁴⁴⁴.

⁴⁴² Juiz Abílio Wolney Aires Neto nos autos do processo 201600958448, p. 121 e 122.

⁴⁴³ Decisão que foi revertida somente em fevereiro desse ano de 2018. “Curiosamente”, o desembargador responsável pela análise do recurso, Norival Santomé, também utilizou da mesma metodologia da ponderação de princípios para chegar a um resultado oposto ao da sentença expedida em primeira instância. Segundo o desembargador, “não há que se falar em sacrifício de um direito fundamental em prol da prevalência de outro (...) a solução indicada é a conciliação entre eles, ou seja, a aplicação concomitante e de acordo com a extensão que o caso concreto requer.” Conforme o agravo de instrumento 258333-76.2016.8.09.0000, p.16 e 17.

⁴⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. *Op. cit.* p.361 (destaques nossos).

Não se pode então duvidar, como ressalta Baker⁴⁴⁵, que o princípio que justificaria as proibições e as leis específicas que restringem os discursos do ódio pode ser facilmente desvirtuado e acabar servindo de pretexto para decisões que, além de arbitrárias, vão de encontro aos interesses das próprias minorias que, supostamente, seriam favorecidas por esse princípio⁴⁴⁶.

Outra consequência correlata e negativa de se optar por uma legislação que permita a proibição do conteúdo discursivo é a incerteza que a mesma gera nos indivíduos que a ela se submetem. Ainda mais quando a metodologia utilizada para a interpretação/aplicação da liberdade de expressão é a ponderação de princípios.

Tomemos então como exemplo outro polêmico caso que chegou ao Supremo Tribunal Federal. No ano de 2007, o padre Jonas Abib lançou um polêmico livro intitulado *Sim, Sim, Não, Não – Reflexões de cura e libertação*⁴⁴⁷, no qual ele expressa um enorme desprezo e aversão pelo espiritismo e, conseqüentemente, pelas religiões de raiz africana, como a umbanda e o candomblé. Em seus escritos Abib compara o espiritismo a uma epidemia, a um foco de morte que deve ser combatido pelos cristãos. Ainda segundo o padre, os praticantes dessas religiões não passam de vítimas que foram instrumentalizadas pelo demônio para agir em desfavor da humanidade⁴⁴⁸.

Devido às semelhanças com o caso *Ellwanger*, o Ministério Público da Bahia denunciou Jonas Abib por ter ele, supostamente, incorrido na prática do crime de racismo⁴⁴⁹. Logo em seguida, por ordem da Justiça Baiana, seu livro foi retirado de circulação. Tendo sido condenado, seus advogados entraram com um pedido de *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem, amparando-se exatamente na jurisprudência do caso *Ellwanger*⁴⁵⁰. Desse modo

⁴⁴⁵ BAKER, C. Edwin. *Human liberty and freedom of speech*, *Op.cit* p.155.

⁴⁴⁶ Nesse sentido está o já referenciado Projeto de Lei 5358/2006 de autoria do deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP) que propõe alterar a Lei Antirracismo (7.716-89) incluindo entre crimes que se encontram nela previstos a apologia ao comunismo e o fomento ao embate de classes sociais. Vide nota 406.

⁴⁴⁷ ABIB, Jonas. *Sim, Sim, Não, Não: Reflexões de cura e libertação*. São Paulo: Editora Canção Nova, 2007.

⁴⁴⁸ Para uma análise mais detalhada do caso: MEDRADO, Vítor. *Liberdade de expressão e democracia no Brasil: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Minas Gerais, 2018, p. 131-136.

⁴⁴⁹ Nos termos do art. 20, § 2º da Lei nº 7.716/89.

⁴⁵⁰ Para tanto o STJ considerou que: Não procede a preliminar de prescrição da pretensa punitiva estatal, uma vez que o paciente foi denunciado como incurso no art. 20 da Lei n. 7.716/1989. Tratando-se de crime de racismo, incide sobre o tipo penal a cláusula de imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Constituição Federal. (...) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal

restou à defesa recorrer ao Supremo Tribunal Federal, que decidiu a respeito em 2016, em sede de Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*⁴⁵¹. À época, O caso foi distribuído à Primeira Turma que “deu provimento ao Recurso e determinou o trancamento da ação penal pendente sob a justificativa de que a conduta era atípica”⁴⁵². Nesse sentido, votaram, além do Relator, Ministro Edson Fachin, a Ministra Rosa Webber e os ministros Luís Roberto Barroso e Marco Aurélio Mello⁴⁵³.

Em síntese bem apertada, e sem distinguir individualmente cada voto, podemos afirmar que a decisão da Corte levantou os seguintes argumentos para conceder o *habeas corpus* ao paciente: a liberdade de expressão é o maior ‘valor’ da Constituição; o proselitismo religioso não deve ser considerado um discurso discriminatório como os demais; o discurso religioso por mais intolerante que possa ser, está voltado para o convencimento dos fiéis, e não para reduzir a dignidade do outro, como seria o caso dos discursos de ódio; a liberdade de expressão deve ser estendida justamente para aquelas ideias que mais fortemente discordamos; apesar de merecer o repúdio moral, manifestações intolerantes desse tipo não devem mobilizar o aparato coercitivo do Estado.

Diante dos elementos fáticos do caso e da suposta jurisprudência que teria se formado após o julgamento do caso *Ellwanger*, era de se esperar que a Corte chegasse ao mesmo resultado, negando ao monsenhor Abib o *habeas corpus*. Entretanto apesar das semelhanças apresentadas, o STF chegou a uma conclusão diametralmente oposta. Ao tentar demonstrar a distinção entre os dois casos o Ministro Barroso chegou inclusive a sustentar que os espíritas (e aqui se inclui grande parte das religiões de matriz africana) não podem ser considerados uma minoria historicamente vulnerável à semelhança dos judeus⁴⁵⁴. Mas ao afirmar que somente estes últimos são vítimas históricas da discriminação e do preconceito, o Ministro

de Justiça é firme no sentido de que o crime de racismo não se restringe aos atos preconceituosos em função de cor ou etnia, mas abrangem todo ato discriminatório praticado em função de raça, cor, etnia, religião ou procedência, conforme previsão literal do art. 20 da Lei n. 7.716/1989”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 143.147/BA. Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/S). Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de março 2016

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA. Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 nov. 2016

⁴⁵² MEDRADO, Vítor. *Liberdade de expressão e democracia no Brasil: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano*. *Op. cit.*, p. 132.

