

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO

Renata Machado da Silveira

Belo Horizonte
2007

Renata Machado da Silveira

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO

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

Orientador: José Adécio Leite Sampaio

Belo Horizonte

2007

Renata Machado da Silveira

Liberdade de expressão e discurso do ódio

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

Belo Horizonte, 2007.

José Adércio Leite Sampaio - Orientador

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Ingo Wolfgang Sarlet

*A minha mãe Licéia Vânia Machado da
Silveira, pelo simples fato da sua existência que já é uma dádiva.*

Agradecimentos

Este trabalho é fruto de minhas reflexões durante o curso de Mestrado em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Todavia, qualquer esforço que se pretenda fazer na vida, no presente caso, a realização de um trabalho científico, depende do auxílio e da contribuição de outras pessoas.

O processo de criação científica é algo único. Vivenciamos vários sentimentos paradoxais ao tentar dar vida a uma dissertação: alegria, tristeza, dúvida, esperança, ansiedade, medo, angústia. Esta última nos persegue a todo momento, mas nos motiva e nos dá a sensação de que um dever há de ser cumprido.

A única certeza que experimentamos é o fato de que nada na vida acontece por acaso. Desde a escolha de um tema até o desfecho de uma obra, palavras nos são ditas, conselhos nos são passados. Percebemos as experiências alheias e tentamos, em vão, criar regras durante a árdua trajetória, para falhar o menos possível. Entretanto, não existe um único caminho. Como a vida seria sem graça, se assim fosse. Cada ser humano é único, cada trabalho tem a sua particularidade. Assim como a liberdade de expressão deve comportar uma multiplicidade de idéias, o percurso humano possui esta característica.

Tendo em vista a riqueza interpessoal desta minha experiência, seria ingrato de minha parte se não agradecesse às pessoas que dela compartilharam.

Primeiramente, gostaria de agradecer a meu mestre, orientador e incentivador, Professor José Adércio Leite Sampaio, pela sua capacidade de nos deixar livres, e, ao mesmo tempo amparados, para optar por uma corrente, ou defender um argumento. Não sei, nem nunca saberei a sua corrente, as suas tendências, pois é do feitio do professor José Adércio sempre estar aberto a novos posicionamentos. Esta capacidade de nos deixar livres, às vezes nos desorientando, mostra-se como um verdadeiro desapego de não precisar a todos agradar, ou de impor uma única verdade. É por este motivo que as suas obras e trabalho intelectual revelam-se de caráter inusitado.

Gostaria de agradecer à minha família, a meu pai Júlio César Franco da Silveira, pela confiança que sempre depositou em mim, o seu caráter, praticidade e certeza diante da vida, sempre me deram segurança; à minha mãe Licéia Vânia Machado da Silveira que considero o “marco teórico” de minha dissertação e que participou

de todos os momentos, inclusive tomando partido e colhendo informações; à minha irmã Simone Machado da Silveira, que sempre foi a mais prestativa de todas as pessoas, a de personalidade mais forte, a mais justa.

A Edalgina Bráulia de Carvalho Mendonça (Gina) pelo regozijo e incentivo cotidiano. A sua amizade é algo especial e a sua alegria de viver sempre me contagiaram.

Aos amigos e colegas de mestrado Leonardo de Araújo Ferraz, Ana Flávia Santos Patrus de Sousa, Alex Luciano Valadares de Almeida, Ana Carolina Siqueira Lara, Adriano Lúcio dos Santos, Betina Günther e Márcio Ferreira Kelles, pelo talento e companheirismo. Juntos aprendemos que o saber quando compartilhado torna-se pleno.

À Cristina Furletti, Antônio Rodrigues Alves Júnior e Roziane do Amparo Araújo Michielini pelas sugestões inestimáveis..

Agradeço em especial à pessoa do Conselheiro Wanderley de Ávila pelo carinho e aos colegas de Gabinete, pela intensa colaboração.

A meu avô Gerônimo Machado (in memoriun) por sempre se envaidecer com minhas conquistas.

Não é por último que agradeço a Deus, mas desde o começo, pois este se manifestou através de todas as pessoas com as quais tive contato. Sem Ele nada seria possível.

Ao final, surge uma sensação de alívio, incompletude e principalmente a esperança de que este trabalho possa servir como instrumento de auxílio nas reflexões dos jovens estudantes sobre a Justiça e o apreço ao Direito.

"Saber libertar-se é muito fácil, o difícil é saber viver em liberdade"
(GIDE, André)

RESUMO

Cuida este trabalho de uma incursão no complexo tema da liberdade de expressão e discurso do ódio. A liberdade de expressão, como direito fundamental insculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, reveste-se de fundamento da legitimidade dos poderes, constituindo-se em verdadeiro termômetro da democracia e elemento fundamental para o seu exercício. Todavia não é ilimitada, podendo o discurso do ódio surgir como argumento possível de limitação deste direito fundamental na situação hermenêutica do caso concreto. Owen Fiss situa o discurso do ódio como limitação à liberdade de expressão, uma vez que a mesma não possui um caráter absoluto, e tendo em vista que a fixação de seus limites exige uma análise que harmonize a garantia da autonomia individual e a promoção do debate democrático. Neste sentido, apresenta-se uma proposta de compatibilização com a concepção de Axel Honneth da “luta pelo reconhecimento”. Tal concepção embasará o argumento sustentado pela presente dissertação, segundo o qual a restrição à liberdade de expressão, no que tange ao discurso do ódio, funciona como proposta de reconhecimento da identidade individual e coletiva e de respeito a valores como igualdade, reciprocidade e tolerância.

Palavras chave: liberdade de expressão, discurso do ódio, luta pelo reconhecimento, igualdade, reciprocidade e tolerância.

ABSTRACT

This work consists in a view of the complex theme of freedom of expression and hate speech. Freedom of expression, as a fundamental right on the 5th article of the 1988's Federal Constitution, is a legitimate power foundation, a real democracy thermometer and a fundamental element for its exercise. However, freedom of speech is not unlimited and hate speech can appear as a possible limited argument of free speech in the hermeneutic concrete case. Owen Fiss thinks hate speech is a free speech limitation, because it is not absolute and setting its limits demands an analysis that harmonizes the individual autonomy guarantee and the promotion of democratic debate. In this sense, we present a proposal of compatibility with Axel Honneth's conception of "fight for recognition". Such conception will support the argument sustained by the present dissertation that the freedom of expression restriction is an individual and collective recognizing proposal and of respecting values as equality, reciprocity and tolerance.

Key words: freedom of expression, hate speech, fight for recognition, equality, reciprocity and tolerance.

LISTA DE SIGLAS

AGNU- Assembléia Geral das Nações Unidas

CEPDLF- Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais

CF- Constituição Federal

CMTJRS- Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

EUA- Estados Unidos

PC - Partido Comunista

SCC- Suprema Corte do Canadá

STF- Supremo Tribunal Federal

TJRS- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 HISTORIOGRAFIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	15
1.1 O Nascimento do Estado Moderno e a liberdade de religião como precursor da liberdade de expressão.....	15
1.2 Contribuições das declarações de direitos americana e francesa	20
2 FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	24
2.1 A liberdade de expressão no pensamento liberal	24
2.2 A liberdade de expressão no pensamento marxista	32
2.3 A liberdade de expressão em regime totalitário	36
2.4 A liberdade de expressão em regime democrático	38
2.4.1 As teorias da liberdade de expressão no pensamento democrático.....	43
2.4.1.1 <i>Teoria liberal e teoria democrático-funcional</i>	43
2.4.1.2 <i>Posição intermediária</i>	47
2.4.1.3 <i>A luta pelo reconhecimento</i>	49
2.5 Liberdade de expressão e condições materiais de vida	52
2.6 Definição de liberdade de expressão.....	55
3 LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	60
3.1 Teoria dos limites da liberdade de expressão	60
3.1.1 Limites imanentes.....	61
3.1.2 Conteúdo essencial	62
3.1.3 Interpretação sistemática e unitária - Ignácio de Otto Y Pardo.....	67
3.1.4 Juízo de ponderação dos princípios/bens/valores constitucionais.....	69
3.2 Discurso do ódio como argumento possível de limitação da liberdade de expressão na situação hermenêutica do caso concreto	75
3.2.1 Definição do discurso do ódio.....	79
3.2.2 Efeitos do discurso do ódio.....	82
3.2.3 Soluções Jurisprudenciais do conflito entre liberdade de expressão e ódio....	84
3.2.3.1 <i>Nos EUA</i>	84
3.2.3.2 <i>No Canadá</i>	89
3.2.3.3 <i>Na Alemanha</i>	94
3.2.3.4 <i>O caso Ellwanger</i>	98
3.3 Proposta de compatibilização entre liberdade de expressão e ódio: a busca pelo reconhecimento.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS.....	120

INTRODUÇÃO

Realiza-se no presente trabalho uma incursão no complexo tema da liberdade de expressão e do discurso do ódio. A liberdade de expressão, enquanto direito fundamental insculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, pode assumir inúmeras facetas (liberdade de opinião, liberdade de informação, liberdade de imprensa, liberdade religiosa, liberdade de cátedra). No entanto, independentemente de seu conteúdo plúrimo, o cerne do referido estudo encontra-se na análise das implicações decorrentes do conflito entre este direito fundamental e o discurso do ódio.

Antes de adentrar no exame da liberdade de expressão propriamente dita, para contrapô-la ao discurso do ódio, o Capítulo 1, *Historiografia da Liberdade de Expressão*, trará a lume a importância do processo histórico de afirmação da liberdade religiosa, o qual permitiu a diversidade de crenças possibilitando que os dogmas cedessem lugar para verdades questionáveis.

Portanto, tratar-se-á do nascimento do Estado Moderno, que importou a ruptura com a fundamentação sagrada da ordem normativa e a superação da concepção teológica que caracterizava o mundo medieval, e da liberdade de religião como precursor da liberdade de expressão. Com o advento da modernidade, a discussão acerca da liberdade de expressão adquire relevância.

Será também ressaltada, neste capítulo, a importância das declarações de direitos americana de 1776 e francesa de 1789, consagradoras do direito fundamental da liberdade de expressão, as quais serviram de fonte axiológica para os documentos democráticos posteriores, destacando-se seu ideal de liberdade e de luta pela limitação do poder estatal.

No Capítulo 2, *Fundamentos da Liberdade de Expressão*, esta será abordada sob os aspectos liberal, marxista, totalitário e democrático. Na visão liberal, as concepções de Jonh Locke (1973), Voltaire (2000), Immanuel Kant (1995) e Jonh Stuart Mill (2004) sobre a liberdade de expressão e a tolerância revelam contribuições para o tema aqui desenvolvido, sendo importante afirmar que, no pensamento contemporâneo, o pensamento liberal tem conduzido à chamada teoria libertária da liberdade de expressão.

No pensamento marxista, revela-se paradoxal o fato de que a liberdade de imprensa, consagrada por Karl Marx (2006), tenha sido deturpada com o surgimento do socialismo na ex-União Soviética, em que os meios de comunicação eram utilizados para a realização de finalidades estatais pré-fixadas, mediante o controle do Estado sobre a imprensa.

Em regime totalitário, a liberdade de expressão não encontra guarida, pois a questão constitucional é tratada com descaso e as técnicas autoritárias são utilizadas para retirar do indivíduo sua capacidade de crítica. Neste tópico, o regime nazista de Hitler, cuja principal característica foi a instrumentalização do Estado para a efetivação de uma idéia racista da “pureza da raça ariana”, será claramente retratado por Hannah Arendt (2004). Este regime atinge seu ápice com o massacre dos judeus.

Adota-se, no trabalho aqui apresentado, o fundamento da liberdade de expressão em regime democrático. A liberdade de expressão constitui fundamento da legitimidade dos poderes, constituindo-se em pedra de toque e verdadeiro termômetro da democracia. Trata-se de elemento fundamental para seu exercício.

Nesses moldes, a liberdade de expressão está estritamente vinculada à democracia, pois o Estado Democrático de Direito pressupõe o pluralismo como respeito a todas as visões acerca do mundo e projetos dos indivíduos, mesmo que sejam minoritários.

Ainda, neste capítulo, serão abordadas as teorias da liberdade de expressão em regime democrático. Estas se dividem em três teorias. Para a teoria liberal, a garantia da liberdade de expressão consiste na proteção da autonomia discursiva dos indivíduos, com a exigência de que o Estado se abstenha de interferir na esfera individual.

Para a teoria democrático-funcional, o direito à liberdade de expressão tem a finalidade de garantir a liberdade política dos cidadãos, servindo como um instrumento de autogoverno.

Para a terceira teoria, propugnada por Owen Fiss (2005), a qual me filio neste trabalho, denominando-a de posição intermediária, a fixação dos limites da liberdade de expressão exige uma análise que harmonize a garantia da autonomia individual e a promoção do debate democrático, ou seja, o exame deve envolver tanto o aspecto defensivo quanto o protetivo do direito fundamental da liberdade de expressão.

Na esteira do entendimento da posição de Owen Fiss (2005), que, por sua vez, situa o discurso do ódio como limite à liberdade de expressão, encontra-se a concepção de Axel Honneth (2003) da “luta pelo reconhecimento” que embasará o argumento sustentado pela presente dissertação, segundo o qual a restrição à liberdade de expressão, no que tange ao discurso do ódio, funciona como proposta de luta pelo reconhecimento e de respeito a valores como a igualdade, a reciprocidade, a tolerância e a coexistência pacífica.

Neste capítulo, será enfatizado que a liberdade de expressão não pode ser dissociada dos demais direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, pois estes dão amparo fático ao direito fundamental da liberdade de expressão e asseguram sua efetividade.

Por fim, em meio às definições traçadas pelos autores a respeito da liberdade de expressão, adotar-se-á a definição da mesma em sentido amplo, pois o seu conteúdo é plúrimo, vindo esta a assumir várias formas, conforme já ressaltado.

O Capítulo 3, *Limites da Liberdade de Expressão*, tem como objetivo dar notícia das teorias dos limites dos direitos fundamentais como decorrência de que a liberdade de expressão assim como os demais direitos fundamentais não é absoluta. Serão exemplificadas as seguintes teorias: dos limites imanentes, do conteúdo essencial, da interpretação unitária de Otto Y Pardo e do juízo de ponderação. Tais teorias comportam críticas que não serão aprofundadas no presente trabalho, mas apenas mencionadas em seus respectivos tópicos.

O discurso do ódio será apresentado como argumento possível de limitação da liberdade de expressão na situação hermenêutica do caso concreto. Tratar-se-á do que vem a ser exatamente o discurso do ódio, não sendo suficiente uma mera discordância ou implicância a respeito dos *estilos de vida*, ou discriminação com relação ao sexo, raça, nacionalidade, opção sexual ou condição social de outrem. Para que seja caracterizado o discurso do ódio, a atitude de marginalização e desqualificação deve insuflar o “desrespeito pelo diferente” e reduzir o ser humano à condição de objeto. Também serão abordados os efeitos deletérios que o *hate speech* causa em suas vítimas.

Ainda, este capítulo abordará as soluções jurisprudenciais do conflito entre Liberdade de Expressão e Ódio, nos Estados Unidos, no Canadá, na Alemanha e no Brasil. Neste último, será realizada uma análise crítica do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do “Caso Ellwanger”.

Conforme poderá se verificar, os tribunais na Alemanha, no Canadá e no Brasil (recentemente na decisão do HC 82.424/RS, “Caso Ellwanger”) têm empregado a técnica da proporcionalidade para resolver o conflito entre liberdade de expressão e o discurso do ódio, sendo que a tendência da jurisprudência canadense e alemã é a de combater o *hate speech*, ao contrário dos Estados Unidos que possuem uma postura jurisprudencial libertária a qual proporciona a prevalência da liberdade de expressão.

Por fim, será lançada a proposta de compatibilização entre liberdade de expressão e discurso do ódio, a “luta pelo reconhecimento”, baseada nas concepções de Axel Honneth (2003). Esta proposta implica na negação deste discurso enquanto experiência de rebaixamento e de humilhação social que constitui recusa ao reconhecimento mútuo e desrespeito à identidade individual e coletiva. O direito aqui surge como uma forma de reconhecimento recíproco, pois a relação jurídica, que para Honneth (2003) representa uma espécie de base intersubjetiva, obriga cada sujeito a tratar todos os outros segundo suas pretensões legítimas.

1 HISTORIOGRAFIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

1.1 O Nascimento do Estado Moderno e a liberdade de religião como precursor da liberdade de expressão

A problemática da liberdade de expressão adquire relevância com o advento da modernidade, entendida como a superação da concepção teológica da realidade que caracterizava o mundo medieval, ou mais precisamente com a Reforma Protestante e conseqüente processo de afirmação da liberdade religiosa.

Baracho Júnior (2000) destaca que a modernidade importou a ruptura com a fundamentação sagrada da ordem normativa, o que possibilita a diferenciação sistêmica entre moral, religião, direito e tradição, concebidas como um amálgama nas sociedades pré-modernas. A justificação sagrada das estruturas sociais conduzia a uma visão do Direito como “coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas” (CARVALHO NETO, 1996, p.128).

A Reforma Protestante, por seu turno, contribuiu para a mudança desta visão de mundo, ao promover, dentre outros aspectos, uma leitura e interpretação individual da Bíblia, na medida em que o contato com Deus passou a se estabelecer de forma direta, sem precisar de intermediários ou autoridades.

Para Sampaio (2004):

Esse pluralismo religioso requisitava tanto a tolerância entre os fiéis das diversas crenças, de modo a permitir a convivência social (Moreira. 2003:177) quanto transferia a liberdade para a esfera íntima da pessoa, consagrando a submissão do “homem exterior” à autoridade terrena (Marcuse. 1972:60). A tolerância assim deveria ser respeitada e protegida pelo Estado, fundamento ideológico e instituição superestrutural do mando burguês (SAMPAIO, 2004, p.143).

No entendimento de Fernández (1990), o contexto dominado pela onipresença do discurso teológico obrigava a que todos se manifestassem com respaldo em dogmas estabelecidos, porque se considerava que determinados valores deveriam ser indiscutíveis. Com a ruptura da justificação sagrada e com o

rompimento da unidade eclesiástica e da visão teocêntrica característica do catolicismo, os dogmas cedem lugar para verdades questionáveis.

Na França, foram necessários mais de quarenta anos de guerras religiosas e civis para que em 13 de abril de 1598, o Rei Henrique IV, mediante assinatura do Édito de Nantes, garantisse aos protestantes a liberdade de consciência, considerada por Peces-Barba (1991) como o primeiro direito fundamental a ser formulado com o caráter moderno e, por Jellinek (1979), como o primeiro dos direitos humanos.

Segundo Sampaio (2004), as atenções de Jellinek estavam voltadas para o Código de Rhode Island, redigido em 1647 por Roger Williams, documento que proclamava a liberdade religiosa como um direito irrenunciável, repetido na Carta para a Colônia de Rhode Island em 1663. Importava-lhe, também, o fato de que a tentativa real de implantar uma religião oficial na Inglaterra teve como resposta o primeiro projeto inglês do *Agreement of the People* de 1647 que contemplava a liberdade religiosa como direito inafastável.

Estampada em documentos do século XVI e XVII, a liberdade religiosa proporcionou a descentralização da procura da verdade última acerca do sentido da existência, valorizando a reflexão crítica e a manifestação de concepções dissonantes.

Abre-se caminho para uma nova razão mediante a qual se pode defender o princípio da tolerância: o respeito pela consciência alheia. “Essa razão baseia-se no princípio universalmente reconhecido pelas nações civis nas declarações dos direitos nacionais e internacionais: o direito à liberdade de consciência” (BOBBIO, 2002, p. 151).

A expressão de uma multiplicidade de idéias torna-se possível em virtude da consciência adquirida pelos indivíduos acerca da potencialidade do pensamento livre e esclarecido, “fato que irá dar contributo decisivo para o desenvolvimento dos direitos fundamentais e do princípio democrático” (MACHADO, 2002, p. 49).

No século XVII, em alguns segmentos ingleses, verifica-se a discussão de temas que estão na base do entendimento moderno da soberania popular, do contrato social, da criação de constituições escritas, da defesa da igual liberdade de todos os indivíduos, incluindo a liberdade de religião e de expressão.

Conforme ressalta Machado (2002), nomes como o de Roger Williams (1603-1684), John Milton (1608-1674) e John Locke (1632-1704) estão ligados à influência

da exaltação da liberdade de religião e de expressão. O primeiro, enquanto secretário do magistrado Edward Coke, notabilizou-se pela defesa da liberdade religiosa e da separação das confissões religiosas do Estado, princípio que implementou na colônia americana de Rhode Island. O segundo, secretário pessoal de Oliver Cromwell, destacou-se pela defesa da ampla liberdade de expressão. O terceiro, filho de advogado que lutou ao lado de Cromwell, desenvolveu a teoria do contrato social como princípio fundador de uma ordem estadual limitada pela garantia dos direitos naturais dos indivíduos e consolidou, na teoria política, uma ampla tolerância religiosa.

Cumprir destacar a obra *Areopagitica*¹ escrita por John Milton em 1644. Segundo Alexandrino (1988), nesta obra, uma das primeiras apologias da liberdade de expressão, Milton defende a livre discussão de idéias e combate os mecanismos formais de coação que impõe uma mera conformidade externa à verdade. Considera os livros como repositórios de experiência, da sabedoria e da vida humana, sendo o ato de censura um homicídio, um massacre, capaz de atingir, mais do que a existência individual, a própria Razão.

O despontar filosófico da liberdade de expressão não impede o retrocesso da conquista humanística adquirida em 1548, com a revogação do Édito de Nantes, menos de um século mais tarde, em 18 de outubro de 1685, por Luís XIV, o “Rei Sol”, assim conhecido por seu egocentrismo. Com a revogação, a religião reformada é proibida no reino da França e os protestantes, convertidos à força, são tidos como “novos católicos”.

Somente em 1787, Luís XVI decide promulgar um édito de tolerância em favor dos súditos que não pertenciam à religião católica, razão pela qual não admira que François-Marie Arouet, Voltaire (1694-1798), nesse meio tempo, se sensibilizasse diante deste contexto de instabilidade permanente, e redigisse o *Tratado Sobre a Tolerância* em 1762.

Inspirado na morte de Jean Calas, drama da intolerância que havia escolhido como ponto de partida de sua campanha contra a perseguição religiosa, Voltaire (2000) encontra oportunidade para revelar a substância de um tratado sobre a liberdade de pensar e para exaltar a razão.

Da narrativa de Voltaire (2000), depreende-se que o comerciante de tecidos,

¹ Conferir a respeito. MILTON (2006, p. 1-19).

o protestante Jean Calas, acusado por ter assassinado um de seus filhos, Marc-Antoine, para impedi-lo de se converter ao catolicismo, é condenado à pena de morte pelo Tribunal de Toulouse. O jovem estudante de direito, querendo entrar na advocacia, esbarra na legislação antiprotestante da época.

Teria o mesmo cogitado em se converter ao catolicismo? De acordo com o testemunho de Voltaire (2000), o inquérito orientou-se para uma única direção, a da intolerância, sobre a qual se manifesta:

A fraqueza de nossa razão e a insuficiência de nossas leis se fazem sentir diariamente; mas em que ocasião percebe-se melhor sua miséria do que quando a preponderância de uma única voz condena ao suplício um cidadão? (VOLTAIRE, 2000, p. 9).

Um aspecto relevante neste período diz respeito à história dos direitos fundamentais, destacando-se a liberdade de expressão, diretamente relacionada à limitação do poder.

Para Sarlet (2003, p. 39), a história dos direitos fundamentais desemboca no moderno Estado constitucional, cuja essência reside no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. “Neste contexto, há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, também a história de limitação do poder”. Limitação esta que encontra raízes no período da Idade Média, no qual são realizados pactos entre os reis e os súditos, concedendo a estes últimos alguns privilégios, em troca da confirmação da supremacia monárquica. Dentre estas concessões, a *Magna Carta*, firmada em 1215, na Inglaterra, pelo Rei João Sem Terra, constitui o pacto decisivo para caracterizar o limite ao poder real.

Segundo Zisman (2003), tal pacto correspondia à afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do suserano, com a finalidade de estabelecer um *modus vivendi* entre os reis e os barões, não importando em manifestação da idéia de direitos fundamentais inatos.

Ainda assim, segundo Sarlet (2003), não impende negligenciar a importância das liberdades contidas na *Magna Carta* para ulterior desenvolvimento dos direitos fundamentais nas Constituições, embora esta contivesse fundamentalmente direitos estamentais, atribuídos a certas castas, que, por sua vez, mantinham privilégios ao baronato e ao clero e representavam uma sociedade estratificada, deixando grande

parte da população impossibilitada do desfrute das concessões.

Na visão de Sampaio (2004):

Essa característica não ofusca, todavia, a importância que teve na história dos direitos fundamentais, pois ali mais do que em qualquer outro documento até então editado, delineava-se uma série de direitos oponíveis ao rei, contra o excesso que pudesse cometer, o que implicava agora não mais um dever moral, senão jurídico, de reconhecimento de certas prerrogativas dos cidadãos - ou de alguns - em face do Poder Público; além de servir indubitavelmente como um farol que viria a guiar pensadores, políticos e homens em geral na afirmação de seus direitos individuais (SAMPAIO, 2004, p.154).

Um passo se dá com os direitos conquistados pelos ingleses, durante o século XVII pela Revolução Puritana e Revolução Gloriosa, enunciados nas declarações de direitos: como a *Petition of Rights*, assinada por Carlos I em 1628, o *Habeas Corpus Act*, subscrito por Carlos II em 1679, e principalmente o *Bill of Rights*, de 1689, firmado por Guilherme d'Orange e promulgado pelo Parlamento. Estes direitos indicam uma limitação do poder estatal, mas, conforme enfatiza Andrade (1998), manifestam um caráter consuetudinário, ainda não consistindo em efetiva afirmação jurídica dos direitos fundamentais.

Tais documentos enumerados consignavam direitos e liberdades, consagrando garantias processuais e penais, o direito de petição, o *habeas corpus*, a proibição de tribunais de exceção, de penas cruéis e de prisões arbitrárias.

Em especial, a declaração do *Bill of Rights* “princiava com uma série de considerandos acerca das arbitrariedades cometidas por Jaime II para vindicar e reclamar antigos direitos contidos em treze disposições”, reconhecendo inclusive uma relativa liberdade de expressão (SAMPAIO, 2004, p. 167).

A liberdade de expressão restrita ao Parlamento estava insculpida na nona disposição da declaração, segundo a qual “os debates parlamentares não poderiam ser impedidos ou questionados em nenhuma Corte ou lugar fora do Parlamento”.

As declarações de direitos inglesas significaram um avanço em relação às disposições da Magna Carta, pois “representaram a generalização burguesa dos direitos” (SALDANHA, 1983, p. 48).

No entendimento de Perez Luño (1995), elas ampliaram as liberdades - anteriormente estamentais e corporativas - tanto em termo de conteúdo, como em relação à extensão da sua titularidade que se estende a todos os cidadãos ingleses.

Para alguns autores, tais como Ferriz (1989), Pelayo (1959) e Segado (1987),

a *Petition of Rights* (1628) e o *Bill of Rights* (1689), em que pese a sua modernidade, não possuem o caráter de universalidade e generalidade das Declarações de Direitos, embora estejam compreendidas fora do período medieval. Ainda, comportam um aspecto de particularidade, representando um ponto de transição entre o antigo sistema de direitos estamentais e os modernos direitos individuais.

Somente com o advento das Constituições americana e francesa, é consagrada a técnica de separação de poderes, na linha proposta por Montesquieu (1996).

A partir das normas que disciplinam a separação de poderes, possibilita-se a discussão acerca dos direitos fundamentais, abandonando-se o plano das idéias ou da mera cogitação, a ponto do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão dispor que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.”

Neste momento, com a afirmação da liberdade religiosa e a separação de poderes, pode-se introduzir o debate, tematizando-se a liberdade de expressão como direito fundamental.

1.2 Contribuições das declarações de direitos americana e francesa

As Declarações de Direito americana e francesa bem representam o contexto do Estado Liberal, em que o conceito de liberdade tem caráter negativo, pois se relaciona com a não interferência do Estado na esfera do indivíduo, estando os direitos individuais caracterizados como direitos de defesa do cidadão perante o Estado².

A Revolução americana de 1776 dá lugar às Declarações de Direitos dos Estados Americanos de 1776, fruto da independência das treze colônias americanas constituídas sob a forma de confederação. Neste momento, são editadas várias

² “Várias são as críticas que surgem acerca dessa democracia liberal, que não é considerada como um regime perfeito e cuja obra é sempre dita incompleta. A igualdade dos indivíduos é apenas teórica, de direito, bem como a igualdade política. A concorrência favorece os fortes criando as desigualdades. Aparece uma sociedade desequilibrada” (BARACHO, 2005, p. 2).

declarações de direitos, dentre as quais destaca-se a Declaração da Virgínia de 1776.

A Declaração da Virgínia, em sua proclamação inicial, assevera que todos os seres humanos são, pela sua própria natureza, igualmente livres e independentes, dizeres que no entender de Comparato (2001) dão o tom de todas as declarações de direitos aprovadas posteriormente, como a Declaração francesa de 1789 e a Declaração Universal de 1948, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (AGNU).

Princípios fundamentais encontram-se inseridos na Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, tais como: investidura popular (seção 1) mediante eleições livres de seus representantes (seção 6) objetivando instituir “o bem comum, a proteção e a segurança do povo, nação ou comunidade” (seção 3); descentralização do exercício do poder com a separação e distinção dos poderes legislativo, executivo e judiciário (seção 5); a legalidade e legitimidade (seção 3, *in fine*) igualdade (seção 4); devido processo legal (seção 8); julgamento por júri (seção 11); o direito de portar armas (seção 13) e especialmente a liberdade de imprensa (seção 12) e a liberdade religiosa (seção 16).

A liberdade de religião é garantida pelo artigo dezesseis, sendo os homens igualmente autorizados ao exercício da religião, de acordo com os ditados da sua consciência, com ênfase para virtudes cristãs (indulgência, amor e caridade).

No artigo doze, consagra-se a imprensa livre como um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo nunca ser restringida, senão por governos despóticos.

Contra a intolerância, há que se mencionar o artigo quinze, dispondo que “nenhum governo livre que traga as bênçãos das liberdades pode ser garantido para um povo, senão pela adesão firme à justiça, à moderação, à temperança, à frugalidade e à virtude, assim como pelo recurso constante aos direitos fundamentais”.

O Estado Federal surge com a Constituição de 1787 que unifica as colônias e que para Comparato (2001) “representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando sob o regime constitucional a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos” (COMPARATO, 2001, p. 93).

A Constituição americana de 1787 não continha um elenco de direitos. Este somente é estabelecido posteriormente, em 1791, com a aprovação das dez

emendas que representam o *Bill of Rights*, rol de liberdades públicas e garantias constitucionais em prol do cidadão americano.

A base da doutrina da liberdade de expressão está contida na Primeira Emenda, segundo a qual:

O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, lançando as bases para uma nova ordem social, com base na trilogia da liberdade, igualdade e fraternidade, conclama o papel atribuído à constituição, em seu art. 16, mediante o qual, “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem constituição.”

O princípio da igualdade formal, perante a lei, é conclamado na fórmula do art. 1º, no qual os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos e as distinções sociais não podem ser fundamentadas senão sobre a utilidade comum, uma vez que (art. 2º) a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem: o direito à liberdade, à propriedade, à segurança e o direito de resistência à opressão.

Na lição de Bobbio (1992):

Dos quatro direitos elencados, somente a liberdade é definida (art. 4º); e é definida como o “direito de poder fazer tudo o que não prejudique os outros”, que é uma definição diversa da que se tornou corrente de Hobbes a Montesquieu, segundo a qual consiste em fazer tudo o que as leis permitam, bem como da definição de Kant, segundo a qual a minha liberdade se estende até o ponto da compatibilidade com a liberdade dos outros (BOBBIO, 1992, p. 94).

