



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALEX LOBATO POTIGUAR

**DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
o uso da liberdade de expressão como forma de violência**

**Brasília - DF
2015**

ALEX LOBATO POTIGUAR

**DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
o uso da liberdade de expressão como forma de violência**

Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito, Estado e Constituição.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler

Brasília - DF
2015

ALEX LOBATO POTIGUAR

DISCURSO DO ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: o uso da liberdade de expressão como forma de violência

Tese apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito, Estado e Constituição.

Orientadora: Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler

Aprovada em _____

Banca Examinadora

Dra. Cláudia Rosane Roesler
Orientadora – Universidade de Brasília

Dr. Argemiro Moreira Martins
Membro – Universidade de Brasília

Dr. José Emílio Medauar Ommati
Membro – Pontifícia Universidade Católica - MG

Dr. Claudio Pereira de Souza Neto
Membro – Universidade Federal Fluminense

Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
Membro – Universidade de Brasília

À minha Avó Telínea, que me acompanha até hoje no coração e nos pensamentos.

Aos meus Pais José Augusto e Yeda Potiguar, a quem dedico, e sempre dedicarei, todas as minhas vitórias.

Aos meus irmãos Pedro, Augusto e Amanda, pelo companheirismo de sempre.

À minha esposa Larissa Potiguar, amor que segue comigo construindo o meu hoje e o meu amanhã.

Ao meu afilhado Gutinho e meus sobrinhos Enzo, Pietra e Bárbara, a quem sempre dedicarei a busca de um futuro melhor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre me conduzindo e me acompanhando nesta eterna caminhada que é a vida.

À minha orientadora e Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler, por quem possuo enorme admiração e agora tenho, também, grande amizade, por sua infindável ajuda na construção desta pesquisa e grande exemplo de pessoa e profissional.

Aos professores da pós-graduação em Direito da UnB, pelo enorme suporte e pela permanente disposição em ajudar, em especial aos Professores Valcir Gassen, Alexandre Bernardino Costa, Menelick Carvalho e Cristiano Paixão.

Aos meus pais, José Augusto e Yêda Potiguar, pelo incondicional apoio que sempre me deram no caminho que escolhi para traçar meus passos e trilhar minha vida.

Aos meus irmãos Guto, Pedro e Amanda, pela dedicação a minha família durante todo o tempo em que morei longe de casa.

Aos meus amigos da UnB, que sempre estiveram ao meu lado.

Aos meus amigos de Brasília, sempre dispostos a me acolher e me ajudar em todos os momentos.

À minha família brasiliense, que me acolheu como um deles, com todo o carinho e atenção que bem material nenhum pode retribuir: tio Antônio, tia Leinha, Antônio Cláudio, Flávia e Juliana Amaral.

Às meninas da secretaria, amigas e fiéis companheiras.

Aos meus professores da Universidade Federal do Pará, principalmente a Antônio

Maués, José Cláudio e Zeno Veloso, que me deram toda a força para seguir na vida acadêmica.

Aos professores Argemiro Martins, José Emílio Medauar Ommati, Claudio Pereira Souza Neto, Paulo Henrique Blair pela presença e comentários na banca de defesa desta tese.

A Verdade Dividida

A porta da verdade estava aberta
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.

Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só conseguia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.

Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia os seus fogos.
Era dividida em duas metades
diferentes uma da outra.

Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era perfeitamente bela.
E era preciso optar. Cada um optou
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

A presente tese tem como finalidade à análise do Discurso do ódio na sociedade democrática por meio de sua conceituação, dos motivos contrários a sua legalidade, bem como sua localização dentro da legislação brasileira. Tem-se como objetivo uma abordagem geral e abstrata sobre o seu conceito e as justificativas pelas quais tal discurso é incompatível com uma sociedade plural, aberta e inclusiva. De outra lado, de forma específica e concreta, busca-se situar o tema dentro do sistema jurídico brasileiro, incluindo a legislação e julgados sobre o assunto em diversas abordagens. O que se tenta demonstrar é que o discurso do ódio deve ser entendido como a prática discursiva do desrespeito que mais se aproxima da prática ilícita do preconceito e racismo do que a simples expressão de ideias e opiniões, motivo pelo qual não se coaduna com um Estado Democrático que visa um procedimento discursivo aberto em que seus atores devem ser compreendidos como iguais merecedores de respeito.

Palavras-chave: Discurso. Ódio. Linguagem. Democracia. Igualdade.

ABSTRACT

This thesis aims the analysis of hate speech in a democratic society through its conceptualization, the reasons why it must be considered illegal and its study in the Brazilian legislation. The goal is to do a general and abstract approach to the concept and the reasons why such speech is incompatible with a plural, open and inclusive society. On the other hand, to do a specific and concrete approach to situate the subject within the Brazilian legal system, including legislation and judged on the subject in several approaches. What we are attempting to demonstrate is that hate speech should be understood as the discursive practice of disrespect that is closest to the unlawful practice of prejudice and racism than the mere expression of ideas and opinions, reason why it must be prohibited in a democratic State that aims at an open procedure in which its actors must be understood as deservers of equal respect.

Key-words. Speech. Hate. Language. Democracy. Equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p.12
-----------------	------

CAPÍTULO I – (RE)CONSTRUINDO O CONCEITO DE DISCURSO DO ÓDIO: a linguagem, o discurso do ódio e a reviravolta linguístico-pragmática

1. A linguagem como selo distintivo do ser humano.....	p.17
2. A Linguagem como função designativo instrumentalista comunicativa.....	p.22
3. O discurso do ódio e a reviravolta pragmática da filosofia da linguagem.....	p.26
4. Discurso do ódio como ato de ofensa	p.34
5. Discurso do ódio e linguagem como experiência hermenêutica.....	p.41

CAPÍTULO II – O DISCURSO DO ÓDIO NO PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE DIREITO: porque proibir?

1. O Discurso do ódio e a teoria discursiva do Estado Democrático de Direito: a Igualdade como condição de possibilidade da liberdade de expressão.....	p.51
2. A integridade do Juiz Hércules na luta contra o Discurso do Ódio.....	p.57
3. O ‘Hate Speech’ com e contra Dworkin.....	p.61
4. A identidade constitucional e o debate acerca da igualdade e desigualdade.....	p.64
5. Democracia silenciada: efeitos do discurso do ódio.....	p.77

CAPÍTULO III – “SOLTANDO O VERBO”: UM PANORAMA SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DO DISCURSO DE ÓDIO

1. Os alicerces para a construção do modelo normativo nacional.....	p.83
2. Sob o guarda chuva da Constituição Brasileira.....	p.89
3. Discurso de ódio Racial: entre o racismo e a injúria racial.....	p.94
4. “Mordaça Gay”? Como se constrói um discurso do ódio que defende a produção de mais discurso do ódio.....	p.105
5. Discurso do ódio não tem graça: a relação do Humor com o Ódio....	p.113

CAPÍTULO IV – ANÁLISE DO *LEADING CASE* BRASILEIRO NO HATE SPEECH

1. Breve Introdução.....	p.128
2. CASO ELLWANGER.....	p.130
2.1. Os fatos.....	p.130
2.2. O sentido do termo Raça.....	p.133
2.3. O conceito e alcance do crime de racismo.....	p.136
2.4. A antinomia entre a Liberdade de Expressão e o Racismo.....	p.145
2.5. A colisão de princípios, os princípios como mandados de otimização e o princípio da proporcionalidade de Robert Alexy.....	p.147
2.6. Os votos do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Marco Aurélio....	p.153
2.7. Teoria da Adequabilidade de Klaus Günther.....	p.160
2.8. A decisão final do Supremo Tribunal Federal	p.171

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	p.176
---------------------------	-------

REFERÊNCIAS.....p. 183

INTRODUÇÃO

O ano de 2015 começou com o mundo chocado por conta do ataque na sede do jornal Charlie Hebdo em Paris deixando pelo menos 12 pessoas mortas e 11 feridas em um tiroteio. O crime aconteceu no escritório do jornal francês "Charlie Hebdo", que já havia sido alvo de um ataque no passado após publicar uma caricatura do profeta Maomé.

Em 2014, durante os debates para a eleição de Presidente da República do Brasil, um dos candidatos manifestou sua frontal oposição ao reconhecimento de um ente familiar formado por um casal do mesmo sexo, conclamando os heterossexuais, como maioria, a enfrentarem a minoria dos homossexuais, motivo pelo qual foi condenado em 2015 a pagar indenização de 1 milhão de reais ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT.

No Brasil, em 2013, deputados e cidadãos, sob a vã desculpa de criticarem o PL 122/06, promoveram uma verdadeira "caça às bruxas" sob a leviana afirmativa de existir uma 'imposição homossexual', acusando os homossexuais de serem pederastas, pedófilos que deveriam ser isolados, pois qualquer contato com pessoas sadias deveria ser evitado.

Em 2009, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal condenou Marcelo Mello à pena de 1 ano e 2 meses por ter, dolosamente, praticado o preconceito contra a raça negra por tê-los livremente ofendido na internet ao, supostamente, criticar as cotas raciais, chamando a raça negra de macacos subdesenvolvidos, vagabundos e ladrões.

Em 2003, aquele que tem sido conhecido como o *leading case* brasileiro sobre o tema, Siegfried Ellwanger, escritor e sócio de uma empresa editora de livros, escreveu, editou e publicou obras de sua autoria e da autoria de outros escritores nacionais e estrangeiros, abordando temas anti-semitas, foi condenado pelo STF por crime de racismo.

E mais, um texto de Monteiro Lobato; uma piada sobre negros e outra sobre estupro de mulheres; uma música; um ataque religioso à projeto de lei que criminaliza a homofobia. Esses são apenas alguns pequenos casos cotidianos que geram na atual sociedade democrática um verdadeiro dilema acerca dos limites da liberdade de expressão. São claros exemplos de intolerância às ideias e de ideias de intolerância.

Esse tema ficou difundido mundo afora com a nomenclatura de “hate speech”, e fora traduzido para o português como discurso do ódio. Este é o discurso que exprime uma ideia de intolerância, menosprezo e exclusão de determinadas pessoas ou determinados grupos.

O discurso do ódio é um dos grandes desafios a serem enfrentados pelos Estados democráticos. É um intrincado tema limítrofe. O debate existente acerca da temática é saber se palavras ou expressões consideradas ofensivas, direcionadas às minorias e grupos historicamente explorados e vitimizados, deveriam ser proibidas ou permitidas de acordo com o ideal de um Estado Democrático de Direito.

A linguagem enquanto selo distintivo permite às pessoas utilizarem das palavras com diversas finalidades, como forma básica de exprimir suas ideias, conceitos ou até realizar atos.

Se o homem aprendeu a lidar com a linguagem como constitutivo do próprio mundo, através do qual só se pode acessar, compreender e criticar a realidade por meios linguísticos, o ser humano também deve saber conviver com a democracia, suas bases e seus limites.

O discurso do ódio apresenta uma complexidade muitas vezes não levada em consideração. A criminalização de atos racistas parece um tanto óbvia, mas o que dizer dos discursos que carregam de forma implícita a intolerância, visando mais uma doutrinação da diminuição e desmerecimento do outro do que propriamente uma ofensa direta.

O fato é que se está diante de um tema problemático e sem respostas fáceis. Infelizmente, o tratamento direcionado ao tema no Brasil ainda é muito insipiente. Mais perguntas que respostas. Mais respostas abstratas que concretas. Mais concretude achista que científica. Esse é o retrato atual da discussão sobre o discurso do ódio.

A temática surge e ressurge cada vez com mais força nos dias de hoje, posto que ela incide na discussão da base do atual paradigma constitucional que visa resguardar um amplo fluxo de expressão, tolerando as mais diversas ideias, mas entendendo os participantes desse discurso como indivíduos merecedores de igual consideração.

Assim, este trabalho pretende demonstrar como o desafio do discurso do ódio pode ser enfrentado, respeitando-se os princípios fundamentais da igualdade e da liberdade numa democracia constitucional.

O foco central desta tese é inovar na busca de uma abordagem geral e específica, abstrata e concreta, construindo um conceito mais sólido do que seria um discurso disseminador do ódio e de como ele pode e deve ser identificado nos casos concretos por meio da filosofia da linguagem. Demonstrem-se, também, os argumentos de por que este discurso é incompatível com o atual paradigma da sociedade democrática de direito, procurando localizá-lo na legislação brasileira e sua consequente aplicação à casos concretos, terminando por examinar seus detalhes apreciados pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* nacional sobre o assunto.

No primeiro capítulo, o objetivo é procurar fazer um paralelo entre a evolução da filosofia da linguagem por meio da reviravolta hermenêutico linguística e o próprio conceito mais aprofundado do discurso do ódio.

A presente pesquisa incidirá sobre a demonstração de que a linguagem quando utilizada de determinadas formas, constitui muito mais um ato agressivo que uma liberdade de expressão, devendo ser proibida por contrariar a própria ideia base de um Estado Democrático de Direito que é a possibilidade de se exprimir livremente sem sofrer agressões.

A finalidade é (re)construir um conceito de discurso do ódio que leve em consideração essa virada ou giro pragmático que passou a entender a linguagem conforme seu contexto social, seu uso, como forma de realização de um ato de fala que somente consegue ser compreendido por meio da tradição do leitor.

Desta feita, o discurso do ódio não possui apenas função locucionária, ele é a ofensa em si mesma perpetrada de forma discursiva contra um determinado grupo, através de uma leitura temporal, levando em consideração a realidade, a tradição e a linguagem de um determinado momento histórico.

Justamente por conta dessa tessitura aberta da própria linguagem é que se procurará justificar que os discursos que desqualificam as minorias não podem ser tolerados, pois não são uma propriedade exclusiva de seus emitentes, mas somente adquirem sentido quando atingem seus interlocutores.

No segundo Capítulo, busca-se apresentar um rol de argumentos para sustentar a ideia de que o discurso do ódio é plenamente incompatível com a atual democracia, pois esta busca permitir a igualdade dos cidadãos em expressar-se livremente, bem como a liberdade das pessoas em afirmarem suas diferenças.

A tese busca estudar essa questão vital no âmbito das modernas democracias pluralistas, procurando responder a pergunta se é possível contemplar a manifestação de pensamentos racistas contra judeus, negros, mulheres, homossexuais ou qualquer outra minoria como exercício da liberdade de expressão.

Sendo assim, quer-se demonstrar que a melhor forma de lidar com o *hate speech* é proibindo-o, pois o Estado Democrático de Direito envolve processos jurídico-políticos de construção histórica de uma identidade constitucional inclusiva e aberta, devendo compreender a noção de igualdade constitucional como uma incorporação da diferença.

É por este motivo que os discursos de ódio são tão ameaçadores ao constitucionalismo, especialmente quando buscam usar a constituição contra ela mesma, invocando o direito de expressão como autorizador de um discurso que nega a própria igualdade constitucional.

No terceiro momento, retrata-se o panorama acerca da legislação brasileira do discurso do ódio e sua aplicação pelo Judiciário, perpassando pela diferença entre racismo e injúria racial, pela análise das críticas ao Projeto de Lei 122/06 e da relação do humor com a discriminação. É uma abordagem concreta da temática.

No que tange ao racismo e a injúria racial, a intenção é demonstrar que a atual legislação criou dois crimes com tipos muito próximos que geram grande dificuldade em sua tipificação. Quanto ao projeto de lei 122/06 que busca inserir dentre as discriminações que podem levar a ocorrência do crime de racismo, à relativa aos homossexuais, o objetivo é verificar os argumentos utilizados contra o projeto. Por fim, deseja-se analisar o humor e sua simbiose com os limites da liberdade de expressão.

Assim, objetiva-se expor que a legislação brasileira é extremamente abstrata e difusa, ora criminalizando determinados atos, ora apenas gerando uma responsabilização civil monetária.

No último capítulo, aborda-se aquele que tem sido conhecido como o *leading case* brasileiro sobre o tema, no qual o STF condenou o autor de um livro revisionista por crime de racismo. A intenção deste capítulo é verificar a argumentação utilizada pela jurisprudência brasileira para tentar compreender como o Tribunal Supremo do país vem interpretando e aplicando a legislação nacional em casos de discurso do ódio.

Frise-se que o tema ganha destaque e importância no constitucionalismo atual, já que se criam mecanismos na tentativa de inclusão de grupos historicamente excluídos. Essa necessidade da criação de uma sociedade plural que aceite o outro diferente, seja pela cor, raça, gênero, religião ou opção sexual, impõe ao Estado a obrigação de se manifestar acerca de um discurso que ofende uma coletividade determinada.

Cumpra então ao direito ordenar a tutela da liberdade de expressão e a proteção dos cidadãos contra violações de seus direitos causadas por essa mesma liberdade.

Desta forma, esta tese tem a proposta de tentar criar um arcabouço teórico e prático que possa fornecer argumentos inovadores e suficientes para a defesa da tese de que o discurso do ódio mais se aproxima ao caráter ilocucionário do discurso, sendo, na verdade, um ato de desrespeito cometido de forma discursiva, que atinge o âmago de um Estado que se pretende democrático, aberto e plural.

CAPÍTULO I – (RE)CONSTRUINDO O CONCEITO DE DISCURSO DO ÓDIO: a linguagem, o discurso do ódio e a reviravolta linguístico-pragmática

1. A linguagem e sua possibilidade de expressão como selo distintivo do ser humano

A linguagem é o selo distintivo do ser humano. É somente através dela que conhecemos e pensamos o mundo que nos cerca, bem como compreendemos a nós mesmos ¹. É impossível, hoje, separar os fatos da linguagem, pois aqueles somente podem ser apreendidos pelo homem por meio da compreensão linguística.

Essa possibilidade conquistada com o passar do tempo permitiu às pessoas utilizarem das palavras com diversas finalidades, como forma básica de exprimir suas ideias, conceitos ou até realizar atos. A importância de se garantir um espaço plural, amplo e aberto para que se possam expressar livremente pensamentos é tamanha que quase todos os países democráticos protegem esse direito fundamental como critério essencial e basilar de uma sociedade justa e livre ². Não por outro motivo que se diz que a liberdade de expressão constitui “selo distintivo das atuais sociedades democráticas” ³, um “patrimônio cultural da sociedade cosmopolita” ⁴, um dos grandes “baluartes da liberdade” ⁵.

É essa linguagem que faz rir e chorar, compreender e deturpar, elogiar e ofender. O que se percebe, portanto, é que a linguagem pode adquirir inúmeras funções, desde uma perspectiva meramente locucionária ou

¹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, Editora Vozes, 1995.

² SCHAUER, Frederick. *The exceptional first amendment*. Harvard University. RWP05-021, February, 2005. Disponível em: < <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=668543>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

³ FARIAS, Edílson Pereira de. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4.

⁵ Essa expressão foi utilizada na Declaração de Direitos de Virgínia, em 1766, em seu artigo 12, e lembrada pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto no HC 82.424/RS. (ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n.º 82.424/RS)*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2004, p. 9).

descritiva até a prática de uma atitude desrespeitosa. E somente por sermos seres linguísticos é que a linguagem pode causar tanto efeito ⁶.

Nesse sentido, as sociedades democráticas vêm passando por um dilema, assegurar o mais amplo fluxo de ideias e pensamentos sem permitir que determinados grupos sejam diretamente atingidos por discursos discriminatórios e preconceituosos ⁷. Esse tema ficou difundido mundo afora com a nomenclatura de “hate speech”, e fora traduzido para o português como discurso do ódio.

O discurso do ódio ou *hate speech* é definido por Michel Rosenfeld como o discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade ⁸ e podemos acrescentar ainda, gênero ou opção sexual ⁹. Ele é o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outros ¹⁰.

Apesar de inexistir uma definição universal ¹¹, a grande maioria dos autores entende que essa qualificação dos grupos ofendidos não deve ser entendida como restritiva ¹², mas sim de forma aberta a permitir que todo grupo identificável possa ser objeto de um discurso preconceituoso ¹³.

⁶ BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York: Routledge, 1997, p. 1.

⁷ FARIAS, Edílson Pereira de. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

⁸ ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, 24, n. 4, p. 2, abril 2003.

⁹ O conceito de discurso do ódio no direito comparado é bastante plural, pois não existe um conceito único que o defina. Ele é marcado pela abordagem regional ou nacional que cada país dá ao *hate speech*. Isto ocorre porque o Pacto pela Eliminação da Discriminação Racial estabeleceu um padrão muito amplo que é, no mais das vezes, revisto por cada país. Sobre o tema ver: CALLAMARD, Agnes. Expert meeting on the links between articles 19 and 20 of the ICCPR: Freedom of Expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. Disponível em: <www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/experts_papers/Callamard.doc>. Acesso em: 16 jun 2008.

¹⁰ Adotamos a concepção ampla do discurso do ódio que envolve os grupos minoritários e vitimizados, quaisquer que sejam.

¹¹ WALKER, Samuel. *Hate Speech: the history of an American controversy*. Lincoln: University of Nebraska, 1994, p. 8.

¹² SILVA, Rosane Leal da ET AL. *Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira*. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2011, p. 445-468. “O homem, dada sua contingência, é capaz de manifestar numerosas características, concretas ou abstratas, passíveis de reconhecimento, diferenciação e, malgrado seu, discriminação. Faz pouco sentido restringir

Não por outro motivo que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa editou a recomendação nº R(97)20 em que considera o *hate speech* como toda forma de expressão que espalhe, incite, promova ou tente justificar o ódio baseado na raça, xenofobia, anti-semitismo ou outras formas de ódio e discriminação baseadas na intolerância, incluindo os discursos com base no nacionalismo, nas etnias, contra minorias e imigrantes ¹⁴.

O debate existente acerca da temática é saber se palavras, expressões ou atitudes consideradas ofensivas, direcionadas às minorias e grupos historicamente explorados e vitimizados, deveriam ser proibidas ou permitidas de acordo com o ideal de um Estado Democrático de Direito.

Em outros termos, deve a liberdade de expressão ser restringida nos casos em que for utilizada para difamar grupos com base na religião, raça ou etnia? A utilização de palavras para atingir especificamente determinados grupos com a intenção de diminuí-los ou desprezá-los não estaria ferindo o direito de igualdade? Não deveriam essas formas de expressão sequer serem consideradas expressão? ¹⁵ Esse é o grande desafio que os estados modernos devem enfrentar ¹⁶.

O que se percebe, inicialmente, é que o discurso do ódio possui uma clara e evidente vinculação com a linguagem, pois se diferencia dos atos discriminatórios que tenham sido externados por atividade física do ser humano.

No caso do discurso do ódio, é o próprio discurso, ou seja, a linguagem a base de sua conceituação. Portanto, podemos dizer que se traduz em questão fundamental a relação entre o pensar, falar e agir.

essas características àquelas tidas como mais recorrentes ou mais graves, pois poder-se-ia cometer uma injustiça. O efeito denegridor subsiste tanto na discriminação de gênero quanto na de idosos, por exemplo”.

¹³ Nesse sentido, BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público* 15/117. Trad Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan-mar.2007. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Harvard University Press, London, 2012.

¹⁴ Recommendation nº R(97)20. “For the purposes of the application of these principles, the term *hate speech* shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-semitism or other forms of hatred based intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin”.

¹⁵ POTIGUAR, Alex Lobato. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença*. Editora Consulex: Brasília, 2012, p. 19.

¹⁶ WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. Strasburgo: Council of Europe Publishing, 2009, p. 2.