⁴⁵³ Votou contra a maioria somente o Ministro Fux, para quem os escritos ofensivos e intolerantes do monsenhor Jonas Abib deveriam ter sido classificados como discurso de ódio e não como um simples caso de proselitismo.

⁴⁵⁴ Ministro Luís Roberto Barroso, nos autos do RHC 134.682/BA, p. 2.

parece ignorar o fato de que rotineiramente são registrados violentos ataques às casas, aos centros e terreiros de umbanda e candomblé em todo o país⁴⁵⁵.

Por isso concordamos com uma das conclusões a que chega Medrado após analisar os pormenores da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca desses casos emblemáticos envolvendo a liberdade de expressão e o *hate speech*. Segundo ele “seja pelo próprio discurso de Abib, seja pelas suas consequências para os grupos vulneráveis, a ordem do habeas corpus deveria ter sido denegada nos termos do precedente do Caso Ellwanger”⁴⁵⁶. Contudo, não acreditamos que isso seja o resultado de uma “tendência de consolidação de uma jurisprudência da Suprema Corte mais favorável à liberdade de expressão”⁴⁵⁷, pelo contrário, serve-nos para comprovar a tese de que a regulamentação dos discursos com base no conteúdo concede uma discricionariedade sem precedentes àqueles que julgam, e, exatamente por isso, a única tendência que podemos notar é uma tendência à aleatoriedade. Não há como saber ao certo o que está ou não censurado pelo Estado, uma vez que os julgamentos envolvendo o *free speech* são motivados e definidos pelas concepções e preferências morais daqueles que julgam.

Não estamos com isso afirmando que a adoção de testes formais⁴⁵⁸ acabaria de uma vez por todas com as intervenções arbitrárias do Estado na liberdade de expressão, mas além de reduzi-las consideravelmente, garantiria um critério objetivo e imparcial, no qual todos os indivíduos, independentemente de suas concepções de mundo, poderiam igualmente confiar.

Por último, temos ainda que jogar luzes sobre a crença que têm os detratores da liberdade de expressão de que o Estado, ao restringir alguns conteúdos expressivos, estaria favorecendo aos interesses das minorias historicamente vulneráveis e, de alguma forma, tornando o acesso ao debate mais igualitário. Ou seja, apesar dos meios, o fim alcançado pelo Estado poderia justificar a restrição na autonomia e na liberdade de alguns indivíduos. Desse modo cabe então perguntar: será mesmo que as legislações que criminalizam o discurso de ódio conseguem, ao menos, atingir razoavelmente os objetivos a que se propõem? Ou ainda, será que ao

⁴⁵⁵ MEDRADO, Vítor. *Liberdade de expressão e democracia no Brasil: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano*. *Op. cit.*, p. 136.

⁴⁵⁶ MEDRADO, Vítor. *Liberdade de expressão e democracia no Brasil: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano*. *Op. cit.*, p. 136.

⁴⁵⁷ MEDRADO, Vítor. *Liberdade de expressão e democracia no Brasil: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano*. *Op. cit.*, p. 136.

⁴⁵⁸ A exemplo do *Brandenburg test*, ou Teste do perigo Iminente.

proibir esses discursos os níveis de intolerância das sociedades são de fato reduzidos?

Enquanto os teóricos que defendem esse tipo de regulamentação *acreditam* que sim, Joos van Spanje, Claes de Vreesse⁴⁵⁹ e Heli Askola⁴⁶⁰ trazem dados relevantes que *comprovam* o contrário. A dupla neerlandesa de pesquisadores se propôs a investigar qual foi o impacto causado pela persecução penal voltada para o combate do *hate speech* no cenário político de seu país. Para tanto os autores contrataram uma agência de pesquisa que realizou entrevistas com uma amostra representativa de eleitores antes e após a Corte superior holandesa ter decidido sobre o polêmico caso do parlamentar e líder do Partido para a Liberdade (PVV), Geert Wilders.

Wilders é hoje um influente político dos países baixos de extrema direita, mas que há alguns anos atrás tinha pouco, ou quase nenhum apoio popular. O extremista começou a ficar mais conhecido no ano de 2009, exatamente quando a Corte Recursal de Amsterdã revogou a decisão do Ministério Público que, no ano anterior, havia definido que não processaria Wilders por suas polêmicas e volumosas declarações contra o Islã e contra os muçulmanos. Levando em consideração especialmente a fala de Wilders que comparava o Alcorão aos escritos nazifascistas e reclamava pela censura do livro em território neerlandês⁴⁶¹, o caso foi a julgamento. O processo final, que teve início em outubro de 2010, terminou com a absolvição de Wilders em junho de 2011, que foi transmitida ao vivo, em rede pública, para todo país⁴⁶².

Após analisar os dados, os autores constataram, sem muita dificuldade que a decisão da Corte em processar Wilders por ter, supostamente, proferido discursos de ódio, foi o que alavancou sua carreira na arena eleitoral, elevando substancialmente o apoio da população por ele e por todo o seu partido⁴⁶³. Mais impressionante ainda foi o impacto desse crescente suporte nas pesquisas que

⁴⁵⁹ SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. In: *Party Politics* (2015), Vol. 21 (1), p. 115-130.

⁴⁶⁰ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Canadian Journal of Law and Society*. Volume 30, Number 1, 2015, pp. 51-71 (Article)

⁴⁶¹ SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Op. cit.*, p. 119.

⁴⁶² SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Op. cit.*, p. 119.