Ainda, conforme Sampaio (2004), ao contrário do modelo norte americano, a Declaração francesa preconiza uma ética laica, reconhecendo a liberdade religiosa apenas como desdobramento da liberdade de opinião, pois, segundo art. 10: “Ninguém deve ser molestado pelas suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública, estabelecida pela lei”.

Percebe-se já com o enunciado do art. 11 que esta mesma liberdade não é absoluta, tendo em vista que: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões

é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo pelo abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei”.

Esta ordem até então estabelecida de direitos formalmente previstos não se manteve incontestável. As críticas serão empreendidas principalmente pelos adversários da Revolução, sobretudo em função da alegada superficialidade, vacuidade, elevado grau de abstração e pretensa universalidade das declarações de direitos.

Segundo Edmund Burke, um dos primeiros opositores da Revolução, citado por Bobbio:

Nós não nos deixamos esvaziar de nossos sentimentos para nos encher artificialmente, como pássaros embalsamados num museu de palha, de cinzas e de insípidos fragmentos de papel exaltando os direitos do homem (BOBBIO, 1992, p.124).

Em que pesem as críticas à Declaração Francesa de 1789, não há que se perder de vista o seu ideal de liberdade e de luta pela limitação do poder estatal, através do combate à monarquia absoluta e aos privilégios estatais.

Além destes aspectos, Comparato (2001) aduz que tal declaração inspirou e serviu de fonte axiológica para os documentos democráticos posteriores.

Ainda, Pablo Lucas Verdú (1985) enfatiza a importância da Declaração Francesa de 1789, pois, na medida em que o respeito e o reconhecimento das liberdades fundamentais educa para a democracia e para a liberdade, toda declaração de liberdade além de limitar o poder político, possui um valor de educação cívica.

2 FUNDAMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O Estado absolutista marcado pela centralização do poder político e que acabava por gerar uma identificação entre o poder estatal e a pessoa do monarca, ilustrada pela recorrente expressão de Luís XIV - *L'état s'est moi*, entrará em colapso no final do século XVIII.

Inaugura-se um novo cenário de busca de uma justificação não teológica para o Estado e para o Direito e de confirmação dos ideais de liberdade e igualdade, para os quais a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 tiveram papel importante.

A ruína deste regime centralizado não se opera de forma instantânea, mas, antes, constitui-se em um processo influenciado pelas idéias de liberdade e tolerância contidas principalmente nas doutrinas de Locke (1973), Kant (1995) e Voltaire (2000).

Neste trabalho, será destacado o pensamento liberal presente, principalmente, nas concepções de Jonh Locke (1632-1704), Voltaire (1694-1778), Immanuel Kant (1724-1804) e Jonh Stuart Mill (1806-1873). Após, ressaltaremos a liberdade de expressão presente no pensamento de Karl Marx (2006), em regime totalitário e, finalmente, em regime democrático.

2.1 A liberdade de expressão no pensamento liberal

Locke (1973), em sua obra escrita após a Revolução Gloriosa de 1688 - *Segundo Tratado do Governo Civil* (1690), desenvolve a teoria do governo limitado para justificar o sistema de governo parlamentar, com a consolidação da submissão do rei à vontade do Parlamento, postulando uma filosofia política baseada na lei natural.

Contrariamente a Hobbes (1982), para Locke (1973), o estado de natureza não era um estado de guerra e verdadeira fraude, sendo o *homem o lobo do homem*, era um estado anárquico, no qual prevalecia a liberdade e a igualdade absolutas. Apenas a lei da natureza assegurava a liberdade, vida e prosperidade. No

entanto, os conflitos surgidos no estado de natureza eram fruto desta mesma liberdade absoluta, uma vez que os homens tentavam impor seus próprios interesses, sendo juízes em causa própria.

Percebendo que os inconvenientes decorrentes do estado de natureza importavam em maiores desvantagens, os indivíduos resolvem instituir um governo - uma sociedade civil - mediante um pacto social, concedendo-lhe certos poderes. Locke (1973), então, concebe a origem do Estado Civil na superação do estado de natureza.

Assim, os indivíduos em comum acordo resolvem constituir um corpo político, assumindo a obrigação para com os demais membros da sociedade de submeter-se à resolução da maioria.

Locke (1973) sustenta que o assentimento de homens livres, capazes de maioria para se unirem, constituindo este corpo político, é o único fator que pode dar origem a qualquer governo legítimo e constitui o início de toda sociedade política.

Diferentemente de Hobbes (1982) e Rousseau (1983), no modelo de contrato social formulado por Locke (1973), os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, preservando principalmente o direito à propriedade (vida, liberdade e bens materiais) que consistia em limitação automática imposta aos poderes. Caso o governo abusasse de sua autoridade, a população tinha o direito de se rebelar.

A contribuição do filósofo inglês para o tema da liberdade de expressão e o discurso do ódio encontra respaldo em suas *Cartas sobre a tolerância*³. Locke (1973) considerava que a tolerância religiosa era o princípio que, estando de acordo com a razão, fundamentava a liberdade de todas as igrejas e que, portanto, ninguém poderia ser coagido em matéria de religião por nenhuma lei ou força, importando a ortodoxia na luta dos homens para alcançar o poder.

Acreditava que a pluralidade de opiniões era o caminho a ser seguido para se evitar as guerras de religião, assim se manifestando a respeito:

Não é a diversidade de opiniões (o que não pode ser evitado), mas a recusa de tolerância para 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 (LOCKE, 1973, p. 33).

³ Percebe-se estreita relação entre a teoria desenvolvida por Locke no Segundo Tratado do Governo Civil e nas Cartas sobre a tolerância, de forma que os ensaios escritos pelo filósofo encontram-se imbricados, no que diz respeito a sua filosofia proveniente de preocupações práticas, não meramente especulativas.

Embora exaltasse a diversidade de opiniões e defendesse a liberdade religiosa, excluía os ateus, pois entendia que “Os que negam a existência de Deus não devem ser de modo algum tolerados” (LOCKE, 1973, p. 29).

Poderá um argumento tão restritivo ser considerado? Ou seja, aqueles que não são adeptos de nenhuma religião, não devem ser tolerados? A resposta é negativa. Os Estados democráticos e laicos não contêm em suas constituições tal restrição, pois “Na liberdade religiosa está contida a liberdade de não ter religião alguma. Em poucas palavras, a tolerância inclui também os ateus” (BOBBIO, 2002, p.165).

No *Segundo Tratado do Governo Civil*, Locke (1973) concebe a formação do corpo político, por meio de um pacto social realizado pelo livre consentimento dos indivíduos. Nas *Cartas sobre a tolerância*, afirma que a união da sociedade realizada em torno da religião para constituição da Igreja também se perfaz de forma espontânea, mediante mútuo acordo, uma vez que ninguém está subordinado a nenhuma lei por natureza, sendo as leis, que regem a própria igreja, formuladas pelos membros da sociedade de acordo com a perspectiva da razão.

Para Kant (1995), a visão de um direito material é suposto inteiramente na razão, segundo a qual os indivíduos formulam as leis que regerão a sociedade. Assim, somente a razão pode impor regras à conduta humana, “através de um critério de universalização denominado por Kant como imperativo categórico” (CRUZ, 2006, p. 31).

Segundo Kant (1995, p. 59), o imperativo categórico é único, podendo ser expressado pela seguinte proposição: "Age segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal", ou ainda, "Age como se a máxima de tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza".

Os imperativos categóricos⁴ são possíveis devido ao dualismo Kantiano que significa ser o homem pertencente tanto ao mundo inteligível (homem racional) quanto ao mundo sensível. Isto implica no fato de que as ações humanas nem sempre são conduzidas pelo princípio da boa vontade, mas por intenções ou

⁴ “O fundamento do direito em Kant é a liberdade, entendida enquanto autonomia da razão. [...] A liberdade fundamenta a existência de leis internas, que criam deveres internos, na forma de imperativos categóricos. Mas a mesma liberdade interna fundamenta a existência de leis exteriores que tornam possível o convívio das liberdades individuais (arbitrio)” GOMES (2000. p. 79).

móviles. A boa vontade no sentido Kantiano não é boa pelo que promove ou pela finalidade que se pretende alcançar, mas pelo seu querer em si mesmo, que assim se expressa:

A idéia de liberdade faz de mim um membro do mundo inteligível; pelo que se eu fosse só isto, todas as minhas ações seriam sempre conforme a autonomia da vontade; mas como ao mesmo tempo me vejo como membro do mundo sensível, e essas ações devem ser conformes a essa autonomia. E esse dever categórico representa uma proposição sintética *a priori*, porque acima da minha vontade representada por apetites sensíveis sobrevém, ainda, a idéia dessa mesma vontade, mas como pertence ao mundo inteligível, pura prática, por si mesma, que contém a condição suprema da primeira, segundo a razão (KANT, 1995, p. 104).

Realmente, em Kant (1995), a razão não é apta a satisfazer todas as nossas necessidades, mas nos foi dada como faculdade prática que deve exercer influência sobre a vontade, produzindo uma vontade boa em si mesma. Assim, a cultura da razão restringe a consecução da felicidade que é sempre condicionada para todos.

O importante é focar dentro da doutrina de Kant (1995) a idéia de isonomia no tratamento do outro, verificada no reconhecimento recíproco dos sujeitos. Esta idéia pode ser resgatada do conceito de Kant sobre o homem como fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário da vontade, que se revela por meio do seguinte imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio” (KANT, 1995, p. 69).

O exemplo dado por Kant (1995) de uma pessoa pedir dinheiro emprestado, prometendo pagar em prazo determinado (caso contrário nada lhe emprestariam), sabendo que não poderá pagar, ilustra o comportamento do homem utilizando-se do outro como meio (forma de empréstimo) para satisfazer seu fim (falta de recursos).

Diante de um questionamento acerca de uma promessa mentirosa ser prudente ou conforme ao dever, ficaria eu satisfeito de ver a minha máxima tomar o valor de lei universal, tanto para mim quanto para os outros? Se a resposta for não, devemos desprezá-la, pois como já ressaltado, a razão exige respeito por uma legislação que seja universal. A razão instrumental, movida por inclinações, que dá uma resposta contingente e circunstancial, não é legisladora universal, sendo que a máxima em que se pauta não pode ser a todos aplicada.

O pensamento kantiano, analisado com os olhos e a mentalidade da modernidade, pode ser visto como ingênuo ou inocente, porém, faz-se necessário

adaptar o discurso da realidade complexa à hermenêutica filosófica. De modo específico, não vislumbramos o discurso do ódio enquanto questão do pensar kantiano, pois, conforme já exposto, o homem não pode ser utilizado enquanto instrumento para realização de propósitos, mas como um fim em si mesmo.

De acordo com Salgado (1999, p. 228), o conceito de liberdade em Kant é peculiar, tendo em vista os pensadores que o antecederam, à exceção da contribuição de Rousseau, pois Kant “recebe de Rousseau a idéia de liberdade definida como autonomia na esfera política e interioriza-a, fazendo desta autonomia também liberdade moral do indivíduo”.

Sobre o conceito de liberdade, o pensamento de Voltaire (2000) representa significativa evolução sobre as liberdades fundamentais, pois trabalha a tolerância e a liberdade religiosa, permitindo a prática de um pensamento democrático em nossos dias.

De acordo com Burns (1989, p. 462), Voltaire defendia a liberdade de expressão e de opinião, atacando a tirania política. Em carta a um de seus adversários, este escreveu a presente frase, citada como o mais alto exemplo de tolerância intelectual: “Não concordo com uma única palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-lo”.

Ainda, conforme aponta Burns (1989), a forma de opressão que Voltaire mais odiava acima de todas as outras era a tirania da religião, os dogmas da Igreja e seu sistema de ortodoxia que a levou a torturar quem ousava pôr em dúvida seus dogmas. Por isso, seu olhar concentra-se em torno da liberdade religiosa. “De todas as religiões, a cristã é, sem dúvida, a que deve inspirar mais tolerância, embora até aqui os cristãos tenham sido os mais intolerantes de todos os homens”. (VOLTAIRE, 1978, p. 291).

Expoente do Iluminismo, Voltaire (2000) traz como solução para a intolerância e o fanatismo a razão, assim se manifestando a respeito:

O grande meio de diminuir o número de maníacos, é submeter essa doença de espírito ao regime da razão, que esclarece lenta, mas infalivelmente os homens. Essa razão é suave, humana, inspira a indulgência, abafa a discórdia, fortalece a virtude, torna agradável a obediência às leis, mais ainda do que a força é capaz (VOLTAIRE, 2000, p.30).

Embora Voltaire tivesse vivido em uma época de afirmação da liberdade de expressão, com a razão conduzindo todos os caminhos humanos, sutil em suas

colocações, já vislumbra limites para a mesma.

Conforme afirma Voltaire (2004):

Cada cidadão só poderá acreditar em sua razão e pensar o que esta razão esclarecida ou enganada lhe ditar? Exatamente, conquanto que ele não perturbe a ordem, pois não depende do homem acreditar ou não acreditar, mas depende dele respeitar os costumes de sua pátria (VOLTAIRE, 2004, p. 63).

Além das contribuições ressaltadas pelos filósofos para o tema da liberdade de expressão vinculada à tolerância, importa destacar, neste contexto, a transformação do conceito de “opinião pública” que proporciona a possibilidade de maior participação dos indivíduos na esfera dos assuntos públicos.

Para Jonh Durhan Peters (2003), na Idade Média, o lorde feudal, única pessoa tida como pública, representava o corpo político, significando a honra e glória da sociedade. Não se tratava de uma representação das pessoas como cidadãos individuais, mediante discussão e debate cívicos. A forma da esfera pública era moldada pela exibição pública dos lordes e mulheres.

Nos mesmos termos, Habermas (2003) entende que:

A esfera pública da representação cortesã-feudal que então se desenvolve mais plenamente nos dias festivos não é nenhuma esfera de comunicação política, mas sim um status social, onde os ritos comportamentais como a insígnia, o hábito, o gesto e a retórica são determinantes para o respaldo público (HABERMAS, 2003, p.21).

Os festivais da corte ilustram a glória dos monarcas, tornando-a pública e visível, como é o caso da corte de Luis XIV de Versailles, monopólio da elite pública. Diante desta mentalidade de exibição, Habermas (2003) vê o modelo da vida pública como um teatro onde a pequena parte da elite debate e os outros grupos apenas assistem e batem palmas.

Conforme ressalta Peters (2003), as mais radicais transformações conceituais de opinião ocorrem na França e na Inglaterra na segunda metade do século XVIII. Com o Iluminismo, a opinião pública torna-se a voz da vontade popular e se introduz um novo sentido de público: um corpo de cidadãos racionais. Dentro da esfera pública burguesa os indivíduos se reúnem em salões, nos cafés e nas sociedades secretas: esferas públicas miniaturas para que as pessoas participem de discussões públicas, sem atuação da autoridade do Estado e da Igreja.

A “publicidade”, que representava a vitória contra o absolutismo, desloca o seu foco da corte para a imprensa, para o jornal, ficando as deliberações do Estado mais transparentes aos cidadãos e sujeitas a críticas. Assim, as mudanças no significado de “opinião” acompanham as mudanças das idéias e das instituições políticas neste período.

Todavia, esta noção de opinião pública não ficou imune a críticas. Ainda no século XIX, o liberal inglês Jonh Stuart Mill (2004), cuja vida revelou-se encarnação de suas crenças, foi defensor imensurável da liberdade de expressão e também da intolerância e da opressão humana. Ao mesmo tempo em que consagrava o respeito à liberdade individual como um dos princípios essenciais ao bem estar individual, condenava a opressão da opinião pública, que acabava por gerar uma sociedade manipulada, em que as pessoas seguiam noções pré-determinadas no que diz respeito à perfeição individual ou social.

Em sua luta contra o dogmatismo, pregava a variedade e a excentricidade, combatia a tirania de um só pensamento e a disposição do homem, seja como governante ou como cidadão, de impor suas próprias opiniões ou inclinações como regra de conduta para os demais. Isto significava a verdadeira mediocridade, o que Mill (2004) denominava de “pensamentos pequenos”.

Comenta sobre este assunto em seu conhecido ensaio sobre a liberdade de expressão:

Se toda a humanidade, menos uma pessoa, fosse de uma mesma opinião, e esta pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade seria da mesma forma injusta se impedisse uma única pessoa de falar como se, tendo o poder bastante, impedisse que a humanidade falasse. Se a opinião fosse um bem pessoal que somente tivesse valor para seu dono; se impedir sua utilização ocasionasse apenas um prejuízo particular, não haveria diferença se este prejuízo fosse de muitas ou poucas pessoas. No entanto, a peculiaridade do mal, que consiste em impedir a expressão de uma opinião, é que comete um roubo à raça humana, à posteridade tanto quanto à geração atual; àqueles que dissentem desta opinião, mas, todavia, àqueles que participam dela (MILL, 2004, p.77, tradução nossa).⁵

⁵ “Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad. Si fuera la opinión una posesión personal que sólo tuviera valor para su dueño; si el impedir su disfrute fuera simplemente un perjuicio particular; habría alguna diferencia entre que el perjuicio se infligiera a pocas o a muchas personas. Pero la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esa opinión, más todavía que a aquellos que participan en ella”.

Pretendendo demonstrar a falibilidade dos argumentos diante da liberdade de discussão, uma vez que nenhuma doutrina particular ou princípio é certo o bastante para que se proíba discussão a respeito, afirmava a fraqueza da humanidade ao deixar de pensar em alguma coisa quando esta deixa de ser duvidosa, o que segundo ele, um autor contemporâneo havia sintetizado, com razão, como o “profundo sono da opinião categórica”(MILL, 2004, p.111).

Assim se refere Mill (2004) a respeito da ditadura da opinião das massas:

Atualmente os indivíduos estão perdidos na multidão. Em política é quase uma trivialidade dizer que a opinião pública é que governa o mundo. Os únicos poderes que merecem tal nome são o das massas e o dos governos que se fazem órgãos das tendências e instintos das massas. Isto é verdade tanto nas relações morais e sociais da vida privada como nas transações públicas. Aqueles cujas opiniões formam a chamada opinião pública não são sempre a mesma classe de público; são todas as populações brancas na América; na Inglaterra, principalmente a classe média. Mas, são sempre uma massa, ou seja, uma **mediocridade coletiva**⁶ (MILL, 2004, p.140, grifo nosso, tradução nossa).

O temor da uniformidade revela uma preocupante realidade atual, na qual a “sociedade ordeira”, diante das modas e tendências atuais, segue padrões de beleza e conveniência, desprezando o fator da criatividade e excentricidade.

O fato de estar inserido na corrente do liberalismo político e de ser um incansável cultivador da liberdade individual e da pluralidade de opiniões não impediu John Stuart Mill de perceber limites para a liberdade de expressão.

A única finalidade pela qual o poder pode, com pleno direito, ser exercido sobre um membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar que prejudique aos demais...A única parte da conduta de cada um pela qual é responsável perante a sociedade, é a que se refere aos demais (MILL, 204, p. 68, tradução nossa)⁷.

⁶ “Actualmente los individuos están perdidos en la multitud. Em política es quasi una trivialidad decir que es la opinión pública la que gobierna el mundo. El único poder que merece tal nombre es el de las masas, y el de los gobiernos que se hacen órganos de las tendencias e instintos de las masas. Esto es verdad tanto en las relaciones morales y sociales de la vida privada como en las transacciones públicas. Aquellos cuyas opiniones formam la llamada opinión pública no son siempre la misma clase de público; en América son toda la población blanca; en Inglaterra, principalmente la clase média. Pero son siempre una massa, es decir, una medicridad colectiva”.

⁷ “Que la única finalidad por la cual el poder pued, com pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás...La única parte de la conducta que de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás”.

O prejuízo aos demais membros da sociedade consistia em limite da liberdade de expressão, e, portanto, as ações de qualquer espécie que sem causa justificada prejudiquem os outros, podem, e nos casos mais importantes, devem, ser “fiscalizadas pela desaprovação, e quando seja necessário, pela ativa intervenção do gênero humano. A liberdade do indivíduo deve ser assim limitada, não deve converter-se em um prejuízo para os demais” (MILL, 2004, p. 127).

As contribuições de Mill (2004) oferecem respaldo para que se possa enfrentar o tema da liberdade de expressão e o discurso do ódio. Da sua proposta, pode-se perceber uma tendência para se evitar o *hate speech*.

Nesse sentido, Mill (2004) considera que as opiniões contrárias às comumente aceitas podem ser admitidas mediante moderação de linguagem, de forma a se evitar toda ofensa inútil, devendo ser condenado todo o argumento em que se manifeste a má-fé, a maldade, o fanatismo ou a intolerância, pois desviando-se desta linha de conduta, a opinião desmesurada impede o povo de professar opinião contrária, e de ouvir aqueles que a professam.

2.2 A liberdade de expressão no pensamento marxista

As críticas à noção de opinião pública adquirem um viés diferente e tornam-se mais emblemáticas com a proposta de Karl Marx (1818-1883).

Contudente em suas colocações, Marx (2006) acredita que embora um maior discurso seja possível, nem todos os participantes têm a mesma oportunidade de se comunicar e de ser ouvidos. Para ele, aqueles que têm mais poder, têm mais voz.

Dessa forma, na visão de Habermas (2003, p. 149), “Marx denuncia a opinião pública como falsa consciência: ela esconde de si mesma o seu verdadeiro caráter de máscara do interesse de classe burguês”.

Sendo assim, a sociedade industrializada servia bem aos interesses da burguesia ascendente que, conseqüentemente, por ter poder, teria mais voz, o que significava uma ditadura da classe dominante. Tal fato contribuirá para a oposição da classe operária, cada vez mais explorada e que dispunha apenas da venda de sua força de trabalho para sobreviver. A autoconsciência do proletariado fará com

que este conteste as liberdades formais até então estabelecidas, que para ele pouco significavam, uma vez que não podia ter acesso aos principais meios de subsistência.

Curioso notar que, embora toda a teoria de Marx tenha sido direcionada para a libertação da classe operária, que por estar economicamente subjugada pela burguesia perdia seu espaço na esfera pública, este intelectual do século XIX produziu textos para jornais e revistas em que a sua preocupação se volta para o enfoque da liberdade de imprensa e para a crítica da censura.

Em seus escritos, Marx (2006, p. 51) consagra a liberdade de imprensa entendendo que “a essência da imprensa livre é a essência característica, razoável e ética da liberdade. O Caráter de uma imprensa censurada é a falta de caráter da não-liberdade; é um monstro civilizado, um aborto perfumado”.

Sendo assim, a liberdade de imprensa tem uma justificativa completamente diferente da censura, já que a primeira é em si mesma um aspecto da Idéia, da liberdade, um bem positivo, sendo a censura apenas um aspecto da falta de liberdade.

Marx (2006, p. 31) exalta a liberdade de imprensa, mas admite suas imperfeições, uma vez que estas são frutos de obra humana, não desconsiderando que “as deficiências de um povo sejam ao mesmo tempo as deficiências de sua imprensa”, pois se a imprensa fosse um bem supremo, realizaria todas as funções de um povo e este seria supérfluo.

Diante destas imperfeições, Marx (2006, p. 45-46) questiona-se a respeito da possibilidade da existência da liberdade de imprensa na terra da censura. A sua resposta é afirmativa, pois “a imprensa em geral é a consumação da liberdade humana. Portanto, onde existir liberdade de imprensa existirá liberdade humana”. E, ainda, considera que “ninguém luta contra a liberdade; no máximo luta-se contra a liberdade dos outros. Por isso todo tipo de liberdade sempre existiu, seja como uma prerrogativa particular ou como um direito geral.”⁸

Dizer que a liberdade de imprensa existe mesmo sob um regime de censura revela-se paradoxal, pois quando a faculdade de expor pensamentos e opiniões está

⁸ Em seus Debates sobre a Liberdade de Imprensa e a Comunicação Karl Marx identifica a prerrogativa particular do censor. “Na terra da censura certamente o Estado não tem liberdade de imprensa, mas um membro do Estado, o *governo* tem. Sem tomar em consideração o fato de que as publicações oficiais do governo gozam de absoluta liberdade de imprensa, o censor não exerce uma absoluta liberdade de imprensa todos os dias, direta ou indiretamente?”(MARX, 2006, p. 46).

adstrita apenas aos indivíduos legalmente autorizados (prerrogativa particular na visão de Marx), esta se torna sem sentido.

Poder-se-ia questionar a respeito da ausência de liberdade de expressão plena, devido à falta de condições materiais que impossibilita grande número de pessoas de participarem plenamente do debate público, ou a respeito do direcionamento deste debate pela imprensa. Ao mesmo tempo em que não é respeitável a existência de um discurso discriminatório, por outro lado é plausível dizer que a imprensa coloca grande quantidade de material que implicitamente reforça o estereótipo racial. Ainda, a censura de opiniões impopulares e politicamente incorretas deve ser combatida, pois institucionaliza a ilegalidade.

Para Marx (1998), a sociedade era o reflexo de uma hierarquia ditada por aqueles que dispunham dos meios de produção, controlavam a distribuição dos bens materiais e, conseqüentemente, subjugavam a classe dos trabalhadores, controlando a opinião pública. Estes últimos possuíam como poder de troca a sua força de trabalho que era compensada por um salário.

Portanto, Marx (1998) pregava o fim da ditadura capitalista pela concentração do poder econômico nas mãos de um número cada vez menor de pessoas. A união do proletariado derrubaria a burguesia através da revolução, dando surgimento a uma civilização sem classes.

Os movimentos socialistas e trabalhistas de massa que surgiram no final do século XIX, em quase toda a Europa, reunidos em partidos e sindicatos trabalhistas, reivindicando melhores condições de vida, tornaram-se um fator importante para o despontar da nova faceta dos direitos fundamentais: os direitos *a prestações*, que impunham o dever de agir por parte do Estado, não se reduzindo mais a um *status* negativo de defesa da autonomia individual, tais como os direitos dos trabalhadores, o direito à educação, à habitação, à saúde, à segurança social, à cultura.

Os direitos individuais clássicos (liberdade de consciência, de crença, de reunião, de expressão, de propriedade), mesmo nos países que mantiveram o sistema capitalista de produção, concretizados nos documentos modernos, por implicarem apenas numa igualdade formal, perante a lei, não bastavam para assegurar um mínimo de existência digna aos indivíduos. O direito a prestações positivas por parte do Estado impunha-se como instrumento de concretização do aspecto material de realização das necessidades básicas.

Causa estranheza, por outro lado, o fato de que a liberdade de imprensa,

pregada por Karl Marx (2006), que pode ser verificada em muitos de seus escritos, tenha sido deturpada com o surgimento do socialismo na ex-União Soviética. Eric Hobsbawn (1995) destaca, entre os revolucionários bolcheviques, o intuito de se perpetuarem no poder por meio da eliminação de opiniões contárias às de seu movimento:

Qualquer que fosse a atitude pré-revolucionária dos bolcheviques para com a democracia dentro e fora do partido, a liberdade de expressão, as liberdades e tolerâncias civis, as circunstâncias dos anos de 1917-21 impunham um modo cada vez mais autoritário de governo a (e dentro de) um partido que fosse comprometido com qualquer ação que fosse (ou parecesse ser) necessária para manter o frágil e acossado poder soviético. Na verdade não começara como um governo unipartidário, nem como um governo que rejeitasse a oposição, mas ganhou a Guerra Civil como uma ditadura unipartidária garantida por um poderoso aparelho de segurança, e usando o terror contra os contra-revolucionários. Igualmente importante, o próprio partido abandonou a democracia interna, quando se proibiu a discussão coletiva de políticas alternativas (em 1921) (HOBSEBAWN, 1995, p. 377).

No ambiente descrito pelo autor, os meios de comunicação foram instrumentalizados para a persecução de finalidades estatais pré-determinadas, em que os direitos do coletivo prevaleciam sobre os direitos individuais. Para tanto, conforme nos informa Afonso Arinos de Melo Franco (1959), um dos primeiros atos do governo soviético foi estabelecer o controle do Estado sobre a imprensa mediante decreto de 08 de novembro de 1918.⁹

Nos regimes dos soviets, saído da Revolução russa, a imprensa era o *organizador coletivo* a serviço da verdade, especialmente por meio do *PRAVDA*, órgão oficial e único do partido comunista, da construção da sociedade socialista, da educação política e do recrutamento de aliados. Este quadro baseava-se em uma pré-compreensão ideológica hostil à existência de uma esfera de discussão democrática, ensejando alto custo à liberdade de expressão, pois a verdade conclamada era a verdade do partido comunista, centralizada e unilateral, subtraída

⁹ Afonso Arinos de Melo Franco (1957) retrata as idéias de Lenine expressas sobre a liberdade de imprensa como nesta passagem: "Os capitalistas (e atrás deles, por tolice ou ignorância crassa, numerosos socialistas-revolucionários e menchevistas) chamam liberdade de imprensa a supressão da censura e a faculdade para todos os partidos de editarem jornais conforme lhes convenha. Na realidade, isto não é a liberdade de imprensa, mas a liberdade para a burguesia enganar as massas populares oprimidas e exploradas. A liberdade de imprensa na sociedade burguesa consiste na faculdade para os ricos de perverter e enganar sistematicamente, incessantemente, diariamente, em milhões de exemplares, a classe pobre, as massas exploradas e oprimidas. Não é de liberdade de imprensa que se trata, mas da propriedade sagrada dos exploradores sobre as oficinas de impressão e os estoques de papel de que eles se apoderaram LENINE (1924, p. 26). FRANCO (1957. p. 285-286).

a qualquer discussão crítica ou possibilidade de refutação. Se a teologia cristã justificava a censura com base na liberdade perante o pecado, a ideologia comunista o fazia em nome da liberdade perante o capital, erigindo uma sociedade ideocrática que tinha no partido comunista o seu braço secular.

2.3 A liberdade de expressão em regime totalitário

A ditadura unipartidária, a qual se refere Hobsbawn (1995), encontra respaldo no regime inaugural dos soviéticos e é transferida para os regimes socialistas e comunistas que surgiram no desenrolar do século XX. Nestes, não se concebeu um ambiente propício para que se desenvolvesse a liberdade de expressão, embora tivessem empreendido melhoras de condições elementares de vida dos indivíduos em termos de saúde, educação e habitação.

Os governos de Stálin, na Rússia, de Mao Tsé-tung, na China, de Fidel Castro, em Cuba, representam exemplos destas sociedades autoritárias. Tais governos eram caracterizados por um sistema centralizado e um regime baseado em partido único, sendo a publicidade e a educação monopolizadas. Permitia-se ao cidadão que tivesse acesso somente à informação oficialmente autorizada. Este contexto, no entanto, não era marca do modelo econômico, estritamente comunista, mas do regime político adotado.

O direito à liberdade de expressão também não encontra guarida no regime totalitário nazista do século XX, foco de cultivação do ódio e do terror. Afigura-se uma desvalorização moral e jurídica do indivíduo que atinge o seu grau mais elevado com o extermínio do povo judeu nos campos de concentração.

Dentre os elementos psicológicos que tornam as pessoas mais vulneráveis às ideologias totalitárias estão as técnicas que podem ser reconhecidas nos discursos que apresentam uma visão única sobre os fatos e que fazem generalizações rápidas sobre o mundo, a partir de argumentos aparentemente bem articulados. Este tipo de pensamento ganha força por meio da repetição em forma de clichês, eliminando dos indivíduos a resistência e a capacidade de crítica.

Criou-se um ambiente de racismo e anti-semitismo contra o povo judeu, cuja individualidade era intolerável. Considerados seres inferiores à *raça ariana*,

denominada de raça pura por Hitler, foram dominados em todos os aspectos de sua vida, tornando-se seres supérfluos.