Esse pensar a linguagem passou por uma verdadeira revolução no século XX com o que ficou conhecido por virada ou giro linguístico, alterando-se a forma de compreender a filosofia, a linguagem, e o próprio direito ¹⁷, posto que este possui como pano de fundo as interações e relações sociais, mediadas sempre pela linguagem, que permitem a comunicação e a compreensão destas mesmas relações.

Somente com o entendimento da própria ideia de linguagem que se pode identificar e construir o arcabouço teórico para a definição do discurso do ódio. Diz-se isto, tendo em vista a evidente dificuldade em diferenciar os atos legais de manifestação de pensamento e as formas discursivas de desrespeito que se dão imiscuídas em meio a uma pretensa liberdade de expressão.

O discurso do ódio pode surgir tanto na forma explícita, óbvia, evidente e, portanto, teoricamente fácil de ser combatida, como também pode vir mascarado por sutilezas que transmitem sua mensagem de intolerância e desprezo de forma indireta. Se o ódio é claro numa passeata neonazista¹⁸, o que dizer de trabalhos “científicos” ou literários? ¹⁹ E sobre a publicação de charges sobre Maomé, quando se sabe que a religião islâmica não permite representações do seu profeta através de figuras? ²⁰ Ou, ainda, o que se diz quando um pastor, tentando demonstrar que sua religião não admite o culto a imagens, chuta a imagem de uma santa católica, fonte de fé e devoção para outras pessoas? ²¹

A experiência mundial mostra que a percepção em relação à diferença entre discurso de ódio passível de proibição e discurso protegido pela

¹⁷ Sobre a relação da virada linguística com as teorias jurídicas, ver: SIMON, Henrique Smidt. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisioinimo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte, Argvmentvum, 2006, p. Belo Horizonte, Argvmentvum, 2006.

¹⁸ The Skokie Case. [432 U.S. 43 \(1977\)](#).

¹⁹ O caso Ellwanger. Habeas Corpus 82.424-2/RS.

²⁰ Sobre o tema ver: STEVANIM, Luiz Felipe Ferreira. As charges do profeta: dilemas da liberdade de imprensa na era da globalização. In: XXIX CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, Brasília. *Anais*. Brasília: INTERCOM, 2006; KAHN, Robert A. Why There was no cartoon Controversy In The United States. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008997# >. Acesso em: 14 nov 2008.

²¹ O caso, de 1995, ficou conhecido como “o chute da santa”. Em um programa de televisão, o Bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, Sérgio Von Helde, explicava que sua religião não permitia a adoração a imagens de santos e, para enfatizar sua ideologia, chutou uma imagem de Nossa Senhora (ver: GIUMBELLI, Emerson. O “chute da Santa”: blasfêmia e pluralismo religioso no Brasil. In: Birman, P. (Ed.) *Religião e espaço público*. Sao Paulo: Attar , 2003, p. 169-200).

liberdade de expressão não é uniforme ²², uma vez que as democracias ocidentais ora convergem, ora se distanciam, no entendimento deste tema.

O combate ao *hate speech* varia de uma tendência mais liberal, que visa estender ao máximo a liberdade de expressão, como é o caso da jurisprudência norte-americana ²³, até à rigorosa tendência alemã que pune a mera opinião nos casos de antissemitismo e de negação do Holocausto. Em outras palavras, vai-se do *laissez-faire* americano à vigilância alemã ²⁴.

O problema de quanta intolerância ²⁵ uma democracia liberal deve tolerar tem preenchido o debate internacional há anos ²⁶. Todavia, parece que, no Brasil, a temática ainda é pouco explorada. Sendo assim, esse caráter limítrofe do discurso do ódio torna necessário uma construção forte de seu conceito frente a ideia da linguagem para sua correta identificação nos casos concretos.

²² Sobre o tema, ler: VILLANUEVA, Ernesto. *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*. Madri: Editora Fragua, 1997; COLIVER, Sandra. *Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

²³ Alguns autores expressam o entendimento internacional sobre o tema e sobre como pode e deve ser a liberdade de expressão restringida. Frederick Schauer, por exemplo, considerou excepcional a abordagem norte-americana da primeira emenda (SCHAUER, Frederick. The exceptional first amendment. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=668543>. Acesso em: 13 novs. 2008.). Para Lee Bollinger, a sociedade americana é uma “sociedade tolerante” (BOLLINGER, Lee. *The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986). Kevin Boyle escreveu o artigo “Discurso do ódio: os Estados Unidos contra o resto do mundo?” (BOYLE, Kevin. Hate Speech: the United States versus the rest of the world? *Maine law review*, vs. 53, n. 2, 488-502, 2001). Robert A. Sedler também escreveu um artigo que leva o mesmo subtítulo (SEDLER, Robert A. An essay on freedom of speech: The United States versus the rest of the world. *Michigan State Law Review*, Wayne State University Law School vs. 2006:2, 2006). Quanto à jurisprudência norte-americana, ver: *Beauharnais vs. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *R.A.V.S. vs. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia vs. Black et al.*

²⁴ ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, vs. 24, n. 4, p. 3, abril 2003. Glyn Morgan também utiliza essa expressão em *Mill's liberalism, security, and group defamation*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1088405>>. Acesso em: 15 jun 2008.

²⁵ Sobre o tema da intolerância ver: CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2003; MINOW, Martha. Tolerance in a Age of Terror. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, vs. 16, n. 3, p., 2007; OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. Preconceito, estigma e intolerância religiosa: a prática da tolerância em sociedades plurais e em Estados multiculturais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE*, Recife, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2007.

²⁶ LAWRENCE, Frederick M. The hate crimes/hate speech paradox: Punishing bias crimes and protecting racist speech. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], v. 68, p. 673-721, 1993.

2. A Linguagem como função designativo instrumentalista comunicativa

O estudo da linguagem, tal como se conhece hoje, nasceu impulsionado pela tentativa de sistematização de elementos linguísticos para o alcance de um determinado significado que se deseja comunicar. O processo histórico denominado de virada linguística teve início, ainda que de forma insipiente, nos estudos de Frege e Russell, na tentativa de conciliar a matemática e a filosofia, na busca de uma linguagem unívoca que fosse capaz de lidar com a exatidão daquele conhecimento científico, um instrumento preciso e seguro ²⁷.

Desta forma, o objetivo das correntes de pensamento que predominavam à época, o neopositivismo e o empirismo lógico, era atingir um nível de linguagem ideal que conseguisse exprimir com exatidão o pensamento dos cientistas sem deixar qualquer margem de dúvida ou ambiguidade.

A ideia disseminada inicialmente acerca da linguagem é que ela possuía unicamente uma função de traduzir, de identificar, de designar um determinado objeto do mundo, uma espécie de mediação entre os fatos e suas descrições.

A linguagem era entendida como uma condição de possibilidade da comunicação do resultado do processo de conhecimento humano. É como se, inicialmente, ocorresse um fato no mundo, o ser humano conseguisse desvendar e conhecer tal problema, mas somente através da linguagem que esse conhecimento poderia ser passado ou comunicado aos demais. Sendo assim, o conhecimento independeria da linguagem. Esta apenas serviria de ponte para a transmissão daquele saber.

Desta feita, pode-se dizer que o conceito de linguagem era reduzido a uma função instrumental de realizar a comunicação entre os homens, resumida a um conjunto de elementos que, articulados de determinada maneira e forma adquiriam uma significação relativa a um determinado fato do mundo.

²⁷ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola. p. 59-60.

Para Ludwig Wittgenstein, um dos nomes mais importantes da filosofia analítica²⁸, em sua primeira fase intelectual, quando do lançamento de seu livro *“Tractatus Logicus Philosophicus”*, a linguagem reduzia-se a representação de um fato do mundo, tal qual uma imagem falada. Em outras palavras, “a tese fundamental de Wittgenstein é que a linguagem figura o mundo sobre o qual ela fala e a respeito do qual nos informa”²⁹. Nesse sentido, como as palavras designam um objeto, elas dependem desse objeto para terem sentido.

Sendo assim, evidenciava-se a diferença entre a linguagem, enquanto forma de representação e comunicação, e o fato no mundo, representado e comunicado. É essa condição da diferença entre representação e representado que permitia separar a linguagem da não linguagem³⁰.

Wittgenstein cria, então, a teoria da figuração para fazer uma relação entre o pensamento e sua manifestação linguística³¹. Inicialmente, *Wittgenstein* começa com a afirmação de que “figuramos os fatos”³², distinguindo dois momentos, o primeiro no qual há transformação do mundo em pensamento, e o segundo quando ocorre a exteriorização desse pensamento

²⁸ Para Edgar Marques, trata-se de o mais importante. Perceba-se: “Ele é, com certeza, o nome mais emblemático e significativo da filosofia analítica da linguagem, movimento filosófico que se caracteriza por considerar que a análise da linguagem – por oposição a uma análise direta da consciência ou a uma descrição empírica de um conjunto de fenômenos – consiste no método mais adequado para a reflexão filosófica. In: MARQUES, Edgar. Wittgenstein e o Tractatus. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 7.

²⁹ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 96.

³⁰ MORENO, Arley R. Wittgenstein: os labirintos da linguagem: ensaio introdutório. São Paulo: Editora Moderna, 2000. P. 14.

³¹ Hanna Fenichel Pitkin descreve como Wittgenstein chegou a esta ideia: “Fue durante la Primera Guerra Mundial, en las trincheras, sirviendo en el ejército austriaco. Estaba leyendo una revista en la que aparecía un dibujo esquemático que mostraba la posible secuencia de sucesos en el caso de un accidente automovilístico. Observando el dibujo, Wittgenstein se sintió sobrecogido por la forma en que reflejaba una exposición o proposición – una aseveración – de o que había sucedido. El dibujo representaba o describía un posible estado de cosas. Y era capaz de hacer eso porque las diversas partes que constituían la figura correspondían a diversas cosas del mundo”. In: PITKIN, Hanna Fenichel. Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 49.

³² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. 143. Importante frisar a ideia de que Wittgenstein entende o mundo como a totalidade dos fatos e não das coisas. Os fatos seriam a junção dos elementos, que só adquirem sentido enquanto membros de um todo. Assim, o mundo não seria a somatória de objetos isolados, mas sim a conexão desses elementos que, juntos, formariam os fatos. Sobre o tema ver MARQUES, Edgar. Wittgenstein e o Tractatus. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 31/32.

pela linguagem. Desta forma, a “proposição é uma figuração da realidade. Uma proposição é um modelo da realidade tal qual a pensamos”³³.

Utilizando dos termos e exemplos de Wittgenstein, Silvia Faustino resume a figuração como “uma régua aposta à realidade, que vai até a realidade, que se enlaça com ela, e cujos pontos mais externos de suas marcas tocam o objeto a ser medido”³⁴.

Não é somente esta condição da diferença que identifica a linguagem, mas também uma condição da semelhança. Assim, o mundo e a linguagem possuiriam um isomorfismo. A estrutura da linguagem seria a mesma estrutura do mundo e, essa estrutura, uma estrutura lógica.

De tal maneira, as proposições ou frases expressariam, caso perfeitamente analisadas, uma estrutura lógica do mundo³⁵. Ocorreria, assim, um espelhamento do mundo pela linguagem, um reflexo, uma quase cópia. Portanto, haveria um mundo independente da linguagem, mas que esta deveria exprimir³⁶.

Essa função primordial da linguagem ficava adstrita à essência de representar ou descrever a realidade como um quadro³⁷. Um claro exemplo disto seria o quadro “Isto não é um cachimbo” do pintor francês René Magritte. Na obra de arte em questão, o artista francês pintou um cachimbo na tela e, logo em baixo, escreveu: ‘isto não é um cachimbo’. A intenção do pintor era demonstrar que, de fato, aquilo era somente uma representação pictográfica de um objeto do mundo real, e que, com ele não se confunde. A pintura, portanto, estaria para a linguagem, assim como o cachimbo para o mundo.

É por isso que existiriam na linguagem, aquelas assertivas, proposições ou enunciados considerados verdadeiros ou falsos. Seriam verdadeiros ao reproduzir e afirmar que as coisas são o que realmente são ou que elas não são o que realmente não são. Por consequência, seria falso quando se diz que são o que realmente não são ou que não são o que

³³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. (4.01)

³⁴ FAUSTINO, Silvia. *A experiência Indizível*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 52.

³⁵ MORENO, Arley R. *Wittgenstein: os labirintos da linguagem: ensaio introdutório*. São Paulo: Editora Moderna, 2000, p. 15.

³⁶ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 121.

³⁷ LEITÃO CONDÉ, Mauro Lúcio. *Wittgenstein, linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998, p. 52.

realmente são. Esse valor da verdade somente pode ser alcançado por um processo de verificação ³⁸.

A teoria da figuração não pode, no entanto, ser confundida com uma cópia fiel do mundo, posto que a cópia pressupõe, necessariamente, a pré-existência daquilo que se copia, ao passo que a figuração independe da existência efetiva da realidade. Daí a ideia de verdade e ou falsidade ³⁹.

Nesse sentido, Wittgenstein afirma: “Especificar a essência da proposição significa especificar a essência de toda a descrição e, portanto, a essência do mundo” ⁴⁰.

Ponto fulcral desta teoria é o fato de que o mundo determina a realidade que pode ser figurada pela linguagem. Eles não se confundem, pelo contrário, o primeiro somente pode ser apreendido por meio do segundo. Em síntese:

Já que a linguagem não passa de um reflexo, de uma cópia do mundo, o decisivo é a estrutura ontológica do mundo que a linguagem deve anunciar. A essência da linguagem depende, assim, em última análise, da estrutura ontológica do real. Existe um mundo em si que nos é dado independentemente da linguagem, mas que a linguagem tem a função de exprimir ⁴¹.

Nesse momento inicial do estudo da linguagem, pode-se dizer que ela serve, como regra, para realizar a descrição do mundo, restringindo-se a essa função descritiva instrumentalista, por meio da proposição que passa a figurar a realidade do mundo. Esta, por sua vez, pode ser verdadeira ou falsa conforme a isomorfia entre a descrição e o estado das coisas.

Por todo o exposto, para aqueles que ainda se mantêm imersos nestas teorias, a liberdade de expressão perde em grande parte o seu valor de direito fundamental e essencial à sociedade moderna. Poder exteriorizar seus pensamentos significaria apenas comunicar algo, transmitir ideias, figurar o mundo.

O discurso do ódio, por sua vez, será reduzido ao exercício da liberdade de expressão que pode ser verdadeiro ou falso, permitido ou

³⁸ LEITÃO CONDÉ, Mauro Lúcio. *Wittgenstein, linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998, p. 57.

³⁹ MARQUES, Edgar. *Wittgenstein e o Tractatus*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005, p. 19.

⁴⁰ WITGESNTTEIN, Ludwig.

⁴¹ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 121.

proibido, mas que nunca poderia criar uma nova situação independente dos fatos do mundo, de forma a alterá-lo.

3. O discurso do ódio e a reviravolta pragmática da filosofia da linguagem

A teoria objetivista da linguagem promovida pela filosofia analítica, em que pese toda sua complexidade, tem como base fundamental a ideia de que a linguagem existe para representar o mundo, sendo que este existiria de forma autônoma e independente. A linguagem adquiriria uma função descritiva, secundária e eminentemente comunicativa.

O giro pragmático realizado na filosofia vai promover uma grande mudança na concepção inicial acerca da ideia da linguagem, gerando a noção basilar do entendimento do que seria, propriamente, o discurso do ódio enquanto a utilização de termos e escritos, com base em um determinado contexto, que geram uma exclusão do outro enquanto merecedor de igual respeito.

Quando do seu livro *Investigações Filosóficas*, considerado uma segunda fase da produção de Wittgenstein, este autor passa a criticar de forma veemente a teoria objetiva, acusando-a de ter um caráter reducionista da linguagem, posto que ela poderia ser utilizada para diversas atividades humanas vinculadas à outra maneira de atuar que não o descrever ⁴².

A linguagem deixa de ser entendida como mera figuração dos fatos do mundo, constituindo a descrição apenas uma de suas funções ⁴³. Neste novo momento, Wittgenstein torna-se “implacável crítico de si mesmo” ⁴⁴,

⁴² A referência a fases do estudo de Wittgenstein é encontrada nos mais diversos autores que se dedicaram a estudar o tema da filosofia da linguagem. A primeira fase correspondente ao livro *Tractatus* em que Wittgenstein desenvolve seu pensamento focado em uma ótica da linguagem enquanto figuração do mundo, ao passo que em um segundo momento, já no livro *Investigações Filosóficas*, o autor realiza uma crítica radical à tradição filosófica ocidental presente em seu trabalho anterior.

⁴³ SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte, Argvmentvum, 2006, p. Belo Horizonte, Argvmentvum, 2006, p. 47.

⁴⁴ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 117.

pois como ele afirma, “pareceu-me dever publicar juntos aqueles velhos pensamentos e os novos, pois estes apenas poderiam ser verdadeiramente compreendidos por sua oposição ao meu velho modo de pensar”⁴⁵.

Antes, podia-se entender que existia um mundo em si, e que o conhecimento sobre esse mundo poderia ser produzido de forma não linguística. No entanto, é exatamente esse ponto que Wittgenstein vai reformular e procurar demonstrar que o mundo que conhecemos somente pode ser acessado através da linguagem, pois ele mesmo é linguagem. Na verdade, “não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre por meio da linguagem”⁴⁶.

A linguagem desse segundo Wittgenstein adquire um caráter transcendental. Ela deixa de ter apenas um caráter descritivo objetivista reducionista, e passa a ser o próprio meio necessário para o conhecimento. Não se pode mais dizer que a linguagem é uma condição de possibilidade da comunicação do resultado do conhecimento, mas sim uma condição de possibilidade do próprio conhecimento humano.

Daí falar-se em virada ou giro pragmático, posto que a linguagem passa a ser entendida conforme seu contexto social, seu uso, como parte da atividade de interação humana⁴⁷. É um deslocamento da visão da linguagem enquanto estrutura lógica e descritiva do mundo, à “análise da linguagem como faculdade comunicativa e como conjunto de atividades multiformes, ligadas a outras atividades de tipo social”⁴⁸.

Outra mudança que o giro filosófico promove é o abandono da ideia de que as palavras ou a linguagem individualizada possuiria um significado essencial, uma essência de sentido, motivo pelo qual era de tamanha importância conhecer os exatos sentidos de uma palavra na busca de uma exatidão da representação do conhecimento que se queria comunicar.

⁴⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010, p. (prefácio 8)

⁴⁶ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 127.

⁴⁷ SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte, Argvmentvum, 2006, p. Belo Horizonte, Argvmentvum, 2006, p. 48.

⁴⁸ D'AGOSTINI, Franca. *Analíticos e Continentais. Guia à filosofia dos últimos trinta anos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 294.

A ideia do isomorfismo entre o mundo e a linguagem é abandonada, para que aquela possa determinar-se conforme seu uso e contexto. Assim, pode-se afirmar que a linguagem é, essencialmente, indeterminada e ambígua, sendo impossível uma garantia fixa e translúcida da significação ⁴⁹, posto que estas são de inúmeras espécies. Como afirma Wittgenstein: “essa variedade não é algo fixo, dado de uma vez por todas; mas, podemos dizer, novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem surgem, outros envelhecem e são esquecidos” ⁵⁰.

Wittgenstein faz uma comparação da linguagem com as ferramentas e com os jogos. No que tange as ferramentas, o autor afirma que uma caixa de ferramentas contém um martelo, um alicate, uma serra, cola, pregos, etc. Cada um desses objetos possuem diversas funções assim como as palavras, sendo importante, portanto, pesquisar seu uso e não sua essência ⁵¹. Ele escreve que o sentido de uma proposição ou de uma palavra está diretamente relacionada ao seu uso e ao contexto em que é utilizada. “Não se pode adivinhar como uma palavra funciona. É preciso que se veja a sua aplicação e assim se aprenda” ⁵². “O significado de uma palavra é seu uso na linguagem” ⁵³. Por isso a linguagem não deve ser examinada em abstrato, mas sempre em relação a uma situação real ⁵⁴.

O que se pode perceber, agora, é que a linguagem é fluida e deve ter seu significado vinculado ao ambiente de uso social. A busca constante de um modelo que separe exatamente a essência de uma palavra é algo irreal, impossível e inalcançável. As palavras podem adquirir inúmeros conceitos, pois possuem uma abertura interpretativa que permitem o preenchimento de significados do vazio ou do quase vazio conceitual.

É bem verdade que essa atribuição de sentidos não pode se dar completamente fora do âmbito de utilização e significação que a sociedade

⁴⁹ MORENO, Arley R. Wittgenstein: os labirintos da linguagem: ensaio introdutório. São Paulo: Editora Moderna, 2000, p. 47.

⁵⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7. Ed. Editora Vozes: São Paulo, 2012, p. 27.

⁵¹ PITKIN, Hanna Fenichel. Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 63.

⁵² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7. Ed. Editora Vozes: São Paulo, 2012, p. 149.

⁵³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7. Ed. Editora Vozes: São Paulo, 2012, p. 38.

⁵⁴ MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. São Paulo: Cortez, 2012, p. 19.

estabeleceu para determinadas palavras. A abertura textual não significa ausência de sentido. A abertura dessas proposições não implica que sejamos sempre vagos, pois sua forma de utilização se mantém, de certa maneira, presa às concepções de vida, as convenções e instituições sociais ⁵⁵.

Assim, a linguagem deve ser entendida como algo líquido, mutável e que tem, sempre, seu significado sendo construído e reconstruído. Diz-se isso, pois as palavras não possuem um conceito prévio, pré-determinado, fixo e imutável. Daí a dificuldade que a sociedade tem de enfrentar certos temas que foram conceituados em lei, petrificados e estagnados.

Esta nova percepção que Wittgenstein atribui à linguagem é uma das chaves para a compreensão do discurso do ódio. No momento em que conseguimos compreender que as palavras não possuem um sentido imanente, em sua essência, mas sim através da forma e do contexto em que utilizadas, entendemos que a utilização de determinadas palavras, expressões, proposições, podem adquirir diversos significados, inclusive o de desrespeitar uma pessoa ou uma coletividade.

O discurso do ódio, portanto, surge quando nos utilizamos da linguagem, inicialmente assegurada pela liberdade de expressão, mas atribuímos um sentido ao discurso que nega ao outro o reconhecimento deles enquanto merecedores e detentores de iguais direitos.

O contexto, desta feita, é um dos pontos determinantes na identificação do discurso do ódio, pois é ele quem permite, entre outros instrumentos, distinguir uma manifestação constitucionalmente protegida de uma ofensa perpetrada por meios discursivos.

E mais, entenda-se o termo 'contexto' em sua forma ampla, pois como lembra Judith Butler, o discurso do ódio tem seu efeito não somente pelas palavras em si, mas principalmente no modo como elas são utilizadas ⁵⁶. Desta maneira, o contexto inclui a forma e o modo de expressão da linguagem.

Outra consequência surge em função dessa nova ideologia da linguagem. Já que as palavras não possuem um sentido imanente, mas sim

⁵⁵ MORENO, Arley R. Wittgenstein: os labirintos da linguagem: ensaio introdutório. São Paulo: Editora Moderna, 2000, p. 55.

⁵⁶ BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York: Routledge, 1997, p. 1.

fluido e mutável, como desvendar ou como atribuir sentido às palavras? Para Wittgenstein, não é a intenção de quem disse ou escreveu algo que atribui sentido ao algo dito ou escrito, mas quem dá significado à palavra é o seu próprio uso. Não são os atos intencionais, internos e espirituais de quem escreveu, mas os atos externos atribuídos pelo uso em determinado contexto.