⁴⁶³ Os resultados numéricos e percentuais estão detalhadamente especificados nas tabelas 1-6 em SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Op. cit.*, p. 121-125.

calculavam qual seria a representação que cada Partido teria dentro das 150 cadeiras existentes dentro Parlamento Nacional Holandês. Se no ano de 2008 o PVV de Wilders ocuparia somente 10 cadeiras, de acordo com a preferência momentânea da população, em 2009, após a Corte ter decidido processar Wilders, a projeção da pesquisa indicou um salto enorme nas intenções de voto para o PVV, de modo que o Partido estaria garantindo nada menos do que 33 cadeiras no Parlamento⁴⁶⁴.

Os autores deixaram claro que a tendência dessas projeções se materializou nos resultados das eleições gerais. O PVV, que havia conquistado apenas 9 assentos nas eleições de 2006, mais que dobrou sua representatividade no parlamento após as eleições de 2010 alcançando a incrível marca de 24 assentos⁴⁶⁵, tornando-se assim o terceiro maior partido dos países baixos à época. Tudo isso graças à decisão de perseguir judicialmente um político que expressava ideias intolerantes e preconceituosas, que até então, eram compartilhadas somente por uma parte bem reduzida da população neerlandesa.

Ao constatar que Geert Wilders não tinha sido o primeiro a se aproveitar dos efeitos contraproducentes da tentativa de censura por parte do Estado⁴⁶⁶, Heli Askola resolveu investigar as consequências do caso envolvendo o finlandês Jussi Halla-aho, um blogueiro e aspirante à carreira política em Helsinki, que foi culpado por perturbar a paz religiosa e por incitar o ódio contra uma minoria étnica.

Inconformado com as acusações de difamação, incitação ao ódio racial e intolerância religiosa que resultaram na condenação do ativista de extrema direita Seppo Lehto, Halla-aho faz uma postagem em seu blog, em junho de 2008, criticando e ironizando a ausência de critérios das autoridades finlandesas na hora de escolher quais os conteúdos discursivos que poderiam sofrer responsabilização. O blogueiro então, convencido de que esses limites arbitrários à liberdade de expressão consistiam em uma forma de censura, resolveu desafiar autoridades por meio de uma postagem que continha “iscas” voltadas para provocar, especialmente, o promotor que conduziu o processo que resultou na condenação de Lehto. Essas “iscas” de Halla-

⁴⁶⁴ Como pode ser visto na figura 1, em SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Op. cit.*, p.119-120.

⁴⁶⁵ SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. *Op. cit.*, p.119.

⁴⁶⁶ A autora aponta que a França já havia passado por uma situação semelhante quando o ex-líder do partido de extrema direita (Frente Nacional), Jean-Marie Le Pen, se aproveitou da perseguição do Estado contra suas opiniões radicais para aumentar sua popularidade junto à de seu partido. ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 52.

aho também questionavam a parcialidade das decisões, pois, segundo ele, enquanto que as minorias étnicas gozavam de uma superproteção contra críticas, todo o resto da população poderia ser verbalmente atacado impunemente⁴⁶⁷.

Foram duas as “iscas” – *the baits* – que foram preparadas por Halla-aho, e a primeira delas tinha uma relação mais direta com a condenação de Lehto, na qual o Tribunal havia considerado ilegal todo discurso que insultasse o profeta Maomé, em virtude de ele ser considerado “sagrado para os muçulmanos”. Como resposta Halla-aho escreveu que, da mesma forma, Jesus e Deus eram entidades sagradas para os cristãos, mas essa constatação não fazia com que alguém fosse sequer processado por insultá-los. Então, a fim de provar essa contradição e testar sua hipótese, Halla-aho fez uma declaração generalizada sobre a vida de Maomé, na qual associava o islamismo à pedofilia, devido ao fato de o profeta ter se casado com uma jovem menor de idade.⁴⁶⁸

Já a segunda isca estava relacionada com a publicação de um colunista finlandês que havia escrito em um editorial sobre a relação entre o consumo de álcool e a violência que, beber excessivamente e causar acidentes automobilísticos mortais seriam atitudes possivelmente relacionadas às “características genéticas” dos finlandeses. Essa afirmação, contudo, não resultou em nenhuma retaliação por parte das autoridades. Por sua vez, a fim de provocar ainda mais as autoridades, Halla-aho escreveu em seu blog que, de forma semelhante, os somalis instalados na Finlândia também tinham características ou traços nacionais e genéticos que os levavam a “assaltar transeuntes e a viver como parasitas às custas dos contribuintes”⁴⁶⁹.

Diante dessas afirmações o Ministério Público mordeu a isca de Halla-aho e apresentou a denúncia contra o blogueiro, deixando bem claro que somente os discursos intolerantes que fossem direcionados às minorias é que ultrapassavam os limites da liberdade de expressão e que, dentro dessa linha, não seriam permitidas nem mesmo aquelas publicações explicitamente sarcásticas.

Em sede de primeira instância Halla-aho foi considerado culpado somente pela primeira acusação, a mais leve dentre as duas. Foi multado no valor de €330,00 (30 dias multa) e obrigado a retirar algumas das publicações que havia feito em seu blog. Depois de a corte recursal ter mantido a decisão da primeira instância, o caso

⁴⁶⁷ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁶⁸ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁶⁹ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 55.

finalmente foi a julgamento pela Suprema Corte da Finlândia, em junho de 2012, quatro anos após as publicações⁴⁷⁰.

Apesar de a Suprema Corte finlandesa já ter se posicionado sobre casos semelhantes envolvendo *hate speech*, segundo Askola⁴⁷¹, essa seria a primeira vez que os juízes enfrentavam o desafio de definir o conceito de “incitação de ódio”. No julgamento ficou então definido que o elemento que caracterizaria o “distúrbio da paz religiosa” seria a intenção de denegrir aquilo que uma comunidade religiosa entende como sagrado. Assim, ninguém estaria impedido de criticar, mesmo que contundentemente, uma religião, desde que não fosse verificado o intuito de vilipendia-la. Nesse sentido, segundo o entendimento da Corte, o discurso de Halla-aho teria claramente ultrapassado esse limite, uma vez que o blogueiro teria utilizado de termos muito agressivos e degradantes para se referir não só à Maomé, mas a toda religião islâmica e a seus seguidores⁴⁷².