Na concepção de Hanna Arendt (2004a), o que mais perturba neste período é o modo como era tratada a questão constitucional. Oficialmente, a Constituição de Weimar não foi abolida, mas era desrespeitada a todo o momento, prevalecendo um permanente estado de ilegalidade, principalmente depois da promulgação das Leis de Nuremberg que baniam os judeus de todos os aspectos da vida social.

Os dizeres de Arendt (2004a) sobre a situação jurídica do indivíduo demonstram esta atmosfera de loucura:

O primeiro passo essencial no caminho do domínio total é matar a pessoa jurídica do homem. Por um lado isso foi conseguido quando certas categorias de pessoas foram excluídas da proteção da lei e quando o mundo não-totalitário foi forçado, por causa da desnacionalização maciça, a aceitá-los como os fora da lei; logo a seguir criaram-se os campos de concentração fora do sistema penal normal, no qual um crime definível acarreta uma pena previsível (ARENDR, 2004a, p. 498).

Assiste-se a uma verdadeira “banalização do mal”, expressão utilizada por Arendt (2004b) para relatar o julgamento de Karl Adolf Eichmann em Jerusalém, condenado à pena de morte, em virtude da acusação de cometimento de crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra durante o período nazista. Personalidade duvidosa e que pronunciava apenas clichês¹⁰, segundo sua crença, fora um cidadão respeitador das leis e das ordens de Hitler que possuíam “força de lei” no Terceiro Reich.

Triste relato da história da humanidade de negligência da questão constitucional, ocorrido em uma época em que tudo era possível; época em que as atrocidades cometidas resultaram na institucionalização do medo e na degradação de aspectos de convivência humana; época sobre a qual sempre nos questionaremos, seja no que tange ao desrespeito às leis, ou no que se refere ao alcance da capacidade de destruição do homem.

Cabe destacar, no entanto, que o comportamento intolerante extrapola o período do nazismo e do fascismo.

Conforme aponta Peter Gay (1995), já no século XIX, verificava-se a presença de comportamentos arbitrários e racistas de depreciação do indivíduo.

¹⁰Slogans tais como “Minha Honra é minha Lealdade”, frases de efeito às quais Eichmann dava o nome de “palavras aladas” e os juízes da Corte de Jerusalém denominavam de “fala vazia”.

Para o historiador alemão, o olhar para o “outro”, entendido como um coletivo inferior, é parte integrante da história de humanidade e não foi diferente durante o chamado século do liberalismo, devido à ênfase no individualismo.

Peter Gay (1995) ao citar a perseguição de anti-semitas ao capitão Alfred Dreyfus, acusado de ser espião alemão por ser judeu, lembra que os hebreus quando do Velho Testamento acreditavam que o pacto de Abraão com Deus os havia tornado distintos em relação aos outros mortais. Em tempos modernos, a nação, a província, a cidade, a religião, a classe ou a cultura, quanto mais amor e valorização davam a si, mais ódio e desprezo dedicavam ao “outro”.

Portanto, a justificativa de discurso do ódio pode surgir em regimes democrático-liberais formalmente constituídos sob o signo da tolerância. “Para as classes médias, a perspectiva de poder era mais atraente que a perspectiva da democracia” (GAY, 1995, p. 223).

2.4 A liberdade de expressão em regime democrático

Antes prevaleciam as sociedades verticais, em forma de pirâmide. Assim eram o feudalismo, as monarquias, as ditaduras, onde o poder do indivíduo que residia no seu status social, na figura do poder real ou no ditador, determinava o seu respaldo público. Nestas sociedades não havia uma representação das pessoas como cidadãos individuais mediante discussão e debate cívicos.

Na democracia, toda a sociedade pode influenciar as decisões, não significando, no entanto, que o ideário democrático se circunscreva à exigência de eleições livres e periódicas. Neste sentido, Giovanni Sartori (1987, p. 86) entende que as eleições representam a “garantia mecânica da democracia”, ao passo que a possibilidade de formação de uma opinião pública autônoma, através da liberdade de expressão, representa a “garantia substantiva da democracia”.

Ronald Dworkin (2003b) também entende que a democracia não se expressa apenas por meio das eleições periódicas, apresentando três dimensões. A primeira dimensão é representada pela soberania popular, implicando numa relação que se estabelece entre a comunidade e os diversos funcionários que compõem o governo, sendo que a democracia exige que os primeiros governem. A segunda dimensão é a

da igualdade, a qual possibilita a participação dos cidadãos no mesmo nível da democracia, sendo tratados com igual respeito e consideração, devendo o voto de todos ter o mesmo impacto. Por fim, a terceira dimensão é a do discurso democrático, na qual, se o discurso público estiver restringido pela censura ou se os indivíduos se insultarem mutuamente, fracassa o autogoverno coletivo.

Este vínculo entre democracia e expressão livre é ressaltado, expressamente, por diversos pensadores de renome, dentre eles, Bourdoncle (1957), Ferrigolo (2005), Ely (1980) Owen Fiss (1989), Arthur Fish (2005) e Fernández (1990).

O princípio da liberdade de expressão exerce uma função peculiar, assumindo várias dimensões (direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e proibição de censura). Por meio deste, ocorre a participação do indivíduo na democracia, possibilitando que opiniões diversas e inusitadas sejam expressas de forma livre, sem que haja o medo de que a opinião do Estado ou mesmo a opinião majoritária seja contrariada.

Dessa forma, a constituição de uma sociedade democrática implica no respeito ao pluralismo: a capacidade de cada cidadão de possuir a sua própria visão acerca da vida digna, mesmo que seja minoritária, e de procurar realizar os objetivos por ela fixados, sem interferências.

[...] o Estado Democrático de Direito pressupõe que o pluralismo é constitutivo da própria sociedade contemporânea, e que, portanto, não se pode, legitimamente, eliminar qualquer projeto de vida, sem se interferir na auto-identidade de uma determinada sociedade. Ao contrário, ele deve reconhecer que todos os projetos que compõe uma sociedade, inclusive os minoritários, são relevantes na composição de sua identidade (GALLUPO, 2002, p. 54).

O pressuposto da democracia pluralista encontra-se presente na doutrina dos constitucionalistas pátrios, Cruz (2003), Sampaio (2005), Baracho Júnior (2000), Gallupo (2002), Oliveira (2001) e Magalhães (2006), sendo um tema recorrente dentre as correntes de liberais, comunitaristas e procedimentalistas, enfoque que implica na garantia da liberdade de expressão.

Jonh Rawls (2003), com a proposta de uma concepção de justiça a qual denominou “justiça como equidade”, acredita que numa sociedade bem ordenada embora os cidadãos afirmem a mesma concepção política de justiça, não o fazem pelas mesmas razões.

No substrato desta concepção política encontra-se a variedade destas razões,

ou melhor, a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais: aspecto permanente da cultura pública da democracia - o "*pluralismo razoável*" (RAWLS, 2003, p. 47).

Michael Walzer (1999) entende que as sociedades democráticas se constroem pautadas pelo princípio da tolerância, entendida como existência pacífica de grupos de pessoas com histórias, culturas e identidades diferentes. Este princípio sustenta a vida em comunidade e encontra-se interligado à noção de "respeito pelo diferente".

Jürgen Habermas (2003) reconhece que as modernas sociedades pluralistas pós-tradicionais ou pós-metafísicas - em que a existência de uma construção teológica da realidade deu lugar definitivamente ao confronto entre multividades compreensivas divergentes e incomensuráveis entre si - obrigam à procura de novas formas de legitimação compatíveis com a igual liberdade de todos os indivíduos no seio de uma comunidade política. A tradicional subordinação a arcaicas instituições subtraídas à discussão deu lugar à integração social através da ação comunicativa.

A ação comunicativa está apoiada nos direitos fundamentais que segundo Habermas se dividem em quatro categorias, sendo a quarta a que diz respeito aos "direitos de participação nos processos de formação da opinião e da vontade" (CRUZ, 2004, p. 222).

Conforme Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004), tais direitos permitem uma modificação profunda no conceito de democracia, pois a sociedade, que se constitui em esfera pública¹¹, sustenta-se sob um novo arquétipo de legislação, que extrai sua legitimidade da forma discursiva de sua legitimação, na qual o direito de participação permite com que os indivíduos percebam-se seus co-autores.

Os direitos de participação para formação democrática da vontade adquirem destaque na concepção de Jonh Hart Ely (1980). A sociedade jurídica democrática organiza-se mediante canais de formação de opinião e da vontade que devem ser

¹¹ "Por estar apoiada em direitos fundamentais, esta esfera fornece as primeiras referências acerca de sua estrutura social. A liberdade de opinião e de reunião, bem como o direito de fundar associações, definem os espaços para associações livres que interferem na formação da opinião pública, tratam de temas de interesse geral, representam interesses e grupos de difícil organização, perseguem fins culturais, religiosos ou humanísticos, formam comunidades confessionais, etc. A liberdade de imprensa, do rádio e da televisão, bem como o direito de exercer atividades publicitárias, garantem a infra-estrutura medial da comunicação pública, a qual deve permanecer aberta a opiniões concorrentes e representativas. O sistema político que deve continuar sensível à influência da opinião pública conecta-se com a esfera pública e com a sociedade civil, através da atividade eleitoral dos cidadãos" (HABERMAS, 1997, p. 108).

assegurados para as minorias: estrangeiros, pobres, homossexuais, negros. As leis que discriminam a minoria são resultado de um processo legislativo deturpado. Logo, o papel dos Tribunais não está apenas em remover barreiras da participação política, mas em assegurar a cláusula da igualdade.

A sentença de 27/04/95 no caso *Piermont v. França*¹², assenta que a liberdade de expressão constitui uma das bases essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas para seu progresso. Ela permite que os cidadãos participem da democracia, mediante o confronto livre de idéias, exprimindo seus pontos de vista e ouvindo os que sejam conforme ou desconforme seu entendimento, protegendo contra a submissão às visões da maioria.

Ely (1980) afasta-se da concepção da democracia entendida como mera forma de governo da maioria ou um mero cômputo de interesses individuais egoístas, pois considera que os direitos não são legitimados apenas pela faculdade de participação nas decisões políticas, mas pela possibilidade do indivíduo de divergir da maioria.

De fato, uma democracia real pressupõe a existência de um “espaço público desinibido, robusto e amplamente aberto¹³,” em que os temas de interesse geral possam ser debatidos com franqueza e liberdade. Neste debate público livre, os cidadãos têm acesso às informações e às idéias existentes sobre questões variadas e temas controvertidos.

Daí a importância da imprensa livre “como um veículo formador e informador da opinião pública” com capacidade para influenciar nas decisões políticas e na complexidade do grau de relacionamento social, sendo a censura de opiniões divergentes característica de sociedades antidemocráticas, onde os indivíduos que contestam o *status quo* são considerados *inimigos da pátria*¹⁴ (BONAVIDES, 1996, p. 52).

René Bourdoncle (1957) já advertia sobre a importância da liberdade de

¹² Ver a sentença de 27/04/95 no caso *Piermont v. França*, proferido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH, (2006).

¹³ Expressão utilizada pelo Juiz Brennan da Suprema Corte Norte americana no julgamento de *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S 254, 270 (1964)

¹⁴ Nos Estados Unidos, após a Segunda Guerra Mundial, todos aqueles indivíduos que fossem partidários de idéias comunistas eram considerados como “inimigos da pátria” pelo Senador McCarthy, autoridade que encabeçou a perseguição aos comunistas. O período de perseguição ficou conhecido vulgarmente como “macarthismo”.

imprensa, ressaltando a sua intrínseca correlação à democracia.¹⁵

A liberdade de opinião comporta o dever de criticar, censurar e fazer oposição ao governo por atos, palavras ou escritos - com reserva do que é erigido em infração e punido como tal pela lei penal - pois o regime democrático compreende como elemento essencial a ação da opinião pública sobre o governo do país. Esta ação deve se fazer sentir não somente no momento das eleições, mas em todos os tempos, mediante atos palavras ou escritos que contenham manifestação de opinião. tendo em vista a atividade governamental (BOURDONCLE, 1957, p.81).

No mesmo sentido, Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo (2005) entende que há uma estreita ligação entre democracia e liberdade de expressão. Isto porque na medida em que há democracia, a imprensa veicula as informações e, na medida em que a imprensa consegue realizar livremente seu trabalho e sua função, a democracia se aperfeiçoa¹⁶.

No entanto, com esta consagração da imprensa, não podemos nos aproximar dos direitos com senso de realismo sem mencionar o nosso passado recente de vinte anos de regime de exceção que conduziram à restrição da democracia.

No regime de ditadura, implantado em 1964, os instrumentos utilizados para tolher a liberdade de expressão passaram a ser corriqueiros. Conforme informa Ferrigolo (2005), a mídia brasileira sofreu duros golpes com a Lei de Segurança Nacional e a Lei de Imprensa (5.250/67), que deixavam a população alheia aos acontecimentos reais.

¹⁵ “La liberté d’opinion comporte le pouvoir de critiquer, censurer et faire opposition au gouvernement par dès actes, paroles, ou écrits sous la seule reserve de ce qui est erigé en infraction et puni comme tel par la loi penale. Car le regime démocratique, si on l’envisage d’un point de vue réaliste, comprend comme élément essentiel l’action de l’opinion publique sur le gouvernement du pays. Il veut que cette action se fasse sentir non seulement au moment des élections et par le bulletin du vote, mais aussi en tous temps et au moyens d’actes, paroles et écrits portent la manifestation de l’opinion à légard de l’activité gouvernementale”.

¹⁶ “A questão central quando se fala do direito à informação passa a ser como democratizar os grandes meios de comunicação de massa de forma que os mais diversos segmentos sociais possam não só ser informados corretamente, mas acederem a espaços para a veiculação de suas próprias necessidades e interesses” (ROSSI, 1980, p. 205).

2.4.1 As teorias da liberdade de expressão no pensamento democrático

2.4.1.1 Teoria liberal e teoria democrático-funcional

Duas concepções opostas podem ser traçadas na doutrina norte americana sobre liberdade de expressão e de imprensa. Para a teoria liberal, segundo Mark Crawford (1990), a garantia da liberdade de expressão consiste na proteção da autonomia discursiva dos indivíduos, sem a intromissão do Estado.

De acordo com Owen Fiss (2005), para quem o maior expoente deste posicionamento é Robert Post, esta teoria enfatiza que as garantias da Primeira Emenda objetivam a proteção da autonomia privada e o direito à expressão do pensamento, com a exigência de que o Estado se abstenha de interferir na esfera individual.

Na concepção de David Strauss (1993), qualquer justificação que enfatiza o valor do discurso do que fala, *speaker*, é baseada em direitos, e a que enfatiza o valor para o ouvinte, *audience*, tem uma justificação estrutural.

Centrada na figura do autor da mensagem, seja um escritor, jornalista ou qualquer outro sujeito que realize atividade expressiva de idéias, esta teoria se identifica com a chamada “liberdade dos modernos”, na expressão de Benjamin Constant (1975)¹⁷.

Para a teoria democrática-funcional, conforme nos aponta Michael Perry (1983), a Primeira Emenda tem a finalidade de garantir a liberdade política dos cidadãos, servindo como um instrumento de autogoverno e permitindo que os indivíduos possam ser informados abertamente sobre todos os aspectos da vida e sobre todos os tipos de assuntos e, portanto, estejam livres para formar sua concepção acerca deles.

Segundo Robert Bork (1971), expoente desta corrente, a categoria de informações e de idéias que deve ser protegida pelo princípio da liberdade de expressão inclui predominantemente o discurso político, o qual ele define como

¹⁷ Conforme nos informa Cardoso Matos: “Benjamin Constant em célebre discurso no Ateneu Real de Paris, em 1818, elaborou a distinção entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos” (MATOS, 2002. p. 114).

discurso concernente ao comportamento governamental, político ou pessoal, seja a unidade governamental envolvida, o legislativo, o executivo, o judiciário ou a administração.

Como já dito pela Suprema Corte em *New York Times v. Sullivan*¹⁸, decidido em 1964, a liberdade de expressão e de imprensa visa fomentar um “debate público livre, robusto e aberto” e, segundo conhecido aforismo de Alexander Meiklejohn (1960), precursor desta teoria, o essencial não é que todos devam falar, mas que tudo que valha a pena dizer possa ser dito. Para ele, a liberdade de expressão deve ser concebida primariamente como um instrumento do processo político democrático.

A autonomia que está em jogo neste tipo de justificação é a autonomia dos ouvintes, *audience*, algumas vezes sugerida como autodeterminação da comunidade. Assim, pela distinção estabelecida por Benjamin Constant (1975), esta concepção estaria ligada à idéia de “liberdade dos antigos”.

Na cultura legal americana, talvez o ponto nevrálgico sobre o fundamento da liberdade de expressão seja o discurso livre como o “guardião da democracia”¹⁹. Na concepção de Strauss (1993), esta é uma justificação baseada no ouvinte e também estrutural, pois o valor do discurso está na ordem democrática que ele promove, sendo que o fato de permiti-lo de alguma forma ajudará a promover a democracia. O direito do indivíduo de falar é derivativo, existindo apenas em virtude do valor do discurso para o sistema democrático que determinará, em última análise, o que deverá ser permitido.

Dessa forma, da dualidade sustentada por Constant (1975), depreende-se que, para os modernos, a liberdade é medida pela extensão da esfera privada, garantida pelos direitos individuais, significando direitos contra o Estado.

Nelson Juliano Cardoso Matos (2002, p. 116) ilustra com propriedade esta visão, afirmando que os modernos têm “uma idéia atomizante e individualista, não é o homem que vive para o Estado, mas o Estado que foi criado para desenvolver ou permitir o gozo da liberdade individual”.

Já para a democracia dos antigos, a liberdade significava participar da *pólis*, entendendo-se o indivíduo como parte da comunidade social e política, cuja função

¹⁸ 376 U.S 254, 270

¹⁹ Ver *Brown v. Hartlage*, 456 U.S 45, 60 (1982)

é em prol do todo, sendo “livre aquele que participa da criação e elaboração da lei (do direito), assim o direito que prescreve condutas deve ser criado segundo a vontade do seu próprio destinatário” (MATOS, 2002, p. 116).

No entanto, Constant (1975) adverte:

O perigo da liberdade antiga estava em que, atentos unicamente à necessidade de garantir a participação no poder social, os homens não se preocupassem com os direitos e garantias individuais. O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos facilmente a nosso direito de participar do poder político (CONSTANT, 1975, p. 23).

Estas duas correntes podem ser verificadas com relação à divisão doutrinária que ocorre na Alemanha a respeito da práxis das proibições partidárias. O art. 22. 2 da Lei Fundamental prevê a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade para “partidos que, segundo seus objetivos ou a finalidade de seus membros, tenham como meta prejudicar ou extinguir a ordem fundamental democrática livre ou pôr em risco a existência da República Federal da Alemanha”.

Assim, neste país, a doutrina dominante pode ser organizada por posições contrárias quanto à legitimidade jurídica para regular as liberdades políticas. De um lado, encontra-se o regime libertário que se repousa no princípio da não intervenção, de outro, um regime mais protecionista que não discorda da “disposição de defesa” contida no citado dispositivo constitucional.

Segundo o sofisticado estilo de Frankenberg (2006, p. 51), o regime libertário com sua preferência incondicional pela abertura, tende a considerar que o acaso decida o futuro e, por conseguinte, “tem o charme do radicalismo e da pureza da tolerância, que aceita tanto o senso quanto o disparate”. No entanto, os protagonistas desta posição não podem se isentar de sujeitar-se ao questionamento a respeito de como manter a proteção das minorias que, tendo a possibilidade de se tornar maioria, devem legitimar a regra da mesma.

Portanto, Frankenberg (2006) critica a concepção libertária, pois acredita que esta se desintegra frente a duas questões principais. Em primeiro lugar, frente a um poder que monopoliza a mídia e serve de instrumento de manipulação dos indivíduos, acarretando sua desinformação geral e um ônus para a minoria derrotada. Em segundo lugar, os poderes estatais não podem se eximir de proteger minorias oprimidas por majorias ou grupos sociais que manifestem declarações ou

expressões difamantes, ofensivas, racistas, expondo os sujeitos à indignação ou intimidação.

De fato, manifestações deste teor, possuindo formas e conteúdo de *hate speech* e intimidação pública, desencadeiam um *silencing effect*, efeito silenciador do discurso, pois, mediante ódio e ameaça, têm a propensão de calar o destinatário, fazendo-o recuar da esfera pública.

Já o regime protecionista, contrariamente ao libertário, “introduz critérios cognitivos e limites demarcados normativamente para cercear a aleatoriedade de experimentos democráticos” (FRANKENBERG, p. 53, 2006). Leva em consideração o efeito das discussões políticas para os seus participantes, enfatizando uma concepção de proteção de minorias. A advertência dada pelo referido autor, acerca desta vertente, reside na dificuldade em diferenciar as intervenções democrático-assistenciais, que estimulam a autodeterminação, das arbitrárias, que se utilizam do instrumento de intervenção como “abuso” para controlar o conteúdo de visões políticas discordantes.

Verifica-se que o dispositivo da Lei Fundamental (art. 22.2) sinaliza uma preferência pelo protecionismo que tem sua razão de ser em virtude de programática antitotalitária, pano de fundo para a adoção de uma “democracia defensiva”. Uma democracia que se defende de discursos extremistas direcionados à pregação de racismo agressivo e de tentativas organizadas para instalar regime de cunho anti-semita.

A limitação imposta pelo art. 22. 2 deriva de um processo necessário de aprendizagem ligado a experiências nefastas passadas que dá embasamento a uma “democracia vinculada”²⁰. Relembrando o contexto totalitário vivido por outras nações, pode-se pensar em uma Constituição antifascista (na Espanha), anti-Apartheid (na África do Sul) ou anti-stalinista (nas antigas sociedades estatais socialistas).

²⁰ Esta expressão é devida a Günther Frankenberg que sobre ela discorre. “A lógica da ordem antiextremista leva a uma ampla vinculação da democracia, que o Tribunal Constitucional reconheceu na decisão sobre o SRP e identificou como um resultado de um processo de aprendizado: ‘O Constituinte estava diante da questão sobre se poderia simplesmente arcar com as conclusões (de um Estado Democrático liberal) ou se ele, ao contrário, instruído pelas experiências do passado recente, teria que colocar, aqui, certos limites’. Na decisão sobre o KPD (Partido Comunista da Alemanha), o Tribunal também falou que ‘a posição da Lei Fundamental sobre os partidos somente é inteligível sob os aspectos das experiências da luta contra esse sistema totalitário’” (FRANKENBERG, 2006, p. 59).

Vistas as duas concepções, vertente liberal e democrática-funcional da liberdade de expressão, verifica-se que ambas comportam críticas pelos aspectos levantados, sobretudo quando se adentra no campo da fixação da delimitação das intervenções, distinguindo as legítimas das arbitrárias: nestas últimas, o mecanismo da intervenção pode se confundir com a censura de regimes marcados pela ditadura do único argumento.

2.4.1.2 Posição intermediária

Diante de suas colocações, Frankenberg (2006) sinaliza para uma posição intermediária que sob este prisma é expressamente desenvolvida por Owen Fiss (2005)²¹, segundo a qual a fixação dos limites da liberdade de expressão exige uma análise mais profunda, que harmonize a garantia da autonomia individual e a promoção do debate democrático.

Para Fiss (2005), a tensão a ser resolvida envolve tanto o aspecto defensivo quanto o protetivo do direito fundamental da liberdade de expressão. A conciliação entre estes dois aspectos permite que o autor apresente a ironia do papel do Estado em relação à liberdade de expressão e de imprensa, ou seja, a função do Estado como amigo/inimigo.

Sobre esta dupla face, Fiss (2005) lança a seguinte colocação:

Nós temos que aprender a aceitar esta verdade cheia de ironia e contradição: que o estado pode ser tanto um inimigo como um amigo do discurso; que pode fazer coisas terríveis para desestabilizar e minar a democracia, mas também fazer coisas extraordinárias para fortalecê-la (FISS, 2005, p.21).

Uma vez que a *Ironia da Liberdade de Expressão* representa todo o pano de fundo de suas reflexões, acredita que a limitação do *hate speech* faz-se necessária, pois se justifica como instrumento a favor da liberdade de expressão.

Como tal assertiva pode ser possível?

Fiss (2005) afirma que o discurso de incitação ao ódio, bem como a

²¹ Esta concepção está demonstrada em: (FISS, 2005).

pornografia e o financiamento de campanhas eleitorais, questões que dominam o debate público acerca da liberdade de expressão, nos dias de hoje, não se suportam com a radicalização da proposta libertária, pois há *contravalores* em jogo, sendo o mais importante deles o valor da igualdade.

Não é possível dissociar o valor da igualdade do valor da liberdade. A liberdade de expressão está implícita no governo representativo, no direito ao livre debate político, sendo a ligação entre liberdade de expressão e democracia uma verdade evidente, por si mesma, no seio da jurisprudência e doutrina constitucionais, em praticamente todas as obras que versam sobre este direito fundamental.²²

Portanto, a democracia, no entender de Sartori (1987), define-se como um governo de opinião ou um governo através da discussão, constituindo o direito à liberdade de expressão uma *condicio sine qua non* do seu correto funcionamento, e servindo como um barômetro para aferição da saúde política e institucional.

No entanto, a democracia pressupõe a igualdade que está implícita na idéia do princípio majoritário, segundo o qual deve ser atribuído o mesmo valor ao voto de cada cidadão. “E o *hate speech* destina-se exclusivamente a negar o princípio fundamental da igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade de alguns e legitimando a discriminação” (SARMENTO, 2006, p. 238).

Fiss (2005) acredita que uma importante diferença pode ser encontrada no profundo comprometimento do sistema legal com a igualdade.

No Brasil, com o passar do tempo, a proteção do direito é estendida para um amplo grupo de desfavorecidos, tais como: minorias raciais, religiosas e étnicas, mulheres e portadores de necessidades especiais. Vai sendo estendido aos poucos para grupos definidos por sua orientação sexual. Esta regulação, em prol da não-discriminação, justifica uma postura ativa do Estado para impedir a disseminação de idéias racistas.

Assim como as políticas de bem-estar social são acolhidas pelo liberalismo contemporâneo, as políticas contra o discurso do ódio também precisam ser, pois

²² Esta afirmativa vai de encontro à visão de Jónathas Machado que propõe um elenco de expectativas democráticas da liberdade de expressão: “a) vigiar o ambiente sociopolítico, registrando todos os desenvolvimentos susceptíveis de se repercutirem, positiva ou negativamente, no bem estar dos cidadãos; b) desempenhar uma função de agenda *setting*, identificando assuntos e problemas chave, incluindo as forças que podem operar a sua resolução; c) constituir-se como plataforma para políticos e representantes de causas e de grupos de interesses; d) possibilitar o diálogo entre um amplo e diversificado conjunto de perspectivas, bem como entre os titulares do poder político (atuais e prospectivos) e diferentes públicos; e) incentivar os cidadãos a aprender, a escolher e a participar ativamente no processo político” (MACHADO, 2002, p. 260).

não se pode conceber, dentro de uma estrutura democrática que preserve a igualdade, uma tradição libertária absoluta, na qual a liberdade de expressão é garantida a qualquer custo.

A proposta de Fiss (2005) proporciona a correlação entre a esfera privada e a esfera pública, uma vez que valoriza tanto o aspecto individual do desenvolvimento da personalidade quanto o aspecto coletivo que proporciona a participação ativa dos indivíduos no cenário político.

2.4.1.3 A luta pelo reconhecimento

A sociedade industrial tipicamente burguesa, conduzida pela *máxima do laissez-faire, laissez-passer*, possuía o seu próprio *modus operandi*. Proporcionava a associação entre os ramos do “mercado dos bens e serviços” e “o mercado de idéias”, fazendo com que a concorrência de ambos se condicionasse mutuamente e se fortalecesse reciprocamente contra o controle centralizado e autoritário da abundância das informações. A correlação destes fluxos competitivos está na base da metáfora do livre mercado das idéias (*free marketplace of ideas*).

A essência deste mercado, cuja noção está ínsita na concepção liberal de John Stuart Mill (2004), é que ele proporciona uma variedade de idéias disponíveis para a escolha e considerações públicas. É um mercado livre que permite a admissão, em termos iguais, de qualquer idéia, sendo que nenhuma delas pode ser suprimida. Se o mercado se recusa a admitir idéias, em iguais termos, mesmo que sejam duvidosas, incrédulas ou que contenham um teor crítico, ele deixa de ser livre e impede que a verdade apareça. O propósito do *free marketplace of ideas* é proporcionar decisões sábias, baseadas na audiência de todos os pontos de vista.

Os adeptos deste ponto de vista, típico da corrente liberal, segundo Mahoney (1996), acreditam que a liberdade de expressão consiste na mais crucial liberdade em uma sociedade democrática, sendo a liberdade negativa ou a não intervenção na vida pessoal dos indivíduos a pedra de toque desta filosofia.

No entanto, hodiernamente, não se sustenta a admissão desse mercado com caráter absoluto. Conforme bem assevera Arthur Fish (1989), a admissão das idéias no sistema democrático deve incluir uma mútua tolerância entre os seus

participantes, devendo ser expostas mediante argumentos persuasivos que não levem à ameaça, nem utilizem a força. Para que este intuito seja atingido, a tolerância surge como princípio que não pode ser rejeitado.

Não se pretende defender a censura de idéias genéricas, confundindo-se a restrição à liberdade de expressão com a “velha censura”, por outro lado, a postura intermediária parte do pressuposto de que determinadas formas de discurso, como o que diz respeito ao ódio, deve ser limitado, pois em nada contribuem para a princípio democrático e o autogoverno.

Nesta esteira de entendimento que considera a correlação entre a esfera individual (privada) e coletiva (pública), a harmonia entre a garantia da autonomia individual e a promoção do debate democrático e, em especial, a associação do valor da igualdade e o valor da liberdade, encontra-se a proposta da “luta pelo reconhecimento” de Axel Honneth (2005), na qual os indivíduos e grupos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

Segundo Honneth (2003), ao contrário das sociedades tradicionais em que hierarquias rígidas determinavam o *status* de cada um dos diferentes grupos sociais, nas sociedades modernas o sentimento de inferioridade é insuportável. Nestas, cada indivíduo reclama o direito de ser tratado como igual ou, ao menos, de não ser definitivamente classificado em uma posição de inferioridade.

As questões debatidas pelo autor não se circunscrevem ao desrespeito individual, mas também a injúrias dirigidas contra grupos. Conforme nos aponta Machado (2002, p. 839), este assunto surge freqüentemente discutido sob a designação de “nova liberdade de expressão”. É neste sentido que hodiernamente a concepção acerca da liberdade de expressão pode ser vislumbrada como a expressão de uma liberdade que vai além da máxima do *laissez-faire, laissez-passer*.

Para Honneth (2003, p. 223), a relação jurídica representa uma espécie de base intersubjetiva, porque obriga cada sujeito a tratar todos os outros segundo suas pretensões legítimas, sendo o direito uma forma de reconhecimento recíproco. A crise moral na comunicação se desencadeia “pelo fato de que são desapontadas as expectativas normativas que o sujeito ativo acreditou poder situar na disposição do seu defrontante para o respeito”. Assim, o desrespeito individual ou coletivo ao reconhecimento mútuo, leva a luta pelo reconhecimento.

Na sua concepção, o conceito de luta social ao invés de estar estritamente

ligado à obtenção de determinados interesses, provém de sentimentos morais de injustiça, fazendo com que o desrespeito gere uma luta pelo reconhecimento.

[...] já nos começos da sociologia acadêmica, foi cortado, teoricamente, em larga medida, o nexos que não raro existe entre o surgimento dos movimentos sociais e a experiência moral de desrespeito: os motivos para a rebelião, os protestos e a resistência, foram transformados categoricamente em “interesses” que devem resultar da distribuição desigual objetiva de oportunidades materiais de vida, sem estar ligados, de alguma maneira, à rede de atitudes morais emotivas (HONNETH, 2003, p. 255).