Uma vez escrito um livro, pintado um quadro, composta uma música, o que importa não é a intenção inicial do escritor, do pintor e do compositor. Não interessa o que eles quiseram dizer, mas sim o que eles disseram, ou o que o contexto das diversas interpretações fizeram com que o livro, o quadro e a música se tornassem.

O sentido de uma palavra, de uma frase ou de uma sentença é dado pelo próprio uso das palavras, da frase ou da sentença em determinado contexto. Daí a ideia desenvolvida de um jogo de linguagem entendido como “um contexto de ações e palavras no qual uma expressão pode ter um significado”⁵⁷, ou em outros termos, “a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”⁵⁸.

Essa ideia do jogo de linguagem toma por base a noção de multiplicidade dos usos das palavras e suas infinitas possibilidades de sentidos. Exemplo utilizado pelo próprio autor no início do livro é a relação entre dois pedreiros em que um deles profere as palavras “laje”, “bloco”, “tijolo”, e que se interpretadas sem um contexto podem significar somente um objeto em si, mas entre os trabalhadores, durante seu expediente tem subtendido a significação de “passe-me o tijolo”⁵⁹.

Desta maneira, o compreender do sujeito leitor independe do sentido querido pelo escritor. O “fato de alguém, realmente, compreender o que uma frase significa, compreender seu sentido, não depende absolutamente de que eu tenha querido significar isso. A compreensão depende da situação histórica em que a frase é usada e não do ato intencional de querer significar”⁶⁰. “O significado de uma palavra é o seu uso no contexto de um enunciado e,

⁵⁷ PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem*. Petrópolis, RJ, Vozes, 2006, p. 135.

⁵⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7. Ed. Editora Vozes: São Paulo, 2012, p. 19.

⁵⁹ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 7. Ed. Editora Vozes: São Paulo, 2012, p. 20-25.

⁶⁰ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 135.

por conseguinte, no contexto de um jogo de linguagem”⁶¹. É a tessitura aberta da própria linguagem.

Esta concepção de jogos de linguagem é totalmente diversa da noção essencialista da linguagem, posto que o sentido de algo escrito é moldado através de seu uso, alterando-se a cada forma de uso que dela se faz, sendo impensável a possibilidade dela carregar consigo uma essência variável⁶². Além do mais, as mesmas expressões podem adquirir sentidos e significados completamente diversos a depender do contexto em que utilizadas⁶³.

Isso é muito comum na identificação da ideia do discurso do ódio. Inúmeros autores defendem-se com o argumento de que não fora sua intenção ofender um determinado grupo quando escreveu uma música ou um livro. Ainda que exista um debate sobre intenção no âmbito do direito penal para eventual condenação pelo crime de racismo, na esfera civil o que importa é como o texto pode ser interpretado em um dado contexto.

Segundo Manfredo Araújo de Oliveira:

O conceito de jogo de linguagem pretende acentuar que, nos diferentes contextos, seguem-se diferentes regras, podendo-se, a partir daí, determinar o sentido das expressões linguísticas. Ora, se assim é, então a Semântica só atinge a sua finalidade chegando à Pragmática, pois seu problema central, o sentido das palavras e frases, só pode ser resolvido pela explicitação dos contextos pragmáticos. Uma consideração linguística que não atinge o contexto pragmático é, nesse sentido, essencialmente abstrata, como é o caso da teoria da significação no pensamento tradicional, para quem a linguagem é, última análise, puro meio de descrição do mundo, sem a percepção de que a significação de uma palavra resulta das regras de uso seguidas nos diferentes contextos de vida. Saber usar corretamente as palavras significa saber comportar-se corretamente.⁶⁴

Assim, ao se tentar escolher as melhores palavras para um determinado tema em uma determinada situação, mais do que examinar as

⁶¹ PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem*. Petrópolis, RJ, Vozes, 2006, p. 138.

⁶² LEITÃO CONDÉ, Mauro Lúcio. *Wittgenstein, linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998, p. 90.

⁶³ LEITÃO CONDÉ, Mauro Lúcio. *Wittgenstein, linguagem e mundo*. São Paulo: Annablume, 1998, p. 89.

⁶⁴ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 139.

palavras em si que deverão ser usadas, o que se faz é estudar a realidade sobre a qual pretendemos discorrer ao utilizar determinadas expressões ⁶⁵.

Não por outro motivo que a Suprema Corte norte-americana vem entendendo diversos atos como densificadores da liberdade de expressão, levando em consideração o contexto em que fora realizado. Logo, a proteção da primeira emenda não se restringe somente a palavra falada ou escrita ⁶⁶.

No caso *Texas .v Johnson* ⁶⁷ a Suprema Corte norte-americana decidiu que, nas devidas circunstâncias, podem ser consideradas expressões a música, a obra de arte, a arquitetura, a fotografia, as artes performáticas, as paradas, as propagandas, enfim. Isto não significa que elas deverão ser sempre protegidas pela liberdade de expressão, mas que dependendo do caso poderão ser.

No entanto, a Suprema Corte ⁶⁸ já fez questão de frisar que nem todas as atividades reclamadas como expressões podem ser defendidas como liberdade de expressão. Neste caso, a Suprema Corte julgou como ato de expressão o fato de uma pessoa queimar um “drift card” na frente de uma corte de justiça.

Em *Spence v. State of Washington* ⁶⁹, um estudante grudou o símbolo da paz em uma bandeira norte-americana e a expôs na janela de seu apartamento de forma que possibilitava, a todos que passavam na rua, observar tal atitude. A intenção do estudante era de protestar contra a recente invasão do Camboja e o assassinato de estudantes na Universidade Estadual de Kent.

O estudante foi acusado e condenado em primeira instância por uso impróprio da bandeira norte-americana. A suprema corte reverteu o julgado baseando-se em dois aspectos da atitude do estudante. O primeiro, a natureza da conduta, e o segundo, o contexto daquela. A natureza por acreditar-se que o uso da bandeira norte-americana como modo de comunicação e de passar uma mensagem é comum e aceitável, e o contexto, pois a atitude ocorreu logo depois da invasão do Camboja e do assassinato dos estudantes, o que

⁶⁵ AUSTIN, John Langshaw. *A plea for excuses: the presidential address, proceedings of Aristotelian society*, 1956, p. 182.

⁶⁶ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)

⁶⁷ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989)

⁶⁸ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

⁶⁹ *Spence v. State of Washington*, 418 U.S. 405 (1974)

permitiu que as pessoas ligassem a atitude do estudante aos fatos recentes da política nacional.

A partir de então, começou-se a utilizar a combinação da natureza e do contexto da atitude para a verificação do enquadramento dentro da liberdade de expressão. Frise-se que esta teoria da natureza e do contexto serve somente para saber se uma ação pode ser caracterizada como expressão, porém não determina se ela será protegida pela primeira emenda.

O exame da natureza da atitude tem a finalidade de descobrir se tal ato possuía a finalidade e a natureza do intento de exteriorizar um pensamento. Já o contexto é a medida que liga a intenção e a natureza comunicativa do ato à sua finalidade. Portanto, uma atitude que possua natureza comunicativa pode ter sido exteriorizada em um contexto onde não foi possível entender a mensagem que tentava ser transmitida, e por isso não pode ser caracterizada enquanto expressão. Em outras palavras, uma atitude para ser considerada expressão deve possuir uma natureza comunicativa, uma essência de transmitir ou exteriorizar uma mensagem, assim como o contexto em que foi propagada deve suscitar o entendimento daquilo que aquele ato quis passar.

Alguns anos mais tarde, em *Clark v. Community for Creative Non-Violence*⁷⁰, a Suprema Corte considerou expressão o ato de uma pessoa dormir no Lafayette Park como demonstração de solidariedade ao sofrimento dos moradores de rua. Aqui prevaleceu o entendimento firmado no caso *Spence v. State of Washington*⁷¹ acerca da natureza e do contexto da conduta ou atividade supostamente expressiva.

O mesmo ocorre com o discurso do ódio. O que caracteriza o discurso do ódio é o uso da própria linguagem como forma de atingir determinados grupos, geralmente, historicamente vitimizados. Ponto fulcral, portanto, é conseguir desvendar se determinada atitude discursiva está protegida pela liberdade de expressão ou se ela foge desse âmbito de proteção constituindo um discurso ofensivo.

Os discursos que desqualificam as minorias não podem ser tolerados, pois não são uma propriedade exclusiva de seus emitentes, mas

⁷⁰ *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984)

⁷¹ *Spence v. State of Washington*, 418 U.S. 405 (1974)

somente adquirem sentido quando atingem seus interlocutores. E é esse jogo de linguagem que consegue caracterizar um uso expressivo ou agressivo da linguagem.

É a utilização, portanto, de determinadas expressões em determinados contextos que fazem incidir a ideia do discurso do ódio. Não há como prever, antever, ou adivinhar em quais casos e com quais expressões tal ato pode ocorrer. E é exatamente por isso que se diz que o discurso do ódio é um desses “intrincados temas limítrofes do direito constitucional contemporâneo”⁷², pois ele procura se utilizar de uma pretensa liberdade de expressão para atingir determinados grupos vulneráveis.

4. Discurso do ódio como ato de ofensa

Com o grande avanço promovido pela reviravolta pragmática de Wittgenstein, a linguagem passa ter sentido de acordo com o seu uso, com seu contexto, conforme um jogo de linguagem. Em síntese, é o uso que determina o sentido das palavras. No entanto, com e contra a tese de Wittgenstein, ainda um pouco vaga em vista da infinitude dos usos da linguagem, John Langshaw Austin procura desenvolver essa concepção pragmática na qual a linguagem não é meramente uma representação do mundo, mas que promove e realiza diversos tipos de atos⁷³.

Na tentativa de estruturar melhor essa ideia, Austin propõe a diferença entre enunciados constatativos e enunciados performativos. Os primeiros são os atos de pura constatação de determinados fatos ou ações. Os segundos não apenas descrevem algo, mas executam algo. O autor utiliza como exemplo o ‘sim’ do noivo e da noiva ou o batizado de um objeto. Nesses casos, não se está constatando algo, mas sim executando uma ação. O “sim” do noivo, não é apenas uma declaração de algo que acontece, mas é o próprio

⁷² POTIGUAR, Alex Lobato. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença*. Editora Consulex: Brasília, 2012, p. 15.

⁷³ FLORES, Teresa Mendes. *Agir com palavras: a teoria dos atos de linguagem de John Austin*, 2007. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/flores-teresa-agir-com-palavras.pdf> . Acesso em junho 2012.

ato de aceitação do instituto familiar que é o casamento. Por isso que Austin denominou de atos performativos, pois eles realizam uma ação.

Nesse sentido escreve o autor: “Nestes exemplos parece claro que enunciar a frase (nas condições apropriadas, evidentemente), não é nem descrever aquilo que supostamente eu estou a fazer ao falar assim, nem afirmar que o faço: é fazê-lo”⁷⁴.

Todavia, percebendo a dificuldade em diferenciar os atos constataivos e os performativos, além de sua utilidade, o autor retoma a ideia de que a linguagem é sempre um ato que depende de seu uso. Essa teoria dos atos de fala tem como principal finalidade demonstrar que a linguagem é um ato e que sua significação depende dos contextos, dos usos e costumes. No mais, Austin percebe que a dimensão performativa pode, de certa maneira, ser encontrada em qualquer uso da linguagem. Em outras palavras, a linguagem é também um ato atribuído ao falante⁷⁵.

A ideia inicial toma como base o pressuposto que a linguagem é um ato, um ato de fala, e como tal, pode ser analisado por meio de diferentes dimensões. A proposição, inicialmente simples, é, na verdade, uma realidade complexa, que pode gerar uma grande quantidade de significações a depender da dimensão analisada. Assim, torna-se imperioso decompor os atos de fala em três dimensões, quais sejam, a dimensão locucionária, a dimensão ilocucionária e a perlocucionária.

O ato locucionário é entendido como a totalidade da “ação linguística em todas as suas dimensões, e a teoria que trata desses atos sob essa perspectiva de pesquisa das locuções: cada procedimento linguístico é, pois, um tipo de ação humana, isto é, um ato locucionário”⁷⁶.

Austin ainda diferencia a fala propriamente dita em ato fonético, fático e rético. O ato fonético é aquele responsabilizado pela emissão de sons, ruídos ou barulhos que o conjunto vocal pode produzir. Não se trata da junção de sons que constituem um sentido, mas simplesmente a exteriorização vocal de uma sonoridade. Já o ato fático é a utilização desses sons, desses atos

⁷⁴ AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford University Press, 1962, p. 6.

⁷⁵ MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. São Paulo: Cortez, 2012, p. 21.

⁷⁶ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 157.

fonéticos que juntos geram uma palavra, uma expressão, um algo significativo para aquele que escuta.

Essas palavras ou expressões, ou seja, o ato fático é que, se utilizadas conjuntamente poderá se tornar o ato rético. Este significa os usos de diversas palavras ou expressões com a finalidade de formar uma frase ou e comunicar uma ideia. Sendo assim, correto dizer que o ato rético pressupõe o ato fático que pressupõe o ato fonético.

A segunda dimensão da linguagem e ponto fulcral da teoria dos atos de fala é a dimensão ilocucionária. É a intenção de fazer algo, de realizar algo com as expressões utilizadas. Afinal de contas, ao realizarmos um ato locucionário, nos utilizamos do discurso, mas o importante é desvendar em qual sentido o fazemos. “É que existem numerosas funções ou maneiras segundo as quais podemos usar o discurso, e para o nosso ato dar uma grande diferença” ⁷⁷. A ideia é informar algo, alertar alguém, ameaçar alguém ou até mesmo ofender uma pessoa ou um grupo determinado de pessoas. É uma espécie de seguidor dos atos performativos ⁷⁸.

Imagine que ao andar em uma rua alguém lhe diz que aquele bairro não é seguro. Houve um ato locucionário através do ato rético que comunica uma ideia, qual seja, de que aquele bairro não é seguro. No entanto, pela dimensão ilocucionária, a pessoa que disse a frase teve como intenção não apenas concluir que o bairro não era seguro, mas alertar, avisar, orientar que deve-se tomar muito cuidado naquela localidade. Daí a enorme importância dos atos ilocucionário, pois são eles que demonstram uma intenção, uma ideia, uma expressão real daquilo que está sendo dito ⁷⁹.

Por fim, Austin cria a dimensão perlocucionária dos atos de fala, que é a intenção de provocar no ouvinte ou leitor uma certa atividade, um certo pensamento, um efeito qualquer. A ideia aqui é de que um ato possa passar um sentido e, com ele, a pessoa tenha certa atitude.

No caso em exemplo, quando alguém diz que o bairro não é seguro, ele exerce um único ato de fala que se manifesta em três dimensões distintas. A dimensão locucionária é percebida pela simples junção de palavras

⁷⁷ AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford University Press, 1962, p. 99.

⁷⁸ PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem*. Petrópolis, RJ, Vozes, 2006, p. 158.

⁷⁹ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 159.

que comunicaram uma ideia, qual seja, o bairro não é seguro. Da perspectiva ilocucionária, a fala procurou avisar, alertar do perigo iminente. E por fim, sob a dimensão perlocucionária, tentou-se fazer com que a pessoa tome determinados cuidados para não sofrer qualquer tipo de violência. Daí se perceber que não se tratam de atos distintos, mas de dimensões diferentes do mesmo ato ⁸⁰.

É óbvio que toda essa situação depende do contexto e das formas de uso das palavras. Por isso a necessidade de se proibir o discurso do ódio, um discurso que, através de seu caráter ilocucionário, causa vergonha, humilhação e sofrimento moral a determinado grupo, não pode ser abarcado pela liberdade de expressão, pois ele constitui um ato de fala que promove o próprio desrespeito ao outro diferente.

Importante perceber que Austin, ao procurar aprofundar a teoria de Wittgenstein, afirmou que a linguagem, enquanto ato de fala, não depende do que exatamente uma pessoa quis dizer, mas do que ela disse. E esse dizer depende do contexto sócio cultural em que foi dito. Falar é, portanto, intervir no mundo, é já agir ⁸¹.

Nesse sentido a lição de Manfredo Araújo de Oliveira:

Ora, para Austin o sentido se constitui num contexto situacional, em que faz sentido usar determinadas expressões ou não. Quer dizer: investigar a linguagem significa tematizar o contexto de sociabilidade, ou seja, o contexto sociocultural, onde ela se insere. Aqui já vai emergindo aquilo que Apel vai chamar a dimensão transcendental da linguagem: não há mais dicotomia radical entre linguagem e a realidade, pois a linguagem é o espaço de construção do sentido da realidade para nós. O sentido não mais se constitui na interioridade de uma consciência transcendental, mas num contexto de regras e convenções de um contexto social determinado ⁸².

É certo que a distinção entre as dimensões perlocucionárias e as ilocucionárias não ficaram evidentes, tal qual a ideia dos atos constataivos e performativos.

⁸⁰ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 160.

⁸¹ FLORES, Teresa Mendes. *Agir com palavras: a teoria dos atos de linguagem de John Austin*, 2007. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/flores-teresa-agir-com-palavras.pdf>. Acesso em junho 2012.

⁸² OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 166.

O que se percebe é que toda linguagem é também um ato e que possui um caráter ilocucionário. Aqui, faz-se a exata diferença do discurso do ódio para uma simples proposição abarcada pela liberdade de expressão. O discurso do ódio esconde-se num pretense discurso de expressão de certas ideias, quando tem como objetivo principal ofender, atingir, gerar o dissenso, a discriminação e não o reconhecimento do outro. Ela torna-se uma forma discursiva do desrespeito. É por isso que Judith Butler chega a utilizar o termo “atos de linguagem”⁸³.

Nesse sentido, parece não muito consentâneo com este entendimento, o conceito e a ideia proposta por Samantha Meyer-Pflug, pois esta tende a fazer uma diferenciação entre a discriminação enquanto um ato-fato existente no mundo do ser, e o discurso do ódio como um preconceito constituído somente em palavras, no mundo das ideias⁸⁴.

Com base na diferenciação dos conceitos de preconceito, discriminação e racismo, entende a professora que o preconceito se situa no mundo das ideias, sendo a discriminação sua manifestação exterior por meio de atos ou condutas que criem diferenças entre as pessoas de forma injustificada. O discurso do ódio, por mais que, em certos casos, seja dotado de caráter discriminatório e racista, estaria localizado no plano das ideias e da liberdade de expressão. Por esse motivo, entende Meyer-Pflug que o discurso do ódio não deve ser proibido⁸⁵.

Com a devida vênia a respeitável professora, a mesma parece desconsiderar o avanço promovido pelo giro hermenêutico linguístico de que a linguagem não pode ser entendida como algo diferente dos fatos do mundo. Antes disso, o mundo é linguagem, e a linguagem cria o mundo. Sendo assim, ofender alguém verbalmente nada mais é do que promover o desrespeito e a discriminação discursiva.

A teoria de Samantha Meyer-Pflug torna demasiadamente simplista a questão da liberdade de expressão, gerando um sobre princípio

⁸³ BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York: Routledge, 1997, p. 1.

⁸⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

⁸⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 125.

capaz de permitir, abrigar e albergar qualquer discurso ou conteúdo, por mais ofensivo que seja.

Ao contrário, as manifestações de ódio são muito mais que simples manifestações de uma ideia, mas transmitem um número de mensagens muito maior ⁸⁶.

Nesta sociedade líquida ⁸⁷, contemporânea, pós-moderna, não se pode, portanto, restringir o discurso do ódio a insultos racistas e diretos, até mesmo porque a utilização de determinadas expressões com a intenção direta de ofender, fizeram com que os discursos de ódio se promovessem através de meios mais sutis, como o caso da negação do holocausto ⁸⁸, de diversas músicas ⁸⁹, ou mesmo pesquisas científicas que procuram esconder o preconceito atrás de números ⁹⁰.

A Suprema Corte norte-americana tem utilizado a noção de mercado de ideias para expor que um dos princípios basilares da primeira emenda, que garante a liberdade de expressão, é o de que o Governo não pode proibir manifestações de pensamento simplesmente pelo fato da sociedade entendê-lo ofensivo ou condenável ⁹¹.

O que ocorre, no entanto, é que o discurso do ódio, quando caracterizado enquanto tal, deixa de ser uma forma apenas locucionária de descrição de fatos que podem ou não convergir com a opinião de uma grande parte da sociedade. Ele é a ofensa em si mesma perpetrada de forma discursiva contra um determinado grupo. Diz-se que ele mais se aproxima com uma conduta do que com um discurso, não se aplicando os argumentos de liberdade de expressão ⁹².

⁸⁶ WALDROM, Jeremy. *The harm in hate speech*. Harvard University Press, London, 2012, p. 2. "Don't be fooled into thinking you are welcome here. The society around you may seem hospitable and nondiscriminatory, but the truth is that you are not wanted, and you and your families will be shunned, excluded, beaten, and driven out, whenever we can get away with it. We may have to keep a low profile right now. But don't get too comfortable. Remember what has happened to you and your kind in the past. Be afraid".

⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁸⁸ HC 82.424-RS

⁸⁹ É o caso da Banda Zurzir e a música 88 Heil Hitler, além do comediante Francisco Everardo Oliveira Silva (Tiririca) na canção 'Veja os cabelo dela'.

⁹⁰ ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, 24, n. 4, p. 6, abril 2003.

⁹¹ TEXAS v. Johnson, 491 U.S. 397, 414 (1989)

⁹² BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Revista de Direito Público 15/117. Trad Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, jan-mar.2007.

Esse discurso não se resume meramente a incitação moral e emocional, pelo contrário, ele é a própria prática discursiva do desrespeito. Assim foi construído o mito ariano, uma representação simbólica de valores pessoais e sociais que se inseriram em níveis consciente e inconsciente.

Leon Poliakov demonstra como este mito fora introduzido na sociedade alemã através de relatos da arte, da cênica e da literatura. Foi a partir desse discurso que foi se criando uma realidade subjetiva e objetiva, na qual é flagrante a prática de desrespeito, de negação de direitos, do não reconhecimento do semita como um igual. O mito ariano foi construído em bases filosóficas e científicas que corroboraram para sua fixação no inconsciente da população europeia. É assim que tal doutrina passa das “mãos dos cientistas às dos demagogos, para tornar-se finalmente a doutrina oficial do III Reich, quando homens, decretados não-arianos, foram oferecidos em holocausto aos deuses da raça”⁹³.

Em, “The Language of the Third Reich”⁹⁴, Victor Klemperer faz uma análise sobre a construção da mentalidade nazista, que apresenta o poder manipulatório da linguagem do Terceiro Reich, bem como sua estrutura, de maneira sistemática e completa.

A linguagem do Terceiro Reich, conforme as observações de Klemperer, era pobre, repetitiva, pautada em fé e fanatismo. Este discurso abusava dos superlativos com foco na mecanização das palavras e das pessoas, visando a tornar a Alemanha uma nação de indivíduos que reagissem de maneira automática e manipulada às diretivas de um regime autoritário.

Seguindo esta linha, Richard Sennett demonstra enfaticamente como um discurso que nega ao outro o reconhecimento dele como um igual leva ao desrespeito e a impossibilidade da existência de um respeito mútuo.

Nesse sentido Sennett afirma:

A falta de respeito, embora seja menos agressiva que o insulto direto, pode assumir uma forma igualmente ofensiva. Nenhum insulto é feito ao outro, mas ele tampouco recebe reconhecimento; ele não é visto – como um ser humano pleno, cuja presença tem importância.

⁹³ POLIAKOV, Léon. *O mito ariano: ensaio sobre as fontes do racismo e dos nacionalismos*. São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 327.