Da mesma forma, a Suprema Corte apontou que, apesar da nítida intenção de criticar o comportamento da mídia e das autoridades, as afirmações de Halla-aho sobre os somalis também foram difamatórias e aviltantes. O blogueiro foi então condenado por ambas as acusações e teve sua pena aumentada para 50 dias-multa (€400,00)⁴⁷³.

Apesar da aparente derrota, Halla-aho teve muito que comemorar. Durante os quatro anos de seu processo, que compreendeu a fase acusatória até o julgamento final da Suprema Corte, a Finlândia, que tinha poucos problemas envolvendo discursos conservadores de extrema direita, passou a ter uma nova pauta política na qual a agenda anti-imigração e as propostas de revisão das leis que restringem o discurso de ódio ganharam grande relevância.

Essa transformação teve início já no ano de 2008, quando as postagens de Hall-aho estavam no cerne do debate jurídico e midiático. Com isso, o até então desconhecido Hall-aho, aumentou substancialmente o número de seguidores de seu blog e, conseqüentemente, o *The True Finns Party* (TF), cuja parte mais radical era liderada por ele, teve ganhos eleitorais sem precedentes. Como resultado do aumento

⁴⁷⁰ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁷¹ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁷² ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 58.

⁴⁷³ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 58.

expressivo de votos, Halla-aho acabou sendo eleito para a câmara municipal de Helsink⁴⁷⁴.

Mas isso foi apenas o início. A legião de seus seguidores e de seu partido crescia à medida em que o processo se prolongava, até que em 2011, durante as eleições parlamentares, o TF conquistou quase 20% dos votos da população finlandesa⁴⁷⁵ e se tornou o terceiro maior partido dentro do Parlamento. O próprio Halla-aho converteu-se no sexto parlamentar mais bem votado de todo o país e sua crescente popularidade se confirmou uma vez mais em outubro de 2012, logo após sua condenação pela Suprema Corte, na eleição municipal de Helsink⁴⁷⁶, onde recebeu o dobro da quantidade de votos que havia conquistado em 2008⁴⁷⁶.

A autora então chega à conclusão de que a condenação de Jussi Halla-aho demonstrou-se extremamente contraproducente, mesmo tendo ela acontecido dentro dos parâmetros jurídicos. Destaca que esses longos julgamentos envolvendo a liberdade de expressão e sua relação com temas sensíveis como imigração e criminalidade, garantem toda a visibilidade que esses agitadores procuram. Essa receita, inevitavelmente, atrai uma longa e extensa cobertura midiática, o que ajuda ainda mais a espalhar essas mensagens e a inflamar algumas tensões existentes dentro das comunidades.

Depois de instaurado o processo, não há mais volta. Tudo indica que o réu só tem a ganhar quando a perseguição de suas ideias é oficializada. Isso porque, segundo Askola, quando declarado inocente, o acusado pode argumentar que suas declarações além de “verdadeiras”, gozam de total legitimidade. Se condenado, tem grandes chances de se tornar um mártir da liberdade de expressão para se apresentar como vítima de um Estado que persegue e oprime alguns cidadãos (bons, honestos e patriotas) em detrimento de outros. E, quando essa perseguição de ideias envolve algum candidato, ou membro da classe política, sempre é colocado em questão o fato de a máquina estatal estar sendo usada para atender a razões e preferências políticas⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁷⁵ A título de comparação, em 2007, pouco antes de Halla-aho ter postado suas “iscas”, seu partido havia alcançado apenas 4,1% dos votos válidos. ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁷⁶ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁷⁷ ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 61.

Enquanto que, a princípio, a condenação de Hallo-aho⁴⁷⁸ poderia representar uma grande vitória para a corrente “progressista”, sua ascensão política vertiginosa serviu para demonstrar, uma vez mais, que a criminalização dos ditos discursos de ódio, além de ilegítima e delicada, é contraproducente. Ao contrário do que muitos pensam, a tentativa de retirar do debate público certos conteúdos não só aumenta a popularidade como também garante mais legitimidade para as ideias que mais odiamos.

A constatação desses efeitos comprova assim, por meio de um caminho distinto daquele traçado nos dois primeiros capítulos, que não há sequer um bom motivo para aplaudir as leis e as decisões judiciais que visam banir os discursos de ódio da arena pública. Além de ilegítima, essa interferência arbitrária do Estado na esfera da liberdade e autonomia dos indivíduos, não se justifica de nenhum modo. Somente consegue obter como resultado aquilo que ela mais pretendia evitar.

Nota-se então que em um sistema jurídico e econômico que ainda não conseguiu a inclusão material de todos, o discurso de intolerância contra as minorias não precisa vir à público para confirmar o *status quo* que é conveniente e favorável às maiorias. Leis e decisões jurídicas que impedem alguns indivíduos de manifestar seu pensamento preconceituoso não reduzem a discriminação e intolerância que são praticadas dentro da comunidade. Em supondo que elas conseguissem, de algum modo, silenciar essas vozes detestáveis, estariam no máximo varrendo a sujeira para debaixo do tapete, agindo como um perigoso paliativo. Isso porque esses males continuariam a fazer parte da realidade, só que de maneira mais discreta, aparentemente legítima e institucionalizada, deixando o preconceito latente, oculto e submerso na hipocrisia de grande parte da sociedade⁴⁷⁹.

Entretanto o que ficou comprovado, especialmente com as investigações de Askola, Spanje e Vreesse, foi que o Estado, ao usar seu aparato coercitivo para impedir que algumas opiniões circulem, o que ele concretamente consegue é

⁴⁷⁸ Askola lembra ainda que a criminalização dos escritos do, até então, desconhecido Halla-aho serviu ainda para elevá-lo, no contexto europeu, ao patamar de políticos conservadores proeminentes, já tarimbados e de longa carreira pública em seus países, como Marie Le Pen (França), Nick Griffin (Reino Unido) e o próprio Geert Wilders. Todos eles acusados e já condenados por seus discursos conservadores e contrários às minorias. ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. *Op. cit.*, p. 65-66

⁴⁷⁹ MARMELSTEIN, Geoge. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. Disponível em: < <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/> >.

catapultar, disseminar e ainda conquistar o máximo possível de seguidores para as ideias que pretende combater.