As categorias morais como a ofensa ou o rebaixamento são relativas a formas de desrespeito, ao reconhecimento recusado que pode abranger diversos graus na profundidade da lesão psíquica, podendo ser distinguidas sob três aspectos. O primeiro se refere ao desrespeito que toca a camada da integridade corporal (lesão física) de uma pessoa e que representa a espécie mais elementar de rebaixamento pessoal. O segundo diz respeito à privação de direitos pela falta de condições materiais de vida (exclusão social).

Com relação ao terceiro aspecto, este refere-se negativamente ao valor social de indivíduos ou grupos; degradação a modos de vida ou formas de crenças, mediante estas formas de desrespeito valorativas, “de depreciação de modos de vida individuais ou coletivos, que se alcança a forma de comportamento que a língua corrente designa hoje sobretudo com termos como ofensa ou degradação” (HONNETH, 2003, p. 217). É neste aspecto que se situa o discurso ódio, experiência de rebaixamento e de humilhação social, que constitui recusa ao reconhecimento recíproco e desrespeito à identidade individual e coletiva.

A restrição à liberdade de expressão, no que tange ao discurso do ódio, funciona como proposta de luta pelo reconhecimento e de respeito a valores como a igualdade, reciprocidade, tolerância e convivência pacífica, pois conforme já ressaltou com propósito Harry Kalven Jr. (1971), a liberdade de expressão não é uma liberdade civil de luxo, devendo os contravalores ser respeitados.

Esses valores são respeitados, por um lado, restringindo-se a liberdade de expressão daqueles que pretendem atingir diretamente o estatuto de um determinado grupo social, com o objetivo de dominá-lo através da criação de um clima de terror emocional. Por outro, dando-se uma atenção redobrada ao problema da distribuição equitativa de oportunidades comunicativas, tendo em vista a posição de grupos tradicionalmente marginalizados e silenciados.

2.5 Liberdade de expressão e condições materiais de vida

O reconhecimento do direito à liberdade de expressão é um fator determinante para os regimes democráticos, mas não basta a previsão destes direitos nas constituições para que sejam respeitados.

A simples atenção a textos fundamentais pode nos conduzir a graves erros, pois é conhecida a falácia de determinados regimes que, sem ser democráticos, apresentam-se falsamente como tal, em virtude da grandiloqüência de seus documentos. “Por este motivo, a experiência real e concreta dos direitos, indica a qualificação democrática de um regime” (FERRIZ, 1989, p.22).

No mesmo sentido, Andrade (1998) afirma que a previsão constitucional não pode ser suficiente para garantir a efetividade dos direitos, recordando, como exemplo manifesto desta realidade, a violação sistemática, durante o período nacional socialista, dos direitos fundamentais constantes da Constituição de Weimar, que foi mantida formalmente em vigor.

A liberdade de expressão como “direito mãe *ou cluster righth*”, no entendimento de Machado (2002), ou como “direito de primeira ordem”, na visão de Ferriz (1989) deve ser concebida em conexão direta com os demais direitos fundamentais, em especial com os direitos sociais. Estes dão amparo ao direito fundamental da liberdade de expressão e asseguram sua efetividade (MACHADO, 2002, p. 377; FERRIZ, 1989, p. 251).

Sem os ditos direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, consagrados no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 26, a liberdade de expressão torna-se um direito frustrado, não exercido em sua plenitude.

Assim, Ferriz (1989) entende que a chave para as manifestações de liberdade não é uma questão de reconhecimento, mas de efetividade.

Não há que se falar em liberdade quando faltam as condições mínimas para um desenvolvimento vital digno, sendo a única concepção possível de liberdade, em um Estado Democrático de Direito, a que postula o abandono da liberdade formal reconhecida pelas Constituições do Estado Liberal burguês.

De fato, a liberdade de expressão, que surgiu relacionada à concepção

individualista da burguesia ascendente e que representava a vitória contra o absolutismo, não podia mais prevalecer isoladamente. A sua mera proclamação como direito fundamental nos textos constitucionais (associada à igualdade formal) não corresponde necessariamente a uma conseqüente realização fática (igualdade material), pois, para que todos sejam devidamente informados e possam manifestar com excelência o seu pensamento, é necessária a solução de problemas sociais relativos à fome, desemprego e ausência de saúde e educação.

Nota-se a particularidade da preocupação do constituinte espanhol ao proclamar a liberdade material em seu art. 9.2:

Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que empecem ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.

No entanto, esta preocupação não se resolve apenas por meio da disposição expressa da igualdade material, mas nas relações concretas da vida. A questão da efetividade do direito da liberdade de expressão deve ser posta de forma a que não se faça abstração dos contrastes sociais que condenam grande número de pessoas à situação de miséria e desamparo social.

Seria, portanto, o tema da liberdade de expressão supérfluo, diante de um cenário brasileiro de tamanha desigualdade social? De forma alguma. A liberdade de expressão é “a pedra de toque” de um Estado Democrático de Direito, pois corresponde a um verdadeiro termômetro da democracia.

Na atualidade os Estados que reconhecem e estimulam seus cidadãos a pensar por si mesmos, a expressar seus pensamentos e idéias diretamente e por meio do acesso aos meios de comunicação social, estes Estados, são os mais livres e igualitários da Comunidade Internacional (FERNÁNDEZ, 1990, p. 1, tradução nossa)²³.

No entender de Shorten (2005), a compreensão é base para que a tolerância possa ser exercitada. A constituição de uma sociedade democrática implica no respeito ao pluralismo que está ínsito ao princípio da tolerância, segundo a qual

²³ “En la actualidad, los Estados que reconocen y estimulan a sus ciudadanos a pensar por sí mismos, a expresar sus pensamientos e ideas directamente, y a través de su acceso a los medios de comunicación social, estos estados, son los más libres e igualitarios de la Comunidad internacional” (FERNÁNDEZ, 1990. p.1).

existe uma multiplicidade de visões de mundo plausíveis que devem ser respeitadas e não submetidas a objeto de discriminação.

Popper (1998) tem identificado a sociedade aberta e tolerante como o único contexto onde o conhecimento científico pode prosperar ao não se ver constrangido pela falta de liberdades e interesses oligárquicos do Estado. Diante disto, formula o paradoxo da tolerância, qual seja: tolerar os intolerantes leva à intolerância.

Nesse aspecto, o único critério com base no qual se pode considerar lícita uma limitação da regra da tolerância é o que está implícito na idéia mesma de tolerância que se pode formular brevemente do seguinte modo: “todas as idéias devem ser toleradas, menos aquelas que neguem mesmo a idéia de tolerância” (BOBBIO, 2002, p. 153).

O discurso do ódio não se encaixa nesta proposta democrática e vai contra o universo de princípios e valores das democracias contemporâneas, sobretudo o pluralismo e a tolerância. Este tipo de discurso discriminatório impede os indivíduos e grupos de se verem respeitados, impossibilitando a busca pelo reconhecimento recíproco.

Assim, para Honneth (2003), a depreciação de modos de vida individuais ou coletivos tira a possibilidade dos sujeitos atingidos de atribuir um valor social às suas próprias capacidades, sendo a luta pelo reconhecimento que, como força moral, promove desenvolvimentos e progressos na realidade da vida pessoal do ser humano.

Certo é que uma sociedade democrática possui seus paradoxos.²⁴ Quanto maior a busca por mais democracia, maior participação dos cidadãos nos negócios públicos e, conseqüentemente, maior o risco de dissenso.

O pluralismo leva à complexidade das relações interpessoais. Os conflitos atingem elevado grau, em parte pelo avanço das tecnologias de comunicação. A nova fronteira eletrônica de comunicação, a Internet, permite que grupos de usuários preguem a intolerância racial e sexual.

Embora as condições tecnológicas sejam favoráveis para uma melhor

²⁴ Bobbio identifica quatro paradoxos 1º paradoxo: A democracia (ideal) pede sempre mais participação em condições objetivas sempre mais desfavoráveis; 2º paradoxo: o Estado cresce em complexidade e funções, que obriga a um aumento do aparelho burocrático, cuja estrutura é hierarquizada e não democrática; 3º paradoxo: o aumento acelerado dos problemas que exigem soluções técnicas e que, portanto só podem ser entregues a especialistas, tentados para a tecnocracia; 4º paradoxo: a democracia exige participação consciente do cidadão, mas a sociedade de massa se caracteriza pelo homem massa (BOBBIO, 1983. p.58-62).

comunicação mundial, o diálogo parece estar se tornando pior, pois o fanatismo e a intolerância diminuem as chances do mesmo. Discórdias entre o Ocidente e o Islã indicam mais que a existência de diferenças culturais entre nações. O fato é crucial, pois coloca em relevo um importante foco de separação: maior comprometimento no Ocidente com a valorização da liberdade de expressão, enquanto no Oriente, valoriza-se o conceito de sagrado.

É nesse contexto de complexidade que será discutido o tema da liberdade de expressão e discurso do ódio e que propor-se-á uma concepção intermediária para o presente debate, nos moldes do entendimento de Owen Fiss (2005) e da “luta por reconhecimento” desenvolvida por Axel Honneth (2003).

2.6 Definição de liberdade de expressão

A sociedade democrática moderna não é um todo compacto, unitário e monolítico, mas um mosaico complexo e fracionado de grupos e subgrupos, uma coleção de “guetos normativos” que lutam para conseguir seu espaço social. Este pluralismo leva à complexidade²⁵ das relações interpessoais em que novas questões e preocupações passam a ser cogitadas. Estabelecem-se fluxos informacionais por meio da palavra escrita, falada, virtual ou por meio de símbolos e gestos, conforme será adiante demonstrado.

Nesse contexto e diante das variadas formas de expressão dos indivíduos, torna-se controvertido precisar o conteúdo semântico da liberdade de expressão²⁶, ou melhor, “precisar o conteúdo da liberdade de expressão não é uma questão de

²⁵ “A rede de complexidade explodiu para a dimensão de uma escala cujos mecanismos fundamentais pouco se percebem, ignorando as verdadeiras conseqüências de sua utilização” (FERRIGOLO, 2005, p.131).

²⁶ Para Jónathas Machado: “[...] as liberdades de comunicação pretendem alargar o seu âmbito de proteção a todas as formas de comunicação humana, incluindo aquelas, de *índole não cognitiva, não racional, não discursiva*, que, apelando em maior medida às dimensões emocionais e impressivas dos indivíduos, atuam diretamente sobre as suas perspectivas, imaginação e sensibilidade [...] Nas palavras de Paul Gewirtz, a esfera de discurso público deve ser entendida, em termos multidimensionais, como um espaço de tensão dialética entre emoção e razão, sentimento e deliberação, história e teoria, retórica e argumentação. Uma correta interpretação das liberdades de comunicação deve compreender o sujeito não apenas nas suas dimensões racionais e intelectuais, mas também nas de natureza espiritual, moral, emocional, passional e mesmo física e sensual” (MACHADO, 2002. p. 152-154).

todo pacífica" (FERNÁNDEZ, 1990, p.8).

A imprecisão terminológica não nos impede de afirmar explicitamente que a liberdade de expressão é um direito e garantia fundamental insculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Reveste-se de fundamento da legitimidade dos poderes, constituindo-se em verdadeiro termômetro da democracia e elemento fundamental para o seu exercício. Além de compreendê-la, promovê-la e torná-la efetiva torna-se um imperativo.

José Afonso da Silva (1998) trata da liberdade de expressão como a “possibilidade de exteriorização do pensamento em seu sentido mais amplo”, ou seja, a liberdade de expressão confunde-se com a própria liberdade de pensamento (SILVA, 1998, p. 244).

Celso Ribeiro Bastos (1994, p. 101), por sua vez, entende que a liberdade de expressão é aquela de que desfruta o indivíduo de “se expressar livremente, sem perturbar, porém, os direitos legítimos dos demais”, sendo a liberdade à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação decorrentes da mesma.

Assim, o conteúdo da liberdade de expressão é plúrimo, vindo esta a assumir várias facetas (liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de religião, liberdade de opinião, liberdade intelectual, liberdade de informação, liberdade de imprensa, liberdade de cátedra). A própria Constituição Federal de 1988 revela a multiplicidade de conteúdo da liberdade de expressão²⁷.

O art. 19 da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 fala em direito de receber e transmitir informações e idéias. Art. 19 “Todo homem tem direito à liberdade de informação e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

Farias (2000, p. 163) noticia que a doutrina e a jurisprudência têm feito a

²⁷ “[...]é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5º, inciso IV); “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, inciso VI); é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, inciso IX). “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (art. 220). “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, inciso II)”.

distinção entre *liberdade de expressão* e *liberdade de informação*. O objeto da primeira seria “a expressão de pensamentos, idéias e opiniões, conceito amplo do qual devem incluir-se também as crenças e os juízos de valor”. Quanto à segunda, englobaria “o direito de comunicar e receber livremente informação sobre fatos, ou talvez mais restringidamente, sobre fatos que se pode considerar noticiáveis”.

Acerca da liberdade de informação, Fernández (1990) aponta que o Tribunal Constitucional espanhol utiliza o critério da veracidade como um *dever de diligência* do informador de transmitir os acontecimentos, contrastando-os com dados objetivos e utilizando-se de retidão.

Dessa forma, Fernández (1990) afirma que a única diferença no texto constitucional espanhol entre liberdade de expressão e a liberdade de imprensa se refere à exigência de veracidade requerida a esta última. Esta veracidade que se manifesta como um limite ao direito de comunicar e receber informação “não é exigida no que diz respeito à liberdade de expressão, enquanto a manifestação de idéias e de opiniões não entrem em conflito com outros direitos constitucionalmente protegidos” (FERNÁNDEZ, 1990, p. 11).

Conforme sentença de 6/1988 de 21 de janeiro, a interpretação realizada pela Corte Constitucional espanhola considera que as informações devam ser transmitidas pelos meios de comunicação de massa, de forma imparcial e objetiva, sem a exigência de que a “verdade”²⁸ seja tida como condição para o reconhecimento do direito, pois se assim fosse, nada poderia ser dito, reinando o silêncio.

Ainda tratando da liberdade de informação, Miranda (1998) a denomina liberdade de comunicação social²⁹, diferenciando-a da liberdade de expressão. A liberdade de expressão é por si uma garantia ao direito de liberdade de pensamento, enquanto a liberdade de comunicação é a liberdade de informação pelos meios

²⁸ Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho parte do pressuposto de que existe um direito de verdade por parte dos meios de comunicação social e de um conseqüente direito do público em receber informação verdadeira, propondo a existência de “um virtual direito difuso de ‘alguém por todos’ preitear a correção de uma notícia inexata e, em caso de negativa, de postular judicialmente que o órgão da imprensa seja obrigado a publicar a correção” (CARVALHO, 1999, p. 63).

²⁹ “A Constituição Federal de 1988 oferece proteção à atuação dos profissionais dos meios de comunicação de massas quando dispõe que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação e jornalística em qualquer veículo de comunicação social [...]” (art. 220, §1°).

específicos de comunicação social, pressupondo sempre uma organização, uma instituição, ainda que indiretamente sempre haja uma pessoa individualmente considerada: um jornalista, um colaborador.

A liberdade de expressão inclui a liberdade de imprensa. Essa é formadora de opinião pública, exercendo relevante função social e possibilitando o desenvolvimento da liberdade de escolha dos indivíduos para reforçar o regime democrático.

A influência da liberdade de imprensa determina e condiciona os comportamentos da sociedade, de forma que “os meios de comunicação não apenas pelo que informam, mas pelo que deixam de informar, ditam a opinião de cada ser humano, determinando-lhe as paixões e os ódios” (VIEIRA, 1998, p. 160).

Assim, adota-se um conceito amplo da liberdade de expressão no presente trabalho, uma vez que a mesma comporta compreensão consideravelmente ampla por envolver todas as formas de expressão do ser humano.

Zisman (2003) ilustra de forma clara, na referida passagem, como a liberdade de expressão pode ser manifestada de diversas maneiras:

Seja através da palavra oral ou escrita - que abrange jornal, circular, brochura, panfleto, cartaz, gravura, revista, livro, entre outros -, seja pela mímica, ou ainda pelos símbolos (sinais convencionais ou qualquer outro representativo de idéias, bandeiras, semáforos, distintivos, desenhos, imagens, composições, sem prejuízo de qualquer outro meio). Não importa também a substância empregada: papel, pergaminho, tela, cartão, madeira, papelão, plástico, tinta etc. (ZISMAN, 2003, p. 33).

Independentemente das definições relatadas sobre liberdade de expressão e da proposta de um conceito amplo da mesma, cumpre enfatizar que esta implica em responsabilidades e em um complexo conjunto de compromissos.³⁰ Não se deve

³⁰ A idéia de complexidade do direito à liberdade de expressão é recorrente na obra de Shiffrin: “To make decisions about free speech should be also to make decisions about the justice of trials; the security of personal privacy and of reputations; the scope of intellectual property ... the extent of access to shopping centers, newspapers and broadcast facilities; the fairness of tax treatments for groups from the Sierra Club to churches and to veterans’ organizations; the property of book selection in schools and libraries; the treatment of corporations, union [...] in short, everything from the content of public morality to the needs of local peace and national security” (SHIFFRIN, 1990. p. 2). “Tomar decisões sobre discurso livre deveria envolver também a tomada de decisões sobre o julgamento dos tribunais; a segurança da privacidade pessoal e das reputações; o escopo da propriedade intelectual [...] a extensão do acesso a shopping centers, jornais e facilidades de radiodifusão; a imposição justa de taxas para grupos do *Sierra Club*, para igrejas e organizações de veteranos; a propriedade da seleção de livros em escolas e livrarias; o tratamento de corporações, associações [...] em resumo, tudo do conteúdo da moralidade pública à necessidade da paz local e segurança nacional” (SHIFFRIN, 1990, p. 2, tradução nossa).

esquecer dos deveres que estão correlacionados a este direito, pois “os direitos do indivíduo tanto no século XV como na sociedade de massas de nosso tempo, tem sua contrapartida nos deveres, suas liberdades nas suas responsabilidades” (LASTRA, 1993, p. 13).

3 LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1 Teoria dos limites da liberdade de expressão

O direito à liberdade de expressão não é absoluto e ilimitado, à semelhança do que ocorre com os demais direitos fundamentais. Araújo (1996), ao tratar da limitação de todo direito, afirma que até mesmo o direito à vida encontra certas restrições, como a legítima defesa.

Segundo Machado (2002, p. 865):

Nos termos da Constituição, ninguém tem *prima facie* um maior direito à liberdade de expressão, por comparação com outrem, pelo que este direito não cobre necessariamente os conteúdos expressivos que tragam em si mesmos uma pretensão de superioridade e que pretendam ter como consequência a aniquilação das possibilidades de igualdade e reciprocidade entre todos os indivíduos e grupos sociais.

Assim, para tratar do discurso do ódio como limite à liberdade de expressão, faz-se necessário traçar algumas considerações acerca da teoria dos limites dos direitos fundamentais.

São comumente abordados três tipos de limitações ou restrições aos direitos fundamentais: (a) as expressamente estabelecidas pela Constituição (b) as estabelecidas mediante leis por autorização expressa da Constituição (c) as estabelecidas tacitamente pela Constituição, derivadas de interpretação, para solução de casos concretos.

Relativamente às limitações que se operam diretamente por meio de prescrições constitucionais expressas, podem-se citar os exemplos dos incisos IV (que assegura a liberdade de pensamento, sendo vedado o anonimato) e XVI (que consagra ser plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar) do art. 5º da Constituição brasileira de 1988.

Como exemplo para a restrição que ocorre indiretamente, por meio de lei infraconstitucional autorizada pela Constituição, tem-se o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal ao dispor que: “é inviolável o sigilo das correspondências e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no

último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal”.

O primeiro tipo de restrição não encontra maiores problemas. Os desafios aparecem no processo de concretização por meio de interpretação de um direito fundamental quando entra em conflito com outro direito fundamental ou bem constitucional. Segundo Sampaio (1998), em termos sintéticos e generalizados, pode-se adotar como alternativas de solução para o conflito entre direitos fundamentais:

1. através do conceito de limites imanescentes, excluir-se-iam a priori, certos modos de exercício de proteção normativa;
2. através da justificação da restrição, em que resulta, no fundo, a teoria relativa do núcleo essencial;
3. mediante uma interpretação sistemática e unitária (*Ignácio de Otto y Pardo*); ou
4. usando-se um juízo de ponderação dos princípios/bens/valores constitucionais, conduzindo a uma “concordância prática” (*praktische Konkordanz*) com outro direito ou bens colidentes (SAMPAIO, 1998, p. 381).

3.1.1 Limites imanescentes

Na visão de José Carlos Vieira de Andrade (1998), os limites imanescentes são “fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recebe”, ou seja, “*limites máximos de conteúdo* que se podem equiparar aos limites do *objeto*, isto é, aos que resultam da especificidade do bem que cada direito fundamental visa proteger”, sendo classificados em limites imanescentes expressos e implícitos (ANDRADE, 1998, p. 215).

Esses limites podem ser expressamente manifestados no texto constitucional, como é o caso do n.º 1 do art. 45 da Constituição Portuguesa de 1976 que assegura o direito de reunião de forma pacífica e sem armas. Todavia, há limites que só podem ser determinados pela via interpretativa, por estarem implícitos no ordenamento constitucional: limites imanescentes implícitos.

Relativamente aos limites imanescentes implícitos, Andrade (1998) afirma que por vezes são considerados como conflitos de direitos e valores constitucionais ou como colisão de direitos, embora não se trate disso. Não há direito a ser invocado. Por exemplo: pode-se invocar a liberdade religiosa para promover sacrifícios

humanos, ou a liberdade de reunião para utilizar edifício privado, sem autorização? A liberdade de expressão pode ser utilizada pelo artista para justificar a morte de um autor no palco ou o pichamento de ruas?

O referido autor acredita que estas situações devam possuir tratamento diferenciado, pois: “É o próprio preceito constitucional que não *protege* estas formas de exercício do direito fundamental, é a própria constituição que ao anunciar os direitos exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situação” (ANDRADE, 1998, p. 2178).

Ao fim, os limites imanes são exclusões *a priori* de certas formas de exercício, seja por expressa e literal determinação constitucional, seja pelo afastamento determinado por cláusulas gerais como o “direito” ou “liberdade dos outros”, a “não perturbação”, a “amizade” ou “exigências mínimas da vida em sociedade”, autorizando o legislador a estabelecer tais fronteiras.

Há uma ampla discussão sobre os limites imanes, sendo amplamente criticados por não possuir amparo constitucional, colocando os direitos fundamentais a critério do legislador (OTTO Y PARDO, 1992 e MACHADO, 2002).

De fato, a teoria dos limites imanes deve ser vista com restrições, pois limita o processo de interpretação do operador do direito, dando a impressão que o legislador já fixou previamente todas as restrições possíveis aos direitos fundamentais. Simplifica questão complexa que não se resolve com uma resposta simplista/binária baseada no sim ou não. Não há um limite imane do direito à liberdade de expressão que oferece soluções apriorísticas para a resolução dos casos concretos. O fato de se considerar a utilização da liberdade de expressão para incitar a discriminação, exorbitando o direito à não-discriminação e culminando no discurso do ódio, é fruto do trabalho de hermenêutica constitucional operada pelo intérprete.

3.1.2 Conteúdo essencial

Canotilho (2003, p. 458-459) ao tratar do tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais refere-se a núcleo essencial e afirma que são necessários dois questionamentos para protegê-lo “(1) *qual o objeto de proteção*: o direito subjetivo

individual ou a garantia objetiva? (2) *qual o valor da proteção*: núcleo essencial é um valor absoluto ou depende da sua confrontação com outros direitos ou bens?".

Com relação ao primeiro questionamento, de acordo com a teoria subjetiva, não pode ser sacrificado o direito individual de uma pessoa, deixando de ter significado. Já para a teoria objetiva, a garantia geral e abstrata prevista na norma constitui o objeto de proteção do preceito, visando-se assegurar a eficácia do direito fundamental em sua globalidade.

Uma leitura possível acerca da interpretação objetiva seria a proposta por Fr. Klein citado por Robert Alexy (1993) segundo a qual:

[...] o art. 19 parágrafo 2 da LF proíbe que a vigência de uma disposição de direito fundamental seja reduzida de forma tal que perca toda importância para os indivíduos ou para a maior parte deles, ou, em geral, para a vida social (ALEXY, 1993, p. 287, tradução nossa).³¹

Para Canotilho (2003), não se pode abrir mão da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, permitindo-se, por exemplo, a prisão perpétua ou a pena de morte que representam aniquilação do direito subjetivo individual, violando o núcleo essencial do direito à liberdade ou do direito à vida. Por outro lado, ele admite a limitação dos direitos fundamentais, em virtude da função dos direitos na vida da comunidade. Estes assumem aspectos que não podem ser evitados, tal como as penas de prisão de longa duração para crimes graves, sem previsão se ainda restará algum tempo de liberdade para o prisioneiro. Uma teoria que despreze este aspecto, levando-se em conta apenas os direitos subjetivos individuais, não condiz com a realidade.

No mesmo sentido, Alexy (1993) defende a vinculação da teoria subjetiva com a objetiva. Assim, o parágrafo 2º do artigo 19 da Constituição alemã - o qual proíbe que o conteúdo essencial do direito fundamental seja afetado - pode ter uma interpretação objetiva, de forma a impedir que a disposição de direito fundamental seja reduzida, perdendo importância para os indivíduos ou para a vida social, mas esta deve aparecer ao lado de uma teoria subjetiva, sem desprezá-la.

Quanto *ao valor da proteção* (2), Canotilho (2003) ressalta que há também duas teorias. A absoluta, para a qual o núcleo essencial não pode ser relativizado ou

³¹ “[...] el artículo 19 párrafo 2 LF prohíbe que la vigencia de una disposición iusfundamental sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social”.

ponderado com qualquer direito ou interesse conflitante, e a relativa, segundo a qual o núcleo essencial resulta da ponderação entre direitos e bens constitucionalmente protegidos. Aqui, também, Canotilho (2003) não se filia a uma teoria isoladamente.

Para Alexy (1993), segundo a teoria relativa:

[...] O conteúdo essencial é aquilo a que se chega depois de uma ponderação. As restrições que dizem respeito ao princípio da proporcionalidade não lesionam a garantia do conteúdo essencial, ainda quando no caso particular não deixem nada do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial se reduz ao princípio da proporcionalidade (ALEXY, 1993, p. 288, tradução nossa).³²

Assim, no seu entendimento, as teorias relativas e absolutas não acrescentam novidade ao princípio da proporcionalidade. A garantia do conteúdo essencial prevista no parágrafo 2º do artigo 19 da Constituição alemã correspondente a uma parte do princípio da proporcionalidade, uma razão a mais em favor da sua validade.

E, ainda, acrescenta que no caso das gravações com fitas cassetes, o Tribunal Constitucional Federal alemão recorreu a um juízo de ponderação, confundindo os argumentos utilizados com as razões da teoria relativa, pois, nesta oportunidade, entendeu que a configuração da vida privada tem um peso maior que os interesses da comunidade. No entanto, a Corte alemã sugere a sustentação de uma teoria absoluta, na qual

Nem sequer os interesses dominantes da comunidade podem justificar uma intervenção no núcleo absolutamente protegido da configuração da vida privada, não cabendo uma ponderação de acordo com o critério do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 1993, p. 288, tradução nossa).³³

Para Alexy (1993) a vinculação da garantia do núcleo essencial com o princípio da proporcionalidade também ocorre em decisões que podem ser interpretadas segundo uma teoria relativa.

³² “[...] el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden ao principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce ao principio de proporcionalidad”.

³³ “Ni siquiera intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención em él núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; no cabe una ponderación de acuerdo com el criterio del principio de proporcionalidad”.

No caso³⁴ em que o Tribunal Constitucional Federal alemão teria que examinar disposições da Lei Federal que estabelece a internação em instituições de assistência social daquelas pessoas que padecem debilidades de vontade/carecem de inibições em sua vida instintiva/são descuidadas ou sofrem perigo de ser abandonadas, este entendeu que tal disposição afeta o conteúdo essencial. Isto, pois a liberdade da pessoa é um bem jurídico que somente pode ser restringido em virtude de razão especialmente importante, como a proteção da comunidade e do afetado. Considerou, ainda, que o presente caso não se tratava de uma coisa nem outra, mas da “melhoria do afetado”.

Dessa forma, a Corte constatou que: “Como o fim da melhoria de um adulto não pode bastar como razão relevante para privar da liberdade pessoal, o direito fundamental da liberdade fica afetado no seu conteúdo essencial” (ALEXY, 1993, p. 289)³⁵.

A Constituição Portuguesa de 1976, tal qual a Lei Fundamental alemã, possui dispositivo (art. 18, n.º3) que garante a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Ao contrário de Alexy (1993), Andrade (1998) entende que tal proibição não se pode reduzir a uma ideia de proporcionalidade, mesmo que resulte em resultados equivalentes. “Há aí uma proibição *absoluta*, um limite fixo, um mínimo de valor inatacável” (ANDRADE, 1998, p. 234).

A proibição absoluta a qual se refere o autor corresponde à ideia de dignidade da pessoa humana, que constitui a razão de ser da previsão do direito, sem a qual os indivíduos perdem sua qualidade de homens.

Sobre o valor da dignidade do homem, tece a seguinte consideração:

A dignidade do homem livre constitui para nós a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material. Se a existência de outros princípios ou valores (inegável numa constituição particularmente marcada por preocupações de caráter social) exige que os direitos possam ser restringidos (ou os limita logo no plano constitucional), a ideia do homem como ser digno e livre, que está na base dos direitos liberdades e garantias (a que se refere o art. 18), tem de ser vista como um limite absoluto a esse poder de restrição (ANDRADE, 1998, p. 234).

³⁴ BverfGE 22, 180 (220).

³⁵ “Como el fin de la mejoría de un adulto no puede bastar como razón relevante para privar de la libertad personal, el derecho fundamental da la libertad queda afectado en su contenido esencial” BverfGE 22, 180 (220).

Para finalizar a discussão acerca do núcleo essencial, Canotilho (2003) afirma que este se diferencia do princípio de proibição do excesso, pois quando se proíbe a pena de morte, não se cogita apenas da excessividade da mesma, mas pretende-se enfatizar que depois do cumprimento desta pena, o direito à vida é eliminado. Isto também ocorre quando se discute a possibilidade da prisão perpétua. A idéia não é somente a de salientar seu caráter desproporcional, uma vez que:

A liberdade está sujeita à ponderação de direitos e bens, mas afirmar-se um núcleo absoluto significa só isso: **o valor liberdade individual é constitutivo da ordem constitucional**. É este o sentido que parece estar presente no projeto de Constituição Européia, onde se estabelece (art. II-52) que 'qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades' 'deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades' (CANOTILHO, 2003, p. 461, grifo nosso).

No caso de utilização da liberdade de cátedra para fazer apologia de crime, ou incitar a discriminação contra negros, homossexuais ou pobres, pergunta-se: Qual seria o objeto de proteção do direito fundamental da liberdade de expressão: o direito subjetivo individual da liberdade de expressão ou a proteção da garantia geral e abstrata prevista na norma? Qual o núcleo essencial do direito fundamental à liberdade de expressão? Depende da confrontação com o direito à não-discriminação?

As teorias que versam sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais mostram-se confusas, tentando os autores corrigir suas imperfeições através de exceções. Todavia, sempre haverá exceções desencadeadas pela complexidade da vida em sociedade. Cabe ao operador do direito tentar solucionar as questões que lhe são postas mediante interpretação jurídica que não leve em consideração apenas o valor da liberdade individual, mas todos os valores e princípios constitutivos da ordem constitucional, tais como o da igualdade e da reciprocidade, ou seja, o tratamento de todos os cidadãos e grupos com *igual consideração e respeito*.