⁹⁴ KLEMPERER, Victor. *The Language of the Third Reich: A Philologist's Notebook*. London: Continuum, 2002.

Quando uma sociedade trata a grande maioria das pessoas desta forma, julgando apenas alguns poucos dignos de reconhecimento, é criada uma escassez de respeito, como se não houvesse o bastante desta preciosa substância para todos. Como muitas formas de escassez, esta é produzida pelo homem; ao contrário da comida, o respeito nada custa. Por que, então, haveria uma crise de oferta ⁹⁵.

Desta feita, a compreensão do discurso do ódio como um simples exercício da liberdade de expressão mais parece um direito de livremente ofender e julgar o outro.

Não há como conceber tais fatos como simples manifestações do pensamento, ou como pertencentes a um mercado em que as melhores ideias prevalecerão e a verdade surgirá.

O discurso do ódio é a implantação direta ou indireta, clara ou sutil, de um pensamento que não reconhece o outro como um igual merecedor de respeito, procurando atingir sua honra, sua moral e, muitas vezes, criando na sociedade um conceito pré concebido desses grupos, mais se aproximando de um verdadeiro ato violento promovido por meios discursivos e que em nada se coaduna com o atual Estado Democrático de Direito.

5. Discurso do ódio e linguagem como experiência hermenêutica

A tensão entre o exercício legal da liberdade de expressão e o discurso do ódio é patente. A linha que separa o âmbito de proteção de tais direitos é tão tênue que diversos autores chegam a acreditar que o discurso do ódio não deva ser proibido, tendo em vista a forte possibilidade de atingir, em casos ideais, a liberdade de expressão.

Esta questão delicada envolve a possibilidade de avanços e retrocessos na busca de uma sociedade mais plural e inclusiva. É o risco que se corre ao tentar subir uma “rampa escorregadia” ⁹⁶, quanto mais se tenta progredir na garantia de direitos fundamentais como a igualdade, proibindo-se

⁹⁵ SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 18.

⁹⁶ Os americanos utilizam o termo “slipery solpe”.

o desrespeito discursivo, mais se corre o risco de escorregar e retornar ao ponto inicial da falta de garantias à liberdade de expressão ⁹⁷.

Mais uma vez, a linguagem, através da reviravolta transcendental, consegue demonstrar, de forma mais específica como a ideia da interpretação, da compreensão, podem ajudar na distinção da liberdade de expressão e do discurso do ódio.

O ato interpretativo deve ser entendido como a atribuição de sentidos conectada de maneira indissociável à tradição e historicidade que o intérprete carrega consigo.

O ato de interpretar e compreender, portanto, carrega consigo a inseparável feição da história e da tradição daquele que interpreta e compreende. É por isso que devemos afirmar que o sentido de uma obra só é demonstrado com base na nossa inserção em determinada tradição ⁹⁸.

Hans Georg Gadamer, ao realizar a virada transcendental, tematizou a compreensão como parte inerente do ser histórico. Em outras palavras, “há hermenêutica porque o homem é hermenêutico, isto é, finito e histórico, e isso marca o todo e sua experiência de mundo” ⁹⁹.

A tradição, no entanto, não deve ser entendida como uma forma de limitação, mas sim como uma ‘condição de possibilidade’ necessária para a compreensão ¹⁰⁰. O que se compreende parte de conceitos pressupostos adquiridos na evolução histórica e tornaram-se condições de possibilidade. Nesse sentido “onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada, possibilitada” ¹⁰¹.

⁹⁷ GATES JR., Henry Louis. War of words: critical race theory and the first amendment. In: GATES JR, Henry Louis. et al. *Speaking of Race, Speaking of Sex: hate speech, civil rights, and civil liberties*. New York: New York University Press, 1994.

⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

⁹⁹ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 225.

¹⁰⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 228.

Segundo Richard Palmer “somos frutos da tradição, e ela não se coloca, por contra nós; ela é algo em que nos situamos e pelo qual existimos; em grande parte é um meio tão transparente que nos é invisível – tão invisível como a água é para o peixe” ¹⁰².

Nas palavras de Gadamer:

cada época entende um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto constitui parte do conjunto de uma tradição pela qual cada época tem um interesse objetivo e na qual tenta compreender a si mesma. O verdadeiro sentido de um texto, tal como este se apresenta a seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e o seu público originário. Ou, pelo menos, não se esgota nisso. Pois este sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete e, por consequência, pela totalidade do processo histórico ¹⁰³.

O processo de interpretação e compreensão começa através de uma pré-compreensão influenciada pela tradição em que se insere o intérprete, como forma de condição da própria compreensão. Desta feita, é impossível fugir desses conceitos que nos são previamente dados, por mais que deles queiramos escapar ¹⁰⁴. É por isso que Lawrence Schmidt vai afirmar que a compreensão, enquanto interpretação, é uma “projeção arremessada” ¹⁰⁵.

Na análise de Rodolfo Pereira, esse horizonte histórico “vincula-se ao conjunto de experiências trazidas na história que formam indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que se nos postam à frente” ¹⁰⁶. Nossos pré-conceitos constituem ontologicamente a compreensão, sendo da essência dessa possibilidade de conhecer, um conhecimento prévio ¹⁰⁷. Daí porque dizer que a compreensão é projeção arremessada, posto que a tradição e os pré-

¹⁰² PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 180. *In*

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 366.

¹⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 709.

¹⁰⁵ SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 145

¹⁰⁶ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 27.

¹⁰⁷ RIBEIRO, Fernando José; BRAGA, Bárbara Gonçalves. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos* v. 16, 2008, p. 49.

conceitos formam um ponto de partida possibilitador dos atos de compreensão
108 .

Isso significa que ao interpretar algo, partimos de conceitos prévios a nós dados pela tradição por meio da linguagem enquanto essência do próprio ser. É impossível fugir, inicialmente, desta pré-compreensão. Daí a ideia de que a linguagem é a mediação da experiência hermenêutica, posto que esta transmissão da tradição somente pode ocorrer pela linguagem.

Todavia, é dado ao ser humano reconhecer essa sua historicidade e buscar uma nova percepção do mundo. E essa nova percepção tornar-se-á seu novo preconceito. Daí o que se chamou de círculo hermenêutico, posto que se parte de uma concepção prévia de mundo enquanto ser para adquirir novos conhecimentos e conteúdos, que voltarão a ser uma nova pré-compreensão inicial para uma nova busca de conhecimento.

Nesse sentido, “o círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto, a passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete” ¹⁰⁹.

A ideia gadameriana de compreensão leva à conclusão que a compreensão de um texto somente pode se dar através da tradição apresentada pela linguagem. Não é possível compreender um texto fora dessa realidade, muito menos escrever algo, sem ser constituído pela própria tradição que é inerente ao escritor. É a partir dela que somos possibilitados a compreender o mundo.

A compreensão do discurso do ódio caracteriza-se, portanto, através de uma leitura, necessariamente, histórica e temporal, levando em consideração a realidade, a tradição e a linguagem de um determinado momento histórico. Impossível seria demandar que autores como Shakespeare se utilizassem de uma linguagem atual, completamente dissociada da realidade da época.

Automaticamente, expressões e textos que hoje podem ser considerados ofensivos, poderão não o sê-lo em outro momento histórico. É da

¹⁰⁸ SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 145.

¹⁰⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 35.

essência do discurso do ódio, enquanto linguagem, que sua compreensão se dê localizada em um tempo e espaço, pois essa análise deve levar em consideração a própria vinculação do escritor aos costumes e tradições que determinaram sua experiência e a construção do seu ser no mundo.

Tomando essas noções como base é que não se pode afirmar que o texto de trabalhos como o de Monteiro Lobato deva ser proibido tendo em vista os termos utilizados.

Recentemente, tentou-se proibir a distribuição da leitura do livro “Caçadas de Pedrinho” daquele autor, tendo em vista a utilização do termo “preto”, “carne preta”, “macaca de carvão”, “negra velha” a que se julgou serem mal empregados.

O caso começou em 2010 quando o Conselho Nacional de Educação publicou o Parecer 15/2010 em que o MEC entendeu que o livro de Monteiro Lobato não possui conotações racistas. O Instituto de Advocacia Racial e Ambiental, IARA, impetrou o Mandado de Segurança nº 30.952 requerendo a revogação deste parecer por entender que a obra possui diversos elementos racistas.

Além disso, também foi pedido que os livros passassem a ser distribuídos com notas explicativas, além de serem utilizados somente por professores treinados a explicar as nuances do racismo do Brasil da República Velha.

No final de 2014, o ministro Luiz Fux negou o pedido liminar com base no parecer da Procuradoria-Geral da República, utilizando-se de argumentos processuais e técnicos, mas que não entraram na discussão do mérito acerca do livro.

O certo é que, o fato de nos entendermos históricos permite a identificação dos conceitos prévios próprios de uma tradição e sua possível resignificação. A leitura de Caçadas de Pedrinho deve ser realizada através de uma perspectiva atual de algo escrito no passado.

Diz-se isto, porque um texto carrega consigo a pretensão de sintetizar um processo hermenêutico anterior de atribuição de sentidos. No entanto, quando nos dispomos a interpretá-lo, fazemos parte de uma fusão de horizontes interpretativos, sendo impossível nos prendermos somente ao passado sem pensar no presente. Assim, “o passado somente nos é acessível

por meio de um processo de permanente reconstrução hermenêutica do presente, pois não existe um presente que possa ser conectado de forma estritamente causal ao passado”¹¹⁰.

Doutra forma, grande parte da literatura existente no mundo iria acabar sendo proibida, como no caso de O Mercador de Veneza ou Otelo, de Shakespeare.

Essa fusão de horizontes, que trata Gadamer, baseia-se na impossibilidade do sentido ser encontrado apenas dentro do texto, posto que a compreensão ocorre em um duplo sentido, do texto ao intérprete e do intérprete ao texto. Como afirma o autor, o processo de compreensão é “a interação entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete”¹¹¹.

Essa virada hermenêutica deixa evidente que o sentido de um discurso não pode mais se encontrar isoladamente dentro do texto, ou pela visão incondicionada do intérprete, mas encontra-se presente na fusão dos horizontes de ambos¹¹².

Todavia, alguns autores, ainda hoje, acreditam que interpretar significa desvendar os verdadeiros sentidos inatos e imanentes de um determinado objeto, como se eles possuíssem uma essência.

Interpretar é atribuir sentidos e não desvendá-los. É entender que os sentidos atribuídos são inventados e não descobertos. Por isso que no cotidiano do ser humano, ele procura explicar os fatos ocorridos na busca da existência prévia de um ocorrido e não percebe que é ele mesmo que, na tentativa de explicar um fato sem explicação, atribui um determinado sentido.

Desta feita, a mera existência não se confunde com o objeto, com significado. Um objeto sem o homem somente existe, mas não possui qualquer significado. Este é atribuído pelo homem a determinados bens.

Logo, o processo interpretativo dos discursos passíveis de serem concebidos como ofensivos, não decorre unicamente da busca do sentido destinado pelo autor, se este tinha a intenção ou não de realizar determinada

¹¹⁰ POTIGUAR, Alex Lobato. *Discurso do ódio e Liberdade de Expressão*. Consulex: Brasília, 2012, p. 214

¹¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 291.

¹¹² RIBEIRO, Fernando José; BRAGA, Bárbara Gonçalves. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos* v. 16, 2008, p. 51.

ofensa, mas, de outro modo, é fruto da interpretação produzida por meio de um processo dialógico de compreensão em que se funde o jurista e o texto.

No mais, a ideia da pré-compreensão como ontologia da própria compreensão, que se promove na tradição por meio da linguagem, faz surgir uma especial necessidade de decidir o direito com base nos casos concretos. Isso faz com que o juiz tenha de levar em consideração a nova realidade apresentada para garantir a maior efetividade à uma determinada norma constitucional e não procurar identificar um real sentido da norma por meio da intenção original do constituinte.

Exemplo deste equívoco parece ter sido o voto do Min. Moreira Alves no Caso Ellwanger, HC 82.424/RS, ao decidir acerca do conceito e alcance do crime de racismo. Conforme decidiu o Ministro, o crime de racismo não abrangeria toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, preferindo a interpretação restritiva.

O grande problema do voto foi a base histórica a que o Ministro atribuiu parte de sua argumentação. Ele procurou demonstrar que a intenção principal era considerar racismo apenas a discriminação praticada contra os negros, pois o constituinte responsável pela edição daquela emenda, Carlos Alberto Caó, baseava-se no preconceito sofrido pela raça negra no Brasil ¹¹³.

Dessa maneira, utilizou o Ministro uma interpretação estrita, procurando antes definir quais crimes podem ser considerados imprescritíveis, do que propriamente o alcance do termo racismo.

Ele findou seu voto com a afirmação de que os judeus não constituem uma raça e, por isso, não poderia existir crime de racismo contra esse povo.

Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14-11-91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31-10-96, decorrem mais de quatro anos.

¹¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n. 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 15.

Em face do exposto, defiro o presente *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.¹¹⁴

Ocorre, no entanto, que, ao contrário do afirmado pelo Ministro, um texto não é estático, ele é dinâmico, e enquanto fruto das práticas sociais ele depende delas para ganhar sentidos os mais diversos. Ela é fluida e não pode ser aprisionada¹¹⁵.

Assim, é normal que o termo racismo tome novos significados, mais amplos, até mesmo com os avanços da genética, mostrando que raça não existe biologicamente, mas é um conceito social¹¹⁶. Afinal, não existe objetividade absoluta. Todo intérprete propõe a sua interpretação que, não obstante, não é de modo algum arbitrária, mas pode alcançar ou não um grau definido de propriedade¹¹⁷.

O que ocorreu no voto do Ministro foi o retorno à ideia inicial de Frege e de Wittgenstein em que a linguagem reflete um objeto do mundo que, por si só, possui uma essência inalterada. Não se levou em conta o giro da filosofia da linguagem promovida pela segunda fase de Wittgenstein, em que o termo “racismo” deve ter seu sentido atribuído pelos intérpretes conforme o contexto atual, através de uma prática social.

Desse modo, o voto do Ministro Moreira Alves neste caso emblemático, ficou “aquém do paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que se prende, ainda, a uma interpretação vinculada a uma pretensa intenção do constituinte na conceituação do termo ‘racismo’”¹¹⁸.

Sob a perspectiva hermenêutica, não se mostra correta a interpretação de textos normativos, em que a intenção é descoberta do sentido que pretendeu o intérprete autêntico. Inapropriada, no mínimo, a interpretação

¹¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n. 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 19.

¹¹⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 45.

¹¹⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

¹¹⁷ GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 10.

¹¹⁸ POTIGUAR, Alex Lobato. *Discurso do ódio e Liberdade de Expressão*. Consulex: Brasília, 2012, p. 213.

do Ministro, haja vista a reviravolta hermenêutico-pragmática na filosofia da linguagem ¹¹⁹.

A interpretação é uma atribuição de sentidos que, além de vinculada a uma tradição da qual o intérprete é portador, simultaneamente, ressignifica essa tradição no ato interpretativo, ¹²⁰ ou seja, esta hermenêutica possui um viés que de maneira alguma é apenas descritivo, mas uma crítica da práxis ¹²¹.

Um texto carrega consigo a pretensão de sintetizar um processo hermenêutico anterior de atribuição de sentidos. No entanto, quando nos dispomos a interpretá-lo, fazemos parte de uma fusão de horizontes interpretativos, sendo impossível nos prendermos somente ao passado sem pensar no presente, o que não permite recuperar a intenção original do autor.

Até mesmo porque seria impossível adivinhar a intenção do constituinte para todos os casos postos em dúvida. Assim, o passado somente nos é acessível por meio de um processo de permanente reconstrução hermenêutica do presente, pois não existe um presente que possa ser conectado de forma estritamente causal ao passado.

A questão contextual do discurso e da linguagem não devem restringir-se ao contexto nacional apenas. Como lembra Michel Rosenfeld, é tentador realizar uma abordagem puramente contextual do discurso do ódio com base na grande diversidade de abordagens constitucionais que variam do '*laissez faire*' americano à vigilância alemã ^{122 123}.

Conclui-se, portanto, que o discurso do ódio é um ato discursivo do desrespeito, da ofensa em si mesma, que gera a humilhação e degradação de um grupo determinado de pessoas, independentemente da intenção de

¹¹⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

¹²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 482-484.

¹²¹ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57-58.

¹²² ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, 24, n. 4, p. 3, abril 2003.

¹²³ A ideia da defesa da liberdade de expressão nos Estados Unidos é tão forte e arraigada que Robert A. Sedler descreve que em suas palestras mundo afora, ao lecionar sobre a proteção de tal direito, a plateia estrangeira sempre reage com grande perplexidade em ouvir quão longe vai a defesa norte-americana de discursos ofensivos, ao passo que o resto do mundo os proíbe. In: SEDLER, Robert A. *Freedom of Speech: The United States Versus the Rest of The World*. 2006, Mich. St. L. Rev. 377.

quem o fez, identificando-se, a partir do caso concreto, por meio da utilização de expressões agressivas conforme o contexto, a prática social e a tradição nela inserida.

CAPÍTULO II – O DISCURSO DO ÓDIO NO PARADIGMA DEMOCRÁTICO DE DIREITO: porque proibir?

1. O Discurso do ódio e a teoria discursiva do Estado Democrático de Direito: a Igualdade como condição de possibilidade da liberdade de expressão

A linguagem usada de forma odiosa, entendida como um ato de desrespeito discursivo, ainda gera em parte da sociedade, um enigma, um dilema de quanto discurso do ódio deve uma sociedade democrática permitir. Até onde é possível ir com uma piada ou uma charge?

Se de um lado os americanos entendem que essa balança irá pender sempre para a liberdade de expressão, de outro há quem entenda que o limite de tal direito finda com a afirmação do respeito e da igualdade daqueles que são os atores da própria democracia. Impossível, portanto, negar a simbiose existente entre liberdade, igualdade e o Estado Democrático de Direito ¹²⁴.

Estes dois princípios são os preceitos por meio dos quais um Estado Constitucional se afirma, de tal forma que o próprio constitucionalismo se entrelaça com o passado de afirmação desses dois direitos basilares do ordenamento jurídico na sociedade moderna. É nessa dualidade que se apresenta o questionamento do *hate speech*.

O atual paradigma do Estado democrático de direito, ao contrário do ideal promovido no Estado Liberal ou de Direito e do Estado Republicano, que colocavam em contradição a ideia de liberdade e de igualdade, possui como finalidade a conciliação entre o respeito às garantias individuais e a possibilidade de participação pública do cidadão de forma que a liberdade de expressão e a igualdade devam coexistir.

A liberdade que era entendida no Estado Liberal como o direito de se fazer tudo aquilo que não fosse proibido por um mínimo de leis, no Estado

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 18 nov. 2008.

Social pressupõe a existência de leis sociais e coletivas que possibilitem o reconhecimento das diferenças materiais. O que antes era tido como igualdade meramente formal passa, posteriormente, a ser entendido como tendencialmente material e equitativo ¹²⁵.

O princípio da liberdade, na primeira concepção, implicava igual proteção formal, satisfazendo as expectativas por meio da delimitação de esferas da liberdade individual por intermédio de garantias negativas. ¹²⁶ Ele consistia no direito de cada pessoa ter a sua própria concepção de bem e estabelecer o sentido da sua vida sem interferências externas. ¹²⁷ Essa esfera privada era vista como a esfera dos egoísmos e não poderia ser tolhida pelo Estado. ¹²⁸ Essa concepção estava fundamentada no ideal de uma liberdade do cidadão, pois dizia respeito a sua necessidade de participação na sociedade. ¹²⁹ Já a concepção republicana não garantia liberdade somente em relação à coação externa, mas à participação em uma *práxis* comum por meio de cujo exercício os cidadãos se tornam sujeitos politicamente responsáveis em uma comunidade de pessoas livres e iguais. ¹³⁰

No paradigma vigente, entretanto, a liberdade e a igualdade são reinterpretadas como direitos que implicam, expressam e possibilitam uma

¹²⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

¹²⁶ HABERMAS, J. Paradigms of law., 1996, p. 771-784. A ideia de liberdade negativa vincula-se a Benjamin Constant em seu texto de 1818 “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”. Ele identificou esse “novo” tipo de liberdade negativa peculiar aos modernos. Com a vivência da Revolução Francesa, e como liberal que era, passou a pregar a possibilidade de uma esfera de atuação exclusiva da individualidade humana, uma esfera no âmbito da qual essa individualidade possa, sem impedimentos sociais e políticos de qualquer espécie, realizar o que lhe apetecer. Uma espécie de reivindicação de um direito à privacidade. Ver: CAVALCANTE DE GUSMÃO, Luis Augusto Sarmiento. Constant e Berlin: a liberdade negativa como a liberdade dos modernos. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 39-62; BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 293-383.

¹²⁷ BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 293-383.

¹²⁸ MEDAUAR OMMATI, José Emílio. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 69.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto, *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 62.

¹³⁰ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, J. A *Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004, p. 272.

comunidade de princípios, composta por indivíduos que se reconhecem como seres livres e iguais.¹³¹

Desse modo, possibilitou-se um pensar reflexivo acerca do direito, além do que se passou a problematizar modelos sociais que estariam inscritos no próprio direito.¹³² Assim, a liberdade não se resume à ausência de constrangimentos externos à ação do agente. Ela é a possibilidade real de agir; do mesmo modo, a igualdade não deve ser interpretada como a homogeneização forçada, pois ela implica o reconhecimento de que todos possuem a igual liberdade de ser diferente.¹³³ Não é acurado nem útil conceber a liberdade *versus* a igualdade.¹³⁴ Ao contrário, uma depende da outra e, de tão complementares, pode-se dizer que uma é a sombra da outra¹³⁵.

Nesse sentido que a democracia atual luta para garantir a igualdade dos cidadãos em poderem expressar-se livremente, bem como a liberdade das pessoas em afirmarem suas diferenças pela igualdade de respeito. Mas parece claro que o discurso do ódio promove uma quebra nesse equilíbrio ao permitir que a liberdade de expressão seja utilizada para negar a igualdade ao outro, no mesmo passo que promove o aumento de uma discriminação imotivada.

Tais discursos em nada se coadunam com uma democracia baseada nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo¹³⁶.

¹³¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

¹³² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. A teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189-225.

¹³³ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 59-108.

¹³⁴ SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 54.

¹³⁵ MEDAUAR OMMATI, José Emílio. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 94.

¹³⁶ HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Mota. Ed. Loyola: São Paulo, 2004. pg. 277

Este novo paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe um conceito de direito participativo, pluralista e aberto, onde a sociedade possui um papel central de fundamental relevância enquanto sujeitos produtores e destinatários do direito, por meio de uma participação ativa na política e no processo jurídico decisional ¹³⁷. Redimensiona-se a dicotomia entre público e privado, fazendo-se necessário a coexistência e uma interrelação constante entre a esfera pública dependente da esfera privada ¹³⁸.

Esse modelo de Estado Democrático de Direito, inspirado pelo projeto iluminista da modernidade, procura restaurar o projeto moderno da razão. Ele rompe com o modelo solipsista da filosofia da consciência e promove um giro, instaurando a pragmática da linguagem como novo paradigma.

Diante de uma sociedade moderna que se pretende emancipada e plural, é que se acredita em uma racionalidade de base discursiva. Assim, os pressupostos da filosofia da consciência dão espaço a uma comunidade baseada na comunicação. Dessa forma, “as condições de constituição dos objetos, quer dizer, seu significado, não mais são compreendidas a partir das funções da razão, mas sim pelo contexto do mundo da vida” ¹³⁹.