CONCLUSÃO

Em princípio demonstramos como a concepção da modernidade foi determinante para o desenvolvimento da liberdade de expressão. Ao romper com a compreensão, marcadamente comunitarista, de que a comunidade se fundava num único ideal de bem, estabeleceu uma nova conformação social, na qual a moral, a cultura, a política e as leis deixaram de ser compreendidas como uma simples continuação de uma ordem natural pressuposta, para se tornar o resultado das muitas vontades e concepções individuais que surgiam.

Nesse cenário, os indivíduos se autonomizaram em relação ao *nomos* que fundamentava a comunidade e se viram forçados a se transformar no centro de suas próprias ações. Não estando mais submetidos a uma única concepção de bem que orientava a vida de todos, se percebem livres, independentes e conscientes da capacidade e do direito que têm para externalizar os valores e os projetos de vida que melhor se adequam às suas convicções íntimas.

Vimos então que, a partir da modernidade, o direito, especialmente, por meio da garantia da liberdade de expressão, foi se tornando o responsável por garantir que todos esses planos concorram livremente e em pé de igualdade na esfera pública, evitando assim que a moral política majoritária elimine a possibilidade de as concepções morais divergentes serem expressadas. Sendo assim, comprovamos – por meio dos escritos de Locke e Voltaire – que a tolerância, além de um valor constitutivo das sociedades modernas, é também um forte argumento contra a intervenção do Estado na liberdade de expressão. Ao mesmo tempo, ficou claro que, em uma democracia, não é razoável e nem coerente permitir que o Estado trate as opiniões intolerantes e realmente divergentes com mais intolerância.

Até mesmo porque, a leitura acertada da teoria do “livre mercado” de Stuart Mill nos levou à conclusão de que, a longo prazo, muito provavelmente, serão os melhores e mais robustos argumentos que vencerão a concorrência na arena pública. Além disso, ficou estabelecido que não se pode deixar a cargo das majorias o poder legal de oprimir as falas consideradas inconvenientes. É por isso que estamos com Mill, quando este atestou que a inviolabilidade da esfera da liberdade de expressão é tão necessária para o desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade, quanto era antes a proteção contra as arbitrariedades do absolutismo político. Como as máximas que direcionam nossas ações e pensamentos são sempre subjetivas e orientadas pela

tendência inata que os indivíduos têm em acreditar que a sua conduta, seu modo de raciocinar, viver e julgar é que são corretos, não se pode impedir os divergentes de expressarem suas ideias. E, não havendo ninguém que possa exercer legitimamente a censura nas sociedades modernas e que nenhuma opinião prevalecente, sobre qualquer assunto que seja, contém a verdade inteira, Mill, acertadamente, concluiu que é dever do Estado garantir o livre conflito das opiniões antagônicas. Seu raciocínio evidenciou ainda que o Estado somente poderá interferir no conteúdo dos discursos sob uma condição: quando a expressão consubstanciar em risco de dano concreto à liberdade dos demais indivíduos.

Apesar de criticar em vários pontos a fundamentação da liberdade de expressão realizada por Mill, o argumento em prol do autogoverno trazido por Sunstein também se mostrou muito importante para entender a forte proteção que deve ser dispensada à livre expressão do pensamento. Demonstramos como que, por meio da concepção de um 'republicanismo *madisoniano*' e da análise crítica de vários julgados da Suprema Corte americana, Sunstein resgatou a *two-tier theory* para deixar claro que, apesar de os discursos políticos gozarem de uma maior proteção constitucional, o Estado jamais poderá justificar qualquer restrição na liberdade dos falantes utilizando como justificativa o conteúdo das expressões. Tendo estabelecido que finalidade a do Estado é promover o autogoverno dos cidadãos, garantindo e fomentando uma concepção de autonomia política que estenda a todos o direito a mais ampla participação nas deliberações públicas, demonstrou que não é legítima nenhuma intervenção do governo no discurso que se baseie: (1) no desacordo para com as ideias apresentadas; (2) no seu próprio interesse em contraposição aos demais interesses envolvidos; (3) no receio de que os indivíduos possam ser persuadidos e influenciados pela mensagem; e (4) no seu desejo em assegurar que as pessoas não sejam ofendidas pelo discurso.

Na sequência confirmamos, especialmente com base nas teorias de Ronald Dworkin e Edwin Baker, que os indivíduos modernos são seres autônomos, moralmente responsáveis e que, por isso, não podem, de nenhuma maneira, ser impedidos de opinar sobre o clima estético, político e moral da sociedade. O princípio da liberdade de expressão deve, portanto, garantir a participação de todos os indivíduos no contínuo processo de mudança social, assegurando que a autonomia individual e os direitos à autodeterminação e autorrealização não fiquem à mercê das intervenções arbitrárias que podem partir do Estado. Mesmo que essas manifestações

expressivas sejam dotadas de um conteúdo subversivo, perverso e odioso, não pode o Estado arrogar para si o direito de escolher pelos seus cidadãos aquilo que eles devem ou não assistir, escutar ou ler. Muito menos pode atuar como censor, selecionando, com base nas suas preferências morais, o que deve ou não ser dito pelas pessoas. Em uma democracia deliberativa que se constitui a partir da livre expressão de indivíduos plurais e da tolerância à diversidade, restou claro que toda interferência do Estado nos discursos com base no conteúdo é completamente ilegítima.