Para que se encontrem os limites dos direitos fundamentais, adotando-se ou não a teoria dos limites imanentes ou a do núcleo essencial, necessário se faz um exercício de compatibilização ou de esforço de convivência entre os direitos que estejam em confronto entre si ou com outros interesses da coletividade.

3.1.3 Interpretação sistemática e unitária - Ignacio de Otto Y Pardo

Otto y Pardo (1988) propõe uma interpretação sistemática e unitária da Constituição na qual não é necessária ponderação alguma de bens e valores, nem conseqüentemente hierarquização desta natureza. Para ele, no entanto, cabe o exame pormenorizado de cada uma das normas³⁶, com a exegese dos preceitos constitucionais em presença, determinação de seu objeto próprio e do conteúdo de seu tratamento jurídico.

O autor critica o recurso à ponderação de bens, considerando-o problemático, pois não se trata simplesmente de cotejar os direitos em conflito e decidir qual é o mais valioso. Adverte para o perigo do tribunal, ao fundamentar suas sentenças, valer-se de uma prioridade discricionária dos valores e hierarquização dos mesmos, adotando-se qualquer postura.

Para Otto y Pardo (1988, p. 117) a prioridade dos valores tem de resultar da própria Constituição, “tese que se exemplifica com o art. 33 no qual a prioridade do fim social sobre a propriedade privada e a herança fica expressamente estabelecida”. Nestes termos critica o entendimento diverso adotado pelo Tribunal Constitucional espanhol na Sentença 120/1983.

Tratou-se de uma greve de professores do Liceo Sorolla, um centro de ensino privado, durante o período de exames de Setembro. Durante o transcurso da greve, o centro, em contrapartida, contratou professores para aplicá-los. Os grevistas insurgem-se contra tal fato enviando, aos pais dos alunos, carta na qual denunciam a falta de qualificação dos examinadores e advertem sobre a possível nulidade das provas. Diante disto, os grevistas são despedidos pelo Liceo Sorolla.

Tanto a jurisdição laboral como a constitucional consideraram lícita a despedida, afirmando que a liberdade de expressão não está apenas limitada nos

³⁶ “El primer elemento para la determinación del contenido del derecho es, em consecuencia, la identificación del ámbito de la realidad aludida, fijar qué habrá de entenderse por asociación o por reunión pacífica y sin armas, y diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido em el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger, por ejemplo, excluyendo de la reunión el simple estar juntos o de la información la propaganda comercial”. “O primeiro elemento para a determinação do conteúdo do direito é, em conseqüência, a identificação do âmbito da realidade aludida, fixar o que há de se entender por associação livre e sem armas e diferenciá-lo daquilo que não pode ser considerado incluído no preceito por não pertencer ao que este específicamente quer proteger, por exemplo, excluindo da reunião o simples estar juntos ou, da informação, a propaganda comercial” (OTTO Y PARDO, 1992. p. 142, tradução nossa).

termos que resultam do art. 20.4 da Constituição, mas que:

[...] seu exercício deve embasar-se, em qualquer caso, em uma das pautas de comportamento que o art. 7º do Código Civil expressa com caráter geral ao precisar que os direitos deverão exercitar-se conforme as exigências da boa-fé (OTTO Y PARDO, 1992. p 113, tradução nossa).³⁷

O art. 20.4 da Constituição espanhola de 1978 dispõe que: “Estas liberdades têm seu limite no respeito aos direitos reconhecidos neste Título, nos direitos das leis que os desenvolvem e, especialmente, no direito à honra, à intimidade, à própria imagem e à juventude e infância”.

Otto y Pardo (1988) sustenta que o fundamento da Sentença 120/1983 é inadmissível, pois, junto aos limites constitucionais expressos, situa-se um novo limite da liberdade de expressão (a boa-fé) em pé de igualdade aos aludidos no art. 20.4 da Constituição.

Nesse sentido, ele aponta a ausência de fundamento para que se possa equiparar a boa-fé aos direitos fundamentais e às liberdades públicas. Portanto, designá-la como limite equiparável àqueles contidos no art. 20.4 da Constituição, equivale a colocar, no plano constitucional, bens que se encontram em um nível inferior.

A Constituição Federal de 1988 garante no art. 5º, X a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Ao mesmo tempo, determina que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa embaraçar a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º IV, V, X, XIII e XIV” (art. 220 §1º).

O que quer a Constituição com esses dispositivos? Fixar prioridade entre os valores envolvidos? A exegese do art. 220 §1º implica o relacionamento mútuo entre liberdade de expressão e informação e os direitos da personalidade, honra, intimidade, vida privada e imagem. A Constituição não estabelece prioridade entre estes direitos, não havendo prevalência *a priori*, em abstrato, de uma norma sobre outra. Conforme nos informa Farias (2000), o que ocorre neste caso é a fixação expressa de limites a um direito fundamental, ou melhor, “aqueles direitos de

³⁷ “[...] su ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7º del Código civil expresa con carácter general al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

personalidade estão consagrados também como limites à liberdade de expressão e informação” (FARIAS, 2000, p. 158).

3.1.4 Juízo de ponderação dos princípios/bens/valores constitucionais

Após a Segunda Guerra Mundial, a nova Corte Constitucional alemã, preocupada com os horrores ocorridos, resolve adotar uma postura humanística, passando a afirmar valores inerentes à Constituição, que deveriam ser utilizados na interpretação, para legitimar a nova ordem. “A partir de então, para que a legislação não fosse qualificada como injusta, deveria coadunar-se com um catálogo de valores universalmente reconhecidos” (CRUZ, 2004, p. 159).

O Tribunal Constitucional Alemão utiliza o valor da dignidade da pessoa humana como norte de interpretação no conflito entre direitos fundamentais.³⁸ Este constitui o ápice da hierarquia de valores, não podendo ser ponderado com nenhum outro valor. “Seria a base material para configuração de todos direitos fundamentais e suporte para realização da personalidade humana” (CRUZ, 2004, p. 159).

Posto a salvo o valor da dignidade humana, por sua máxima hierarquia entre os valores constitucionais, a colisão entre direitos passou a ser resolvida pela sua densidade ou peso hierárquico demonstrado em cada situação. Este processo de solução começou a receber denominações variantes, sendo a mais conhecida a empregada pelo ex-juiz do Tribunal alemão, Konrad Hesse (1998), que o chama de “concordância prática”.

Conforme ressalta Inocêncio Mártires Coelho (1997), o princípio da concordância prática impõe-se na interpretação da Constituição, pois:

[...] os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto (COELHO, 1997, p. 91).

³⁸ Alexy discrepava da Corte Constitucional alemã, vez que a ponderação de valores exigiria uma relativização de todos os direitos fundamentais, inclusive o da dignidade humana. Assim, não haveria um núcleo absoluto/intangível de valores fundamentais que compusesse uma dimensão substantiva dos trabalhos da Corte Alemã. Ver a respeito: (ALEXY, 1993).

Alexy (1993), embora discordando da hipostasia da dignidade da pessoa humana, tentou formular uma teoria que explicasse a prática do Tribunal, estabelecendo definição do direito fundamental como princípio ou mandado de otimização, cujo conflito com outro direito fundamental ou bem coletivo seria resolvido com base na lei de ponderação, definida da seguinte forma por Alexy (1993, p. 161): "Quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, maior tem que ser a importância da satisfação do outro".

A lei de ponderação prevê duas situações distintas: a primeira corresponde à aplicação parcial de dois princípios simultaneamente, de forma que a prevalência de um princípio não afaste a incidência do outro; na segunda, ocorre a preferência de um princípio à custa da aplicação do outro. Esta situação deriva da lei de colisão de Alexy (1993).

A escolha dos princípios não se dá de maneira arbitrária, mas é pautada pelo "princípio da proporcionalidade", que impõe ao intérprete do Direito a obrigação de utilizar meios adequados e proporcionais aos fins visados. É o que se depreende da relação ente meio e fim frisada por Bonavides (2004, p. 393):

O princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relações adequadas entre uns ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta última acepção, há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.

Paulo Bonavides (2004) afirma que a doutrina alemã desdobra este princípio em três subprincípios: o da adequação, por meio do qual há exigência de um meio idôneo e correto para se atingir o fim; o da necessidade, significando a procura de um meio menos restritivo dos direitos fundamentais em presença ou menos gravoso ao cidadão; e o da proporcionalidade em sentido-estrito, que envolve a ponderação das vantagens e desvantagens do meio empregue em relação ao fim.

Relativamente ao princípio da adequação, Machado (2002, p. 2002, p. 734) chama atenção para o fato de que este afasta a aplicação de métodos intuitivos e especulativos da aplicação dos direitos e liberdades, pois aplicar tal princípio significa "investigar a existência da relação *causa-efeito* empiricamente referenciável, comprovável entre a utilização de um determinado meio e a prossecução de um determinado fim".

Assim, não basta alegar que a utilização de materiais pornográficos proporciona um aumento de violência sobre as mulheres para justificar sua restrição. A causalidade diferencia-se da correlação. A correlação entre a pornografia e violência sexual não implica em um nexo de causalidade entre estes dois fenômenos.

Edílson Pereira de Farias (2005) refere-se a um dos casos de maior repercussão submetido à Corte Constitucional alemã: o chamado *caso Lebach*, de 5 de junho de 1973, em que se discutiu a problemática referente à liberdade de imprensa.

No presente caso, um dos envolvidos no homicídio conhecido como o *assassinato dos soldados de Lebach*, próximo de ser solto da prisão, formulou pedido de proibição de exibição de filme, sob o fundamento de que a divulgação lesava os seus direitos de personalidade e dificultava sua ressocialização, uma vez que era citado nominalmente no filme. Este seria exibido pelo *Segundo Canal de Televisão* e reconstituiria o crime vários anos depois da sua ocorrência.

Negado o pedido liminar pelo Tribunal Estadual de Mainz e, posteriormente, pelo Tribunal Superior de Koblenz, a Corte Constitucional deu provimento ao recurso constitucional.

Na ponderação realizada neste caso, não foi atribuída primazia absoluta a um ou outro direito ou princípio. O Tribunal reconheceu o direito à liberdade de imprensa com a condição de que o filme fosse divulgado sem a identidade dos criminosos. O direito à liberdade de expressão foi “atenuado” em razão do direito à intimidade e do direito de ressocialização dos criminosos, não ocorrendo a preferência de um princípio à custa da aplicação do outro, mas a aplicação parcial de dois princípios (liberdade de imprensa e o direito de personalidade) simultaneamente.

Conforme informa Sampaio (2003), a jurisprudência tem sido um elemento decisivo na elaboração do princípio da razoabilidade.³⁹ Tanto que, em alguns países prefere-se o princípio da proporcionalidade, em outros, o uso mais constante é o da razoabilidade. Ainda, há sistemas que não utilizam nenhum dos termos, mas o sentido de ambos está presente nas decisões judiciais.

³⁹ José Adércio Leite Sampaio, em trabalho intitulado “O Retorno às Tradições: A razoabilidade como Parâmetro Constitucional”, realiza uma profunda análise do tratamento do princípio da razoabilidade em diversas Cortes constitucionais identificando-o com o princípio da proporcionalidade (SAMPAIO, 2003. p. 45-102).

Na sentença de 27-04-1995, proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *Piermont v. França*, não há preferência pelo termo razoabilidade ou proporcionalidade, mas fica ilustrada a ausência de meio adequado para realização do fim visado e, em especial, é consagrado o princípio da liberdade de expressão.

Nesse caso específico, a Senhora Dorothee Piermont, cidadã alemã, membro do Parlamento Europeu, ambientalista e pacifista, participa em 1986 da tradicional marcha de 1 de março nas ruas de Faaa, ao lado da cidade de Papeete, no Tahiti (Polinésia Francesa), tradicionalmente organizada pelos movimentos de independência das colônias francesas e movimentos anti-nuclear. Durante a demonstração, Piermont denuncia a continuação do teste nuclear e da presença da França no Pacífico, na Polinésia, com os testes de Mururoa.

Após a manifestação pública, Piermont recebe ordem de expulsão do governo da Polinésia Francesa, no dia dois de março, e tem a sua entrada proibida no território, pelo risco de “desordem pública”, sob o fundamento de que suas declarações durante a manifestação significavam ataque à política francesa (momento em que ocorria campanha para eleições da Assembléia Nacional Francesa). A expulsão foi dada quando ela já tinha pegado seu assento no avião.

O Tribunal Europeu afirmou que a liberdade de expressão constitui base essencial de uma sociedade democrática e condição básica para seu progresso. Segundo a Corte, a liberdade de expressão prevista no art. 10 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEPDLF) é aplicável a informações ou idéias que sejam favoravelmente recebidas ou vistas como inofensivas, mas também àquelas que sejam dissonantes.

O Tribunal entendeu que as declarações da Sra. Piermont foram feitas durante uma demonstração pacífica, não incitando a violência ou a desordem. Seu discurso foi uma contribuição para o debate democrático na Polinésia, pois uma pessoa que se opõe a idéias oficiais deve ter o seu espaço na arena política.

Por fim, conforme o julgado, a ordem de expulsão fere o exercício da liberdade de expressão prevista no art. 10 da CEPDLF, uma vez que a demonstração pública não foi seguida por desordem, nem provocou inquietação. Tal ordem não se configurou em meio adequado para assegurar o interesse público e a sustentação da integridade nacional, principalmente porque foi ordenada no dia seguinte a uma manifestação pacífica.

Com relação ao regramento proporcional, além da sua utilização pela

jurisprudência, verifica-se a importância do tratamento da razoabilidade pelo legislador, como elemento indispensável à feitura da lei.

Segundo Sampaio (2003), na França, durante a década de 70 do século XX, o Conselho Constitucional desenvolveu a técnica do *erreur manifeste d'appréciation* do Parlamento como instrumento de censura de legitimidade da futura lei, utilizando-se da proporcionalidade, embora sem empregar a palavra. A técnica passou a ser utilizada recorrentemente para identificar arbitrariedades cometidas pelo legislador. Após, nos anos 90, o controle de razoabilidade da decisão legislativa superou o “erro manifesto”, tendo o Conselho exigido que as discriminações criadas pelo legislador se estabelecessem mediante critérios “objetivos e racionais.”⁴⁰

Cumprido destacar, por fim, que a técnica da ponderação recebe críticas, podendo-se ressaltar, especialmente, as de Habermas (1997) e Günther (2004).

Para Habermas (1997), Alexy (1993) não considera os princípios e normas como enunciados deontológicos, visando ao que é devido, mas como valores - enunciados teleológicos - visando ao que é melhor, ao que é bom. Numa situação concreta, portanto, uma ação orientada por valores leva a uma preferência entre os mesmos, os valores não são aplicados como as normas, mas passam por um teste de preferência, são priorizados.

Habermas (1997) questiona o tratamento axiológico dos princípios, pois entende que estes não devem se submeter a uma escala de valores em que estariam concorrendo entre si para ser aplicados, mas ao código binário do lícito/ilícito, devendo o intérprete do direito procurar o princípio que se adequa à situação.

Assim, nessa perspectiva, Habermas (1997, p. 251-252)⁴¹ entende que Alexy acaba confundindo o direito com a moral, pois “o juiz preenche seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são cobertos pela autoridade do direito.”

⁴⁰ A decisão n.º86.217 do Conselho de Estado Francês, de 18 de setembro de 1986, afirma o valor do pluralismo de expressão das correntes sócio-culturais como objetivo da dignidade constitucional, mas censura a lei relativa à liberdade de comunicação por entender que não toma medidas necessárias para a realização desses objetivos.

⁴¹ “O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos os casos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, ‘correto’ é quando partimos de um sistema de normas válidas e a ação é *igualmente boa para todos*, ao passo que numa constelação de valores, típica de uma cultura ou forma de vida, é ‘correto’ o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, **é bom para nós**” (HABERMAS, 1997, p. 317, grifo nosso).

Tal jurisprudência de valores levanta realmente o problema da legitimidade, [...]. Ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional em um estado de legislação concorrente. Perry chega a esta conclusão reinterpretação os direitos fundamentais, que deixam de ser princípios deontológicos do direito para se tornarem bens teleológicos do direito, formando uma ordem objetiva de valores, que liga a justiça e o legislador à eticidade substancial de uma determinada forma de vida (HABERMAS, 1997, p. 320).

Diferentemente de Alexy (1993), Günther (2004) entende que as ponderações entre princípios ou bens somente podem ser realizadas no momento de justificação da norma. Pretendendo diferenciar o momento de fundamentação do momento de aplicação de uma norma, questiona-se acerca da possibilidade de fundamentação da validade de uma norma independentemente das situações de aplicação. A resposta é negativa, ou seja, o legislador, na feitura da norma, vislumbra situações de aplicação da mesma para que possa fundamentá-la. É neste momento que realiza as ponderações dos valores envolvidos. Assim, uma fundamentação seria vazia, se não considerada hipóteses de aplicação.

No entanto, no momento da aplicação, não deve haver ponderação, devendo o intérprete do direito se ater ao princípio da universalização:

Se a potencial universalização consistir em que eu me coloque no lugar do afetado e reflita se poderia aceitar o princípio proposto, a partir da sua perspectiva, as conseqüências da ação pretendida na respectiva situação se tornarão prioritariamente relevantes para as *necessidades e preferências* do outro (GÜNTHER, 2004, p. 329).

Günther (2004) alerta para o perigo de se utilizar a teoria de Alexy (1993), confundindo-se um modelo de valor em uma teoria da estrutura da norma.

A concepção dos princípios de Alexy, como mandamentos de otimização havia-nos alertado quanto ao perigo que poderá surgir ao se projetar, por exemplo, um modelo de valor em uma teoria de estrutura da norma. A decisão por uma norma adequada se reduz, neste caso a uma decisão pelo estado relativamente melhor que, na respectiva situação, também será ótimo. O problema assim aludido consiste no perigo de se introduzir, no momento de se determinar a estrutura de argumentação, os critérios matérias que, por si próprios, deveriam constituir tema de argumentação de adequação (GÜNTHER, 2004, p. 351, 352).

No mesmo sentido que Habermas (1997), Günther (2004)⁴² entende que Alexy, ao compreender o direito como uma ordem concreta de valores, não percebe a diferença entre as atividades legislativa e jurisdicional, pois, pressupondo uma interpretação teleológica de princípios, reduz o problema da fundamentação a fundamentação de decisões de preferência. Assim, Günther (2004) acredita que a precedência de um princípio “resulta de um preceito de preferência relativo ao caso passível de ser fundamentado segundo a lei de ponderação, de tal modo que a dimensão de preferência de um princípio dependerá da importância do outro” (GÜNTHER, 2004, p. 51).

3.2 Discurso do ódio como argumento possível de limitação da liberdade de expressão na situação hermenêutica do caso concreto

A resolução de conflitos entre direitos fundamentais não se resolve mediante o manejo isolado dos métodos mencionados no capítulo anterior, mas na concepção de que, conforme enuncia Sampaio (2005), devemos afastar a tese da clareza semântica presente no aforismo *in claris cessat interpretatio*, pois todos enunciados de normas são carentes de interpretação.

Nesse sentido, curiosamente se manifesta Sampaio (2005):

E se dizemos que não apresentam dúvidas, que são óbvias, isso já é uma interpretação. A clareza ao ser questionada pode revelar surpresas e indefinições. Nada melhor do que um “porquê” para desfazer as falsas certezas (SAMPAIO, 2005, p. 395).

Dessa forma, a interpretação é um processo aberto e não uma mera subsunção da norma ao fato, sendo o legislador o primeiro precursor da interpretação constitucional que vai se concretizando através de um processo de

⁴² Para uma análise da teoria de Klaus Günther, vide “Teoria da Argumentação: no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação” (GÜNTHER, 2004) em que o autor diferencia a situação de fundamentação da situação de aplicação de uma norma. No primeiro momento, também chamado de discurso de justificação, o legislador vislumbra possibilidades de aplicação da norma, para fundamentar a sua validade, ponderando princípios, segundo o princípio da “universalidade” em sentido fraco. No segundo momento, busca-se a adequação da norma, sob o princípio da imparcialidade e segundo critério formal da coerência.

*living constitution*⁴³, a práxis co-determina a teoria. Abertura esta que se faz tanto objetivamente, no tocante às orientações hermenêuticas, quanto subjetivamente, em relação aos intérpretes constitucionais.

Assim, os legisladores e juizes não são os únicos intérpretes da Constituição, ou melhor, não são apenas os intérpretes jurídicos que detêm o monopólio da interpretação. “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou, até mesmo diretamente, um intérprete desta norma” (HÄBERLE, 2002, p. 15).

A ampliação do círculo de intérpretes, sustentada por Häberle (2002), dá conta que o processo interpretativo, em ambiente democrático constitucional, não se resume a uma práxis estatal ou é realizado apenas pelos “intérpretes oficiais”, uma vez que neste processo estão incluídos os cidadãos, partidos políticos, órgãos estatais, opinião pública e, especialmente, os destinatários das normas.

Essas considerações são suficientes para que se rejeite qualquer tentativa de incorporar limites a priori ou imanentes à liberdade de expressão, pois servem como redução das fronteiras das possibilidades interpretativas. Com o advento do giro lingüístico (*linguistic turn*), a linguagem não é mera representação da realidade, mas constitutiva da mesma. O enunciado lingüístico tem relativa importância, pois deve ser considerado em seu contexto.

Uma vez que a situação hermenêutica comporta riqueza de detalhes, o discurso do ódio surge como argumento possível de limitação da liberdade de expressão na situação hermenêutica do caso concreto. Em sendo assim, todas as circunstâncias que envolvem um caso concreto devem ser levadas em consideração.

Nesse sentido, Günther (2004, p. 22) ressalta o aspecto da verificação das circunstâncias relevantes afirmando que “se deixarmos de considerar um aspecto essencial da situação, ou não o consideramos adequadamente, poderá haver importantes conseqüências morais”. Levar em consideração significa, para Günther, que todas as situações trazidas pelos participantes foram problematizadas no nível do discurso.

Predestinada à superação do positivismo, essa orientação hermenêutica exige do operador do direito um trabalho científico tendo como fundamento os

⁴³ Para uma análise aprofundada da presente expressão, veja: (REHNQUIST, 2006).

princípios. Havendo um conflito que envolva o princípio da liberdade de expressão e o princípio da não-discriminação, a solução para o caso depende de interpretação constitucional que harmonize os princípios da autonomia individual, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da reciprocidade, e respeite a integridade do direito, considerando os precedentes judiciais e as circunstâncias envolvidas no caso concreto.

Nessa esteira de entendimento, Dworkin (2003a) formula a idéia segundo a qual o direito é “uma atitude interpretativa”, devendo os princípios ser aplicados não aleatoriamente, mas caso a caso.

Segundo Dworkin (2003a), o direito é composto não apenas por normas, mas por princípios, de acordo com a concepção de integridade, cujo conceito se atrela diretamente aos conceitos de justiça, equidade e igualdade.

Segundo Dworkin a integridade é um ideal político segundo o qual o Estado ou a comunidade devem atuar enquanto agentes morais, no sentido de que suas ações precisam ser compatíveis com um conjunto de princípios ‘mesmo quando seus cidadãos estão divididos a respeito do que os princípios corretos de justiça e imparcialidade realmente são’ (DWORKIN apud CITTADINO, 2004. p. 153).

Decorre dessa “atitude interpretativa” que nenhum dos direitos fundamentais se encontra isolado no ordenamento jurídico. Tanto eles, quanto outros bens constitucionalmente protegidos, concorrem conjuntamente, ocasionando uma influência recíproca que contribui para delimitar seus respectivos conteúdos. Todavia, é possível que no caso concreto (no marco de um processo judicial) os direitos fundamentais colidam entre si ou com outros bens constitucionalmente protegidos, como pode ocorrer entre a liberdade de expressão e a não-discriminação.

A “situação de colisão” ou “situação de eventual conflito”, conforme a denomina Alarcón (2004), envolve antinomias. De acordo com o referido autor, uma antinomia ou contradição normativa ocorre quando, no sistema jurídico, existem duas ou mais normas que estabelecem conseqüências normativas incompatíveis entre si, ou melhor, não podem ser observadas simultaneamente.

Ainda que se apresentem como uma patologia para os juristas, as antinomias são uma conseqüência natural do dinamismo do sistema jurídico e, embora sejam freqüentes, não significa que não se exija uma solução para elas.

Afim de analisá-las, Peces-Barba (1991) assinala a conveniência de apresentar a distinção que se faz na Teoria do Direito entre: i) antinomias em abstrato, próprias do discurso de validade e ii) antinomias contingentes ou em concreto, próprias do discurso de aplicação.

Para Alarcón (2004), as antinomias abstratas ou próprias do discurso de validade ocorrem quando duas ou mais normas se sobrepõem conceitualmente, de forma tal que sempre que se pretenda aplicar alguma, haverá o conflito com as demais. Pode-se exemplificar com uma norma que proíba a pena de morte e outra que permita aplicá-la em caso de traição à pátria. Neste caso, ou uma das normas é inválida ou a outra opera como uma exceção constante frente à primeira.

Ao contrário, destaca Sanchís (2003) que as antinomias próprias do discurso de aplicação não permitem definir em abstrato a contradição entre as normas. Somente na presença de um caso concreto pode-se perceber a concorrência de normas e, somente neste momento de aplicação, há que se justificar porque se opta a favor de uma ou outra. Opção que pode ter um diferente resultado em caso distinto.

A norma que autoriza a se expressar livremente e a norma que proíbe discriminar são duas normas válidas que em princípio resultam coerentes. Caso haja o conflito entre ambas, não há que se contar com uma regra segura para os eventuais conflitos, não sendo possível determinar *a priori* os critérios que permitam fazer prevalecer uma a outra norma.

Assim, o discurso do ódio, que envolve o conflito entre a liberdade de expressão e a não-discriminação, vindo a ser caracterizado, sobretudo em virtude de suas peculiaridades, que serão aqui apresentadas, pode constituir-se em limite à liberdade de expressão, fazendo prevalecer o princípio da não-discriminação.

Por tratar-se de antinomias em concreto ou próprias do discurso de aplicação, as situações de colisão entre direitos fundamentais não podem ser resolvidas em abstrato, nem eliminando-se alguns dos direitos ou bens jurídicos em conflito.

A solução para os ditos conflitos, que envolvem normas de igual hierarquia, está em cada caso concreto, sendo possível que a solução que se adote em determinado caso seja distinta da adotada em outro, apesar dos direitos e bens jurídicos envolvidos serem os mesmos.

Para aqueles que acreditam que o ódio pode ser controlado pelo legislador, Arthur Fish (1989) entende ser possível a adoção de leis confiáveis que imponham

penalidades na difusão do ódio. No entanto, isto não quer dizer que possam ser redigidas distinguindo-se perfeitamente o exercício legítimo e ilegítimo da liberdade de expressão, pois as leis que afetam este direito fundamental devem ser interpretadas e contextualizadas de forma abrangente, no aspecto político, social, econômico, filosófico, histórico e jurídico, dentre outros.

De fato, as leis podem ser eficazes no combate ao discurso do ódio, mas não como um fator isolado, pois não há norma que possa reger e esgotar todas as situações enfrentadas. Faz-se necessária a sua concretização mediante processo de interpretação que considere as peculiaridades do caso concreto, que, por sua vez, serão submetidas à análise jurisprudencial⁴⁴.

3.2.1 Definição do discurso do ódio

A era moderna admite situações excepcionais em que se torna necessário analisar com maior profundidade os casos postos à discussão. Estas situações se revelam complexas, dentre as quais as que se relacionam ao “*hate speech*”⁴⁵.

Kevin Boyle (2001) ressalta que o discurso do ódio é um tema problemático, principalmente porque não tem como objetivo exclusivo a questão racial. Está-se diante de dois direitos fundamentais em uma sociedade democrática: a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. É preciso defender a liberdade de expressão, fundamental para uma democracia, sendo esta definida como controle popular do governo. Uma vez que o povo não possa expressar seu ponto de vista livremente, o controle popular não se realiza. Portanto, a liberdade de expressão é garantida evitando-se a censura governamental aos discursos e à imprensa. Ao mesmo tempo, faz-se necessária a defesa da igualdade política, elemento central da democracia, que se atinge mediante a proibição de discriminação ou de exclusão de qualquer tipo (inclusive a promovida pelo discurso do ódio), que negue a alguns o

⁴⁴ O juiz desempenha um importante papel de concretização constitucional, tendo sido positivado no Brasil o dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas, conforme enuncia o art. 93, inciso IX.

⁴⁵ Utiliza-se *hate speech* no mesmo sentido de “discurso do ódio”, por se tratar de expressão recorrentemente utilizada na discussão do tema aqui desenvolvido. O *hate speech* também é empregado por uma questão de leveza literária e lingüística.

exercício de direitos, incluindo o direito à participação política.

Mas o que vem a ser exatamente o discurso do ódio?

O discurso do ódio se caracteriza por qualquer expressão que desvalorize, menospreze, desqualifique e inferiorize os indivíduos. Trata-se de uma situação de desrespeito social, uma vez que reduz o ser humano à condição de objeto.

Não basta uma mera discordância a respeito dos *estilos de vida*, ou discriminação com relação ao sexo, raça, nacionalidade, opção sexual ou condição social de outrem. O simples fato de manifestar implicância para com negros, homossexuais, judeus, mulheres, índios e pobres não basta para que a ação se subsuma ao *Hate Speech*. A atitude de marginalização insufla o “desrespeito pelo diferente” (discriminação), o que resulta no discurso do ódio.

Não se quer dizer que as atitudes referidas estão de acordo com a moral ou a ética da comunidade, ou que não sejam reprováveis do ponto de vista jurídico. Ao contrário, tais ações devem ser reprovadas, pois implicam em diferenciação que não está amparada pela ordem constitucional.

Segundo Thweatt (1972), alguns acreditam que o ódio é profundamente enraizado na natureza humana, outros crêem que este pode ser controlado pelo legislador e por decisões judiciais. Ainda, existem aqueles que defendem a eliminação deste mediante treinamentos e condicionamentos, visando a compreensão de suas características. Por fim, alguns especialistas sugerem trabalhar em projetos compartilhados, onde todas as partes envolvidas estejam engajadas em eliminar o ódio.

Thweatt (1972) conceitua o ódio como a desvalorização do outro, a falta de reconhecimento dos valores e da própria razão do ser individual e da coletividade. Embora possa ter a natureza de discriminação pela raça, cultura, orientação sexual, gênero, crença, condição econômica ou outras motivações, é o indivíduo que se torna a vítima e experiencia o dano que o ódio impõe.

Visando superar os efeitos deletérios proporcionados pelo ódio, o pensamento humano deve se voltar para valores intrínsecos, equacionados pela racionalidade e concebidos na proposta de Escámez (2005) que implica na “tolerância como uma resposta frente à humilhação das sociedades modernas” (ESCÁMEZ, 2005, p.11).

Avaliando a complexidade das sociedades modernas, identificamos as relações individuais tornarem-se mais plúrimas e difusas, surgindo pontos e

questões antes não antevistas, os quais resultam em nova problematização. A amplitude do debate sobre o ódio implica, necessariamente, no desconhecimento de seu próprio conteúdo ou essência, o qual remete à tentativa do ser humano de controlar a sua própria natureza pelo poder.

Nesse contexto, o debate sobre a liberdade de expressão e discurso do ódio vem adquirindo relevância atual, sobretudo em função da nova fronteira eletrônica de comunicação, a Internet, que permite às idéias alcançarem um grau anteriormente reservado apenas às grandes empresas de comunicação.

Segundo Machado (2002), a imposição de restrições à liberdade de expressão na Internet é um problema controvertido, pois esta se expandiu de uma maneira relativamente subtraída à censura, e, no entanto, com a generalização de sua utilização, surgem questões concernentes à garantia de bens constitucionalmente protegidos.