As consequências dessa virada linguística, inicialmente estudada, estão longe de se limitar a uma mera alteração de rótulos ou etiquetas ¹⁴⁰. Essa nova racionalidade com bases comunicativas, tem como finalidade a luta para conseguir a igualdade dos cidadãos participantes do processo de comunicação, possibilitando a livre manifestação de ideias, bem como pretensões de validade por meio das quais se objetiva chegar a um consenso das ideias debatidas.

Assim, é necessária a existência de condições que levem ao reconhecimento entre os indivíduos e que garantam a igualdade e a liberdade

¹³⁷ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. p. 27.

¹³⁸ CARVALHO NETTO, Menelick. *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*.

¹³⁹ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação – Para uma crítica da modernidade*. Brasília: Plano, 2002, p. 208-209.

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

de cada participante do discurso, pressupondo, portanto, uma situação ideal de fala.

Esta “Pasárgada”¹⁴¹ seria um lugar onde qualquer pessoa pudesse manifestar suas ideias, ter acesso a iguais meios de comunicação, expressar opiniões, ainda que minoritárias, desde que respeitando o conceito de indivíduos livres e iguais¹⁴².

Trata-se, evidentemente, de uma “idealização contrafática que não se reproduz integralmente em nenhuma sociedade”¹⁴³, mas que serve como objetivo de uma prática política a que se deva realizar.

Neste prisma, o discurso e essa racionalidade comunicativa devem levar a um entendimento mútuo de sorte que se atinge o acordo e o assentimento de todos os envolvidos. Deve-se chegar a esse consenso mediante o exercício de universalização por meio do qual os indivíduos, reivindicando criticáveis pretensões de validade, passem pelo reconhecimento das pretensões diferentes e consigam, a partir daí, chegar a conclusões que possam contar com a adesão dos participantes¹⁴⁴.

Importante perceber que o processo de comunicação parte do pressuposto basilar da aceitabilidade e do acordo acerca de pretensões de validade demonstradas pela própria comunicação. A linguagem não existe sem

¹⁴¹ Referência a “Vou-me embora pra Pasárgada”, poema de Manuel Bandeira.

¹⁴² A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no *telos* lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticável, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base da validade pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que devem fazer. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 20.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e iguais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 236.

¹⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 165.

a existência do outro ¹⁴⁵. É neste sentido que a igualdade toma uma enorme importância no paradigma democrático e procedimental, visto que ela garante a inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos como uma garantia e mesmo como um substrato da legitimidade do Estado Democrático de Direito ¹⁴⁶.

O consenso a que se refere Habermas é eminentemente procedimental, pois pretende, na verdade, o reconhecimento de pretensões de validade criticáveis através da igualdade. Todo indivíduo deve pressupor o outro como igual e livre quando for se expressar. ¹⁴⁷ Desse modo, não se deve entender consenso como o reconhecimento, por um participante do discurso, da verdade de uma manifestação. Não se espera dos indivíduos que deixem de sustentar suas ideias e passem a adotar outras opiniões ¹⁴⁸.

O consenso, portanto, deve ser entendido como a ilimitada possibilidade de dissenso. É a constante possibilidade de reconstrução do discurso, tendo em vista a necessária e permanente abertura para novos argumentos, permitindo críticas às pretensões de validade, desde que os participantes do discurso se reconheçam como livres e iguais.

O que se procura é realizar o “consenso procedimental e dissenso contencioso e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação” ¹⁴⁹.

Com base nessa pretensão de uma situação de fala ideal que pretenda um consenso procedimental é que o discurso do ódio rompe com a possibilidade da construção de um Estado Democrático de Direito, posto que desde a concepção da criação do discurso, a ideia é do não reconhecimento do outro como merecedor de igual respeito.

¹⁴⁵ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 84.

¹⁴⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 206.

¹⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?. *Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante*, n. 5, p. 21-45, 1988.

¹⁴⁸ Não parece aceitável a ingênua, porém muito difundida, interpretação do consenso habermasiano, segundo a qual ele demandaria a adesão incondicional dos participantes do discurso às assertivas levantadas pelos colocutores, abandonando as suas próprias como sendo inválidas ou errôneas.

¹⁴⁹ NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001a, p. 111-163.

A noção básica do discurso do ódio possui em sua essência a ideia de um outro desigual, sequer abrindo espaço para o debate público, vez que o que se deseja não é discutir ideias, mas ofender grupos determinados.

Esse agir comunicativo pressupõe o reconhecimento do outro participante do diálogo bem como a pretensão de validade da comunicação ¹⁵⁰, o que não ocorre nos casos de disseminação do ódio.

A exclusão do outro através dos ataques promovidos por meio discursivo retira a legitimidade do Estado democrático que é o acordo procedimental e a aceitabilidade de pretensões de validade da própria comunicação.

Como bem descreve Jeremy Waldrom, a pretensa liberdade de expressão é utilizada com a principal finalidade de garantir repercussão ao seu aspecto ilocucionário e perlocucionário, pois ao afirmarem frases como “Judeus e cachorros são proibidos”, eles enviam duas mensagens, uma aos membros da minoria em questão ¹⁵¹, e outra ao restante da comunidade que não faz parte dessa minoria ¹⁵².

2. A integridade do Juiz Hércules na luta contra o Discurso do Ódio

Uma democracia ideal é constituída de uma comunidade de pessoas livres e iguais. Assim, quanto mais se reconhece aos seus membros o

¹⁵⁰ REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 47.

¹⁵¹ WALDROM, Jeremy. *The harm in hate speech*. Harvard University Press, London, 2012, p. 2. “Não sejam tolos em achar que vocês são bem vindos aqui. A sociedade em volta de vocês pode parecer hostil e não discriminatória, mas a verdade é que vocês não são desejados, e vocês e suas famílias serão SHUNNED, excluídos, surrados, e mandados embora, sempre conseguirmos nos livrar com isso. Nós devemos nos manter tranquilos agora, mas não fiquem tão confortáveis. Lembrem o que já lhes aconteceu no passado. Fiquem com medo”

¹⁵² WALDROM, Jeremy. *The harm in hate speech*. Harvard University Press, London, 2012, p. 2. “Nós sabemos que alguns de vocês concordam que essas pessoas não são desejadas aqui. Nós sabemos que alguns de vocês acreditam que elas são sujas (ou perigosas ou criminosas ou terroristas). Saibam que vocês não estão sozinhos. Não importa o que o Governo diga, existem pessoas suficientes de nós para garantir que essas pessoas não sejam bem vindas. Existem muitos de nós para demonstrar o que essas pessoas realmente são. Falem com seus vizinhos, falem com seus clientes. E, acima de tudo, não deixem mais nenhum deles serem respeitados”

direito de serem entendidos como iguais merecedores de direitos, mais democracia se tem.

Nesse ideal, o Direito deve partir da premissa que um sistema normativo composto de normas e princípios, tal qual a liberdade de expressão e a igualdade, que promover uma leitura coerente e completa ¹⁵³. O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. ¹⁵⁴

Assim, devem-se estabelecer critérios e princípios jurídicos que possibilitem a continuidade das decisões judiciais em consonância com o sistema jurídico vigente e assegurem o sentimento de justiça em cada caso ¹⁵⁵.

O que se busca é integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema e procurando discernir um princípio que os haja norteado. Esta concepção de coerência não deve ser compreendida como simples reiteração e continuidade das decisões já tomadas, mas sim como uma coerência fundamentada em argumentos oriundos da comunicação, que reconstroem o passado a partir do presente.

Dworkin compara o direito como integridade a um romance escrito em série ou em cadeia, em que cada escritor interpreta o capítulo que recebeu e escreve uma nova parte dele da melhor maneira possível, de tal maneira que a história possa ser compreendida como uma única obra, sem que sejam geradas incompreensões ou incompatibilidades. ¹⁵⁶

A responsabilidade de se escrever um novo capítulo exige que o escritor leve em consideração os capítulos anteriores, respeitando a integridade e a coerência da história como um todo, de tal sorte que a sua contribuição não seja dissonante, nem do conteúdo, nem da forma previamente existentes ¹⁵⁷.

¹⁵³ DWORNIK, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271.

¹⁵⁴ DWORNIK, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 273.

¹⁵⁵ DWORNIK, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

¹⁵⁶ DWORNIK, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

¹⁵⁷ DWORNIK, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 238.

Ou seja, o escritor acaba, em parte, alterando e escrevendo mais um capítulo da história, respeitando o previamente escrito, mas também acrescenta sua contribuição rumo ao deslinde do romance ¹⁵⁸.

Dessa maneira, o direito como integridade demanda uma adjudicação coerente entre as decisões pretéritas e as atuais, levando em consideração os princípios da igualdade e liberdade, como se os magistrados prosseguissem uma obra coletiva. É uma interpretação em cadeia, tal como um romance. É o direito escrito por várias mãos.

Assim, o juiz e o intérprete devem ser capazes de compreender o direito existente da mesma forma que o escritor entende os capítulos previamente escritos do romance. Como o escritor, o juiz deve aplicar o direito em conformidade com os capítulos anteriores escritos por diversos juristas, respeitando a coerência e integridade dos componentes do direito, de modo que sua decisão tanto reafirme o direito existente quanto construa um novo direito para o caso concreto.

Sendo objetivo, o magistrado exerce uma atividade que é tanto crítica quanto criativa, tanto interpretativa, quanto inovadora.

Ainda que se aplique o direito como integridade, seria impossível obter uma uniformidade total das sentenças judiciais. E é justamente isso que Dworkin tenta mostrar. O ponto central da integridade não é a uniformidade, somente e em si, mas sim o princípio da integridade e da coerência. “O direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo que imaginei como o destino último da cortesia”. ¹⁵⁹

Essa tarefa é tão complexa e intrincada que somente um juiz de capacidades hercúleas, que compreendesse todo o direito e que tivesse tempo infinito poderia aplicar o direito da melhor forma possível.

O juiz Hércules é a figura de um magistrado ideal que teria a capacidade de desenvolver as mais complexas teorias na busca pela decisão correta. Ele não só tem o conhecimento de todo o sistema jurídico como, para cada caso concreto, desenvolve teorias que harmonizam a vasta gama de princípios, políticas e leis em um todo suficientemente coerente que lhe sirva

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 277.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 110-111.

de orientação sobre qual é a melhor decisão possível para o caso, tendo em vista tanto a reafirmação quanto à inovação do direito.

Esse juiz é uma alegoria, uma figura ideal que não existe, porém ele serve de exemplo para que os magistrados possam, efetivamente, tentar aplicar os direitos pautados no conceito do direito à integridade e não em ideais jurídicos anacrônicos, tais como os da descoberta da intenção legislativa, ou da vontade geral da comunidade, como fez o Ministro Moreira Alves no voto do HC 82.424/RS, conforme se verá mais adiante ¹⁶⁰.

Assim, tendo em mente o direito como integridade, os princípios constitucionais devem ser entendidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados previamente em uma situação específica, nem hierarquizados em qualquer circunstância. ¹⁶¹

Desta forma, o direito adquire uma função possibilitadora de uma noção universalizante da ideia de portadores de direitos que sabem que obrigações devem ser respeitadas em face do outro, resultando no reconhecimento do outro ser como uma pessoa, sem a necessária estima pelos seus pensamentos ou atos, mas simplesmente reconhecendo-o como ser humano sujeito de direitos e deveres. Nesse sentido, é evidente a inconsistência de um discurso que negue a própria visão do outro como portador de direitos.

Ao se interpretar os princípios constitucionalmente previstos da liberdade de expressão e da igualdade, a Constituição deve ser entendida como “um projeto coletivo comum que leva a sério a pretensão de que homens

¹⁶⁰ Deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir. Serão momentos especialmente difíceis para qualquer juiz, exigindo novos juízos políticos aos quais pode ser difícil chegar. Seria absurdo imaginar que ele sempre terá à mão as convicções de moral política necessárias a tais ocasiões. Os casos muito difíceis vão forçá-lo a desenvolver, lado a lado, sua concepção do direito e sua moral política, de tal modo que ambas se dêem sustentação mútua. Não obstante, é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade. Deve admitir que, ao preferir finalmente uma interpretação à outra de uma série de precedentes muito contestada, talvez depois de uma reflexão que o leve a mudar de opinião, ele está desenvolvendo sua concepção aplicável do direito em uma direção, e não em outra. Esta deve parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 308

¹⁶¹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 189.

livres e iguais podem se dar normas para regular suas vias em comunidade”
162.

3. O ‘Hate Speech’ com e contra Dworkin

Um texto somente adquire sentido quando aquele que o lê, atribui-lhe um significado. A escrita, portanto, não se prende unicamente ao sentido original de seu autor, mas torna-se fruto de um conjunto de processos de fusões interpretativas que podem, inclusive, voltar-se contra a própria proposta inicial de quem escreveu.

Ronald Dworkin ao propor uma leitura moral do direito, se coloca no lugar do juiz Hércules e propõe respostas a alguns casos difíceis, como a restrição à liberdade de expressão.

Ele inicia seus argumentos partindo da diferença entre dois conceitos de liberdade, uma negativa e outra positiva¹⁶³. A liberdade negativa é a possibilidade de realizar determinadas atitudes sem a interferência e proibição de um outro. Em outros termos, “significa não ser impedido pelos outros de fazer o que se deseja fazer”¹⁶⁴. É o caso da liberdade de expressão e da liberdade de ir e vir. Já a liberdade positiva é a possibilidade de participação política nas decisões públicas.

Para o norte americano, uma sociedade não conseguiria ser a junção de todas as virtudes previstas na defesa de ambas liberdades. Sempre se incorrerá em um sacrifício de uma liberdade por outra. Desta forma, a dificuldade em diferencia-las e limita-las é que geram a grande problemática das sociedades contemporâneas.

A liberdade de expressão nos Estados Unidos é entendida como a liberdade negativa fundamental, o centro, a fundação, a essência, a base de

¹⁶² MEDAUAR OMMATI, José Emílio. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 78.

¹⁶³ A referência de Dworkin para tal diferenciação é aula de Isaiah Berlin denominada de “Dois conceitos de liberdade, logo que ocupou a Cadeira Chichele de teoria social e política em Oxford, em 1958.

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 345.

sua democracia. A partir de tais argumentos que Ronald Dworkin vai defender a ampla liberdade de expressão frente a possibilidade dela ser restringida nos casos de pornografia e discurso do ódio.

Entende o autor que a liberdade deve alcançar inclusive as formas mais desprezíveis de opinião como sacrifícios a serem suportados para resguardar um amplo campo aberto de debate de ideias.

Dworkin chega, inclusive, a afirmar que a “essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também às de mau gosto”¹⁶⁵.

Desta maneira, o filósofo americano se baseia na ideia principal de que a liberdade de expressão deve ser ampla a garantir à sociedade a possibilidade de manifestar seus pensamentos, por mais esdrúxulos que possam ser¹⁶⁶.

Não obstante a respeitável opinião, o discurso do ódio deve ser tratado como algo maior que simplesmente uma manifestação de ideias odiosas que grande parte da sociedade repudia. Tal expressão traz consigo a ideia implícita de ser um ato de fala que traduz um sentido performático de desrespeito e de agressão a um grupo determinado de pessoas como reflexo de uma prática discursiva do desrespeito.

Não há de se falar, portanto, em respeitar o conceito negativo da liberdade de expressão em face de uma pretensa ideia da manutenção de uma liberdade positiva. O que ocorre é que um direito não pode albergar em seu próprio conceito uma finalidade anti-democrática do não reconhecimento do outro como igual merecedor de respeito.

Em outro texto, Ronald Dworkin utiliza não somente da ideia de que a liberdade de expressão promovida em um amplo espectro eleva a qualidade de um Estado Democrático, mas afirma que ela é uma condição de legitimidade política da própria democracia¹⁶⁷.

¹⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 351.

¹⁶⁶ Os arruaceiros nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, às vezes insuportável. Mas a liberdade é importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 362.

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. Foreword. In HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford University Press, 2010.

Por mais que o autor concorde e seja um defensor dos direitos de igualdade, da proteção das minorias e dos vulneráveis, entende que a democracia requer não somente o voto, mas também a voz daqueles que possuem ideias impopulares. Sendo assim, para que se garanta a legitimidade das leis anti discriminatórias, deve-se permitir que os contrários a esta lei se expressem, ainda que isto inclua expressões odiosas e ofensivas.

A base do argumento da legitimidade democrática de Dworkin é que se deve permitir a fala sobre atitudes que a legislação proíbe. Somente assim se asseguraria a esta determinada legislação uma legitimidade para ser aplicada à sociedade. Em outros termos, a lei que proíbe o racismo no trabalho, na educação e nos atos comuns da vida somente terá legitimidade e, portanto, somente poderá ser aplicada, caso permita-se que os grupos contrários a lei que criou o crime de racismo possa exprimir suas ideias contrárias da maneira como o quiserem, mesmo que seja através da manifestação de ódio.

A tese do professor da NYU toma como base a existência de duas espécies de leis quando se fala em discurso do ódio. De um lado, apresentam-se as leis que proíbem a manifestação da expressão odiosa, ou seja, proíbem o próprio discurso, a livre manifestação de ideias de ódio. De outra via, existem as leis que proíbem as atitudes fáticas que densificam, que promovem o ódio e a discriminação como o racismo, a discriminação, a injúria racial. Essas leis, Jeremy Waldron vai denominar de “upstream laws” e “downstream laws”, sucessivamente ¹⁶⁸.

Assim, Dworkin argumenta que as medidas coercitivas que proíbem o discurso do ódio, ditas “upstream”, retiram a legitimidade das leis “downstream”, uma vez que não se pode punir um crime, sem permitir que aqueles contrários a esta punição possam manifestar-se contra o crime.

Ocorre, no entanto, que como tem sido sustentado, o discurso que gera o ódio é ele mesmo um ato desrespeitoso praticado de forma discursiva, motivo pelo qual ele deve ser proibido.

¹⁶⁸ WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Harvard University Press, London, 2012, p. 178.

A defesa da ideia contrária a existência do crime pode ser perfeitamente realizada desde que não afronte a igualdade e a ideia de reconhecimento do outro como merecedor de igual respeito.

Não por outro motivo que José Emílio Medauar Ommati aponta uma contradição na tese de Ronald Dworkin acerca do discurso do ódio. Nesse sentido:

Aqui, há uma contradição patente no pensamento do autor norte-americano, pois, se por um lado, ele afirma a necessidade de direitos antidiscriminatórios, por outro, afirma o direito de um racista proferir seu discurso em nome do direito de igual respeito e consideração para com o racista. Daí a defesa de Dworkin em relação aos membros da Ku Klux Klan, por exemplo, nos Estados Unidos ¹⁶⁹.

4. A identidade constitucional e o debate acerca da igualdade e desigualdade

O constitucionalismo possui como inerente a sua própria concepção a permissão de um livre exercício do pluralismo de concepções, sendo necessário um processo de inclusão que considere a diferença e permita um tratamento contra-fático a essa diferença, ou seja, que respeite como iguais essas visões, exatamente por serem diferentes.

Tal assertiva provém da ideia de um sujeito constitucional aberto e evasivo, capaz de dialogar com as diferentes identidades existentes na sociedade sem, contudo, adotar uma delas como dominante, pois a constituição de um sujeito assim compreendido implica a ideia de um processo de reconstrução, contínuo e incompleto, orientado para a obtenção de um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição de outras identidades relevantes.

Esta definição não pode ser entendida como algo estanque, na medida em que Rosenfeld reconhece o caráter de contínua transformação do constitucionalismo e a conseqüente impossibilidade de uma definição fechada, acabada. Essa interpretação baseia-se no conceito da abertura da identidade,

¹⁶⁹ MEDAUAR OMMATI, José Emílio. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 78.

da constante transformação de quem é o sujeito protegido e reconhecido pela Constituição.

Por isso mesmo, em razão dessa evasividade é que o próprio Rosenfeld afirma que é mais fácil determinar o que a identidade constitucional e o sujeito constitucional não são, do que determinar o que eles são. Ele é mais uma ausência que uma presença ¹⁷⁰.

Essa indeterminação leva a uma necessidade de constante reconstrução da identidade, que nunca se torna definitiva ou completa. Assim, a identidade do sujeito constitucional deve ser esculpida em pleno confronto com outras identidades. Não se pode abdicar dessas outras identidades, mas deve-se tentar incorporar e transformar alguns elementos emprestados.

Assim sendo, a identidade do sujeito constitucional é suscetível apenas de uma determinação parcial, por meio de um processo de reconstrução orientado para o alcance de um equilíbrio entre assimilação e rejeição das outras identidades relevantes. ¹⁷¹

Menelick de Carvalho Netto ressalta:

A identidade constitucional não pode se fechar, a não ser ao preço de trair o próprio constitucionalismo como demonstra Michel Rosenfeld.

O constitucionalismo, ao lançar na história a afirmação implausível de que somos e devemos ser uma comunidade de homens, mulheres e crianças livres e iguais, lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda inclusão é também uma nova exclusão. E os direitos fundamentais só poderão continuar como tais se a própria Constituição, como a nossa expressamente afirma no § 2.º do seu art. 5.º, se apresentar como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais. Aquisições que não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções dos direitos fundamentais. ¹⁷²

¹⁷⁰ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 3.

¹⁷¹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 3.

¹⁷² CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

Em outros termos, o que se propõe é a interpretação da Constituição com base em um contínuo processo de abertura e resignificação, para que não haja um domínio que, ao consolidar uma identidade constitucional estanque, acabe por excluir todas as demais. Assim, ao lidar com as diferentes identidades, o processo de reconstrução da identidade constitucional acaba por abranger a reconstrução da ideia de cidadania e titularidade de direitos, com reflexos em diversos ramos do Direito.

Nesse sentido, Rosenfeld afirma que “para estabelecer uma autoidentidade constitucional viável, o real deve ser suplementado pelo ideal ou, em outros termos, os fatos devem ser enriquecidos por uma imaginação contrafactual”.¹⁷³

Rosenfeld baseia-se, na verdade, na incorporação de uma tensão permanente, imprescindível à atual abordagem constitucional, entre um enfoque sociológico e desconstrutivo, crítico das possibilidades de abuso sempre presentes no Direito Constitucional, e a perspectiva intra e reconstrutivista, capaz de garantir a inafastabilidade dos princípios da igualdade e da liberdade reciprocamente reconhecidos a si mesmos por todos os membros da comunidade política.¹⁷⁴

Essa identidade constitucional aberta e evasiva é propensa a se alterar com o tempo, sendo necessário à sua construção um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro.¹⁷⁵

As constituições escritas tornam evidentes as necessidades de alteração, pois a incompletude do texto constitucional e a sua impossibilidade de abarcar todos os assuntos possíveis de forma completa, fazem com que devam permanecer abertas a interpretações, ainda que conflitantes, que pareçam igualmente defensáveis.

Do mesmo modo, um dado texto constitucional jamais será capaz de contemplar todos os temas pertinentes às questões oriundas tanto do constitucionalismo quanto da própria Constituição, tornando a apreensão da

¹⁷³ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 43.

¹⁷⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 10.

¹⁷⁵ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 17.

identidade constitucional uma tarefa sempre carente de complementação e, portanto, sempre necessariamente aberta à interpretação.¹⁷⁶

É nesse sentido que a identidade constitucional entra em confronto com outras identidades nacionais, tensão inevitável no pluralismo inerente ao constitucionalismo contemporâneo.