Por mais que a maioria dos teóricos tenha tentando demonstrar que o discurso de ódio pode ser uma limitação coerente com o princípio da liberdade de expressão, vimos que nenhum deles conseguiu êxito no embate contra os argumentos que foram apresentados ao longo desse trabalho. Deixamos claro que, ao especular que a dignidade humana seria um limite legítimo aos *hate speeches*, esses teóricos desconsideram que é essencial para o desenvolvimento da dignidade, garantir a todos, sem exceções, a oportunidade de manifestar publicamente os ideais e as concepções de vida que cada um considera melhor. Como ficou comprovado, o dever jurídico de tolerar e de tratar a todos com igual respeito e consideração é devido exclusivamente ao Estado, que é o único que não pode expressar e assumir uma concepção de bem que desconsidere e impeça alguns indivíduos de manifestarem seus próprios pontos de vista.

Demonstramos também que o uso da metodologia da ponderação de princípios é equivocada e não consegue fornecer a resposta correta para os casos difíceis, especialmente quando é a liberdade de expressão está em jogo. Ao tratar os princípios jurídicos como valores, permite que julgadores decidam com base naquilo que eles próprios consideram ser bom ou ruim, melhor ou pior. Essa hipótese foi facilmente comprovada por meio da análise de casos que demonstraram com clareza que, muitas vezes, juízes, analisando o mesmo fato, aplicando a mesma metodologia e balanceando os mesmos “princípios”, chegaram a conclusões diametralmente opostas e extremamente subjetivas.

Além disso vimos que o argumento de que o discurso de ódio, por si só, já consistiria em um mal objetivo não passa de um mero palpite, uma vez que não encontra respaldo teórico e nem empírico. Não há nada que comprove a alegação de que essas falas odiosas de fato silenciam aqueles a quem estão direcionadas. Também não oferece uma proposta razoável que seja realmente capaz de evitar que

o Estado, ao interferir na autonomia individual, recorra à moral majoritária para banir os discursos com os quais aqueles que estão no poder não concordam.

No mais, esclarecemos com Dworkin que a vida em sociedade inevitavelmente suscitará escolhas delicadas que envolvem custos elevados, mas que são parte do jogo democrático. Partindo da premissa de que o Estado deve tratar a opinião de todos com igual consideração e respeito devemos aceitar que é preferível o silêncio que um cria do que aquele que pode, efetivamente, calar a todos. Não restam dúvidas de que ao censurar algumas expressões, a violência que é causada pelo Estado além de ilegítima, é grave, contundente, objetiva e bem mais concreta do que o dano e a ofensa que podem advir dos discursos de ódio. Ficou também comprovado que as legislações que têm por objetivo proibir alguns tipos de conteúdo expressivo não só abrem as portas para decisões subjetivas e arbitrárias, como também servem para potencializar e propagar as ideias que pretendem reprimir.

Deste modo, confirmamos que, dentro da matriz democrática, o Estado tem o dever de tolerar até mesmo as ideias que mais odiamos, desde que elas não ofereçam um perigo claro e iminente de dano aos seus interlocutores. É essa a única maneira possível de impedir que alguns grupos, com base nas próprias convicções morais e ideológicas, se utilizem do direito para restringir a liberdade de expressão dos indivíduos dissonantes. Indivíduos esses que são, como todos os demais, autônomos, moralmente responsáveis e, portanto, igualmente livres para tentar influenciar as decisões coletivas por meio de suas convicções. Ademais, vimos que o comprometimento com os princípios e com a legitimidade da democracia exige, além de uma abertura plena para o debate, que as nossas certezas dogmáticas mais fundamentais também possam ser colocadas em xeque, pois o melhor remédio contra a esclerose e o atraso das consciências é a constante confrontação das ideias.

Apesar de defender essa hipótese, não negamos que os discursos intolerantes podem ser ruins, perversos e ofensivos, contudo, isso não é suficiente para que eles sejam 'responsabilizados' pelo Estado. Ao fazê-lo, o Estado não só compromete o direito à autorrealização e à autodeterminação dos indivíduos, como também cria obstáculos para a concepção de alternativas terapêuticas, mais pedagógicas e eficientes que realmente contribuem para as mudanças socioculturais que podem, de algum modo, elevar o nível do debate público, fazendo com que a intolerância e as ofensas sejam cada vez menos frequentes, sem que seja necessário o uso arbitrário da censura.

Afinal de contas demonstramos que a finalidade da democracia, constituída a partir da liberdade de expressão, consiste fundamentalmente em transferir os conflitos inevitáveis da sociedade do plano da violência para o plano da política, e, ao tentar impedir os intolerantes, os machistas, racistas, xenófobos, fundamentalistas religiosos de expressarem as suas concepções de vida, o Estado democrático de direito, passa a correr um sério risco de se transformar em um mero mecanismo autoritário, voltado para instaurar uma silenciosa paz de cemitério onde a concordância prevalecerá eternamente e ninguém jamais sairá ofendido.

REFERÊNCIAS:

- ADVERSE, Helton. Republicanismo. In: **Dimensões políticas da justiça**. AVRITZER; BIGNOTTO; FILGUEIRAS; GUIMARÃES; STARLING. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. P. 27-35.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AN ORDINANCE FOR THE REGULANTING OF PRINTING. **Portal da *British History Online***. Disponível em: <<http://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum/pp184-186>>. Acesso em: 21 de março de 2018
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Editora Edipro, 2012.
- ARISTÓTELES. **Política**. Livro I, Cap. 1-7. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.
- ASKOLA, Heli. Taking the Bait? Lessons from a Hate Speech Prosecution. **Canadian Journal of Law and Society**. Volume 30, Number 1, 2015, pp. 51-71 (Article)
- BAKER, C. Edwin. Autonomy and hate speech. In: HARE; WEINSTEIN. **Extreme speech and democracy**. New York: Oxford University Press. 2010. P.139-157.
- BAKER, C. Edwin. **Human liberty and freedom of speech**. New York: Oxford University Press, Inc., 1992.
- BAKER, C. Edwin. **Media, Markets and Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2002.
- BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: **Four Essays on Liberty**. New York: Oxford University Press p. 118-172, 1971.
- BORK, Robert H. Neutral Principles and Some First Amendment Problems, **Indiana Law Journal**, Volume 47, Number I, 1971, p. 1-35.
- BORK, Robert H. The Original Understanding. In: BRISON, SUSAN & SINNOT-ARMSTRONG. **Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation**. Colorado: Westview Press, 1993, p. 48-67
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 25 de junho de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei 5.358/2006**. Câmara dos Deputados. Altera a redação da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 e da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, para criminalizar a apologia ao comunismo. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A266306915B5029576D08B82826A3283.proposicoesWebExterno2?codteor=1460579&filenome=PL+5358/2016%20%3E%20Acesso%20em:%2003%20de%20julho%20de%202018. Acesso em: 11 de julho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 143.147/BA**. Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/S). Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de março 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Plenário, Relator Min. Maurício Corrêa. DJU, Brasília, 17 set. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA**. Relator: Ministro Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de justiça do Estado de São de Paulo. 18ª Vara Cível. **Ação civil pública** – Indenização por Dano Material. Processo: 1098711-29.2014.8.26.0100. Defensoria Pública do Estado de São Paulo v. Levy Fidelix. São Paulo. 13 de março de 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-levy-fidelix-declaracoes.pdf> >. Acesso em: 10 de julho de 2018.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio?* Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 4 n.15, p.117-136, 2007

BUENO, Roberto. *Interpretação Constitucional: a polêmica entre originalismo e não-originalismo*. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, v. 03, p. 00-00, 2010. Disponível: < <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/2803/3958> > Acesso em: 09 de abril de 2018.

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 do Tribunal Superior do Trabalho**: Vol. 68, n. 2 (abr./jun. 2002) p. 67-84.

CIDADE ALEMÃ TRANSFORMA MARCHA NAZISTA EM CAMPANHA ANTIEXTREMISMO. **Portal G1/Globo**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/cidade-alema-transforma-marcha-nazista-em-campanha-antiextremismo.html> > Acesso em: 27 de abril de 2018.

COHEN, Andrew Jason. What Toleration Is. **Ethics**. The University of Chicago Press. v. 115, n. 1, 2004, p. 68-95.

DARWIN, Charles. **A Origem das espécies**. Porto: Editora: Lello & Irmãos, 2003. E-Book. Disponível em <<http://ecologia.ib.usp.br/ffa/arquivos/abril/darwin1.pdf>> . Acesso em: 02 de abril de 2018.

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.

DESCARTES, René. **Meditações**. In: Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE; WEINSTEIN. **Extreme speech and democracy**. New York: Oxford University Press. 2010, P. v a ix.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. In: HERZ, Michael F. MOLNAR, Peter. **The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 341-344.

DWORKIN, Ronald. **The Devastating Decision**. The New York review of books, 2010. Disponível em: <<http://www.public.iastate.edu/~jwcwolf/Law/DworkinCitizensUnited.pdf>> . Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005

ESTADOS UNIDOS. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Disponível em <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2018.

EUA: ESTUDANTES ORGANIZAM VENDA DE BOLOS 'RACISTA' CONTRA AÇÃO AFIRMATIVA: *Portal de Notícias Terra*. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/eua-estudantes-organizam-venda-de-bolos-9racista39-contra-acao-afirmativa,2f8a1a4045cea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>> Acesso em : 30 de junho de 2018.

FISH, Stanley. **There's no such thing as free speech**: and it's a good thing, too. New York: Oxford University Press, 1994.

FISS, Owen. **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.

FORST, Rainer. **Os limites da tolerância**. Novos Estudos CEBRAP (Impresso) v. 84, p. 15-29, 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. **How Law Replaced Morals** - A Kantian Contribution. Archives für Rechts- und Sozial Philosophie, vol. 102, n. 2, April 2016. P. 202-221. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2564761>. Acesso em 27 de agosto de 2018.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Princípios Jurídicos no estado democrático de direito*: Ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 36, n. 143, p/ 191-209, jul./set./1999.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo, Martins Fontes, 2008

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Ação de obrigação de não fazer com pedido de antecipação de tutela, processo nº 201600958448 (95844-36.2016.8.09.0051). Arquidiocese de Goiânia v. Ana Paula Dornelas Guimarães de Lima. Goiânia. Distribuído em 17 março 2016.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Agravo de Instrumento 25833-76.2016.09.000, processo nº 201600958448. Ana Paula Dornelas Guimarães de Lima v. Arquidiocese de Goiânia. Disponível em: <

<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20180208-05.pdf> >. Acesso em: 11 de julho de 2018.

HÁ 25 ANOS SALMAN RUSHDIE RECEBIA SENTENÇA DE MORTE ISLÂMICA. **Portal Carta Capital.** Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/internacional/ha-25-anos-salman-rushdie-recebia-sentenca-de-morte-islamica-1694.html> >. Acesso em: 30 de abril de 2018.

JUSTIÇA ACEITA RECURSO DE LEVY FIDELIX. **Portal G1/Globo.** Disponível em: < <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/justica-de-sp-aceita-recurso-de-levy-fidelix-e-suspende-indenizacao-de-r-1-milhao-por-comentarios-contragays.ghtml> >. Acesso em: 10 de julho de 2018.

JUSTIÇA CONDENA LEVY FIDELIX A PAGAR R\$ 1 MILHÃO POR DECLARAÇÕES HOMOFÓBICAS. **Portal Carta Capital.** Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/justica-condena-levy-fidelix-a-pagar-1-milhao-de-reais-por-declaracoes-homofobicas-9659.html> > Acesso em: 10 de julho de 2018.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição Americana. São Paulo: Aracati, 2011.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância e outras obras**. In: Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1984. Disponível em: < http://dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/edh_locke_carta_tolerancia.pdf > Acesso em: 19 de março de 2018

LOPES, Marco Antônio. **Brigadas do antfanatismo**: a invenção da tolerância religiosa. DOSSIÊ: HISTÓRIA E RELIGIOSIDADES. História vol.29 no.1, Franca 2010. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-90742010000100003> > Acesso em: 23 de março de 2018.