É o caso de grupos de usuários da internet que pregam intolerância racial e sexual. Jovens se reúnem nos chamados “sites de relacionamentos” com objetivo de incitar o ódio contra determinados seguimentos sociais, a exemplificar por judeus, homossexuais, negros e nordestinos. A questão é que não há regras jurídicas amadurecidas para que seja fiscalizado o conteúdo e a formalização das mensagens que eles emitem e divulgam.

O Brasil tipifica constitucionalmente o racismo como crime⁴⁶. No entanto, segundo o noticiado, o maior entrave do governo brasileiro encontra-se no fato de que, o Orkut, um dos maiores *sites* de relacionamentos, responsável pela maioria das denúncias contra racismo na Internet, está sediado nos Estados Unidos (EUA), seguindo a legislação norte americana, na qual se concede ampla garantia à liberdade de expressão.⁴⁷ Desta forma, a direção do *site* no Brasil nega-se a informar às autoridades a identidade dos criminosos.⁴⁸

No momento, a discussão a respeito da expressão e incitação do ódio encontra-se sob os “holofotes da mídia” (SARMENTO, 2006, p. 208), em virtude de publicações de charges contendo caricaturas do profeta Maomé em jornal

⁴⁶ O art. 5º da Constituição Federal de 1988 em seu inciso XLII prevê que: a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

⁴⁷ Em capítulo próprio será discutida a peculiaridade dos Estados Unidos no tratamento da liberdade de expressão e o problema do *Hate Speech*.

⁴⁸ COUTINHO (2005).

dinamarquês. O fato rendeu manifestações, boicotes econômicos, multidões enraivecidas e ameaças de morte, fúria e discórdia, chegando-se até mesmo a se cogitar no que o jornalista dinamarquês Fleming Rose chamou de *choque de civilizações*⁴⁹ entre as democracias seculares e as sociedades islâmicas⁵⁰.

Segundo Sarmiento (2006), formou-se logo dois lados opostos, os que defendem que a liberdade de expressão foi exercida legitimamente em nome de máximo interesse público - aumento de conflitos em razão do fundamentalismo religioso - e os que acreditam que as charges caracterizaram além de ofensa à religião islâmica (a tradição do Islã proíbe que as feições de Maomé sejam desenhadas) incitação ao preconceito contra os árabes, mostrando o profeta como um terrorista e ressaltando o estereótipo negativo dos muçulmanos.

Embora as condições tecnológicas sejam favoráveis para uma melhor comunicação mundial, o diálogo parece estar se tornando pior, pois o fanatismo e a intolerância diminuem as chances do mesmo. Mais que diferenças culturais entre nações, o fato é crucial, pois coloca em relevo um importante foco de separação entre o Ocidente e o Islã: a liberdade de expressão e a incitação do ódio.

Cabe, então, indagar: quais os limites da liberdade de expressão? Quando pode o Judiciário determinar a sua restrição sem que isso signifique o comprometimento do regime democrático em vigor? Nosso deslinde para a questão não pode ser uma resposta simplista, pois o tema envolve aspectos importantes em uma sociedade pluralista.

O tema será abordado partindo-se da concepção de que a liberdade de expressão não é absoluta, devendo ser regulada em diversos aspectos da vida em sociedade, como no caso do discurso do ódio, e trabalhando o horizonte da busca pelo reconhecimento mútuo dos seres humanos, do pluralismo e da tolerância.

3.2.2 Efeitos do discurso do ódio

Muito se discute na doutrina a respeito dos efeitos maléficos que o discurso do ódio provoca em suas vítimas.

⁴⁹ Expressão cunhada pelo cientista político e professor de Harvard, Samuel Huntington que escreveu livro com tal titulação.

⁵⁰ GRYZINSKI (2006. p. 66) e BERABA (2006).

Owen Fiss (2005) trata da questão com propriedade. Analisando a história da liberdade nos Estados Unidos, conclui que o Estado tem defendido algumas vezes a regulação do discurso. Foi o caso da tentativa de supressão do Partido Comunista (PC) sustentada para salvar o país do Stalinismo. Havia o medo de que a propaganda comunista persuasivamente levasse à derrocada do governo ou fosse capaz de estabelecer uma ditadura.

Ao revés, no que concerne à regulação do discurso do ódio, Fiss (2005) acredita que o medo não está no fato de que este discurso, de forma persuasiva, convencerá os outros a agirem de maneira também discriminatória, criando uma nova forma de ditadura ou dominando grupos desfavorecidos na sociedade: "O medo é que este discurso tornará impossível para estes grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão" (FISS, 2005, p. 47).

Nesse sentido, a solução clássica dos liberais que demanda sempre mais discurso torna-se sem sentido, pois aqueles que responderiam ao *hate speech* não podem fazê-lo.

Afirma-se que o discurso de incitação do ódio tende a diminuir a auto-estima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando estas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem (FIS, 2005, p.47).

As vítimas do discurso sentem que não podem contribuir para o debate, uma vez que a sua confiança é abalada, o que pode levar conseqüentemente a calar a voz dos menos prósperos. Fiss (2005, p.33) dá o nome ao efeito que soterra a voz das vítimas de "efeito silenciador do discurso".

Seguindo o mesmo entendimento, Mahoney (1996) acredita que as pessoas que são alvo da propaganda do ódio, respondem a ele com medo, retirando-se da participação integral da sociedade. "As vítimas são humilhadas e degradadas e a sua auto-estima é minada. Elas são silenciadas e a sua credibilidade é desgastada". Quanto mais elas são silenciadas, mais profundamente cresce a sua desigualdade. "Algumas largam seus empregos, outras deixam seus estudos e a universidade. Algumas sofrem de doença de stress pós-traumático, outras cometem suicídio" (MAHONEY, 1996, p. 792-793).

Stefanic e Delgado (1997) baseados nessa realidade, levantam a questão de se considerar o discurso racista diferentemente de outros discursos, pois ele serve

para rebaixar, subordinar e criar uma figura de *stigma* dos grupos desfavorecidos. Assim como a Suprema Corte do Canadá (SCC) já descreveu, o discurso do ódio não é meramente ofensivo; constitui um sério ataque à saúde psicológica e emocional.⁵¹

A forma com que as sociedades enxergam seus indivíduos é determinante para seu reconhecimento. O respeito mútuo é uma busca inerente à vida social, constitui pressuposto para o desenvolvimento da identidade do indivíduo propiciando-lhe uma medida indispensável de autoconfiança e autodeterminação para empreender suas escolhas na esfera pública. Dessa forma, o reconhecimento recusado caracteriza um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que segundo Honneth (2003) leva à perda de “auto-estima pessoal, ou seja, uma perda da possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado em suas propriedades e capacidades características” (HONNETH, 2003, p. 218).

3.2.3 Soluções Jurisprudenciais do conflito entre liberdade de expressão e ódio.

3.2.3.1 Nos EUA

A Primeira Emenda da Constituição Norte Americana dispõe que “o Congresso não pode fazer lei que proíba a liberdade de expressão ou de imprensa”. O significado do texto da Primeira Emenda nunca chegou a ser tão rigoroso ao longo da história americana, embora seja peremptória sua redação. Ao mesmo tempo, em nenhum outro lugar, a tradição legal que favorece o exercício do discurso livre é profundamente valorizada como nos Estados Unidos.

Com relação ao *hate speech*, como se depreende das decisões que serão apresentadas, vem prevalecendo uma tendência da Suprema Corte norte americana em se valorizar a liberdade de expressão em detrimento de demais valores

⁵¹ Caso Regina v. Keesgra 3 S.C.R 697 (1990). Decisão disponível no site da Suprema Corte do Canadá. SUPREME Court Judgments. By Supreme Court Reports, 2006.

envolvidos.

A primeira decisão que podemos citar é a referente ao caso *Beauharnais v. Illinois*⁵² (1952), em que um indivíduo foi condenado criminalmente pela Suprema Corte de Illinois por distribuir nas ruas de Chicago panfletos contra negros, tendo a Corte afirmado, nesta oportunidade, que as declarações difamatórias não estão amparadas pelo discurso protegido constitucionalmente.

A Suprema Corte de Illinois baseou-se, para proferir a decisão, em lei estadual que proibia a exibição, em qualquer lugar público, de publicações que contivessem retratos de devassidão ou imputassem criminalidade, falta de castidade, ou de virtude a qualquer classe de cidadão, expondo-o ao desprezo e humilhação.

Os panfletos conclamavam os brancos a se unirem contra os negros, devido à invasão destes últimos em sua propriedade e vizinhança. Ainda, os negros eram acusados de agressão, de roubos, de porte de armas e de consumo de drogas, sendo que os brancos deveriam evitar a miscigenação racial.

A Suprema Corte manteve a condenação, considerando que declarações difamatórias e as que importam palavras de ordem, *fighting words*, contra grupos, tendem a provocar distúrbios, e dificultar um clima de paz, não constituindo parte essencial de qualquer exposição de idéias.

No caso *Brandenburg v. Ohio*⁵³ (1969), primeiramente, a Suprema Corte de Ohio condenou um líder da *Ku Klux Klan* por apologia ao crime, uma vez que este defendia a sabotagem, a violência e os métodos de terrorismo como um meio de empreender reforma política ou industrial. O líder defendia, também, a assembléia voluntária de pessoas reunidas para ensinar ou advogar doutrinas de apologia ao crime, *criminal syndicalism*⁵⁴.

A condenação se deu pelo fato do acusado ter convidado um jornalista para participar de reunião da *Ku Klux Klan* em uma fazenda no Condado de Hamilton, tendo sido o evento filmado e transmitido em rede local e nacional. As imagens mostravam homens com armas de fogo reunidos em torno de cruzes de madeira que

⁵² 343 U.S 250. Todas as decisões deste item estão disponíveis em: SUPREME Court collection: Historic Supreme Court Decisions - by Party Name, 2006.

⁵³ 395 U.S 444

⁵⁴ *Whitney v. Califórnia* 274 US 357

eram queimadas.

Embora muitas palavras restaram incompreensíveis quando a filmagem foi transmitida, Brandenburg, valorizando os brancos e pronunciando palavras de ordem contra os negros e judeus, disse:

Nós não somos uma organização vingativa, mas se nosso Presidente, nosso Congresso, nossa Suprema Corte, continuar a suprimir os brancos, raça Caucasiana, é possível que exista alguma vingança.[...] Pessoalmente, eu acredito que o negro (*nigger*) deveria voltar para a África e o judeu para Israel (395 U.S 444, 1969, tradução nossa).⁵⁵

No entanto, a decisão foi revertida pela Suprema Corte. Os juízes Black e Douglas concordaram que a doutrina do perigo claro e iminente, *clear and present danger*⁵⁶, não deve ter lugar na interpretação da Primeira Emenda, pelo menos em tempos de paz, conforme afirmou o juiz Douglas.

O fundamento da decisão é controvertido, ao mesmo tempo em que o juiz Douglas defende a idéia de que alguém possa rasgar sua própria Constituição americana, em virtude de uma atitude tempestuosa de protesto contra decisão da Suprema Corte, cita várias decisões⁵⁷ em que a mesma censurou, durante a Primeira Guerra Mundial, a distribuição de panfletos, como tentativa de causar insubordinação militar e obstrução do alistamento, mediante publicações de artigos críticos, palavras de persuasão e dizeres de oposição à guerra.

A Corte constatou a falta de evidência de encitamento, pois o evento da *Ku Klux Klan* revelou a advocacia de idéias abstratas com profundidade de convicção, o que não sustenta restrição à liberdade de expressão, não tendo o governo o poder de invadir o santuário da crença. Não se discutiu, portanto, a instigação ao ódio, muito menos a questão do racismo em relação aos negros e judeus. Em nenhum momento, as práticas do movimento da *Ku Klux Klan* foram questionadas.

Portanto, a lei do Estado do Ohio foi desconsiderada, pois conforme sua legislação, a liberdade de expressão e de imprensa não permite que o Estado proíba

⁵⁵ "We're not a revengent organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might have to be some revengeance taken [...] Personally, I believe the nigger should be returned to Africa, the Jew returned to Israel."

⁵⁶ 345 US 444,450

⁵⁷ 249 US 47; 249 US 52; 249 US 204

a advocacia do uso da força ou da violação legal, exceto quando seja direcionada para incitar ou produzir iminente ação ilegal, e seja provável para incitar ou produzir tal ação.

Nesse sentido, “a linha traçada pela Corte distinguiu a defesa de idéias racistas - protegida pela liberdade de expressão - da incitação à prática de atos violentos - não protegida” (SARMENTO, 2006, p. 214).

Note-se que durante o período que decorreu entre as duas decisões citadas, *Beauharnais v. Illinois* (1952) e *Brandenburg v. Ohio* (1969), Earl Warren presidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos de 1953 a 1969.

Conforme nos ensina Baracho Júnior (2003):

[...]a nomeação de Earl Warren para presidente da Suprema Corte, em substituição a Fred M. Vinson, importou no surgimento de um dos períodos mais importantes da Suprema Corte, no sentido da implementação dos princípios consagrados na décima quarta emenda (BARACHO JÚNIOR, 2003, p. 322).

Ainda de acordo com Baracho Júnior (2003), durante este período, foram proferidas decisões importantes, em especial *Brown v. Board of Education* (1954) que inicia o fim da doutrina “separados mas iguais”. O autor aduz, inclusive, que acerca da liberdade de expressão a Corte de Warren teve importantes decisões sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, “em que pesem na visão de alguns, tais decisões não terem, sobre a Corte atual, o mesmo impacto que outras decisões da era Warren mantêm” (BARACHO, 2003, p. 325).

No caso *R.A.V. v. City of Saint Paul*⁵⁸ (1992), ocorreu a prisão de um grupo de adolescentes que invadiram o quintal de uma família de afrodescendentes e lá colocaram fogo numa cruz. Eles foram condenados pela Suprema Corte de Minnesota com base em legislação local que tipificava o “crime motivado por preconceito” (*bias motivated crime*), impedindo:

[...] a exposição em local público ou privado de símbolo, objeto, nome, caracterização ou grafite, incluindo, mas não limitada a cruz em chamas ou suástica nazista, que alguém saiba ou tenha senso razoável para saber que provocar raiva, alarme e indignação nos outros com base em raça, cor, credo, religião ou gênero.

⁵⁸ 505 US 377

A Suprema Corte de Minnesota decidiu que a frase "provocar raiva, alarme e indignação nos outros" foi construída para ser utilizada em casos que limitam o alcance de palavras de ordem (*fighting words*)⁵⁹.

A Suprema Corte reverteu a decisão, que teve como voto condutor o do *Justice* Scalia. Este afirmou que algumas poucas categorias de discurso, tais como, palavras de ordem, difamação e obscenidade, podem ser reguladas, pois não são inteiramente invisíveis para a Constituição. No entanto, o governo não pode regular tais categorias, baseado em hostilidade e favoritismo, tendo em vista a mensagem nelas contidas, estabelecendo, portanto, um critério de seleção quanto ao seu conteúdo. Atividades expressivas não verbais podem ser reprovadas em função da consequência que elas provocam, mas não pelas idéias que elas expressam. Assim, "queimar uma bandeira em desrespeito à ordem contra *outdoor fire* poderia ser punível, enquanto, queimar uma bandeira em violação à uma ordem contra desonra da bandeira não é"⁶⁰ (505 US 377, 1992, tradução nossa).

Scalia entendeu que a expressão "provocar raiva, alarme e indignação em outros" no sentido de somente alcançar os símbolos ou exibições que englobassem *fighting words*, seria uma interpretação restritiva, na medida em que só se aplicaria a declarações de insulto ou violência envolvendo raça, cor, credo, religião ou gênero. Outras investidas abusivas ou discriminatórias não seriam subsumidas ao conceito de *fighting words*, ou melhor, aqueles que utilizassem palavras de ordem para expressar hostilidade sobre política ou homossexualidade ficariam acobertados pela Primeira Emenda, o que seria constitucionalmente inadmissível.

A Suprema Corte considerou a Lei do Estado de Minnesota inconstitucional, pois, esta estabelecia restrições especiais para pontos de vista desfavoráveis envolvendo raça, cor, credo, religião ou gênero, ou seja, proibição de palavras de ordem que contivessem mensagens de crimes motivados pelo ódio e, em particular, conforme utilizado neste caso, "baseadas em virulentas noções de supremacia racial".

Em decisão mais recente, no caso *Virginia v. Black et al.*⁶¹ (2003), três

⁵⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 US 568

⁶⁰ [...]burning a flag in violation of an ordinance against outdoor fires could be punishable, whereas burning a flag in violation of an ordinance against dishonoring the flag is not.

⁶¹ 538 U.S 343

peças foram acusadas de queimar cruces com o objetivo de intimidação de qualquer pessoa ou grupo. A Suprema Corte da Virgínia considerou inconstitucional a lei que considerava ilegal queimar uma cruz em propriedade alheia, em avenida ou outro local público, com a intenção de intimidar qualquer pessoa ou grupo de pessoas, pois entendeu que, assim como no caso *R.A.V v. St. Paul*, a lei implicava em discriminação com relação ao conteúdo e ao ponto de vista, desde que punia seletivamente apenas a queima de cruz pela sua mensagem distintiva, e esta evidência, constatada *prima facie*, violava a liberdade de expressão.

A Suprema Corte reformulou a decisão reconhecendo que o governo pode regular certas categorias de discurso. Como a história da queima de cruz no país demonstra, este ato é freqüentemente intimidador, pretendendo criar medo nas vítimas, consideradas como o alvo da violência. A *Ku Klux Klan* sempre utilizou a queima de cruces como um instrumento de intimidação e ameaça, sendo esta um símbolo de ódio. Assim, embora a difusão de idéias racistas não possa ser punida, pode o Estado da Virgínia proibir a queima de cruces com a intenção de intimidar, por constituir atos de ameaça e uma forma violenta de intimidação.

Causa espanto a fundamentação dessa decisão judicial, tendo em vista que seu desfecho acaba por surpreender, pois a Suprema Corte conclui, por outro lado, que a disposição da lei da Virgínia que trata qualquer queima de cruz como evidência *prima facie* da intenção de intimidar, torna a lei inconstitucional, pois impede que se analise a particularidade do caso concreto.

Com a revolução dos meios de comunicação e o recrudescimento das tensões internacionais, sobretudo depois dos acontecimentos do 11 de setembro, o tempo dirá se a postura jurisprudencial norte americana será revertida ou sofrerá alguma mudança substancial, pois o que se verifica, até então, é uma tendência liberal de sua Suprema Corte acerca do tratamento da liberdade de expressão, no que diz respeito ao discurso do ódio.

3.2.3.2 No Canadá

Diante de um discurso que desagradar, “quanto mais discurso melhor” é o remédio tradicional liberal e axiomático para os fundadores da República americana.

Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, o remédio tem sido a repressão legal, especialmente na Alemanha, onde as leis sobre o discurso do ódio colocam o Nacional Socialismo e as idéias racistas fora do mercado livre de idéias, *marketplace of ideas*.

A questão do discurso do ódio será tratada na Alemanha, que retrata a original e extremada aplicação dos tipos de lei que criminalizam o discurso do ódio, e no Canadá, que embora tenha uma afinidade geográfica e cultural com os Estados Unidos, seguiu um padrão diferente, tornando-se um recente *enforcer* destas leis criminalizadoras.

A Carta de Direitos e Liberdades que em 1982 tornou-se parte integrante da Constituição canadense, em seu art. 2 (b), garante a liberdade de pensamento, de crença, de opinião, e de expressão, incluindo a liberdade de imprensa e de outros meios de comunicação. Proíbe a discriminação em razão de raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade, deficiência mental ou física - art. 15 (1), não impedindo com isso a realização de programas ou atividades destinados a melhorar a situação de indivíduos ou de grupos de desfavorecidos - art. 15 (2), o que poderíamos denominar de ações afirmativas.

Acerca dos limites aos direitos e liberdades fundamentais, o art. 1 da Carta dispõe que os mesmos devem ser razoáveis, prescritos pela lei e demonstravelmente justificados numa sociedade livre e democrática. Propósitos que encontram-se bem definidos na decisão da Suprema Corte do Canadá no caso *R. v. Oakes*⁶².

No referido caso⁶³, decidido em 1986, *David Edwin Oakes* foi acusado de posse ilegal de narcótico com objetivo de tráfico, contrário à seção 4(2) do Ato de Controle de Narcótico, *Act of Narcotic Control*. Segundo a referida seção, se a Corte entende que o acusado se encontra na posse de narcótico, há a presunção de que este tem o propósito de realizar o tráfico, ao menos que possa provar o contrário, refutando a presunção.

A Suprema Corte do Canadá afirmou que esta disposição é inconstitucional, pois invertendo o ônus da prova, *reverse onus*, viola a presunção de inocência

⁶² As Decisões deste item disponíveis no site da Suprema Corte do Canadá. SUPREME Court Judgments. Supreme Court Reports Judgements, 2006.

⁶³ 1 S.C.R 103

prevista no s. 11 (d) da “Carta de Direitos e Liberdades do Canadá”.

Para tanto, a Corte fixa dois critérios que devem ser satisfeitos para estabelecer um limite razoável e justificável aos direitos em uma sociedade democrática: o objetivo da restrição deve relacionar-se a preocupações da sociedade que sejam “urgentes e substanciais” *pressing and substantial*, antes que possa ser caracterizado como suficientemente importante; e o controle sobre a medida restritiva deve atender ao teste de proporcionalidade que envolve três componentes importantes: i) as medidas restritivas devem ser justas e não arbitrárias, cuidadosamente designadas para atingir o objetivo em questão e racionalmente conectadas ao objetivo; ii) os objetivos das medidas restritivas devem prejudicar o menos possível os direitos que serão objeto da restrição; iii) finalmente, deve haver uma proporcionalidade entre os efeitos da medida restritiva e o objetivo a ser alcançado, pois quanto mais severo o efeito da restrição mais importante deve ser o objetivo.

Por fim, a Corte consagra valores e princípios essenciais para uma sociedade livre e democrática que inclui

[...]o respeito pela dignidade inerente à pessoa humana, compromisso com a justiça social e igualdade, lugar para uma profunda variedade de crenças, respeito pela identidade cultural e de grupo, e fé nas instituições políticas e sociais que aumenta a participação de indivíduos e grupos na sociedade (1S.C.R 103, 1986, tradução nossa).⁶⁴

Diante desse quadro normativo, a vertente canadense quanto à interpretação da liberdade de expressão e o discurso do ódio adquire uma feição mais conservadora e menos libertária, distanciando-se da postura jurisprudencial adotada pelos Estados Unidos, que favorece o individualismo e proporciona a prevalência da liberdade de expressão, quando da tensão entre direitos fundamentais.

Esta postura verifica-se no caso *Regina v. Keesgra*⁶⁵, decidido em 1990, em que um professor de segundo grau de Alberta foi acusado de promover propositadamente o ódio contra grupo identificável, pronunciando declarações anti-semitas a seus alunos, em virtude da tipificação contida no art. 319(2) do Código

⁶⁴ “ [...] the respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society”.

⁶⁵ 3 S.C.R 697. Para comentários acerca do caso *Regina v. Keegstra* veja: *Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences* de Arthur Fish (FISH, 1989).

Criminal.

A Suprema Corte entendeu que o art. 319 (2) do Código Criminal constitui um limite razoável da liberdade de expressão, sendo “urgente e substancial” (*pressing and substancial*) o objetivo do Parlamento de suprimir a proposital promoção do ódio contra grupos identificáveis, pois visa prevenir o dano causado às vítimas da propaganda do ódio, bem como reduzir a tensão racial, étnica, religiosa e a violência no Canadá: prevenções baseadas em trabalho de numerosos grupos de estudos e no conhecimento histórico coletivo dos potenciais efeitos catastróficos da promoção do ódio.

Após tratar do controle sobre o objetivo justificador da restrição, a Suprema Corte parte para o teste da proporcionalidade. Constata em primeiro lugar que o art. 319 (2) enquadra-se como uma resposta adequadamente proporcional para o válido objetivo do Parlamento, havendo obviamente uma conexão racional entre a proibição criminal da propaganda do ódio e o objetivo de proteger a relação social harmônica em uma comunidade dedicada à igualdade e ao multiculturalismo. O dispositivo legal serve, inclusive, para ilustrar ao público a severa reprovação da sociedade em relação às mensagens de ódio contra grupos raciais e religiosos, o que torna este tipo de expressão menos atrativa e, portanto, diminui a aceitação de seu conteúdo.

Em um segundo momento, afirma que o art. 319(2) não prejudica indevidamente o direito fundamental da liberdade de expressão, tendo em vista o mal causado às vítimas e à sociedade. Quando expostas a manifestações de ódio e humilhação, as vítimas sofrem dano psicológico e verifica-se um abalo em sua auto-estima, o que pode conduzi-las a evitar o contato com aqueles que não pertencem a seu grupo ou levá-las a anular os aspectos distintivos de sua personalidade para que não sejam discriminadas. Com relação ao dano sofrido pela sociedade, a Corte Constitucional ressaltou que a aceitação da propaganda do ódio poderia causar adesão de inúmeros indivíduos a este discurso, ou mesmo incutir nos inconscientes de seus receptores idéias irracionais sobre a inferioridade dos integrantes de determinadas raças ou religiões.

Por fim, a Corte parte para análise da proporcionalidade em sentido estrito: necessidade de proporcionalidade entre os efeitos da medida restritiva e o objetivo a ser alcançado. Afirma que a propaganda do ódio pouco contribui para as aspirações dos canadenses da *busca da verdade, da promoção do desenvolvimento pessoal ou*

a proteção e o fomento de uma democracia vibrante, onde a participação dos indivíduos é aceita e encorajada. Entende a Corte que a manifestação de idéias contrárias aos valores democráticos, como é o caso do *hate speech*, pode prejudicar a promoção do autogoverno e conseqüentemente da democracia, pois este é incompatível com os objetivos democráticos que a liberdade de expressão proporciona.

No entanto, no caso *R. v Zundel*⁶⁶, julgado em 1991, o Tribunal tomou outra posição. No referido caso, Ernest Zundel foi acusado com fundamento no art. 181 do Código Penal do Canadá que considerava crime publicar declaração, narração ou notícia falsa, causando dano ao interesse público. A Suprema Corte canadense entendeu que a lei havia sido redigida de maneira vaga e ampla, de forma que este fato impedia que esta guardasse relação com o combate à intolerância. Considerou que a forma como foi redigida a lei causava um efeito “resfriador sobre o discurso” (*chilling effect*), impedindo as pessoas de manifestarem suas idéias espontaneamente, por receio de serem incriminadas judicialmente. Assim, a Corte não defendeu a proteção constitucional de manifestações racistas, pois não se pautou no conteúdo das idéias para decidir. Todavia, entendeu que, neste caso, prevalecia a liberdade de expressão, pois a legislação, por comportar imperfeições poderia lesar este direito fundamental.

O caso *Ross v. New Brunswick School District*⁶⁷, julgado em 1996, também merece ser destacado. Um professor, durante muitos anos, fez publicamente (fora de aula) comentários racistas e discriminatórios contra os judeus. Seus escritos e declarações comunicando suas idéias anti-semitas incluíam panfletos, livros, cartas para um jornal local e entrevista para televisão local. Um parente judeu apresentou reclamação para a Comissão de Direitos Humanos de New Brunswick, alegando que a escola que contratou o referido professor violava o art. 5 (1) do “Ato de Direitos Humanos” (*Human Rights Act*), por discriminar as crianças judias da escola e o povo judeu, tendo em vista a sua religião e seus ancestrais.

A Comissão, mediante decisão administrativa, resolveu que o professor fosse transferido, na escola, para uma posição não-docente e que fosse demitido se porventura viesse a publicar novamente texto que contivesse ataques anti-semitas

⁶⁶ 2 S.C.R. 731

⁶⁷ 1 S.C.R. 825

aos judeus. A decisão baseou-se na evidência de que a presença de um professor anti-semita em sala de aula *estabelece um ambiente educacional “envenenado”, caracterizado pela falta de igualdade e tolerância.*

O Tribunal manteve a decisão administrativa no que diz respeito à transferência do professor para uma posição não-docente, considerando que os professores, por assumirem uma posição de influência e confiança com relação aos alunos, têm o dever de promover um ambiente educacional que favorece a tolerância e o respeito mútuo. Não obstante, considerou desproporcional a ameaça de demissão caso o acusado voltasse a publicar idéias anti-semitas, pois o afastamento do professor de sala de aula já provocara o impacto necessário para diminuir a prejudicial influência de suas opiniões discriminatórias.

Nesse sentido, verifica-se que a tendência da jurisprudência canadense e de sua Corte Constitucional é de combater o *hate speech*, ao contrário dos Estados Unidos que possuem uma postura jurisprudencial que favorece o individualismo, proporcionando a prevalência da liberdade de expressão.

3.2.3.3 Na Alemanha

A Constituição pós-guerra da República Federal da Alemanha é conhecida como Lei Fundamental de Bonn. Ao invés do sucinto parágrafo único da Primeira Emenda da Constituição americana, a Lei Fundamental possui várias seções definindo as “liberdades de comunicação”, sendo o art. 5º o que contém a maioria destas provisões.

O art. 5.1 proclama o seguinte:

Toda pessoa tem o direito de livremente expressar e disseminar suas opiniões, seja mediante discurso, escrita ou gravuras e de se informar sem restrições a partir de fontes geralmente acessíveis. A liberdade de imprensa e a liberdade de comunicação através do rádio e cinema devem ser garantidas. Não deve haver censura.

Na Alemanha, o direito fundamental da liberdade de expressão constitui em pilar do sistema constitucional, mas o princípio da dignidade da pessoa humana

alcança um *status* mais elevado, representando o valor máximo da ordem jurídica. Portanto, a sua inviolabilidade, garantia e respeito constam logo do art. 1º da Lei Fundamental alemã.

Significando o valor da dignidade humana a máxima hierarquia entre os valores, o Tribunal Constitucional alemão utiliza-o como norte de interpretação no conflito entre direitos fundamentais. A liberdade de expressão é ponderada com outros direitos fundamentais e, para tanto, os tribunais pautam-se no princípio da proporcionalidade tal como empregado no Canadá.

Essa postura adotada pelo Tribunal Constitucional alemão tem ligação com o contexto histórico de elaboração do texto constitucional. Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra mundial, massacre de judeus e derrota do nazismo, a valorização moral e jurídica do indivíduo fez-se necessária para a construção de um regime democrático.

Com relação ao *hate speech*, conforme enfatiza Winfried Brugger (2002), quando a violação de um direito constitucional é alegada, a Corte Constitucional Federal segue uma análise *multi-level*, como o faz outras cortes constitucionais e de direitos humanos. Num contexto de discurso do ódio, isso leva a seguinte pergunta: O *hate speech* é incluído como discurso: “assembléia”, “associação”, como expressão “artística” ou dentro de sala aula? Se a resposta é a que a mensagem do ódio é de fato, “discurso”, então a atividade é em princípio protegida, mas possivelmente sujeita a regulação ou proibição pela análise da Corte.

Uma categoria de comunicação que definitivamente não é considerada discurso, na Alemanha, é a “negação do Holocausto”, entendimento que pode ser verificado em julgado da Corte Constitucional alemã de 1994 que envolvia o revisionista David Irving⁶⁸.

Sarmiento (2006) nos informa sobre a decisão. Neste caso, um ato do governo da Baviera condicionou a autorização de um congresso promovido por organização de extrema-direita ao compromisso de que não se sustentasse, durante o encontro, a tese de que o Holocausto não teria ocorrido, sendo uma mera invenção da comunidade judaica. Para o congresso, fora convidado o conhecido “historiador” revisionista, David Irving.