Ela se diferencia de identidades religiosas, culturais e étnicas, não por excluí-las, mas por incorporá-las parcialmente, para que possa, entre outras coisas, respeitar os direitos da igualdade e da liberdade. Ela necessariamente opõe-se a várias dessas identidades, justamente para que nenhuma delas adquira uma posição dominante na comunidade e suprima ou oprima outras relevantes. No entanto, a identidade constitucional não pode ser definida unicamente de maneira negativa em contraposição a outras identidades, pois se tornaria um conceito vazio.

Nesse sentido, afirma Rosenfeld:

Baseado nas observações precedentes, podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão¹⁷⁷.

Portanto, o sujeito constitucional é um hiato, uma ausência. Assim, importa ressaltar que ele é inerentemente incompleto e sempre aberto a uma necessária, mas impossível busca de completude, por isso a necessidade de sua constante reconstrução por meio de um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes. Em outras palavras, o sujeito constitucional levado pela sua inerente incompletude precisa recorrer ao discurso constitucional para inventar e reinventar sua identidade.

¹⁷⁶ Para Rosenfeld, a questão atinente às emendas constitucionais é um mau aspecto da problemática relação entre a identidade constitucional e o texto constitucional. Questiona em que medida a ampla utilização de emendas constitucionais não significaria, de fato, uma quebra de continuidade entre uma dada identidade constitucional e uma nova identidade constitucional em construção, fulcrada nas emendas. Cita, como exemplo, a Hungria onde quase toda a Constituição foi alterada por meio de emenda constitucional durante a transição do socialismo para o capitalismo.

¹⁷⁷ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 23.

A construção e a reconstrução da identidade constitucional levam em conta as antinomias entre facticidade e validade. A contraposição entre fato e norma dá-se mediante as próprias normas constitucionais e os fatos histórico-sociais. O que se quer dizer é que, de acordo com a relação da norma constitucional com fatos históricos e sociais, as normas podem ser aplicadas de diversas formas, conduzindo a resultados diferentes.

Essa relação é facilmente identificada no caso da liberdade de expressão e a proibição do discurso do ódio. A forma como a Alemanha¹⁷⁸ interpreta, hoje, os absurdos cometidos pelo nazismo na 2ª Guerra Mundial levou o país a proibir, através de lei, o revisionismo histórico. Posição inversa têm os Estados Unidos ao defender uma interpretação liberal da liberdade de expressão, não criminalizando o discurso do ódio¹⁷⁹.

¹⁷⁸ A Lei Fundamental de Bonn possui um dispositivo, art. 22.2, que 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. O Código Penal alemão em seu art. 130 criminaliza o ato de incitação ao ódio ou violência contra partes da população além de ataques à dignidade humana e a proibição de distribuição e publicação de mensagens de ódio. Esse artigo também penaliza a negação do Holocausto, isto é, a denegação e diminuição dos atos nazistas cometidos durante a segunda guerra mundial. (v: LIPSTADT, Deborah E. *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory*. New York: Editora Plume, 1994). Esta atitude enquadra-se entre os casos de proibição do discurso do ódio. A Corte Constitucional já afirmou que “a proibida afirmação de que não houve perseguição aos judeus durante o Terceiro Reich é uma descrição factual que já foi provada mentirosa de acordo com inúmeras testemunhas oculares e inúmeros documentos, para as decisões de vários casos criminais e para conclusões históricas. Levando isso em conta, um pronunciamento tendo esse conteúdo não desfruta da proteção da liberdade de expressão”. (BVerfGE 90, 241, 249.) Ao contrário dos alemães, os americanos mostram-se assombrados com a ideia de que pessoas possam ser presas por negarem o holocausto (KAHN, Robert A. *Hate Speech and the national identity: the case of the United States and Canada*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870444. Acesso em 11 novs. 2008). Os europeus ficam perplexos escutando quão longe vão os Estados Unidos para proteger a primeira emenda (SEDLER, Robert A. *An essay on freedom of speech: the United States versus the rest of the world*. *Michigan State Law Review*, Wayne State University Law School vs. 2006:2, 2006, p. 1). Em *Irving vs. Baviera*, 90 BVerfGE 241, o estado condicionara a autorização da realização de um evento ao fato de não poder David Irving, um dos palestrantes, falar sobre a tese da inexistência do Holocausto. A lei que se tomou como base permitia a proibição de reuniões em que houvesse violação da lei penal. A violação aqui era o insulto ao povo judeu. A suprema corte decidiu pela constitucionalidade da lei e pela autorização à restrição da palestra do prof. Irving, por entender que a negação da existência do Holocausto não é manifestação de opinião, mas afirmação inverídica acerca de fatos. Em outro caso, “Verdade para Alemanha” 90 BVerfGE 1 (1994), discutiu-se a constitucionalidade da inclusão de um livro no rol dos livros considerados imorais ou perigosos. O livro negava a ocorrência do Holocausto, mas através da ideia de que a eclosão da 2ª Guerra Mundial havia sido culpa dos adversários da Alemanha. A corte decidiu pela prevalência da liberdade de expressão, pois se discutia no livro não a mera afirmação da inexistência de um fato, mas sim da opinião do autor. Ver também: *Tucholsky I*, 21 EuGRZ 463 (1994) e *Tucholsky II*, “*The Titanic*”.

¹⁷⁹ Os Estados Unidos são tão arraigados a uma interpretação liberal da primeira emenda que deixaram reserva com respeito ao Artigo 4º da Convenção pela Eliminação de todas as normas

Rosenfeld afirma:

o conflito que há entre as efetivas constituições e o constitucionalismo, quanto à incorporação de determinadas prescrições normativas é, em um determinado sentido, um confronto entre a facticidade de uma certa Constituição em particular e as normas que prescrevem o que uma democracia constitucional deveria ser. Esse conflito, no entanto, pode ser visto também como o confronto entre normas distintas, mais especificamente, como a inconsistência das normas promovidas por uma Constituição efetiva com as normas inerentes ao constitucionalismo. Lidar com tais inconsistências, como veremos, é uma das tarefas que a reconstrução pode melhor realizar.¹⁸⁰

Para que se possa estabelecer uma autoidentidade, necessário pensar na relação entre facticidade e validade, fatos e normas, real e ideal. Desse modo, construção e reconstrução foram pensadas para erguerem pontes entre o real e o ideal, entre os fatos e os contrafatos.¹⁸¹

A reconstrução da identidade visando preencher o hiato constitucional deve-se dar por meio da negação, da metáfora e da metonímia.

A negação, a metáfora e a metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar sua identidade. A negação é crucial à medida que o sujeito constitucional só pode emergir como um “eu” distinto por meio da exclusão e da renúncia. A metáfora ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com sua ênfase na contigüidade e no contexto, é essencial para evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas a ponto de aplinar as diferenças que devem ser levadas em

de Discriminação Racial e, mais recentemente, recusaram-se em termos constitucionais a assinar o Protocolo para a Criminalização dos Atos de Racismo e Xenofobia, que faz parte do apenso à Convenção do Conselho Europeu de Crimes Cibernéticos de 2001, do qual são signatários. Robert A. Sedler explica que, nos Estados Unidos, a forte proteção constitucional da liberdade de expressão está arraigada na cultura americana do século XXI e que a interpretação expansiva da Suprema Corte acerca da garantia de liberdade de expressão da primeira emenda serve para implementar os valores da sociedade americana de hoje (SEDLER, Robert A. An essay on freedom of speech: the United States versus the rest of the world. *Michigan State Law Review*, Wayne State University Law School vs. 2006:2, 2006).

¹⁸⁰ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 42.

¹⁸¹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 43.

conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro.¹⁸²

A negação exerce um papel de enorme importância na reconstrução da identidade do sujeito constitucional. Ela é, na verdade, a própria rejeição, repúdio, repressão, exclusão, enfocando aquilo que o sujeito não é, sem revelar o que é.¹⁸³ É a ausência em si, o hiato.

Invariavelmente, surge uma necessidade de preencher tal vazio. Essa busca por uma identidade positiva é o segundo estágio. Aqui, o sujeito recorre a todas as identidades que foram anteriormente descartadas e seleciona-as, incorporando-as em seu próprio benefício. Isso ocorre porque os objetivos do constitucionalismo não podem ser perseguidos no vácuo.

Eles requerem o estabelecimento de um aparato institucional viável que deve, necessariamente, se assentar na história, nas tradições, no patrimônio cultural da comunidade política pertinente.¹⁸⁴ Não ocorre uma volta ao passado pré-constitucional anteriormente descartado. Ao contrário, trata-se de uma incorporação seletiva de elementos das identidades repudiadas, em consonância com os objetivos e interesses do próprio sujeito constitucional.

Por fim, o terceiro momento é o da negação da negação, ou seja, nega-se a proposição segundo a qual a busca da identidade envolve a perda da subjetividade, o que permite ao sujeito constitucional alcançar um ponto de vista a partir do qual é capaz de perceber a sua própria identidade positiva em desenvolvimento como sendo moldada, em última instância, por sua vontade mesma e não por forças externas fora de seu controle.¹⁸⁵

A metáfora surge na busca desta identidade positiva, sendo essencial à interação entre identidade e diferença. Ela serve para estabelecer similaridades e equivalências, forjando os vínculos de identidade.

Rosenfeld assevera:

A metáfora também comparece no famoso *dictum* norte-americano *the Constitution is colorblind* (a Constituição é cega

¹⁸² ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 50.

¹⁸³ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 51.

¹⁸⁴ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 53.

¹⁸⁵ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 57.

à cor das pessoas). Se se concentra nas qualidades metafóricas desse *dictum*, revela-se que ele resulta da ênfase dada às similaridades entre raças, ou seja, àquilo que elas compartilham em detrimento das diferenças entre elas, associado ao desprezo pelas diferenças raciais e pelo que se deveria estimar alcançar como uma consequência dessas diferenças.¹⁸⁶

Rosenfeld demonstra, por meio da utilização da metáfora da indiferença da cor, que se colocam entre parênteses as diferenças raciais e as associadas à raça. Isso legitimaria o impedimento de distinções e classificações fundadas na raça, devendo-se promover uma identidade constitucional que se coloca acima do racismo.

De um ponto de vista normativo, a doutrina constitucional apoiada pela metáfora da indiferença à cor tem a virtude de vedar o uso das diferenças raciais como um meio de juridicamente se colocar em desvantagem as minorias raciais oprimidas. Do mesmo modo, no entanto, essa doutrina jurídica pode também inibir a marcha em direção à justiça racial. Por exemplo, se estritamente aplicada, a doutrina jurídica fundada no princípio da indiferença/cegueira à cor proibiria qualquer medida conscientemente racial destinada a integrar as escolas públicas racialmente segregadas.¹⁸⁷

Utilizando-se a metáfora, cada indivíduo é igual a qualquer outro indivíduo, enquanto portador de direitos. Assim, o raciocínio metafórico exerce um relevante papel na conformação dos direitos constitucionais e na definição da identidade constitucional ao possibilitar que se alcancem níveis mais altos de abstração.

A metonímia, no entanto, evoca as diferenças mediante a maior contextualização possível da situação que se julga, apontando as diferenças e especificidades dos casos que afastam as semelhanças. Ela trabalha em fluxo

¹⁸⁶ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 65.

¹⁸⁷ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 65. Um dos casos utilizados por Rosenfeld para a explicação da metáfora como utilização das similitudes foi o caso *Bowers vs. Hardwick* (478 U.S. 186 (1986)). Foi julgado se o direito à privacidade deveria proteger as relações homossexuais. A Suprema Corte, por 5x4, decidiu que a privacidade não alcançava a relação entre homossexuais por ela tradicionalmente proibida e criminalizada. Já os juízes que votaram a favor da ampliação da privacidade para o caso, sustentaram a similaridade entre os heterossexuais e os homossexuais e, por meio do pensamento metafórico, conseguiram caracterizá-las como essencialmente similares.

oposto ao da metáfora, conduzindo a uma maior especialização e contextualização.

Assim, por exemplo, por meio da contextualização metonímica, torna-se possível a superação da dificuldade da exigência da indiferença à cor na consecução da justiça racial. Contra os brancos que buscam colocar em desvantagem os afro-americanos em razão de sua raça, o princípio da indiferença à cor continua a ser uma barreira, Mas essa barreira não pode ser erigida para impedir a reabordagem das persistentes ofensas decorrentes do racismo. Uma vez que tenhamos seguramente em mente a diferença entre curar e o agravar ainda mais as feridas decorrentes do racismo, o rígido acolhimento do princípio da indiferença à cor parece ser tanto indesejável quanto desnecessário.¹⁸⁸

A metonímia possui tanta importância como a metáfora. Enquanto a metáfora ressalta as semelhanças, os argumentos metonímicos, com base no trabalho de contextualização, realçam as diferenças decorrentes do contexto em si.

A contribuição da função metonímica para a delimitação dos direitos constitucionais torna-se manifesta na implementação desses direitos. Todos, em abstrato, deveriam gozar da mesma igualdade ou direitos de liberdade de crença religiosa. Na prática, no entanto, esses direitos não podem ser igualmente gozados a menos que sejam adequadamente moldados às diversas necessidades e circunstâncias com que se defrontam os seus beneficiários. Exatamente porque a igualdade requer mais a proporcionalidade do que a simples similaridade de tratamento, é necessário contextualizar e levar determinadas diferenças em conta. Assim, por exemplo, a igualdade para as mulheres requer mais do que serem tratadas do mesmo modo que os homens. A liberdade de culto ou de exercício de religião de alguém concretamente considerada, do mesmo modo, requer contextualização uma vez que as leis gerais aplicáveis podem não ter o mesmo impacto sobre distintas práticas religiosas. Uma lei que determine o fechamento do comércio aos domingos, por exemplo, provavelmente seria onerosa para os membros de religiões que guardam os sábados (*sabbatarians*), pois os força a fechar seus negócios por dois dias, enquanto seus competidores fechariam os seus por apenas um dia sem violar suas convicções religiosas.¹⁸⁹

Um exemplo da utilização da metonímia no Brasil é a implementação de políticas de cotas para negros em universidades e no

¹⁸⁸ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 71.

¹⁸⁹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 74.

serviço público. *A priori*, pode parecer que a reserva de um determinado número de vagas para pessoas negras contrariaria a ideia de igualdade. Ocorre que, fazendo-se uso da metonímia, leva-se em conta o contexto histórico, político e social dos negros no Brasil. Sendo assim, a contextualização permite que se defenda a utilização de cotas no país.

É a relação e combinação entre esses três elementos que permite a construção e a permanente reconstrução de uma identidade constitucional.

Veja-se, por exemplo, a construção e reconstrução do sentido de igualdade pela Suprema Corte dos Estados Unidos quando dos casos *Plessy vs. Ferguson* e *Brown vs. Board of Education*.

A Corte decidiu, em 1894, no primeiro caso, que a cláusula da *equal protection* deveria ser entendida sob a teoria dos iguais, mas separados. Já em 1954, a Suprema Corte revê sua decisão afirmando o direito dos negros estudarem nas mesmas salas de aula que brancos, impondo, inclusive, ao Estado que propiciasse os meios necessários à integração das duas raças. Somente uma Constituição aberta a essa variável de sentidos permite que, em cinquenta anos, um país mude por completo o sentido de igualdade.

De uma forma geral, a negação assume uma função primordial no dever de construir e reconstruir uma identidade constitucional, delimitando este sujeito ao realizar a mediação entre identidade e diferença. Ela é o principal mecanismo que cria o hiato que caracteriza a identidade constitucional, por meio do repúdio de visões consideradas inadequadas e de situações anteriormente aceitas como legítimas.

Em outras palavras, a negação estabelece os significados vedados à metáfora e à metonímia, assim como determina quais sentidos e significados precisam ser substituídos pelo trabalho reconstrutivo. Cabe, então, à metáfora e à metonímia o papel da reconstrução ao fornecer conteúdo e formas determinadas dessa identidade e da diferença.

Evidentemente, em discursos específicos, ora prevalecerão argumentos de ordem metafórica que levam em conta as similitudes, ora prevalecerão elementos de ordem metonímica. Comumente, a argumentação constitucional que pretende a expansão da aplicação de direitos recorre aos procedimentos metafóricos, enquanto que a argumentação que visa à limitação da aplicação de direitos lança mão de recursos metonímicos.

No nível mais concreto dos direitos constitucionais específicos, essa dialética objetiva promover um equilíbrio entre o pólo da identidade e o pólo da diferença, o que talvez seja mais bem exemplificado por meio dos direitos constitucionais à igualdade.

Essa igualdade constitucional requereria que as identidades e as diferenças fossem adequadamente levadas em conta. Nesse sentido, tanto a identidade como a diferença podem ser tomadas, quer para tornar os direitos de igualdade mais inclusivos, quer mais excludentes. Essa concepção reconhece a diferença não como uma exceção, mas sim como uma regra que deve ser tratada pelo direito por meio da política da igualdade.¹⁹⁰

O direito à igualdade teve seu sentido construído em três estágios de evolução. No primeiro, a correlação entre desigualdade e diferença levou a uma concepção puramente formal entre igualdade e identidade. No segundo, existiu uma correlação entre identidade e igualdade. Por fim, o terceiro e atual estágio leva em conta as diferenças sem explorá-las para padrões de dominação ou subordinação. É a igualdade como diferença.¹⁹¹

A igualdade, entendida como o direito à diferença, deve ser exercida, em uma sociedade moderna plural, por meio de uma abordagem, primeiramente, negativa, em que existe uma forma de igual negação às diversas concepções de bem que, posteriormente, são inseridas conforme a noção de bem no pluralismo.

Sendo assim, supera-se a visão que entendia a igualdade e a liberdade como valores contraditórios ou antagônicos. Um não exclui o outro. A igualdade não deve ceder para que a liberdade possa se afirmar. Ao contrário, uma depende do exercício da outra.

A liberdade depende de uma igualdade que reconhece todos como sujeitos de igual consideração, não ignorando as diferenças existentes

¹⁹⁰ FLORES, Joaquín Herrera. *La Construcción de las garantías. Hacia una concepción Antipatriarcal de la libertad y la igualdad*. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 111-145.

¹⁹¹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 88.

entre eles. A liberdade depende da igual consideração como cidadão.¹⁹² É o que Marcelo Galuppo chama de igualdade aritmética, pois

qualquer outra forma de igualdade implicaria reconhecer maior ou menor importância às pessoas que, no entanto, o Estado Democrático de Direito tem de conceber como detentoras da mesma possibilidade de intervir nos discursos jurídicos, o que seria impossível se fossem concebidas como geometricamente (des)iguais.¹⁹³

Se o Estado Liberal pressupõe que todos são idênticos e o Estado Social, que todos podem ser identificados por meio de uma intervenção política, o Estado Democrático de Direito pressupõe, ao contrário, que é constitutiva do ser humano a diversidade e a diferença.¹⁹⁴

Assim, “ninguém é igual a ninguém. Todo ser humano é um estranho ímpar”¹⁹⁵. É assim que Richard Sennett discorrendo sobre a distribuição desigual de talento reconhece que mesmo em um mundo idealizado em oportunidades e chances, as diferenças permaneceriam.

Neste sentido:

Estas são algumas das complicações que a desigualdade suscita na experiência do respeito, complicações criadas particularmente por talentos desiguais. Como igualitaristas realistas têm sido os primeiros a admitir, a natureza distribui desigualmente a inteligência, assim como a beleza ou a arte. A questão é o que a sociedade faz desta realidade. ‘Carreiras abertas ao talento’ era uma forma de honrar esta desigualdade; surgiu em uma época em que o talento podia ser enquadrado e definido. Os conceitos modernos de capacidade potencial depreciam a definição, mas não a desigualdade.¹⁹⁶

Também, R. H. Tawney declara:

[...] criticar a desigualdade e desejar a igualdade não é, como às vezes se sugere, alimentar a ilusão romântica de que os homens são semelhantes em caráter e inteligência. É sustentar que, embora seus dotes naturais difiram

¹⁹² MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008, p. 31.

¹⁹³ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 208.

¹⁹⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. *Tolerância e exclusão: um impasse para a democracia contemporânea*. In: BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de. M. (Org.). *Temas de Filosofia do Direito: novos cenários, velhas questões*. Barueri: Manole, 2004, p. 221-236.

¹⁹⁵ DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. Igual-Desigual. In: *A paixão medida*. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 77.

¹⁹⁶ SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 115.

profundamente, é característica de uma sociedade civilizada objetivar eliminar tais desigualdades em sua origem, não nas diferenças individuais, mas na organização social [...].¹⁹⁷

Essa releitura firma-se e fundamenta-se em bases comunicativas, de tal forma que o direito demonstre sua validade por meio de um poder comunicativo que se legitima pelo viés da institucionalização da liberdade pública, no qual se defende a garantia de um processo inclusivo de formação de opinião e vontade com a participação de cidadãos que se reconhecem como livres e iguais. Desse modo, não se devem reduzir os princípios democráticos a uma diretriz excludente, mas sim, a uma eterna inclusão. Eterna, pois toda inclusão gera uma exclusão.

Neste diapasão, Flávia Piovesan sustenta que “a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão”.¹⁹⁸ Portanto, a proibição do preconceito e da discriminação em si não gera a inclusão das minorias; seria necessária a adoção de medidas que promovessem a inclusão, capazes de propiciar a tão almejada igualdade material e o reconhecimento de que todos são igualmente merecedores de direitos.

Essa ideia fundamenta-se na existência de um procedimento democrático que propicie o debate entre diferentes visões acerca do mundo, permitindo que diferentes coassociados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus autores e destinatários.

Nesse sentido, a legitimidade é assegurada por esses procedimentos e pela possibilidade de abertura à transformação e releitura de conteúdos, o que garante a participação democrática.

Assim, enfatiza-se a enorme importância de se promover uma abordagem equiprimordial da proteção à esfera privada e à possibilidade de atuação pública do cidadão, de modo a permitir a garantia de desenvolvimento de suas convicções acerca do mundo e acerca do bem, possibilitando, assim, uma livre formação da identidade individual desse cidadão, ao mesmo tempo em que é reconhecido como um igual agente moral, apto a atuar publicamente.

¹⁹⁷ TAWNEY. R. H. *Equality*. Londres: Alien &Unwin, 1931, p. 101 apud SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 296.

¹⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 183.

Somente garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode se compreender como uma sociedade democrática.

Jürgen Habermas escreveu:

Não há direito algum sem autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.¹⁹⁹

A participação pública só é possível quando se tem a garantia à autonomia privada de seus direitos de liberdade e igualdade. Isto acaba por conduzir a uma configuração intersubjetiva do Direito, calcada na função de geração de integração social por meio de aquisições de entendimento mútuo entre os cidadãos livres e iguais e, também, na gestão contra-factual de expectativas generalizadas.

5. Democracia silenciada: efeitos do discurso do ódio

A formação democrática baseia-se na possibilidade de exprimir livremente opiniões e vontades políticas diferentes, através de procedimentos institucionalizados.

A existência de um procedimento democrático que propicia o debate entre diferentes visões acerca do mundo e a obtenção de um entendimento, que se sabe precário, contingente e passível de futura modificação, que ocasione uma ação voltada ao entendimento mútuo, é o que permite que diferentes coassociados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus atores e destinatários.

São esses procedimentos e não seus conteúdos que asseguram a legitimidade, por garantirem a participação no jogo democrático e possibilitarem a transformação desse poder comunicativo, oriundo da esfera

¹⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro* – estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004, p. 301.

pública e da sociedade civil, em um poder administrativo, por meio da passagem por filtros legislativos institucionalizados.