LUTERANOS. **Martim Lutero**: Vida e obra. Disponível em: < <http://www.luteranos.com.br/conteudo/martim-lutero-vida-e-obra> > Acesso em: 05 de março de 2018

MACKINNON, Catharine A. **Only Words**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996

MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006

MACKINNON, Catharine A. **Only Words**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996

MARMELSTEIN, Geoge. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas à atuação judicial. Disponível em: < <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/> > Acesso em: 16 de julho de 2018.

MARX, Karl. **Liberdade de imprensa / Karl Marx**. Tradução de Claudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2007, p.7-107.

MATSUDA, Mary. *Public Response To Racist Speech: considering the victim's story*. In: **Michigan Law Review**, Michigan, Vol. 87, aug. 1989, pp. 2320-2381.

MILTON, John. **Areopagitica**: a speech for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England. Rockville (Maryland): Arc Manor, 2008. (Classic Reprints)

MORO, Sérgio Fernando. **A Corte exemplar**: Considerações sobre a Corte de Warren. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 36, 2001, p. 337-356. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32961-41218-1-PB.pdf> > Acesso em 12 de abril de 2018.

MORRIS, Richard B. **Seven Who Shaped Our Destiny**: The Founding Fathers as Revolutionaries. New York: Harper & Row, 1973.

NEIVA, Gondim Cássia de Rita. Apresentação. In: MILL, Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Escala, 2006, p. 9 e 10.

NEW HAMPSHIRE. **Chapter 378, § 2, of the Public Laws of New Hampshire**. Disponível em: < <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/315/568.html> >. Acesso em: 06 de abril de 2018

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. **Liberdade acadêmica em tempos difíceis**: Diálogos Brasil e Estados Unidos, in Revista Eletrônica do Curso de Direito Universidade Federal de Santa Maria, Vol. 11, n. 2, p. 773-803, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/23726/pdf>> Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

POPPER, Karl R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Editora Cultrix, 1975.

MEDRADO, Vítor. **Liberdade de expressão e democracia no Brasil**: a consolidação da jurisprudência brasileira em diálogo com o constitucionalismo norte-americano. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Minas Gerais, 2018.

PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado democrático de direito: O desafio de *falas* que oprimem, de *discursos* que silenciam. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Minas Gerais, 2015.

RAWLS. John. **O liberalismo político**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do *Hate Speech***. Disponível em < <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf> > Acesso em : 02 de março de 2018.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation**: Federal Courts and the Law. Princeton: Princeton University Press, 1998.

SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party. In: **Party Politics** (2015), Vol. 21 (1), p. 115- 130

SUPREME COURT. **Abrams v. United States, 250 U.S 616**. Washington, 1919. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html> > Acesso em 04 de abril de 2018.

SUPREME COURT. **Beauharnais v. Illinois, 343 U.S 250**. Washington, 1952. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/case.html> > Acesso em 07 de junho de 2018.

SUPREME COURT. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444**. Washington, 1969. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html> >. Acesso em 11 de abril de 2018

SUPREME COURT. **Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483**. Washington, 1969. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/337/483/case.html> >. Acesso em 12 de abril de 2018.

SUPREME COURT. **Cohen v. California, 403 U.S 15.** Washington, 1971. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/15/case.html> > Acesso em: 06 de abril de 2018

SUPREME COURT. **Cox v. New Hampshire, 312 U.S 569.** Washington, 1941. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/569/case.html> > Acesso em: 16 de maio de 2018.

SUPREME COURT. **Chaplinsky. v. New Hampshire, 315 U.S. 568.** Washington, 1942. Disponível em < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html> > Acesso em 05 de abril de 2018.

SUPREME COURT. **Debs v. Unites States, 249 U.S 211.** Washington, 1919. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/case.html> > Acesso em: 12 de abril de 2018

SUPREME COURT. **Frohwerk v. Unites States, 249 U.S 204.** Washington, 1919. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/204/case.html> > Acesso em: 12 de abril de 2018

SUPREME COURT. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254.** Washington, 1964. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html> Acesso em 10 de abril de 2018.

SUPREME COURT. **New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713.** Washington, 1971. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/713/case.html> >. Acesso em: 10 de abril de 2018.

SUPREME COURT. **Patterson v. Colorado 205 U.S. 454.** Washington, 1907. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/case.html> > Acesso em 12 de abril de 2018. *R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377*

SUPREME COURT. **R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377.** Washington, 1992. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/case.html> > Acesso em 12 de abril de 2018.

SUPREME COURT. **Schenck v. United States, 249 U.S. 47.** Washington, 1919. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html> > Acesso em 12 de abril de 2018.

SUPREME COURT. **Snyder v. Phelps 562 U.S. 443.** Washington, 2011. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/case.html> > Acesso em 29 de junho de 2018.

SUPREME COURT. **Virginia v. Black** 538 U.S. 343. Washington, 2003. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/case.html> > Acesso em 07 de junho de 2018.

SUPREME COURT. **Whitney v. California**, 274 U.S. 357. Washington, 1927. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/case.html> > Acesso em 14 de abril de 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **Backlash's Travels**. Cambridge Harvard: Civil Rights-Civil Liberties Law Review. 2007. Disponível em: < https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12212&context=journal_articles > Acesso em: 04 de março de 2018.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1993

UNITED STATES COURT OF APPEALS, SEVENTH CIRCUIT. **American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut**, 771 F.2d 323. Chicago, 1985. Disponível em: < http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/hudnut.html >. Acesso em: 29 de abril de 2018.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Escritos de Filosofia II: Ética e Cultura**. 4.ed. São Paulo, Loyola, 2004.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. São Paulo: Escala, 2002

WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation**: the visibility of hate. Cambridge: Harvard Law Review vol. 123, No. 7. 2010, p. 1596-1657.

WALDRON, Jeremy. *Hate speech and political legitimacy*. In: HARE; WEINSTEIN. **Extreme speech and democracy**. New York: Oxford University Press. 2010, p. 329-340.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