A Corte entendeu que a negação do Holocausto consistia em manifestação

⁶⁸ 90 BVerfGE 241 As decisões citadas neste item estão disponíveis no site do Tribunal Constitucional Alemão. Das Bundesverfassungsgericht, 2006.

de fato e não de opinião. Sendo assim, as afirmações falsas ou inverídicas sobre fatos, por não contribuírem para a formação da opinião pública, não podiam ser constitucionalmente protegidas pela liberdade de expressão. O Tribunal ressaltou a peculiaridade do Holocausto como elemento constitutivo da própria identidade do cidadão judeu. Portanto, negar este nefasto acontecimento histórico seria uma declaração explícita de que o povo judeu continuaria a ser discriminado e marginalizado. Dessa forma, a Corte Constitucional alemã reconheceu a constitucionalidade do ato do governo da Baviera, considerando válida a restrição à liberdade de expressão.

Por outro lado, no mesmo ano de 1994⁶⁹, de acordo com Sarmiento (2006), a Corte deliberou sobre a constitucionalidade de inclusão do livro “Verdade para a Alemanha: A Questão da Culpa sobre a Segunda Guerra Mundial” numa lista de obras consideradas pelo Governo como “imorais” ou “perigosas”. A inclusão na lista implicaria na proibição da propaganda e da venda a menores de idade. O Holocausto não era negado no referido livro, mas defendia-se a tese de que a culpa pelo início da Segunda Guerra Mundial não teria sido dos alemães, mas de seus adversários. Neste caso, a Corte reconheceu que prevalecia a liberdade de expressão, pois se tratava de expressão de opinião e não de discussão acerca da narração de fatos inverídicos. O autor estaria agindo academicamente, pois buscava propagar um certo ponto de vista de história política, sendo que a liberdade acadêmica resguarda opiniões minoritárias, bem como os resultados incompletos ou incorretos.

No ano de 1995⁷⁰ o Tribunal Constitucional alemão discutiu a condenação de determinadas pessoas por crime de insulto às Forças Armadas, por terem distribuído panfletos e cartazes com afirmações de que “soldados são assassinos” ou “soldados são assassinos em potencial”. A Corte reconheceu que não se tratava de hipótese de crime contra a honra, prevalecendo a liberdade de manifestação de opinião que não representava, no presente caso, acusação de homicídio em relação aos integrantes das Forças Armadas, mas uma crítica contundente à guerra. Portanto, a Corte enfatizou que “o Código Penal não pode limitar as instituições

⁶⁹ 90 BverfGE 1

⁷⁰ Este caso é relatado pelo Ministro Marco Aurélio nos autos do Hábeas Corpus HC 82.424/RS, p. 903. Relator Ministro Moreira Alves disponível em: SUPREMO Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**, 2006.

públicas da crítica pública, por mais dura que seja, uma vez que esta crítica é expressamente garantida pelo direito Constitucional à liberdade e expressão" (SARMENTO, 2006, p. 229).⁷¹

Por fim, o Tribunal enfatizou que embora as declarações tivessem sido formuladas de maneira polêmica, isto não as excluía do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, razão pela qual os manifestantes tinham o direito de tornar públicas suas opiniões, podendo, inclusive, escolher o momento oportuno por meio do qual seria obtida maior circulação de idéias. Somente prevaleceria a proteção à honra se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem "pessoalmente" a honra dos indivíduos.

No controverso caso *Titanic*⁷², julgado em 1998, discutia-se a condenação por danos morais da revista *The Titanic* por ter publicado uma foto de um militar paraplégico com o título de "assassino nato" em coluna denominada "as sete figuras mais perturbadoras do mês". O militar reformado por incapacidade, em virtude de um acidente de automóvel, teria tornado pública sua intenção de retornar ao Exército alemão, por considerar que estava ainda apto para a função. Sabendo da publicação, o militar enviou carta de protesto à revista que, por sua vez, publicou nota afirmando que considerava obsceno um "aleijado" querer retornar ao Exército alemão, sendo que este tinha objetivos cruéis, tais como, matar e aleijar pessoas.

No que diz respeito à primeira publicação, o Tribunal Constitucional alemão considerou que a ironia expressa pela revista *Titanic*, com relação ao fato do militar reformado querer permanecer nas Forças Armadas, caracterizava uma crítica pacifista contra o militarismo. Assim, a crítica teria sido verbalizada de forma satírica, e, portanto, a liberdade de expressão prevaleceria sobre os direitos de personalidade. Todavia, quanto à segunda publicação, que continha o termo pejorativo "aleijado", o mesmo raciocínio não poderia ser realizado, pois continha o

⁷¹ Daniel Sarmiento informa que no ano anterior de 1994, a Corte Constitucional havia examinado questão praticamente idêntica, no caso *Tucholsky I*. "Neste julgamento discutia-se a condenação criminal de um indivíduo que colara ao seu automóvel um adesivo contendo os dizeres "soldados são assassinos", juntamente com outros que pregavam mensagens anti-belicistas. Ele fora condenado pelo delito de insulto a um grupo determinado da população - no caso, os integrantes das forças armadas. A Corte Alemã entendeu que a condenação violara a liberdade de expressão do acusado, já que, na verdade, a sua manifestação não representava uma efetiva acusação de homicídio às forças armadas, mas sim uma proclamação veemente de pacifismo, que estaria plenamente protegida pela liberdade de expressão" (SARMENTO, 2006, p. 228-229).

⁷² O caso é analisado em Robert Alexy, *Balancing Constitutional Review and Representation*. In: *International Journal of Constitutional Law*, n. 3, 2005, p. 3-4.

propósito de humilhar o militar. Dessa forma, a Corte entendeu que os direitos de personalidade sobrepujavam o direito à liberdade de expressão, mantendo apenas a condenação por danos morais.

Vistos os casos relatados, verifica-se que o *hate speech* tende a ser rejeitado no modelo alemão, e por vezes, até mesmo não considerado como “opinião”, como é o caso da “negação do Holocausto”. Privilegia-se o princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito às minorias em situação de desvantagem, como ocorre com os portadores de necessidades especiais e judeus. Mesmo assim, não deixa de lado a liberdade de expressão, no que concerne a questões consideradas de interesse público.

3.2.3.4 O caso *Ellwanger*

A técnica da proporcionalidade, tal qual aplicada na Alemanha e no Canadá, tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e recentemente foi empregada na decisão do HC 82.424/RS⁷³.

Posta a complexidade do tema da liberdade de expressão e discurso do ódio, pode-se então empreender uma análise crítica deste recente julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se do Hábeas Corpus n.º 82.424/RS. Primeiramente, o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) aceitou denúncia contra o Sr. Siegfried Ellwanger, sob a acusação de “incitar e induzir a discriminação racial”. Em seguida, arrolou as obras, que o paciente escreveu ou editou, delas pinçando os trechos que entendeu caracterizadores do mencionado delito de discriminação racial.

Todavia, a juíza substituta Bernardete Coutinho Friedrich absolveu o paciente, entendendo estar ele protegido pelo direito constitucional da liberdade de expressão. Os assistentes de acusação recorreram da sentença para o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), tendo sido a mesma totalmente reformada pela unanimidade dos membros da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio

⁷³ HC 82.424/RS. Relator Ministro Moreira Alves disponível em: SUPREMO Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**, 2006.

Grande do Sul (CMTJRS). Desta decisão, Siegfried Ellwanger impetrou hábeas corpus para o Superior Tribunal de Justiça. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi mantido, sendo dissidente o Ministro Edson Vidigal.

Novamente Ellwanger insurgiu-se contra a decisão e impetra hábeas corpus ao Supremo Tribunal Federal, baseando-se no fato de que os judeus não seriam uma raça e, portanto, o paciente não teria cometido crime de racismo. Teria cometido crime tipificado no art. 20 da Lei 7716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90, o que levaria à declaração de prescritibilidade do fato punível pelo decurso do tempo.

A condenação do paciente, até então, baseara-se no crime tipificado no art. 20 da Lei 7716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90⁷⁴, por ter editado e distribuído obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e de terceiros representativas de discriminação contra judeus.

Segundo o resumo dos fatos apresentado pelo ministro Maurício Corrêa⁷⁵, o paciente publicara os livros “O Judeu Internacional” de Henry Ford; “A História Secreta do Brasil” e “Brasil Colônia de Banqueiros”, ambos de Gustavo Barroso; “Os protocolos do Sábio de Sião”, “Hitler culpado ou inocente?”, de Sérgio Oliveira; Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra “de Louis Marschalko; “Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”, este de sua autoria, publicado sob o pseudônimo de S.E Castan.

As referidas publicações procuravam negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em especial o holocausto, incentivando a discriminação racial e imputando-lhes os males do mundo, o que significaria a exemplo da doutrina nazista, sua inferiorização e segregação.

O Ministro Moreira Alves, relator do presente processo, deferiu o hábeas corpus para declarar a extinção da punibilidade do paciente e a ocorrência da extinção da pretensão punitiva. Considerou que os judeus não são uma raça, por isso, não teria ocorrido o crime de racismo que, por força do art. 5º, XLII da Constituição Federal de 1988, é imprescritível. Entendeu que o termo racismo deve ser interpretado de forma restritiva, pois não abarca todas as formas de

⁷⁴ Art. 20 Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

⁷⁵ Voto Ministro Maurício Correa no Habeas Corpus n. 82.424 RS, p. 555.

discriminação, tais como idade ou sexo, por exemplo.

Não será discutido o referido voto. Para o tema aqui tratado, merece ser analisado, primeiramente, o primeiro voto dissidente. Trata-se do voto do Ministro Maurício Corrêa, que fazendo uso da história bíblica, denegou a ordem, considerando que o paciente houvera cometido crime contra os judeus. O referido Ministro Maurício Corrêa, citou passagens bíblicas para demonstrar que os judeus foram perseguidos durante toda a história da humanidade, chegando, então, à passagem de vida e morte de Jesus Cristo, em que os judeus teriam judiado Cristo, sendo que o próprio termo “judiar” denotaria um sentido preconceituoso. Relembra a história em que mais de seis milhões de judeus morreram exterminados nos diversos campos de concentração nazista. Diante de todas as histórias relatadas, chega à conclusão de que o termo racismo não foi empregado pelo inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal (CF) apenas para se referir à raça de um modo geral, mas os constituintes votaram a disposição pensando em um elastério maior, para incluir discriminações contra outros seguimentos da sociedade brasileira.

Sem dúvida, a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão que se consubstancia nas liberdades de manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e na liberdade de imprensa⁷⁶, dentre outras. Por outro lado, a liberdade de expressão não pode acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações atentatórias à dignidade da pessoa humana e a direitos fundamentais.

Estas manifestações de ódio anulam a identidade individual e coletiva, consistindo no desrespeito pelo reconhecimento mútuo e pelo princípio da tolerância, entendida, na concepção de Walzer (1999), como existência pacífica de grupos de pessoas com histórias, culturas e identidades diferentes. Na visão de Escámez (2005), Bauman (2003) e Honneth (2003), o direito de lutar pelo reconhecimento (direito de buscar a estima social em posição de igualdade) constitui o cerne de desenvolvimento de uma sociedade que não se diz apenas democrática, mas de fato apresenta-se como tal.

Realmente o discurso discriminatório pode ser verificado mediante a coletânea das obras mencionadas no Hábeas Corpus 82.424. Aqui se encontram alguns

⁷⁶ Art. 5º incisos IV e IX e art. 220.

dizeres dos livros publicados:⁷⁷

Livro Judeu Internacional Henry Ford (fls. 19/20)

Na Inglaterra, dizem que o Judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos.

Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação.

Não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder.

Que os outros lavrem a terra: o judeu quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas industrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (sic) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter.

Livro Conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra, Louis Marschalko (fls. 20/21)

Toda esta divisão, toda esta desordem todo este caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas [...] *os judeus* pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo este tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história.

O judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com esta história de que houve seis milhões de mártires judeus ... (p.112)

Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais (p. 214)

Livro Brasil Colônia de Banqueiros, Gustavo Barroso (p. 21)

Como o sírio o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial.

O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus a urubuzada que a devora.

Livro Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da Mentira, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S.E Castan (p. 23).

O judeu em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda. Os únicos gananciosos da guerra foram de fato os judeus.

Não se pretende discutir o resultado da decisão, pois, de fato, o paciente cometeu crime de racismo e “incitação ao ódio público contra o povo judeu”, conduta que não se encontra protegida pela cláusula constitucional da liberdade de expressão.

Todavia, a primeira questão que se coloca é a que diz respeito à sacralização da palavra judeu e a conseqüente idéia de vitimização deste povo. Da leitura empreendida de Alan Badiou (2005), o anti-semitismo sempre esteve presente, sendo o discurso do ódio uma das formas de sua manifestação. Portanto, em suas

⁷⁷ Voto do Ministro Nelson Jobin nos autos do Hábeas Corpus n. 82.424, p. 717/718.

palavras:⁷⁸

Em suma, poderia ser que a nova sensibilidade aos atos e inscrições anti-semitas fosse uma componente essencial do diagnóstico do retorno ao anti-semitismo, de forma que este retorno seria, em grande parte, o efeito de uma considerável e positiva diminuição do limiar a partir do qual a opinião pública não suporta mais este tipo de provocação racista (BADIOUS, 2005, p. 8, tradução nossa).

Estando o racismo em declínio ou não⁷⁹ e considerando que de fato o anti-semitismo sempre existiu, o que não se pode aceitar em termos de democracia moderna é a sacralização de nomes, como a palavra judeu, e a conseqüente construção de uma ideologia da vítima, retirando este nome da arena pública e tornando-o indiscutível.

Isso leva à crença de que todos os judeus por terem sofrido discriminação reiterada durante a história da humanidade são sempre vítimas e, em situações tais, como a que se apresenta no HC 82424, pelo simples fato de serem judeus, encontrar-se-iam em condição de inferioridade. O mesmo acontece com a palavra “comunistas” que se torna sinônimo de inimigo do povo, quando se encontram no governo de uma sociedade.

“A fórmula ‘os comunistas no poder’ foi utilizada como a encarnação da não-sociedade, da decadência e da corrupção, unindo num toque de mágica todos contra eles, estando aí compreendidos os ‘honestos comunistas’ decepcionados”⁸⁰ (ZIZEK, 2004, p. 20, tradução nossa).

Medauar Ommati (2006)⁸¹ reconhece que a Constituição brasileira de 1988 que pretendeu se pautar na autonomia, emancipação, igualdade e liberdade, não

⁷⁸ “Il se pourrait en somme que la sensibilité nouvelle aux actes et inscriptions antisémites soit une composante essentielle du diagnostic de “retour” de l’antisémitisme, en sorte que ce retour ne serait, por une grand part, que l’effet dans considérable et positif abaissement du seuil a partir duquel l’opinion moyenne ne suporta plus ce genre de provocation raciale”.

⁷⁹ Tal qual Edwards, discorda-se daqueles que dizem e escrevem que o racismo esteja em declínio. A proposta de Edwards é a de conscientizar todas as pessoas, especialmente as envolvidas em profissões jurídicas, sobre os preconceitos raciais e questões referentes às relações humanas envolvendo as minorias. Sobre o assunto veja-se: (EDWARDS, 1998).

⁸⁰ “La formule ‘les communistes au pouvoir’ fut utilisée comme l’incarnation de la non-société, de la décadence et de la corruption, unissant para magie tout le monde contre eux, y compris les ‘honnêtes communistes’ désabusés”.

⁸¹ Em trabalho de dissertação de doutorado José Emílio Medauar Ommati faz um estudo de caso do HC 82.424/RS, alisando os votos dos Ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Gilmar Mendes Marco Aurélio e Celso de Mello (OMMATI, 2006).

poderia deixar de contemplar em seu texto a proibição da prática de racismo, pois atitudes racistas e discriminatórias são contrárias a estes ideais. Por outro lado, concordando com a denegação do *habeas corpus*, critica a decisão do Ministro Maurício Corrêa, pois considera que a perspectiva do Tribunal foi equivocada “ao praticamente equiparar o Supremo Tribunal Federal a um tribunal religioso” (OMMATI, 2006, p.31).

Mais que transformar o STF em “tribunal religioso”, o Ministro Maurício Corrêa sacralizou o teor da palavra judeu, concedendo-lhe um tratamento particularizado, a qual poderia aproximar-se de um limite imanente à liberdade de expressão. Ou melhor, toda vez que se falasse em judeu, de qualquer maneira pejorativa, estar-se-ia subsumindo o fato à caracterização do discurso do ódio, o que não tem razão de ser, pois a democracia moderna inclui todos, sem acepção de predicados.⁸²

Trata-se de saber efetivamente se a palavra “juiz” constitui, sim ou não, um significante excepcional no campo geral da discussão intelectual pública, ao ponto de que seja lícito desempenhar o papel de um significante *destinal* ou até mesmo sagrado (BADIOU, 2005, p. 9, tradução nossa).

Um outro aspecto relevante da decisão refere-se à técnica da proporcionalidade empregada nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

O Ministro Gilmar Mendes, empregando o princípio da proporcionalidade e utilizando-se de seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) denegou o *habeas corpus*, ressaltando que o princípio da dignidade da pessoa humana teria primazia frente à liberdade de expressão, no referido caso, já que a condenação por crime de racismo e a conseqüente censura às publicações discriminatórias alcançaria em maior medida a promoção da democracia, do bem estar e de uma cultura pluralista.

Já o Ministro Marco Aurélio, empregando a mesma técnica, chega a conclusão oposta. Entende que a liberdade de expressão deve prevalecer, no presente caso, pois embora o livro do paciente tenha conteúdo preconceituoso, não se pode proibir a divulgação deste tipo de idéia. Na sua visão, o Estado se torna

⁸² “Il s’agit en effet de savoir si le mot ‘juif’ consitue, oui ou non, un signifiant exceptionnel dans le champ général de la discussion intellectuelle publique, exceptionnel au point qu’il serait licite de lui faire jouer le rôle d’un signifiant destinal, voire sacré”.

mais democrático quando não se expõe ao trabalho de censura oficial, mas deixa a cargo da sociedade, mediante a formação de sua opinião, realizar tal censura. Somente assim pode ser construída uma sociedade plural, com diversas correntes de idéias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas.

Críticas são levantadas a propósito da fundamentação baseada no princípio da proporcionalidade. Cattoni de Oliveira (2006) sustenta que a ponderação de princípios como valores, sob condições de prioridade e do princípio da proporcionalidade, submete a aplicação das normas a um cálculo do tipo custo/benefício. Em trabalho recente⁸³, critica as fundamentações das decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, sobretudo por resultarem em conclusões diferentes. Afirma também que o Ministro Gilmar Mendes procurou dar seguimento aos princípios da dignidade humana e da liberdade de expressão como se fossem valores, hierarquizando-os.

De fato, o Ministro Marco Aurélio tem razão ao afirmar que a liberdade de expressão deve servir para proteger opiniões impopulares, não podendo o seu exercício se tornar refém de opiniões politicamente incorretas. Todavia, conforme enumera Sarmiento (2006), o erro da decisão não se encontra no emprego do princípio da proporcionalidade, mas no fato de que seu raciocínio contém duas falhas. Primeiramente, “ele partiu de uma premissa empírica muito duvidosa” sobre a ausência de intolerância do povo brasileiro para com o povo judeu e conseqüente “implausibilidade do surgimento anti-semita no país”, o que não coincide com a história brasileira que demonstra o contrário, tendo em vista a discriminação dos “cristão-novos” no período colonial, até as suásticas dos *skinheads* (SARMENTO, 2006, p. 58).⁸⁴ Em segundo lugar, quando afirma que não se pode proibir a divulgação de idéias preconceituosas, pois é função da sociedade censurá-las, não leva em conta que a simples expressão pública do racismo viola os direitos fundamentais das suas vítimas. Se tivesse considerado o efeito deletério da disseminação de idéias racistas, teria chegado a diferente conclusão.

O limite da liberdade de expressão depende do respeito à sensibilidade

⁸³ “A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Hábeas Corpus 82.424/RS” (OLIVEIRA, 2006).

⁸⁴ Medauar Ommatti denomina esta falha de erro histórico do Ministro Marco Aurélio (OMATTI, 2006, p. 104)

coletiva e respeito aos valores divergentes. A questão não se resolve com uma resposta binária baseada no sim ou não, pois se trata de questão complexa, sendo que a precaução intelectual quando se abordam questões sensíveis é o ponto de partida do humanismo, pois a liberdade de expressão exige responsabilidade.

Segundo proposta de hermenêutica constitucional exposta por Magalhães (2006), o intérprete na busca da norma justa aplicável se depara com o conflito de princípios que ocorre sempre diante de um caso concreto, nunca *a priori* num texto. Assim, o operador do direito, quando aplica uma norma a um caso concreto, deve levar em consideração todos os princípios constitucionais que compõem de forma coerente o sistema constitucional. A busca de uma norma específica para o caso ocorre a partir de normas gerais e abstratas e da sua conseqüente aplicação de acordo com a situação.

De fato, conforme nos informa José Luis Quadros de Magalhães (2006), não se pode hipostasiar o texto mediante interpretações literais fora de um contexto, “ignorando o papel do observador na construção do resultado”, pois (MAGALHÃES, 2006, p. 142) o universo jurídico e suas interpretações tornam-se cada vez mais complexos.

3.3 Proposta de compatibilização entre liberdade de expressão e ódio: a busca pelo reconhecimento

Entendida a restrição ao *hate speech* como fruto de uma luta por reconhecimento derivada de situações de desrespeito à identidade individual e coletiva, pode-se propor uma concepção intermediária diante do tema liberdade de expressão e discurso do ódio, sem perder de vista que o respeito pelo reconhecimento está intimamente relacionado à idéia de tolerância, pois tolerar o diferente não significa apenas suportar sua presença, mas implica respeitar e, portanto, conhecer, adotando-se uma postura de engajamento que proporcione a inclusão do mesmo.

O grande desafio que se coloca é o de se buscar o equilíbrio que é atingido não por uma visão extremada de um Estado que nunca pode atuar no sentido da regulação ou daquele que se demonstra protecionista limitando todos os aspectos

da diversidade na esfera pública. O equilíbrio é atingido por um processo de aprendizagem, aberto, em que mesmo se adotando a concepção democrática aqui explicitada, não se pode partir para uma limitação da liberdade de expressão se o conteúdo das visões explicitadas em sua manifestação for diferente do adotado pela maioria ou discrepante do *politicamente correto*.

Esta limitação discricionária da liberdade de expressão não se revela legítima, pois representa a criação de um inimigo a bel-prazer, diferentemente do que acontece com a legítima limitação do discurso do *hate speech*, discurso este que não compreende a *idéia do outro como semelhante diferente*, mas implica numa inferiorização normativa e desrespeito à integridade do indivíduo, destituindo-o de seu *status* de cidadão.

Segundo Owen Fiss (2005, p. 30), a regulação estatal de incitação do discurso do ódio deve ser vista como um fator que promove e não limita a liberdade de expressão, pois em algumas instâncias “o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão inibindo o discurso”.

Para combater o discurso do ódio, pretende-se estruturar a lógica argumentativa com as noções de luta pelo reconhecimento, reciprocidade, reconhecimento mútuo e especialmente a noção de tolerância⁸⁵, pressuposto e justificação legítima para um regime político democrático, protetor dos direitos fundamentais.

Conforme já mencionado, nas antigas sociedades estamentais e estratificadas, a honra individual designava a medida relativa da reputação social e o prestígio social normatizava o comportamento. O reconhecimento das relações jurídicas, então relacionado a tradições, determinava que o reconhecimento do indivíduo como pessoa de direito estivesse ligado à estima social ou *status* do membro individual da sociedade.

⁸⁵ “A negação do discurso do ódio e a vinculação entre liberdade de expressão e o princípio da tolerância é claramente desenvolvida por Arthur Fiss (1989): “Para falar politicamente, a liberdade de expressão significa alguma coisa mais que a regra da maioria em matéria de expressão, ou, na teoria, significa pouco. A única sensível interpretação da liberdade de expressão como um direito legal é aquela que nega a todos, incluindo uma maioria unida de um público, o direito de arbitrariamente negar a liberdade de expressão a qualquer um. Positivamente, a liberdade de expressão expressa o princípio da tolerância e está nele baseada. A intolerância e, particularmente, o ódio são idéias que não podem permanecer em pé de igualdade com outros concorrentes no mercado de idéias” (ARTHUR FISS, 1989, p. 123).

Segundo Axel Honneth (2003), com o advento da modernidade, o reconhecimento jurídico desacopla da estima social, assumindo uma nova feição. O homem passa a ser respeitado em virtude da propriedade universal que faz dele uma pessoa humana e em virtude das particulares que o caracterizam. Portanto, os direitos individuais desligam-se das expectativas concretas específicas dos papéis sociais, uma vez que, em princípio, eles competem, de agora em diante, em igual medida a todo homem, na qualidade de ser livre.

Assim, com o desacoplamento entre as pretensões jurídico individuais e as atribuições sociais ligadas ao *status*, afirma-se o princípio da igualdade universal e o reconhecimento do ser humano como pessoa, sem precisar ser estimado por suas realizações. Tal princípio não admite, em princípio, exceções e privilégios baseados em hierarquia social ou desigual disposição econômica.

Nesse contexto de superação de respaldo social baseado no *status* pode-se adentrar na esfera “respeito pelo reconhecimento”, *respeto de reconocimiento*, que para Escámez (2005) corresponde ao mais relevante respeito para a modernidade. Pode-se adentrar, também, na esfera do direito de lutar pelo reconhecimento, que na visão de Bauman (2003), constitui um direito humano, direito de todos de procurar a estima social em posição de igualdade.

O respeito pelo reconhecimento está intimamente relacionado à idéia de tolerância. Todavia, tolerar o diferente não significa apenas suportar sua presença⁸⁶, mas adotar uma postura de engajamento que proporcione a inclusão do mesmo. Tolerar implica respeitar e, portanto, conhecer. Vejamos como tal postura se verifica.

Andrew Shorten (2005) afirma que os casos de tolerância ocorrem sob condições específicas, sugerindo o seguinte exemplo.⁸⁷

“Pode-se dizer que *x* é tolerante com o desempenho de *y*, quando *x* desaprova que *y* faça *z*, quando *y* livremente escolheu que quer fazer *z*, e quando *x* tem a capacidade de impedir que *y* faça *z*, e ainda escolhe não fazê-lo”⁸⁸ (SHORTEN, 2005, p. 5, tradução nossa).

⁸⁶ Devo esta expressão ao filósofo Tarik Ramadan.

⁸⁷ O referido ator explica em nota de rodapé que: “Esta definição é descritiva e normativamente neutra. Não contém uma explicação sobre o que motiva o comportamento tolerante, nem quando e onde este é ou não apropriado, justificado ou não justificado, obrigatório ou proibido” (SHORTEN, 2005, p.5).

⁸⁸ “*x* can be said to be tolerating *ys* performance of *z* when *x* disapproves of *y* doing *z*, when *y* has freely chosen that she wants to do *z*, and when *x* has the capacity to prevent *y* from performing *z*, and yet chooses not to”.

Diante do exemplo dado, Shorten (2005) aponta que as ações toleráveis incluem somente aquelas sobre as quais o agente tem algum controle. Aquele que pratica a ação deve ter um leque de escolhas. Isto significa que quando y escolhe fazer z, ele tem a capacidade de não fazê-lo, podendo adotar diferentes práticas.

Ou melhor, a tolerância presume que x tenha formado uma “atitude reativa” (sentimentos de raiva ou ressentimento que geram desaprovação) que inspira um julgamento negativo relacionado à atitude de y ao realizar z. Portanto, a seu ver, x só pode tolerar idéias e ações que considera desagradáveis, dolorosas ou imorais. Por fim, x não pode tolerar coisas sobre as quais é ignorante ou sobre as quais não tem poder ou controle. A tolerância somente pode ocorrer se x está em posição de aprovar ou desaprovar, permitir ou proibir atitudes ou comportamentos em questão. X deve estar em uma posição que influencie o comportamento de y, o que não requer que esta influência esteja baseada em algum tipo de poder legal.

Permitir diferentes práticas, não adotando uma postura de desaprovação, objeção ou repugnância, significa apoiar a liberdade, mas consiste também em um começo para a manifestação da tolerância e a realização da sua idéia. O respeito por culturas minoritárias, por exemplo, é um primeiro passo no sentido do reconhecimento que dará lugar ao princípio do justo tratamento.

Todavia, realmente não basta apenas suportar a existência de minorias, diferentes raças, povos e culturas, para que o ideal da busca do reconhecimento recíproco se concretize, pois a tolerância requer um processo mental de deliberação, pautado pelo raciocínio e pela decisão.

A tolerância, o respeito mútuo e o reconhecimento pressupõem o diálogo. As partes precisam ter esta disponibilidade para que qualquer evolução seja empreendida na busca de um consenso ou mesmo de uma solução provisória. O preconceito enraizado, nunca superado e sempre reificado, apesar dos argumentos contrários, não possibilita o diálogo. Daí a importância do aspecto positivo da tolerância que vai além do simples fato de reconhecer a existência do diferente.

A partir do diálogo pode-se perceber o aspecto positivo da tolerância que não se coaduna com a apatia, frieza e indiferença presentes nas sociedades modernas e se compatibiliza com a política do reconhecimento, pois na concepção de Andrew Shorten: “Dizer que eu achei um jogo, um livro ou uma refeição tolerável não significa que eu gostei deles, mas que eu suportei, ou que eu acolhi, ou que

simplesmente tive o poder de engolir”⁸⁹ (SHORTEN, 2005, p. 20, tradução nossa).

Apel (1997) aponta que existem dois tipos de tolerância acerca de valores sócio-culturais: a negativa, baseada na indiferença, e a positiva ou afirmativa, baseada na apreciação de que os valores tradicionais essenciais são fontes que podem enriquecer a cultura humana em geral e o engajamento social dos indivíduos.

Nesse sentido, acredita que a concepção de uma sociedade multicultural⁹⁰ está vinculada à tolerância afirmativa.

Um dos motivos para se tolerar reside na crença da falibilidade humana, na crença de que o discurso racional pode nos ajudar a corrigir nossos erros.

Para Habermas (2004), durante o processo discursivo da busca da verdade, que possui relação com o conceito de aprendizagem, os participantes levantam pretensões de verdade que, por enquanto, constituem trilhos para a certeza que guia a ação. No entanto, o que se tem por verdadeiro pode se tornar uma incerteza (enunciado hipotético cuja validade fica em suspenso durante o discurso). Isto ocorre pois os argumentos são falíveis, servindo à busca cooperativa da verdade, sendo que o melhor argumento apresentado a favor ou contra pretensões de validade controversas prevalecerá.

Dessa forma, Habermas (2004) entende a descrição da práxis de justificação orientada pela verdade como um processo circular, em que certezas de ação são abaladas, ou melhor, são testadas e, após, rejeitadas ou mantidas – resgatadas

⁸⁹ “To say that I found a play, a book or a meal tolerable does not mean that I enjoyed it, but that I endured it, I put up with it, or that I just about had the will power to stomach it”.

⁹⁰ Acerca dos “compromissos culturais” Andrew Shorten lista 12 (doze) práticas que têm causado controvérsias em muitas democracias liberais: 1) Circuncisão feminina; 2) Poligamia; 3) Métodos muçulmanos e judeus de matança animal; 4) Casamentos arranjados, praticados principalmente por asiáticos; 5) Casamentos co-sanguíneos, nos quais muçulmanos podem casar-se com suas primas de primeiro grau e judeus com suas sobrinhas, posturas vistas com desaprovação por sociedades ocidentais; 6) Prática comum entre algumas comunidades africanas de deixar cicatrizes na face ou em outras partes do corpo de crianças como parte de cerimônia iniciante; 7) Prática muçulmana de retirar as garotas de atividades como esportes, atletismo e lições de natação, que envolvam o uso de shorts e a exposição de partes do corpo; 8) Garotas muçulmanas usando o *jihab* ou lenço de cabeça nas escolas. Embora seja permitido na maioria dos países ocidentais, o fato continua a despertar graus variantes de oposição em alguns deles; 9) A recusa dos *Sikh* de usar capacetes ao invés de seus tradicionais turbantes ao guiar motocicletas ou realizar trabalhos que envolvam risco em construções; de tirar seus turbantes ao fazer juramento ou reverência na *House of Commons*; de fazer a barba ao trabalharem em refeitórios ou restaurantes; 10) Recusa dos *Amish* e da comunidade cigana de matricular suas crianças na escola depois de certa idade, por considerar a educação moderna inútil para eles, alienando-as; 11) Pedido dos hindus para que seja permitido cremar seus descendentes em funerais, jogar suas cinzas nos rios; 12) Reduzir o *status* da mulher, incluindo a negação de oportunidades para seu desenvolvimento pessoal em algumas comunidades minoritárias (SHORTEN, 2005, p.3).

discursivamente, verdades aceitas que retornam ao contexto de ação.