É também nesse sentido que o próprio resultado do discurso do ódio não se coaduna com o ideal democrático de proporcionar a todos a possibilidade de exprimir suas opiniões, vez que ele resulta em um efeito silenciador.²⁰⁰

O que a maioria das pessoas ignora é o efeito que o discurso de incitação ao ódio tem sobre outros indivíduos. Muitas vezes, aquele discurso sem voz pode acabar se tornando mais alto e atrair um maior número de adeptos que percebem ali uma forma de serem apreciados por seus conceitos. Afinal, o ódio e o racismo não são inatos, mas aprendidos.²⁰¹ Há quem diga que os atos praticados pelos ofensores no discurso do ódio são movidos pelo desejo de fama e reconhecimento entre aqueles que compartilham da mesma ideologia.²⁰²

Esta teoria descreve que a estima dos outros é uma motivação intrínseca no cometimento do crime. Além disso, acredita-se que o discurso e o comportamento possuam uma conexão quase inevitável. Assim, a necessidade de estima entre aqueles que partilham do mesmo pensamento leva à renovação do discurso do ódio que frequentemente afeta a própria conduta do indivíduo.

Dharmika Dharmapala e Richard H. MacAdams começam seu artigo “*Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior*” descrevendo diversas situações ocorridas nos Estados Unidos em

²⁰⁰ Esse termo tem sido bastante utilizado pela doutrina para designar um dos efeitos negativos do discurso do ódio. Este efeito que silencia as vítimas foi tratado por Owen Fiss como efeito silenciador do discurso. Sobre o tema, consultar: 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, p. 33; FISS, Owen. El efecto silenciador de la libertad de expression. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/iso03.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2007.

²⁰¹ VAN DIJK, Teun A. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 15.

²⁰² DHARMAPALA, Dharmika; MCADAMS, Richard H. Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior (with particular reference to hate speech). *Journal of Legal Studies*, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=601368>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

que determinados indivíduos acordaram um dia e resolveram “sair matando” pessoas de grupos desprotegidos.²⁰³

Glyn Morgan define pelo menos três maneiras através das quais o discurso do ódio pode causar danos à segurança de outras pessoas. A primeira forma é o dano específico e direto às vítimas dos grupos difamados. A segunda ocorre quando o discurso deixa de ser meramente controvertido e, em determinados contextos, funciona como combustível levando à violência e à quebra da paz. Por fim, a terceira forma de ferir a segurança pública ocorre frente aos custos sociais indiretos outros que não a violência, como por exemplo, a cultura, o pensamento nacional e a forma de julgar as outras pessoas.²⁰⁴

José Tiago Reis Filho, em “Negritude e Sofrimento Psíquico”, relata brevemente a história de sua paciente negra e de seu sofrimento psíquico como forma de demonstrar apenas parte do efeito de um discurso avassalador²⁰⁵.

²⁰³ “In the summer of 1999, a former Indiana University undergraduate named Benjamin Nathaniel Smith embarked on a series of drive-by shootings, targeting minorities in Illinois and Indiana. He began by firing on a group of Orthodox Jews in Chicago, injuring several. Then, he drove to Evanston, IL, shot, and killed Ricky Byrdsong, an African-American coach at Northwestern University. He proceeded from there to Urbana, IL, and, eventually, to Bloomington, IN. There, he shot and killed Won-Joon Yoon, a Korean doctoral student at Indiana University, who was about to enter church for morning services. Subsequently, Smith committed suicide following a police chase. The same summer, Buford O’Neal Furrow, Jr., drove from his home on the Idaho-Washington border to Los Angeles, and opened fire on a Jewish community center, injuring several children (an act that he described as a “wake-up call for Americans to kill Jews”). Later, he shot and killed Ismael Ileteo, a Pilipino-American mailman, before fleeing to Nevada, where he gave himself up to police. In the spring of 2000, another gunman (a lawyer of Latvian descent named Richard Scott Baumhammers) targeted minorities in the Pittsburgh area. His victims (five of whom died) were of African-American, Jewish, Chinese, Indian, and Vietnamese origin” (DHARMAPALA, Dhammika; MCADAMS, Richard H. *Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior (with particular reference to hate speech)*. Journal of Legal Studies, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=601368>>. Acesso em: 17 ago. 2008).

²⁰⁴ MORGAN, Glyn. *Mill’s liberalism, security, and group defamation*. Harvard University. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1088405>>. Acesso em: 18 fevs. 2008.

²⁰⁵ Inicialmente, descrevia-me seus ataques, que se davam em casa, geralmente à noite, na solidão do seu quarto ou no banheiro. Depois, associou-os à questão racial, lembrando algumas cenas: as muitas vezes em que foi xingada de macaca na escola ou na rua. Certa vez deixaram uma banana em sua carteira, fazendo alusão ao apelido. As inúmeras referências ao ‘cecê’, como sendo um cheiro típico das pessoas negras, os estágios e empregos que perdeu, ou deixou de buscar: em um deles, enviou o currículo, foi chamada para uma entrevista e, quando a viram, disseram já ter preenchido a vaga, não lhe dando a chance de se apresentar. Cresceu tendo vergonha e rejeitando o próprio corpo, com todas as marcas de negritude que este porta: a cor preta, os cabelos crespos, os lábios grossos, as ancas largas. É sobre este corpo que a pulsão fará uma descarga agressiva: mutilar, arrancar os cabelos até a raiz sangrar, doer. REIS FILHO, José Tiago. Negritude e sofrimento psíquico. *Pulsional*. Revista de psicanálise, São Paulo, ano XIX, n. 185, p. 151, mar. 2006.

A história humana é repleta de incidentes de racismo e intolerância que culminaram em genocídios e crimes contra a humanidade. Assim é que a comunidade internacional identificou a discriminação e o racismo como um abuso contra a dignidade humana e a igualdade e como a maior causa de outras formas maciças de violência, incluindo o genocídio.²⁰⁶

Os membros de grupos vitimizados são humilhados e degradados em sua dignidade. A autoestima desaparece. O discurso do ódio não é somente ofensivo, mas também constitui um sério ataque psicológico, causando um dano emocional enorme.

Tratando os grupos atingidos, não como pessoas, mas como seres inferiores que podem ser oprimidos ou exterminados, o discurso do ódio pode causar sérios problemas e traumas em vários membros dos grupos. É o que Daniel Solórzano, Miguel Ceja e Tara Yosso chamam de microagressões.²⁰⁷ Mesmo sem causar os problemas referidos, ainda assim constitui um ataque fundamental ao direito à dignidade humana.²⁰⁸

No que concerne à regulação do *hate speech*, Owen M. Fiss sublinha que o problema não estaria apenas na possibilidade de esse discurso convencer outras pessoas a agirem da mesma forma.²⁰⁹

Segundo o autor, há discursos que, quando proferidos, silenciam outros discursos por conterem discriminação. E esses discursos silenciadores devem ser silenciados para permitir que todos participem do debate. O *hate*

²⁰⁶ CALLAMARD, Agnes. Expert meeting on the links between articles 19 and 20 of the ICCPR: freedom of expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/experts_papers/Callamard.doc>. Acesso em: 16 jun. 2008.

²⁰⁷ SOLÓRZANO, Daniel; CEJA, Miguel; YOSSO, Tara. Critical Race Theory, Racial Microaggressions, and Campus Racial Climate: The Experiences of African American College Students. *Journal of Negro Education*, vs. 69, n. 1/2, inverno 2000. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3626/is_200001/ai_n8894484/?tag=content;col1. Acesso em: 19 set. 2008.

²⁰⁸ HEYMAN, Steven J. *Hate speech, public discourse, and the First Amendment*. In: HARE, Ivan; James WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. Oxford University Press, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1186262>>. Acesso em: 18 jun. 2008, p. 10.

²⁰⁹ 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. 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, p. 47.

speech tende a diminuir o valor das vítimas, impedindo, assim, a sua participação plena em muitas das atividades da sociedade civil.²¹⁰

Do mesmo modo, Kathleen Mahoney assevera que os indivíduos que são atingidos pelos discursos que incitam o ódio acabam retirando-se do debate na sociedade. As pessoas atacadas sofrem humilhação e degradação e têm sua autoestima minada. Essas vítimas são silenciadas e a sua credibilidade é desgastada. “Algumas largam seus empregos, outras deixam seus estudos e a universidade. Algumas sofrem de doença de stress pós-traumático, outras cometem suicídio”.²¹¹ Como a própria Suprema Corte do Canadá descreveu, o discurso do ódio não é somente ofensivo, mas constitui um sério ataque à saúde psicológica e emocional²¹² das pessoas, que passam a se sentir invisíveis.²¹³

Mesmo os defensores do discurso do ódio admitem a existência de um efeito moral sobre as vítimas. Não há como negar que essa consequência é devastadora e impede a continuação de um debate livre, aberto e amplo. Impossível, hoje, alguém afirmar, como fez Flemming Rose²¹⁴ que expor uma pessoa a um discurso ofensivo é uma “coisa boa”.²¹⁵

Nas palavras de Elizabeth Tweatt, a desvalorização do outro está na raiz do discurso do ódio, podendo ocorrer em “função da raça, cultura, orientação sexual, gênero, pobreza, ou outras características que são alvos do ódio, mas sempre é o indivíduo que se torna a vítima e experimenta o mal causado pelo ódio”.²¹⁶

²¹⁰ FISS, Owen. *El efecto silenciador de la libertad de expression*. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/is_o03.pdf. Acesso em: 16 ago. 2007.

²¹¹ MAHONEY, Kathleen E. Hate speech: affirmation or contradiction of freedom of expression. *Illinois Law Review*, n.3, p. 789-808, 1996.

²¹² R vs. Zundel. 95 DLR (4th) 202, 228.

²¹³ SOLÓRZANO, Daniel; CEJA, Miguel; YOSSO, Tara. Critical Race Theory, Racial Microaggressions, and Campus Racial Climate: The Experiences of African American College Students. *Journal of Negro Education*, vs. 69, n. 1/2, winter 2000. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3626/is_200001/ai_n8894484/?tag=content:col1. Acesso em: 19 set. 2008.

²¹⁴ Flemming Rose é o editor do jornal dinamarquês *Jyllands Posten*, responsável pela publicação de 12 charges do profeta Maomé em um sentido negativo, publicação que deu margem a toda a discussão acerca da intolerância religiosa e do discurso de incitação ao ódio.

²¹⁵ KAHN, Robert A. Why There was no cartoon Controversy In The United States. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008997# >. Acesso em: 14 novs. 2008.

²¹⁶ THWEATT, Elizabeth. Bibliography of hate studies materials. *Journal of Hate Studies*, Spokane, WA, vs. 1, p.167, 2001-2002.

É verdade que as palavras “não perfuram, não cortam, nem explodem, portanto, nem ferem nem matam”, mas, como no texto de Cecília Meirelles, elas podem muito bem significar “estrelas de chumbo, rochedos de chumbo, a cegueira da alma, o peso do mundo”.²¹⁷

O discurso do ódio cria um verdadeiro círculo vicioso, em “que subordinação e silenciamento são uma e a mesma coisa: a liberdade de expressa vem acentuar a subordinação de determinados segmentos da população, de uma forma que acaba por limitar a sua liberdade de expressão e agravar uma vez mais, a sua posição de subordinação”²¹⁸.

Assim, servem perfeitamente para realizar ações de outros tipos, igualmente erradas como ofender, ameaçar e humilhar. E se ofender e humilhar não são o mesmo que explodir e machucar, fazem igualmente parte dos atos nocivos que os humanos podem acabar praticando uns contra os outros.²¹⁹

²¹⁷ MEIRELES, Cecília. *Palavras*.

²¹⁸ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 186.

²¹⁹ GOMES, Wilson. Opinião política na internet. Uma abordagem ética das questões relativas à censura e à liberdade de expressão na comunicação em rede. In: ENCONTRO ANUAL DA COMPÓS, 9º, Porto Alegre. *Anais*. São Paulo: Compós, 2000, p. 7.

CAPÍTULO III – “SOLTANDO O VERBO”: UM PANORAMA SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DO DISCURSO DE ÓDIO

1. Os alicerces para a construção do modelo normativo nacional

O direito fundamental à liberdade de expressão, previsto e protegido por quase todas as democracias liberais em documentos formais ²²⁰, constitui selo distintivo das atuais sociedades democráticas ²²¹ e um dos grandes baluartes da liberdade. ²²² Não por outro motivo que é consagrado mundialmente como necessário à densificação, solidificação e proteção dos direitos dos homens.

Em uma perspectiva mais ampla, pode-se dizer que este direito fundamental é resguardado pelos principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, dispôs que todo indivíduo pode livremente expressar, sem interferências, suas opiniões e ideias, por todos os meios de comunicação, de forma ampla e irrestrita. ²²³

Da mesma maneira, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e, ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, praticamente reiteraram o texto da Declaração Universal, especificando apenas, que a exteriorização e a manifestação de pensamentos pode se dar de maneira verbal ou por escrito.

224

²²⁰ SCHAUER, Frederick. *The exceptional first amendment*. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=668543>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

²²¹ FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

²²² Essa expressão foi utilizada na Declaração de Direitos de Virgínia, em 1766, em seu artigo 12, e lembrada pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto no HC 82.424/RS. (ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n.º 82.424/RS)*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2004, p. 9).

²²³ Artigo 19 “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.”

²²⁴ Artigo 19(2): “Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma

Ocorre, no entanto, que a liberdade de expressão não é absoluta²²⁵, ou, no dizer do Min. José Augusto Delgado, ela é de natureza absoluta desde que não fira os direitos e garantias fundamentais e não atente contra outros postulados pétreos, como o da federação, da democracia, da dignidade humana, da valorização da cidadania e da proibição ao racismo.²²⁶

Esses limites surgem quando um determinado sujeito ou grupo, para afirmar sua identidade, depara-se com outras identidades,²²⁷ estabelecendo em relação a estas um afastamento, um comportamento de negação do outro, que se expressa em uma não-aceitação de suas diferenças, o que inviabiliza ao diferente o direito à legitimidade de existir como se é, e de não lhe ser semelhante.²²⁸

Por tanto, se de um lado os documentos internacionais expõem a importância da liberdade de expressão como elemento basilar de uma democracia, de outro, eles preveem responsabilidade pelo exercício de tal direito.

Neste cenário internacional, a maioria dos documentos contém proibições específicas a discursos ofensivos à raça e religião. O artigo 55 da Carta das Nações Unidas declara que o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações,

imprensa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.” “toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística ou por qualquer meio de sua escolha.”

²²⁵ “Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (HC 82.424-2, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04).

²²⁶ DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 9-42, set./dez 1995.

²²⁷ Sobre o tema da identidade, ver: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000; HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006; BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005; CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2006.

²²⁸ OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. Preconceito, estigma e intolerância religiosa: a prática da tolerância em sociedades plurais e em estados multiculturais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE*, Recife, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2007.

baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

A Declaração Universal de Direitos Humanos afirma em seu artigo 18 que todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular. No artigo 19 afirma que todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

O Pacto de Direitos Civis e Políticos define termos ainda mais específicos, ao dizer que toda pessoa terá o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. E mais, o exercício de direito previsto no § 2º daquele artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas, assim como, proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

O Pacto Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial vai além. Em seu art. 4º condena toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo.

Afirma ainda que de acordo com os princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem é possível declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento, assim como declarar ilegais e proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades; a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.²²⁹

Apesar de defender a liberdade de expressão, o sistema internacional é contra a proteção do exercício abusivo deste direito. O sistema internacional defende a repressão às manifestações de ódio e preconceito voltadas contra grupos raciais e étnicos.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos afirma que a liberdade de expressão pode ser limitada visando o respeito aos direitos e reputação de terceiros bem como a defesa do ódio nacional, racial, ou religioso que constitua incitamento a discriminação, hostilidade ou violência deve ser proibida por lei.

O artigo 20 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos continua e proíbe a propaganda de guerra bem como o discurso do ódio. Leia-se: “Any propaganda for war shall be prohibited by Law.” “Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by Law.”

Agnes Callamard²³⁰ lembra ainda que o artigo 5º do Pacto dos Direitos Civis e Políticos determina que:

²²⁹ Os Estados Unidos assinaram a Convenção com reservas a este artigo da seguinte forma: The Constitution of the United States contains provisions for the protection of individual rights, such as the right of free speech, and nothing in the Convention shall be deemed to require or to authorize legislation or other action by the United States of America incompatible with the provisions of the Constitution of the United States of America.” Ver: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/2.htm#reservations>

²³⁰ CALLAMARD, Agnes. Conference Room Paper #2.

Nothing in the present Covenant may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedom recognized herein or at their limitation to a greater extent than is provided in the present Covenant.

Da mesma forma o artigo 5º da Declaração de Viena:

All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.

Em resumo, o sistema internacional de direitos humanos combate o *hate speech*, não o tolerando como forma de liberdade de expressão. Diferencia, porém, o *hate speech* de uma manifestação de opinião crítica. É nesse sentido que Kathleen Mahoney afirma que o debate na comunidade internacional não é acerca da possibilidade ou não de controle e proibição do discurso do ódio, mas de como controlá-lo e proibi-lo ²³¹. Afinal, dado a maldade do ódio, qualquer argumento para sua proteção é, no melhor, um “inclinado” esforço. ²³²

Sendo assim, tendo em vista a diversidade das legislações nacionais no mundo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos previu que alguns requisitos devem ser entendidos como alicerces a estruturar toda e qualquer lei sobre o assunto. As limitações à liberdade de expressão e à manifestação de ideais devem passar pelo crivo de três quesitos: 1) a restrição ao direito fundamental deve estar prevista na legislação do país; 2) a limitação deve resguardar interesses legítimos; 3) a proibição desses discursos deve ser

²³¹ MAHONEY, Kathleen. *Hate vilification legislation and freedom of expression. Where is the balance?* Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/1994/1.html>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

²³² BAKER, C. Edwin. *Hate Speech*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105043>. Acesso em: 15 nov. 2008.

necessária para assegurar o respeito do direito e reputação dos outros, da segurança nacional, a ordem, saúde ou moral pública.²³³

Adicione-se a isto que o documento internacional ratifica a luta dos países em formular normas internas que proíbam o uso da liberdade de expressão para a promoção de apologias aos crimes de ódio, racismo, discriminação e preconceito em todas as suas formas, que possam culminar em claro incitamento à violência.

A “Article 19” defende, inclusive, que deve existir uma padronização rigorosa nas legislações internas de cada país sobre o discurso do ódio, de forma que fique mais fácil de identificar os casos de abusos da liberdade de expressão.²³⁴

Assim, com base nos estudos e discussões sobre liberdade de expressão e igualdade, elaboraram o que denominaram de “Princípios Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade”. Dentre eles, o 12º princípio é dedicado a fornecer uma proposta de texto legal sobre o discurso de ódio e de interpretação de seus termos:

Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência. Sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva que:

i. Os termos ódio e hostilidade se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado.

ii. O termo promoção deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado.

iii. O termo incitação se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos.

iv. A promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentido positivo de identidade de grupo não constitui discurso do ódio.

²³³ O artigo 19(3) do PIDCC.

²³⁴ Panorama sobre discurso de ódio no Brasil. Acesso em 20/07/2014 http://artigo19.org/centro/files/discurso_odio.pdf

Com base nesses pressupostos que será abordada a legislação brasileira existente que de alguma forma procura combater as diversas formas de discurso do ódio.

2. Sob o guarda chuva da Constituição Brasileira

Inexiste no Brasil uma lei específica que trate da temática do discurso do ódio, pelo menos com a nomenclatura e formatação que fora proposta anteriormente. Todavia, a Constituição Federal de 1988 previu, ainda que de forma genérica, uma grande proteção à liberdade de expressão, mas também diversas formas de limitá-la, como é o caso do princípio da igualdade e da não discriminação.

Através de uma simples leitura da Constituição Federal do Brasil de 1988 já é possível se perceber a magnitude à que o Constituinte elevou a liberdade de expressão. A constituição é tão incisiva na defesa deste direito que chega a ser “redundante”²³⁵.

Para constatar tal afirmação, basta ler o artigo 5º para se deparar com inúmeras ramificações da liberdade de expressão, quais sejam, liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, direito à informação, de informação jornalística, que em última instância encontram-se inseridos dentro da acepção ampla de liberdade de expressão.²³⁶

De certo que a amplitude de seu objeto, que envolve as mais variadas possibilidades de expressão humana, motivou o constituinte a oferecer a minudente proteção à liberdade de expressão.²³⁷

Não é a intenção aqui descer as minúcias da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, tratar-se-á apenas de

²³⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 250.

²³⁶ Ver art. 5º, IV, VI, IX.

²³⁷ FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p 152.

sua proteção constitucional e suas restrições²³⁸, até mesmo porque nos dizeres de Habermas, a constituição é um projeto histórico inacabado, cumprindo a cada geração a incumbência de interpretar e configurar as disposições constitucionais como se fosse uma nova tarefa.²³⁹

Assim, enquanto uma das estrelas mais reluzentes da constelação dos direitos fundamentais amparados na constituição do Estado democrático de Direito²⁴⁰, ela está consagrada em inúmeras disposições ao longo do texto da Carta Política.²⁴¹

Por conta da enorme importância deste direito fundamental e da vontade do constituinte de proteger da melhor forma possível a liberdade de expressão, o seu objeto de estudo constitucional acaba se tornando amplo, envolvendo as mais variadas formas de expressão do pensamento, seja ele artístico, cultural, religioso ou ideológico.

O âmbito de proteção da liberdade de expressão compreende, em princípio, as atitudes de manifestação de ideias, pensamentos, sentimentos, opiniões, crenças, ideologias, e muitas outras formas de expressar ou exprimir o conteúdo do íntimo pessoal.

No entanto, a própria Constituição traçou limites a este direito, de tal forma que seu âmbito de proteção, verificado caso a caso, deixa de proteger atitudes que agridam os direitos personalíssimos da honra, intimidades, vida privada e imagem. Afinal, seria absurdo admitir, porém, que o exercício de um

²³⁸ Para uma abordagem completa da liberdade de expressão no Brasil, ver: FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. GUERRA, Sidney. *A liberdade de imprensa e o direito à imagem*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. voll e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 118.

²⁴⁰ FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.63

²⁴¹ Art. 5º, IV, V, VI, IX. Art. 220, entre outros .

direito pudesse chegar ao ponto de inviabilizar a vida em sociedade ou de violar direitos de terceiros.²⁴²

A Constituição Federal, coerente com o postulado segundo o qual a ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto²⁴³ a qualquer direito ou liberdade, sujeita a liberdade de expressão e comunicação a vários tipos de restrições. Em certas situações e de forma explícita, a Constituição impõe diretamente restrições ou autoriza a lei a estabelecê-las. Em outras hipóteses implicitamente abona o que o legislador ou judiciário formulem restrições, quando imprescindíveis, para salvaguardar outros direitos fundamentais ou bens comunitários constitucionalmente protegidos.

O artigo 220 da Constituição Federal declara que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição. Percebe-se, portanto, que a Carta magna consigna como regra, a ampla defesa e proteção do direito fundamental à liberdade de expressão, e como exceção a sua restrição.

Estas restrições são classificadas de diversas formas, todas com terminologias diferentes para explicar as mesmas hipóteses. Por isso, adotar-se-á a que sistematiza as restrições em restrições diretamente constitucionais, restrições indiretamente constitucionais e restrições tácitas.²⁴⁴

As restrições diretamente constitucionais são aquelas estabelecidas pelo próprio texto constitucional. As restrições indiretamente constitucionais são aquelas que não se encontram definidas no texto constitucional que confere o direito fundamental, uma vez que a Constituição limita-se a autorizar o legislador a estabelecê-las por meio de leis infraconstitucionais.