O que permitiria aos participantes da argumentação resgatar discursivamente as condições de verdade? A força não coercitiva do melhor argumento os leva a mudar de perspectiva, a corrigir seus erros, pois o saber é falível. Assim, dispondo os participantes de todas as informações pertinentes e pesando todas as razões relevantes, esgotam o potencial de objeções possíveis.⁹¹

O pertencimento a uma cultura não significa uma justificativa inerente para a tolerância, pois o reino da tolerância não é absoluto. Disto advém o paradoxo da tolerância, segundo o qual tolerar os intolerantes leva à intolerância.

O *hate speech* se apresenta como um limite para a tolerância, pois não possibilita o diálogo na medida em que despreza o ponto de vista do afetado, significando a anulação do outro, o que não permite a condução da sociedade mediante uma coexistência pacífica.

Isto ocorre, tendo em vista que o *hate speech* prejudica a formação de uma opinião pública livre que requer o estabelecimento de uma democracia dialógica. Não possibilita o diálogo entre um conjunto de perspectivas, pois segundo Mahoney (1996), qualquer que seja a forma que a propaganda do ódio assuma, o seu propósito e efeito é o de distorcer a mensagem de um grupo ou classe de pessoas, negar a sua humanidade e fazê-las objeto de ridículo e humilhação. Deixar de reconhecer isto significa uma falha no entendimento do que venha a ser o racismo.

O aspecto segundo o qual todos os cidadãos precisam ser tratados com igual respeito e dignidade é condição *sine qua non* para que a participação no processo democrático seja significativa, daí o repúdio a rótulos que designam o estrangeiro como ineficiente, o nordestino como preguiçoso, o negro como ladrão, o índio como ignorante, o pobre como ninguém, o judeu como avaro. Trata-se de rótulos que desencadeiam o discurso do ódio e ilustram indescritível vigor para minar os valores democráticos:

Por isso, sob as condições das sociedades modernas, a solidariedade está ligada ao pressuposto de relações sociais de estima simétrica entre sujeitos individualizados (e autônomos); estimar-se simetricamente neste sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as

⁹¹ Segundo a teoria discursiva da verdade, um enunciado é verdadeiro quando, nas exigentes condições de um discurso racional, resiste a todas as tentativas de refutação. Após todas as tentativas de refutação chega-se a um momento crucial: deve-se tomar uma decisão, a despeito das incertezas, pois o saber é falível, e não há como se trabalhar somente com hipóteses. Veja a propósito (HABERMAS, 2004).

capacidades e as propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum. Relações desta espécie podem se chamar 'solidárias' porque elas não despertam somente a tolerância para com a particularidade individual da outra pessoa, mas também o interesse afetivo por essa particularidade (HONNETH, 2003, p. 210-211).

A tolerância e a conseqüente articulação das diferenças tem passado a configurar-se como uma variável essencial da legitimação das democracias. No entendimento de Honneth (2003), o indivíduo, quando não vê reconhecida sua identidade particular, entra em conflito em virtude de um acontecimento ético, na medida em que objetiva o reconhecimento intersubjetivo de dimensões da individualidade humana. O desenvolvimento da identidade pessoal de um sujeito está ligado à pressuposição de determinadas formas de reconhecimento por outros sujeitos⁹²:

O conflito representa uma espécie de mecanismo de comunitarização social, que força os sujeitos a se **reconhecerem mutuamente no respectivo outro**, de modo que por fim sua consciência individual, de modo que por fim da totalidade acaba se cruzando com a todos os outros, formando uma consciência universal (HONNETH, 2003, p. 64, grifo nosso).

Honneth (2003), baseado na concepção de que a intersubjetividade comunicativa deve ser estruturada pela luta e pelo conflito social, entende que Jürgen Habermas, em sua Teoria Crítica, pensou a racionalidade comunicativa como prévia ao conflito, deixando em segundo plano as disputas sociais. Denomina esta insuficiência de "déficit sociológico da teoria crítica" (HONNETH, 2003, p. 16).

Para os desavisados, que empreendem uma leitura superficial da obra do referido autor, pode parecer que, num viés revolucionário e de sublevação, este utilize os sinônimos de luta e conflito social para subverter a ordem ou provocar a radical mudança do regime estabelecido, pois o conceito de luta⁹³ poderia levar a esta equivocada conclusão. Não é este o propósito da teoria construída por Honneth

⁹² Essa idéia de reconhecimento do sujeito no outro, pode ser resgatada no conceito de Kant sobre o homem como fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário da vontade. "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio". (KANT, 1995, p. 69). O exemplo dado por Kant (1995) de uma pessoa pedir dinheiro emprestado, prometendo pagar em prazo determinado (caso contrário nada lhe emprestariam), sabendo que não poderá pagar, ilustra o comportamento do homem utilizando-se do outro como meio – forma de empréstimo - para satisfazer seu fim - falta de recursos.

⁹³ No Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa a palavra luta aparece como sinônimo de combate, conflito, briga, disputa e guerra.

(2003) da luta por reconhecimento como gramática moral dos conflitos sociais.

A luta pelo reconhecimento é fruto de situações de desrespeito à identidade individual e coletiva, capazes de gerar ações que visam restaurar a situação inicial de igualdade e respeito mútuo.⁹⁴

Bauman (2003) entende que os direitos individuais, embora possam ser usufruídos isoladamente, só podem ser garantidos mediante uma luta coletiva de categorias reivindicantes. Todavia, adverte que, no processo desta luta, não se pode enveredar por um caminho de “auto-realização” como demonstraram as propostas de Charles Taylor e das correntes “culturalistas” dominantes.

Pretende enfatizar a indissociável ligação entre igualdade e distribuição, pois a justiça requer, além do reconhecimento, a redistribuição. Acredita que as demandas realizadas em prol da igualdade constituem instrumentos de integração, ao passo que as demandas por reconhecimento no mero aspecto da distinção cultural promovem o sectarismo e possuem um caráter essencialista.

A redistribuição, a qual se refere Bauman (2003), trata-se da possibilidade da sociedade conceder a todos os indivíduos uma oportunidade e fazer com que esta seja aproveitada, removendo os obstáculos que impeçam sua realização.

Para tanto, não basta uma imposição estatal, mas:

[...] a eliminação dos impedimentos à distribuição equitativa das oportunidades, uma a uma, à medida que se revelam e são trazidas à atenção pública, graças à articulação, manifestação e esforço das sucessivas demandas por reconhecimento (BAUMAN, 2003, p. 73).

Não se pretende dissociar a “política social da diferença” da “política social da igualdade”, desconsiderando o papel da redistribuição na luta pelo reconhecimento. Pretende-se enfatizar o respeito à busca de uma equitativa distribuição das oportunidades, principalmente mediante justa distribuição de renda e valorização dos direitos sociais enumerados no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, que estão indissociados do cerne da discussão acerca do direito fundamental à liberdade de expressão.

⁹⁴ A luta pelo reconhecimento é uma força moral que impulsiona o desenvolvimento social, ou melhor, é a “gramática moral dos conflitos sociais”, da qual Honneth (2003) extrai critérios normativos. É a Teoria crítica da sociedade, na qual os processos de mudança social devem ser explicados com referências às pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco.

Portanto, conforme afirma Bauman (2003, p. 72), “colocar a questão do reconhecimento no quadro da justiça social” é uma saída mais plausível para a perseguição das infundáveis demandas surgidas na sociedade em que vivemos, pois conforme já dito anteriormente, no entender de Ferriz (1989), a chave para as manifestações de liberdade não é uma questão apenas de reconhecimento, mas de efetividade.

Ainda, não se considera que o direito à diferença deva ser reputado apenas pela razão essencialista de haver a diferença, desprezando-se as diversidades culturais e a desigual distribuição das oportunidades. Assim como os direitos fundamentais sociais são indispensáveis à fruição do direito à liberdade de expressão, que poderia tornar-se vazio de conteúdo, também o aspecto cultural deve ser levado em conta.

Rosenfeld (2003) ressalta que a identidade⁹⁵ constitucional contemporânea, configurada pelo respeito aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade de expressão, não pode simplesmente se desligar dos laços e identidades nacionais ou culturas relevantes. Desta forma, acreditando que os direitos mencionados mediante tal desligamento se tornariam *amorfos*, questiona-se acerca da possibilidade da liberdade de expressão envolver o direito a proferir discursos extremistas sem referência à identidade nacional ou cultural.

Ele acrescenta que a mesma norma constitucional pode levar a diferentes resultados, dependendo dos fatos históricos relevantes. Tendo em vista as distintas experiências internas com o nazismo, as mesmas normas sobre liberdade de expressão podem ser interpretadas de forma diferente, protegendo ou não o discurso pró-nazista. É o que acontece nos Estados Unidos que protegem tal discurso, enquanto na Alemanha, devido aos terrores da Segunda Guerra Mundial, não se dá guarida ao mesmo.

Contrapõe-se à legitimidade da proteção do discurso neo-nazista nos Estados Unidos. A cultura deve ser merecida para que se construa o discurso jurídico, mas não com intuito maximizador. Os precedentes que têm se formado em torno da defesa da liberdade de expressão a todo custo nos EUA maximizam a idéia de tradição libertária em detrimento do princípio da não-discriminação.

Difere desta tendência o fator cultural da discriminação racial contra negros

⁹⁵ “Identidade cujo produto é um processo sempre aberto à maior elaboração e à revisão” (ROSENFELD, 2003, p.23).

que determinou a justificação da Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Faó⁹⁶. Esta emenda deu origem ao art. 5ºXLII da Constituição Federal, segundo o qual “A prática do racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” e foi apresentada em 12.01.1988, possuindo a seguinte justificação:

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1988, pois impera no país diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime.

O elemento histórico da discriminação racial contra negros que justificava a redação do presente dispositivo, convergindo para dar ao racismo o significado de preconceito mais especificamente contra a raça negra, não pode servir hoje para limitar a subsunção ao racismo apenas das condutas discriminatórias contra a raça negra, excluindo as demais minorias como os nordestinos, os judeus, os homossexuais, as mulheres e os índios.

Assim, a auto-realização, a ênfase na diversidade cultural e o reconhecimento com redistribuição, fazem parte da mesma moldura de um Estado Democrático de Direito que considera como Popper (1998) o “paradoxo da tolerância”, segundo o qual tolerar os intolerantes leva à intolerância.

Um debate que perpassa o discurso do ódio diz respeito à tolerância enquanto reconhecimento multicultural. Desta forma, buscando alcançar a política do reconhecimento ou “política da diferença”, deve-se reconhecer que, em diversos países do mundo, há uma variedade de grupos minoritários, entre os quais os negros, os homossexuais, minorias nacionais e grupos étnicos imigrantes que não demandariam simplesmente ter os mesmos direitos que seus concidadãos. Eles precisam do reconhecimento público de suas identidades culturais.

Nesse sentido, além do tratamento igual que o liberalismo “cego a diferenças” tem por objetivo, as instituições e políticas públicas de uma democracia devem tratar grupos diferentes de acordo com suas diferenças culturais.

Cabe à sociedade a responsabilidade de dar forma a uma estrutura

⁹⁶ Conforme voto do Ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS, p.536.

institucional que propicie direitos e oportunidades para todos, sem distinção de sexo, raça, etnia ou religião, cabendo aos cidadãos fazer uso das garantias instituídas, mas com restrição. As oportunidades institucionais garantidas podem ser colocadas a serviço de uma ampla diversidade de objetivos, valores, formas de vida e doutrinas religiosas ou filosóficas, no entanto, este empenho não pode se fazer à custa de princípios de justiça, pois a liberdade deve servir à igualdade.

A necessidade de respeito nas sociedades modernas sugere aquilo que o filósofo israelense Margalit (1999) denominou de "sociedade decente", entendida como uma sociedade cujas instituições não humilham seus membros.

Margalit (1999) apresenta uma perspectiva para interpretar a preocupação com o respeito e a sensibilidade à humilhação dos indivíduos nas sociedades modernas. De acordo com este autor, é preciso levar em conta os problemas suscitados pela experiência da humilhação para construir não apenas uma sociedade justa, mas uma sociedade que não humilhe seus membros mais fracos.

Segundo Margalit (1999, p. 15), sociedade decente é aquela em que ninguém pode ser humilhado pelas instituições. O sentimento de humilhação pressupõe a "falta de respeito". Isso faz pensar no conceito de humilhação de Margalit (1999), que a define como "a recusa de formas específicas de vida pelas quais os seres humanos exprimem sua humanidade". Ora, é exatamente um sentimento desse tipo que a gente do povo experimenta quando se diz humilhada.

O discurso do ódio expõe os indivíduos a este aspecto de humilhação provocando um efeito silenciador do discurso, *silencing effect*. O discurso público pode assumir um caráter irracional e coercitivo quando o preconceito é onipresente e sistêmico, frustrando a sua própria razão de ser e prejudicando a sua própria integridade.

A promoção do ódio divide a comunidade, mesmo quando não desperta o ódio, pois se configura como um ataque à liberdade de expressão e à democracia. A comunidade que permanece inativa em face da propaganda do ódio nega a ela mesma os benefícios da liberdade de expressão, não garantindo nada como valor em troca.

Como a identidade individual e coletiva já não é diretamente conferida pela estrutura social, mas se constrói quase sempre mediante um processo de afirmação do indivíduo com relação aos papéis institucionais, uma forma de convivência que não persiga outra coisa que não seja evitar calamidades derivadas de

enfrentamentos entre partidários de distintos ideais deveria ser para Escámez (2005) a essência da política do presente e do futuro, “a busca de um compromisso de paz entre diferentes modos de vida”, forma de convivência em que “a tolerância torna a diferença possível; a diferença torna a tolerância necessária” e onde o discurso do ódio não teria lugar (ESCÁMEZ, 2005, p. 7; WALZER, 1999, p. 12).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassando a historiografia da liberdade de expressão, entende-se que não há que se falar da mesma sem antes tratar do processo de afirmação histórica da liberdade religiosa e do advento da modernidade que proporcionaram a multiplicidade de idéias e verdades refutáveis e a superação da concepção teológica do mundo.

Com a afirmação da liberdade religiosa e a separação de poderes, pode-se introduzir o debate tematizando-se a liberdade de expressão como direito fundamental.

O art. 19 da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, segundo o qual “Todo homem tem direito à liberdade de informação e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”, dá o tom do diversificado conteúdo da liberdade de expressão.

Essa adquire diversas facetas, sobretudo em virtude da complexidade das relações interpessoais proporcionadas pelo pluralismo moderno, em que novas questões e preocupações passam a ser cogitadas, aumentando o risco de dissenso. Os conflitos atingem elevado grau em parte pelo avanço das tecnologias de comunicação.

Nesse contexto de complexidade e diante de questões antes não antevistas surge o discurso do ódio. Este aparece como tema problemático, pois temos direitos fundamentais envolvidos em uma sociedade democrática: a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. É preciso defender a liberdade de expressão, evitando-se a censura governamental aos discursos e à imprensa. Ao mesmo tempo, é imprescindível a defesa da igualdade política, mediante a proibição de discriminação ou de exclusão de qualquer tipo que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política.

Não se pretende adotar a censura de idéias genéricas, dissonantes do politicamente correto, confundindo-se a restrição à liberdade de expressão com a “velha censura” que em nada contribui para fortalecer o princípio democrático e que constitui em mecanismo de intervenção de regimes marcados pela ditadura do único argumento.

De fato, muitas vezes a imprensa direciona o debate. A notícia tendenciosa, a inclinação e o preconceito existem, no entanto, a base de um sistema democrático, conforme se pretendeu demonstrar neste trabalho, é a imprensa livre, formadora e informadora de opinião pública, na qual as visões diversas e inusitadas são expressas de forma livre, sem que haja o medo de que a opinião do Estado ou mesmo a opinião majoritária seja contrariada.

Embora não se adote esta postura antidemocrática da censura do politicamente correto, hodiernamente, não cabe uma visão liberal extremada conduzida pela *máxima do laissez-faire, laissez-passer* que está na base da metáfora do livre mercado das idéias (*free marketplace of ideas*) e cuja essência permite a admissão, em termos iguais, de qualquer idéia, sendo que nenhuma delas pode ser restringida.

Devem ser respeitados valores como a igualdade, a reciprocidade, a tolerância e a convivência pacífica. Portanto, adotou-se a posição intermediária propugnada por Owen Fiss, segundo a qual a fixação dos limites da liberdade de expressão exige uma análise mais profunda, que harmonize a garantia da autonomia individual e a promoção do debate democrático, pois a tensão a ser resolvida envolve tanto o aspecto defensivo quanto o protetivo do direito fundamental da liberdade de expressão.

A concepção de Axel Honneth da luta pelo reconhecimento harmoniza-se com a posição intermediária de Owen Fiss que situa o discurso do ódio como possível restrição à liberdade de expressão. Como todos os cidadãos precisam ser tratados com igual respeito e dignidade para que a participação no processo democrático seja significativa, a experiência do rebaixamento e da humilhação social constitui recusa ao reconhecimento recíproco e desrespeito à identidade individual e coletiva. A restrição à liberdade de expressão, no que tange ao discurso do ódio, funciona como proposta de luta pelo reconhecimento e como respeito aos valores da igualdade, reciprocidade, tolerância e coexistência pacífica.

O direito aqui surge como uma forma de reconhecimento recíproco, pois a relação jurídica que representa uma espécie de base intersubjetiva, obriga cada sujeito a tratar todos os outros segundo suas pretensões legítimas.

O respeito pelo reconhecimento está intimamente relacionado à idéia de tolerância, assim, o *hate speech* se apresenta como um limite para a tolerância, pois não possibilita o diálogo na medida em que despreza o ponto de vista do afetado,

significando a anulação do outro.

Ademais, o discurso do ódio vai contra o universo de princípios e valores das democracias contemporâneas, sobretudo o pluralismo e a tolerância. Este tipo de discurso discriminatório impede os indivíduos e grupos de se verem respeitados, impossibilitando a busca pelo reconhecimento recíproco.

O discurso do ódio expõe os indivíduos a um aspecto de humilhação, provocando um efeito silenciador do discurso. O reconhecimento recusado caracteriza um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, prejudicando a participação no debate democrático dos grupos desfavorecidos. As vítimas do discurso sentem que não podem contribuir para o debate, uma vez que a sua confiança é abalada, o que pode levar conseqüentemente a calar a voz dos menos favorecidos.

Com as considerações realizadas, conclui-se que a forma como as sociedades enxergam seus indivíduos é determinante para seu reconhecimento. O respeito mútuo é uma busca inerente à vida social, constitui pressuposto para o desenvolvimento da identidade do indivíduo, propiciando-lhe uma medida indispensável de autoconfiança e autodeterminação para empreender suas escolhas na esfera pública.

Para alcançar o reconhecimento ou “política da diferença”, deve-se reconhecer que há uma variedade de grupos minoritários, entre os quais os negros, as mulheres, os homossexuais, minorias nacionais e grupos étnicos imigrantes que precisam do reconhecimento público de suas identidades individuais e coletivas, sobretudo, dando-se lugar à concepção da liberdade de expressão entendida como “nova liberdade”. Liberdade esta que vai além da máxima do *laissez-faire, laissez-passer*, associando a igualdade à distribuição.

A indissociável ligação entre igualdade e distribuição requer a eliminação dos impedimentos à distribuição eqüitativa das oportunidades, principalmente mediante justa distribuição de renda e valorização dos direitos sociais, colocando a questão do reconhecimento no quadro da justiça social.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Reinaldo Bustamante. uma aproximación al problema de la colisión de los derechos fundamentales. Disponível em: <http://universitas.idhbc.es/n01/01_07bustamante.pdf 2004. P. 1-25> Acesso em: 28 NOV. 2006.

ALEXANDRINO, J. A. de Melo. **Estatuto Constitucional da Televisão**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ALEX, Robert. Balancing Constitutional Review and Representation. In: **International Journal of Constitutional Law**, n. 3, p. 3-4, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Erneste G. Vadez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

APEL, Karl-Otto. Apel "Plurality of The Good? The Problem of Affirmative tolerance in a Multicultural Society from an Ethical point of view. **Ratio Juris**, v. 10, p. 199-200, 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. **Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004b.

BADIOU, Alan. **Circonstances, 3. Portées du mot "juif"**. Lignes: Ediciones Lignes, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania**: a Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais. São Paulo: Saraiva, 1995.
BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal: In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 315-343.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAUMAN, Zygmund. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2003.

BERABA, Marcelo. O clamor da tolerância. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. 4, 12 fev. 2006 (Caderno Mais).

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Qual Socialismo?** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Constituição Aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das regiões. 2º ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

BORK, Robert. Neutral Principals and Some First Amendment Problems, 47 **Indiana Law Journal**, v. 1, n. 20, 1971.

BOURDONCLE, René **Fonction Publique et Liberté D'opinion En Droit Positif Français**. Préface de M. Robert Pelloux. Bibliothèque de Droit Public sous la direction de Marcel Waline. Paris, 1957.

BOYLE, Kevin. Hate Speech: the United States versus The rest of the World? Heinonline, **Maine Law Review**, v. 53, n. 2, 2001.

BRUGGER, Winfried. XVI Congresso f the International Constitutional Law. The Constitutional Treatment of Hate Speech. **The Treatment of Hate Speech in German Constitutional Law. Brisbane**, v.14, n. 20, p. 1-52, July, 2002.

BURNS, Edward MacNall; LERNER, Robert E.; MEACHAM, Standish. **História da Civilização Ocidental**: do homem das cavernas às naves espaciais. 30 ed. Trad. De Donaldson M. Garschagen. Rio de Janeiro: Ed. Globo. 1989.

CANOTILHO. Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick de. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar da empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados por obras realizadas - ilícito do Estado - igualdade de todos diante dos encargos públicos - princípio da continuidade da empresa - Estado Democrático de Direito. 1996. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília, p. 123-152, Jul./Dez., 1986.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso a informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, **Direito e Justiça Distributiva**: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

CONSTANT, Benjamim. Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos. In: **Filosofia Política 2**. Porto Alegre: L&PM Editor, 1975.

COUTINHO, Leonardo. **As comunidades do ódio**: grupos de internautas pregam intolerância racial e sexual no site de relacionamento preferido pelos brasileiros. **Veja**, São Paulo, 23 nov. 2005.

CRAWFORD. Mark. **Regimes of Tolerance**: A Communitarian Approach of Freedom of Expression and its Limits. University of Toronto Faculty of Law Review. 1990. p. 1-21. v. 48.

CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Ed Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

Das Bundesverfassungsgericht. Disponível em: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/> Acesso em: 14 dez. 2006.

DELGADO, Richard and Jean Stefanic, Must We defend Nazis?: **Hate Speech**; Pornography, and The New First Amendment, New York: New York University Press, 1997.

DWORKIN, R. M. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.

DWORKIN, Ronald. **La Virtud Soberana**: La Teoría y la Práctica de la Igualdad, Barcelona: Paidós, 2003b.

EDWARDS, Lonzy F., **Hate Relations for Court Personnel**: A Guide do Handling Racial Bias for Judges, Lawyers, Neutrals, and their Staffs, Macon, GA.: Magnolia: Publishing Company, 1998.

ELY, Hart Jonh. **Democracy and Distrust**: a Theory of Judicial Review. Cambridge: London. Harvard University, 1980.

ESCÁMEZ, Sebastian. Modelos de tolerancia. Prudencia y repeto como justificaciones de una institución moderna. Madrid. 2005. Disponível em: <<http://www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers.htm>> Acesso em: 20 dez. 2006.

FARIAS, Edílson Pereira de Farias. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FERNÁNDEZ, Antonio Aguilera. **La Libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información**: Posibilidades y límites constitucionales. Granada. Espanha: Editorial COMARES, 1990.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão**: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Pillares, 2005.

FÉRRIZ. Remedio Sanchez. **Estúdio sobre las Libertades**. Valencia: Editora Tirant to Blanch, 1989.

FISH, Arthur. Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and consequences. Canadian, **Journal of Law and Jurisprudence**, v. 2, n. 2, p. 111-137, July, 1989.

FISS. Owen M. **A Ironia da Liberdade de Expressão**: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Trad. e Prefácio de Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

FRANKENBERG, GÜNTHER, **A Gramática da constituição e do direito**. Trad. de Elisete Antoniuk. Coordenação e Supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GALLUPO. Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença**. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAY, Peter. **O Cultivo do Ódio**: a Experiência Burguesa da Rainha Vitória a Freud: São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de Validade do Direito**: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

GRYZINSKI, VILMA. Nem Deus se salva? Pelos critérios de liberdade de expressão como valor absoluto, a resposta é não. Mas todos, se pudessem, proibiriam alguma coisa. São Paulo, **Veja**, 8 fev. 2006. p. 66.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Trad. de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre Faticidade e Validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1-2.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad. de Fávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Trad. de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatan**. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

HOBBS, Eric. **Era dos Extremos**: o breve século XX 1914-1991. São Paulo Companhia das Letras. 1995. São Paulo. Trad. Marcos Santarrita. Revisão Técnica Maria Célia Paoli. Editora Shwarcz.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos - IIDH. **Libertad de Expresión**. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_europeo/piermont%20v.%20france.htm> Acesso em: 12 dez. 2006.

JELLINECK, Georg. **The Declaration of the Rights of Man and The Citizens**: a Contribution to Modern Constitutional History. Translation. M. Farrand. Westport: Hyperion. 1979.

KALVEN JR., Harry. **A Worthy Tradition: Freedom of Speech in América**. Ed Jamie Kalven (New York: Harper & Row, 1988).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70. 1995.

KARL, Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**: volume 1: o fascínio de Platão. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

LASTRA, Arturo Pellet. **La libertad de expresión**. Buenos Aires: Abellido Perrot, 1993.

LENINE. “Sur la liberté de la presse”, In: **Sur la route de l’insurrección**, Paris, 1924, p. 26).

LOCKE, Jonh. **Cartas acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o Governo. Trad. de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Os Pensadores XVIII.

MACHADO, Jónatas. E. M. **Liberdade de Expressão**: dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. T. 3.

MAHONEY, Kathleen E. Hate Speech: Affirmation or Contradiction of Freedom of Expresion. **Illinois Law Review**, n. 3, p. 789-808, 1996.

MARGALIT, Avishai. **La Sociéte Décente**. Paris: Éditions Climats, 1999.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas, 1992. p 113.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política. Trad. de Reginaldo Sant’Ana. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. v.1-2.

MARX, Karl. **Liberdade de Imprensa**. Trad. de Cláudia Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: Coleção L&PM Pocket, 2006.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. **Teoria do Estado**: uma introdução Crítica ao Estado Democrático Liberal. Notas críticas à teoria hegemônica da democracia a partir do paradigma participacionista. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Political Freedom: The Constitutional Powers of The Peeplo**. New York: Harper, 1960 ; repr. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1979.

MILL, Jonh Stuart. **Sobre La Libertad**: Prólogo de Isaiah Berlin. Traducción Pablo de Azcárate. Madrid: Alianza Editorial, 2004.

MILTON, John. **Areopagitica**: a Speech for the Liberty of Unlicensed Printing: Paras 1-19. Disponível em: <England em www.bartleby.com/3/3/2.html> Acesso em: 24 nov. 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 2. ed. Ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. T. 4.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janin Ribeiro e Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martim Fontes, 1996.

NOBRE, Marcos. Apresentação In: HONNETH. Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC 82.424-2/RS.). In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na constituição brasileira de 1988**. 2006. 149f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito

OTTO Y PARDO, Ignacio de. La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su Contenido Esencial en el Artículo 53.1 de la Constitución. In: MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo e OTTO Y PARDO, Ignacio de. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Civitas, 1992.

PECES-BARBA, Gegório Martinez. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madri: Eudema, 1991.

PELAYO, Garcia Manoel. **Derecho constitucional Comparado**. Madrid: Revista de Occidente, 1959.

PÉRES LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1995.

PERRY, Michael J. **Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine**. Northwestern University Law Review. V. 78. N. 5. p.1137-1211, 1983.

PETERS, Jonh Durhan. Historical Tensions in the Concept of Public Opinion. In: **Public Opinion and Communication of Consent**. New York: London, 2003.

POPPER, Sir Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos** . Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998. T.1.

RALWS, John. **Justiça como Equidade**: uma reformulação. Organizado por Erin Kelly. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martim Fontes, 2003.

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

ROSSI, Clóvis. **O que é jornalismo?** São Paulo: Brasiliense, 1980.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: Princípio do direito político. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Ed. Abril, 1983.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de Justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995. Capítulo 5: Liberdade e Justiça: A Liberdade como Elemento Central da Idéia de Justiça.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Adéus aos métodos? Hermenêutica, Pragmática e Argumentação Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes, MORAES, Filomeno. (Coords.) Direito constitucional Contemporâneo. **Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. O retorno às tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 45-102.

SAMPAIO, José Adércio. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão Jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão eo Problema do “Hate Speech”. Paper.2006. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: lúmen juris, 2006.

SANCHÍS, L. Pietro. **Justicia Contitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada**: as Questões Clássicas - São Paulo: Ática, 1987. v.1.

SCANLON JUNIOR, T.M. Freedom of Expression and Categories of Expression. **Pittsburg Law Review**. 1992-1993. p. 519/550. v. 40.

SEGADO, Francisco. Fernández. El régimen político británico In: BADIA, J. Fernando y otros. **Régimenes políticos actuales**. Madrid: Tecnos, 1987.

SHIFFRIN, Steven. **The First Amendement, Democracy, and Romance**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

SHORTEN. Andrew. Cultural Controversies and The Limites of Toleration. 2005 Disponível em http://www.socialsciences.manchester.ac.uk/politics/research/research_groups/mancept/documents/shortenToleration.pdf> Acesso em: 24 nov. 2006.

SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEFANIC, Jean & DELGADO, Richard. A Shifting Balance: Freedom of Expression and Hate-Speech Restriction. **Iowa Law Review**, v. 78, p. 737-750, 1992-1993.

STRAUSS, David A. **Rights and Systems of Freedom of Expression**: the University of Chicago Legal Forum, 1993. p. 197-210.

SUPREME Court collection: Historic Supreme Court Decisions - by Party Name. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/cases/name.htm>> Acesso em: 01 dez. 2006.

SUPREMO Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>> Acesso em: 01 dez. 2006.

SUPREME Court Judgments. By Supreme Court Reports Volume. Disponível em: <<http://scc.lexum.umontreal.ca/en/index.html>> Acesso em: 01 dez. 2006.

THWEATT, Elizabeth. Bibliography of Hate Studies Materials. Disponível em: <<http://guweb2.gonzaga.edu/againsthate/thweatt.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2006.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Madri: Reus, 1985.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Trad. de Bruno da Ponte, João Lopes Alves e Marilena de Souza Chauí. 2. ed. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1978.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALZER, Michael. **Da tolerância**. Trad. de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A liberdade de expressão na Constituição Federal e suas limitações**: os limites dos limites. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

ZIZEK, Slavoj. **Plaidoyer en faveur de l'intolerance**. Traduction de l'anglais de Frédéric Joly. Climats, 2004.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.