E as restrições tácitas pressupõem que a Constituição autoriza implicitamente tanto o legislador como o Judiciário a impor restrições aos

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. In: Temas de direito constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 241.

²⁴³ STF, DJ 12.05.2000, p.20, MS 23452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

²⁴⁴ Outras classificações das restrições são as seguintes: restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais; ou ainda limites ou restrições constitucionais imediatas, limites ou restrições estabelecidas por lei e limites imanentes ou constitucionais não escritos.

direitos fundamentais com o objetivo de resolver ou evitar os casos de colisão entre os próprios direitos fundamentais ou o conflito destes com valores comunitários constitucionalmente protegidos. Nas palavras do Min. Ilmar Galvão, “limitações a liberdade de manifestação do pensamento, pelas suas variadas formas. Restrição que há de estar explícita ou implicitamente prevista na própria Constituição”.²⁴⁵

A primeira restrição constitucional à liberdade de expressão encontra-se expressa no art. 5º, IV, que veda o anonimato. Ela proíbe a divulgação e a exteriorização do pensamento e das ideias sem a correta divulgação da identidade de quem exerce tal direito. Sendo assim, o âmbito de proteção da liberdade de expressão é restringido, uma vez que este direito não alcança ou não abarca as situações a manifestação do pensamento não é acompanhada da identificação de seu autor.

O artigo 5º, VIII restringe a liberdade de opinião através da impossibilidade jurídica de alegá-las para justificar inadimplemento de obrigação legal a todos imposta e para recusar-se ao cumprimento de prestação alternativa, já tratada anteriormente.

A maior restrição à liberdade de expressão consta no artigo 220, §1º, combinado com o artigo 5º, X que reconhece a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Esta restrição decorre da colisão, frequente, entre estes princípios em casos concretos.

Nesse sentido, não existindo na ordem constitucional brasileira nenhum direito ou liberdade irrestrita, a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem igualmente não são absolutos.²⁴⁶

As restrições indiretamente constitucionais são aquelas em que o constituinte não restringe de forma expressa, mas autoriza o legislador ordinário a fazê-lo. São as famosas reservas de lei. Elas podem ser reservas legais simples ou qualificadas. Na simples, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei. A qualificada ocorre quando ela se limita exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei,

²⁴⁵ ADI 869, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 04/06/04.

²⁴⁶ FARIAS, Edílson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.252

estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

No caso da liberdade de expressão não se verifica nenhuma restrição indireta de grande importância. O que a Constituição restringe é a liberdade de comunicação ou informação, através das qualificações profissionais impostas para o exercício da comunicação social, restrições relativas à publicidade de atos processuais, restrições às diversões e aos espetáculos públicos, restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, restrições à garantia institucional da comunicação social no estado de sítio, enfim²⁴⁷.

As restrições tácitas são aquelas restrições que não são nem diretamente impostas pela Constituição, nem pelo legislador ordinário. São limites necessários impostos de forma tácita pelo ordenamento jurídico, para que se possa harmonizar a existência e aplicação dos direitos fundamentais. São restrições não expressamente autorizadas pela constituição, isto é, limites constitucionais não expressos, cuja admissibilidade é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos²⁴⁸.

No caso da liberdade de expressão é muito fácil verificar-se inúmeros casos em que ela pode entrar em antinomia com outros direitos fundamentais, tais quais a soberania popular, a cidadania, do pluralismo político, da dignidade da pessoa humana, da isonomia, do princípio da não discriminação, enfim.

Estas restrições podem dar-se de duas formas, através do legislador e através do judiciário. A primeira ocorre quando uma legislação ordinária, sem permissão direta da Constituição acaba por restringir um direito fundamental com base na conformação de um outro direito fundamental. Isto ocorre, por exemplo, quando o legislador visando a proteção e dignidade da criança e do adolescente estipula restrições à liberdade de expressão e comunicação, tais como a não identificação de menor, pela imagem, nome apelido ou filiação, em reportagens²⁴⁹. Aqui, a finalidade é proteger a criança e

²⁴⁷ As restrições indiretas referem-se, respectivamente aos artigos 5º, XIII; art. 5º, LX; art. 220, §3º, I; art. 220, §4º; art. 139, III.

²⁴⁸ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1.276.

²⁴⁹ Lei. 8.069, 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do adolescente, art. 143.

o adolescente a que se atribua autoria de infração, estabelecendo uma exceção ao princípio da publicidade²⁵⁰.

O princípio da não discriminação ou da luta contra o racismo em sua acepção ampla, encontra guarida na atual Constituição que poder ser considerada um monumental avanço na tentativa de diminuir ou exterminar com a discriminação racial e o preconceito em todas as suas formas.

Para tanto, desde o preâmbulo, a igualdade é posta como um valor supremo, fundamental, necessário e imprescindível para a solidificação de uma sociedade plural e aberta.

Logo em seguida, elegeu como os objetivos fundamentais e primordiais da construção da República do Brasil a erradicação das desigualdades sociais e religiosas e a promoção do bem comum, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, ou qualquer outras formas de discriminação²⁵¹, consagrando entre os princípios que regem o país em suas relações internacionais o repúdio ao racismo²⁵².

No caput do art. 5º prescreveu o princípio da igualdade onde todos os brasileiros devem ser considerados iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos a inviolabilidade do direito à igualdade.

De forma mais específica, a Constituição em seu art. 5º, XLII, dispôs que a prática do crime de racismo deve ser inafiançável e imprescritível, nos termos da lei.

3. Discurso de Ódio Racial: entre o racismo e a injúria racial

No Brasil, o contexto sócio-histórico de produção, circulação e consumo de discursos raciais deixa transparecer uma sociedade altamente preconceituosa, mas que acredita profundamente ser justa. O país que mais importou escravos africanos durante o regime escravagista e o último a abolir a

²⁵⁰ CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

²⁵¹ Art. 3º, IV.

²⁵² Art. 4º, VIII.

escravidão, tendo a segunda maior população negra mundial, não pode fechar os olhos para sua realidade.²⁵³

Diferentemente dos Estados Unidos, que experimentaram uma segregação institucionalizada, onde a discriminação racial não ocorria isoladamente por iniciativa de particulares, mas foi promovida pelo próprio governo por meio de medidas executivas, de leis e decisões judiciais²⁵⁴, o Brasil teve de lidar, por muito tempo, se não até hoje, com o mito da democracia racial.²⁵⁵

Atualmente, após uma “metamorfose”, o racismo logrou uma transição do estágio disfarçado para o declarado.²⁵⁶ A pretensa democracia racial que antes mascarava a existência do racismo²⁵⁷ caiu por terra e hoje o Brasil pode repensar o conceito de raça e racismo, como um fenômeno social de grande complexidade, um *iceberg*.²⁵⁸

Se de um lado não se pode negar que a escravidão deixou marcas indelévels na sociedade brasileira, fundas cicatrizes que cosmético nenhum disfarça²⁵⁹, de outro a Constituição de 1988 deu um grande passo e, pela primeira vez na história brasileira, alçou a nível constitucional a proibição da prática de racismo, tornando-o crime; e mais, inafiançável e imprescritível²⁶⁰.

²⁵³ SILVA, Paulo Vinícius Baptista; ROSEMBERG, Fúlvia. Brasil: lugares de negros e brancos na mídia. In: VAN DIJK, Teun A. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 73.

²⁵⁴ Ver: Brown vs. Board of Education. 347 U.S. 483 (1954).

²⁵⁵ Florestan Fernandes adotou essa expressão em *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da raça branca*. São Paulo: Ática, 1978. A expressão sintetizaria a ideia de que, no Brasil: o negro não tem problemas, não existe distinção racial, oportunidades e prestígio social são igualmente acessíveis a todos, os negros estão satisfeitos com suas vidas e não existem problemas de justiça social referentes à raça.

²⁵⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 1.

²⁵⁷ FRY, Peter. Prefácio. In: REZENDE, Claudia Barcellos; MAGGIE, Yvonne (Org.). *Raça como retórica: a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 8.

²⁵⁸ MUNANGA, Kabengele. Prefácio. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 9. O preconceito racial é um fenômeno de grande complexidade, por isso Kabengele Munanga compara-o a um *iceberg*, cuja parte visível corresponde às manifestações do preconceito, tais como as práticas discriminatórias, e a parte submersa corresponde aos preconceitos não manifestos, presentes invisivelmente na cabeça dos indivíduos.

²⁵⁹ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.) *Ordem Jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 60.

²⁶⁰ Sobre o tema, ver: SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Apenas um ano após a promulgação da Constituição, o Congresso Nacional densificou a determinação constitucional do artigo 5º, XLII, por meio da publicação da lei 7.716/89 que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor.²⁶¹

De forma panorâmica, a Lei 7.716/89 previu em seu artigo 1º e 20 um conceito genérico do crime de racismo estabelecendo nos demais artigos práticas específicas que podem ser caracterizadas como racismo.

Podem ser considerados atos racistas os de: impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; negar ou obstar emprego em empresa privada; recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador; recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.

Outros atos positivados como crimes são: impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar; impedir acesso ou recusar atendimento em restaurante, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público; Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimento esportivo, casas de diversão ou clubes sociais abertos ao público; impedir acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimentos com as mesmas finalidades; impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escadas de acesso aos mesmos; impedir o acesso ou uso de transportes públicos como avião, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte conhecido; impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas; impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma o casamento ou convivência familiar e social.

Em que pese a previsão de atos específicos serem de extrema importância como forma de tornar mais minuciosa a aplicação da legislação, é

²⁶¹ Além da Lei 7.716/89, existe uma gama de legislação que, de forma indireta, penalizam de algum forma a discriminação ou preconceito. É o caso da Lei 9.455/97 que prevê o crime de tortura em razão de discriminação racial. A Lei 9.459/97 que previu a qualificadora do crime de injúria quando esta ocorrer por conta da raça. Ainda a Lei 2.889/56 já previa na definição do crime de genocídio a ideia de grupos étnicos e raciais.

a prática genérica prevista no art. 20 que mais é aplicada nos casos judiciais, isto porque abarca todo e qualquer ato não previsto nos demais artigos que promovam a discriminação e o preconceito, ampliando o campo de incidência da referida lei. É o que os criminalistas denominam de tipo penal aberto, pois permite ao Judiciário verificar toda e qualquer situação não expressamente prevista pelos demais artigos, mas que possa vir a constituir um ato lesivo ao direito de não ser discriminado de um cidadão.

A verdade é que, frente à abertura textual e hermenêutica do artigo, a maioria dos casos que envolvem o crime de racismo são tipificados levando-se em consideração os fatos genéricos previstos nele, até mesmo porque seria impossível impor ao legislador o dever de listar todos os possíveis casos em que poderão ocorrer discriminação e preconceito.²⁶²

Em síntese, pode-se afirmar que o crime de racismo é caracterizado por qualquer ato de preconceito²⁶³ ou discriminação²⁶⁴ penalmente punível, ou seja, por meio de gestos, sinais, expressões, palavras faladas ou escritas ou atos físicos, e não apenas contra um indivíduo, e sim ao grupo ao qual ele pertence.

À prática genérica prevista no artigo 20 aplica-se a pena de um a três anos de reclusão e multa para quem “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, podendo chegar ainda a cinco anos nos casos de fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos para fins de divulgação do nazismo, ou caso o crime seja cometido pela utilização de meios de comunicação social ou pública.

²⁶² SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e de discriminação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

²⁶³ Etimologicamente, preconceito é uma ideia ou concepção de algo formada de maneira prévia, antecipada, preconcebida. Como lembra Fabiano Silveira, tem a ver essencialmente com o modo de compreensão da realidade dada de vaiadas formas como pela adesão a pseudoteorias científicas, crenças populares, dogmas ideologias, etc. Nesse sentido, SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da Criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 106.

²⁶⁴ Discriminação é a distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou outra característica ínsita de uma pessoa ou grupo de indivíduos, que tem como objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em mesmo plano, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais. Conceito previsto na Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

Importante frisar que, um dos elementos necessários para a configuração do tipo penal de racismo é o dolo, ou seja, a vontade consciente de estimular a discriminação ou o preconceito racial.

Dessa feita, a discriminação racial exige que o indivíduo aja com a intenção consciente de diminuir, segregar, humilhar e de excluir o outro, como se não fosse merecedor de igual respeito enquanto pessoa. Desse modo, não haverá crime se houver outro ânimo, por exemplo, o de brincar (*animus jocandi*) ou de fazer uma descrição ou crítica artística.²⁶⁵

O certo é que a doutrina e a jurisprudência entendem que “o preconceito e discriminação raciais não derivam de comportamento negligente, antes, da consciência e da vontade deliberadas”²⁶⁶. Esse entendimento, por vezes, resulta em um julgamento bastante equivocado do que seria ou não racismo.

Um caso que demonstra bem esse liame ocorreu na capital federal, em uma discussão na rede mundial de computadores acerca da política de cotas raciais em universidades públicas.

Marcelo Valle Vieira Mello foi denunciado pelo Ministério Público em 2005, pelo crime previsto no art. 20, §2º da Lei 7.716/89, por ter praticado preconceito em relação à raça negra por intermédio de manifestações publicadas na internet.

Por conta de seu perfil psicológico, foi instaurado um incidente de insanidade mental. Realizada as oitivas das testemunhas e do próprio réu, a Juíza de 1º grau, Sra. Geilza Fátima Cavalcanti Diniz julgou improcedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia e absolveu o acusado, com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal, por entender que o ato do réu não constituiu racismo.

O acusado Marcelo Mello, por diversas vezes manifestou-se de forma bastante agressiva na internet quando se discutia o tema das cotas raciais. Eis seus comentários:

“TENHO QUE CONCORDAR QUE OS SKIN-HEADS E TODOS ESSES MONGOLOIDES QUE

²⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza . *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 275.

²⁶⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da Criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 148.

DEFENDEM ESSAS TEORIAS ARIANISTAS DE SUPERIORIDADE DA RAÇA, QUE PAGAM PAU PROS EUROPEUS E CIA, QUE BABAM OVO DE HITLER SÃO TOSCOS ... MAS EM UMA COISA EU TENHO QUE CONCORDAR ... VCS SÃO PIORES QUE ELES ...

OS CARAS PELO MENOS PAGAM PAU PROS EUROPEUS QUE SÃO UMA DAS NAÇÕES MAIS DESENVOLVIDAS DO MUNDO E ADOLF HITLER, QUE SEM DÚVIDA FOI UM GRANDE HOMEM PRA HISTÓRIA E PRO SEU PAÍS PQ QUEIRAM OU NÃO, O CARA TIROU A ALEMANHA DA MISÉRIA...

E VOCES, FICAM AÍ PAGANDO PAU DA ÁFRICA, AQUELE BANDO DE MACACOS SUBDESENVOLVIDOS, QUERENDO ATRIBUIR VALOR A ESSA 'CULTURA' NEGRA QUE SÓ TEM MÚSICAS SEM SENTIDO E TOSCAS QUE NÃO FAZEM MAIS QUE PROMOVER ORGIAS SEXUAIS ... PAU DAQUELE PRETO DOS PALMARES LÁ ... BAH

VOU JOGAR A REAL PRA VCS, SEUS MACACOS BURROS, EU NÃO SOU BRANCO COMO VCS TAMBÉM NÃO SÃO PRETOS ... AMBOS TEMOS MISTURA DE RAÇA NESSA PORRA ... AGORA VEM COM ESSE NEGÓCIO DE COTAS ... QUER DIZER QUE AGORA VCS QUEREM JUSTIFICAR A COR PRA CULPAR A GENTE DO FRACASSO DE VCS TOMAR NO CU ...

...DEPOIS FICAM PERGUNTANDO PQ SE FORMA ESSES GRUPOS NO BRASIL ... COM ESSES MACACOS FALANDO BOSTA ESTILO O DONO DESSA COMUNIDADE ... ATÉ ME DÁ VONTADE DE VIRAR UM SKIN-HEAD TAMBÉM ... SO ACHO QUE ELES TÃO PERDENDO TEMPO PQ VCS MACACOS VÃO ACABAR NA PRISÃO MESMO.

PRETO NO CÉU É URUBU, PRETO CORRENDO É LADRÃO, PRETO PARADO É BOSTA. QUAL A DIFERENÇA ENTRE O PRETO E O CÂNCER? R: O CÂNCER EVOLUI!

ACABOU ... AGORA VÃO LA PEGAR O CADERNO E MOSTRAR PRO MUND, SKIN-HEADS, BRANCOS E TODOS AQUELES 'RACISTAS' QUE VCS INSISTEM EM DIZER, QUE VCS NÃO SÃO MONGOLOIDES E TEM A MESMA CAPACIDADE

DE TODOS ... VÃO ESTUDAR SUA CAMBADA DE VAGABUNDO ...

JÁ NÃO BASTA PRETO ROUBANDO DINHEIRO ... AGORA ELE TAMBÉM ROUBA VAFA NAS UNIVERSIDADES ... O QUE MAIS VAI ROUBAR DEPOIS?

INFELIZMENTE EM UNIVERSIDADE PÚBLICA NÃO DÁ CAMARADA, PRA BRNCO PASSAR PRECISA TIRAR 200, E PROS MACACOS PASSAREM EH SOH TIRAR -200 ...UHAUHAUHAUHAUHA ... COMO MINHA FAMÍLIA TEM GRANA DIFERENTE DESSES MACACOS POBRES E SUJOS ... PAPAÍ PAGA PARTICULAR PRA MIM ... QUE POR SINAL EH MELHOR QUE A PÚBLICA ...

TO POCO ME FUDENDO TAMBÉM ... ESSES PRETOS VAI EH ESTRAGAR A UNIVERSIDADE PUBLICA MAIS DO QUE JÁ ESTRAGARAM NÃO SABEM NEM ESCREVER ...

E TA FALANDO O QUE O MACACO ... VC NÃO EH TÃO PRETO ASSIM NÃO ... E TEU PROFILE TA IGUALZINHO O MEU ... O QUE DIABO VC EH ... QUER QUE UM NEGÃO COMA TEU CU NA UNIVERSIDADE EH?

A magistrada de primeira instância entendeu que Marcelo não teve a intenção de discriminar os negros, mas sim de se manifestar contra o sistema de cotas raciais para o ingresso nas universidades públicas.²⁶⁷

Baseou-se, para tanto, no laudo psicológico e nos testemunhos, pois entendeu que o histórico de vida do acusado, que perdeu o pai quando criança e mãe com transtorno psiquiátrico, o fizeram um adolescente imaturo, emocionalmente instável e impulsivo. Por conta desse passado, entendeu que Marcelo não é uma pessoa racista.

A sentença também faz referência a que o acusado vive uma vida oculta no anonimato do computador, “mal da adolescência”²⁶⁸, mas que em

²⁶⁷ “Ocorre que, analisando detidamente os autos, verifica-se que o acusado em momento algum quis denegrir os negros. Não demonstrou um julgamento antecipado, uma intolerância em relação aos negros, mas sim ao sistema de ingresso nas universidades públicas por intermédio de cotas raciais. Sua maneira de se expressar, todavia, foi evidentemente condenável, mas é explicada em face de sua personalidade e do transtorno do qual é portador”.

seu cotidiano convive bem com pessoas negras como a filha de uma testemunha e um professor.

Eis a parte conclusiva da sentença:

No caso dos autos, ao fim e ao cabo, o que pode concluir é que as manifestações do acusado foram todas direcionadas a manifestar sua opinião pessoal contrária ao sistema de cotas raciais para ingresso nas universidades públicas.

Marcelo, no entanto, excedeu-se no uso das palavras, por imaturidade que é fruto de sua experiência pessoal de vida, pois não teve um pai presente para lhe dar orientação e foi criado por uma mãe portadora de distúrbio psiquiátrico, que não pôde, da forma adequada, estar presente em sua vida para evitar episódios como o presente.

Em que pese o respeito pela magistrada, ousamos discordar da douda juíza. O que o voto não percebeu é que o objeto do julgamento não era a pessoa em si do acusado, mas os atos que cometeu, as palavras e as ofensas que proferiu.

Não se pode entender que todas as palavras que foram ditas somente devem ser consideradas racismo caso se consiga provar que a pessoa que as proferiu é racista. O ideal é saber se o que foi dito resultou em preconceito e discriminação. Um discurso não é aquilo que alguém quis dizer, mas o que foi efetivamente dito e o que a sociedade interpreta que foi dito. Em que pese as declarações terem acontecidas em um sítio que se discutia sobre as cotas raciais, os comentários do acusado ultrapassaram em muito o tema debatido e passaram a ofender frontalmente o grupo genericamente previsto dos negros.

A referência clara do negro como um macaco, como pessoas sem cultura, burras, fracassadas, mongoloides, ladrões, são claras alusões à raça negra enquanto grupo socialmente identificado. O limite de sua liberdade de expressão transbordou de tal maneira que independe de se ele é racista ou não no seu dia a dia. O acusado “despiu completamente a coletividade negra

²⁶⁸ “Vive uma vida oculta atrás do anonimato do computador, mal da adolescência da modernidade, onde se encontra pra frequentar comunidades e sites onde pode expressar toda a sua revolta com a vida, com o ser humano em geral, pois quando criança foi vítima de chacotas por ser gordo, e ainda hoje continua sendo, tanto que chegou a ser fisicamente agredido, teve que trancar o curso que cursava na UNB e perdeu a possibilidade de realizar o sonho de pleitear uma bolsa de estudos no Japão – tudo por causa do presente processo”.

de sua integridade, começando pela maneira como se refere a eles: ‘Macacos’. Não reconheceu o negro como sujeito igual a ele”.²⁶⁹

Em certo ponto, foi esse o entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que reformou a sentença de primeira instância e condenou o acusado a pena de 1 ano e 2 meses²⁷⁰. Entendeu o TJDF que: embora as manifestações apresentadas na denúncia tenham como pano de fundo o sistema de cotas que utiliza critérios raciais para ingresso nas universidades públicas, “inegável que o apelado desvirtuou acerca das cotas e passou, dolosamente, a praticar o preconceito de raça negra, o que fez com que incidisse no crime previsto no art. 20, §2º, da Lei 7.716/1989”.²⁷¹

Em que pese a personalidade e as condições do acusado serem importantes para a dosimetria da pena, isso não pode servir de justificativa para que não se responsabilize criminalmente aquele que comete atos preconceituosos.²⁷²

E mais, o argumento da magistrada de 1ª instância de que o acusado não teve como finalidade atingir o grupo negro, mas sim um grupo determinado de pessoas, em nada coresponde ao que se compreende como objeto do crime de racismo.

A ideia de raça, enquanto conceito fluido e mutável, adquire, basicamente três significados a depender das teorias e discursos utilizados. A acepção histórica, a vertente biológica e a sociológica.

Todavia, após os avanços no estudo sobre o tema, entre outros do projeto genoma, descobriu-se que não se pode determinar um agrupamento humano por meio de qualidades biológicas. A ideia de raça é construída historicamente com base em uma concepção social.²⁷³

²⁶⁹ Rosane Leal da Silva, Andressa Nichel, Anna Clara Lehmann Martins e Carlise Kolbe Borchardt. *Discursos de ódio em redes sociais*: jurisprudência brasileira. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2011, p. 445-468.

²⁷⁰ O TJDF fixou a pena-base e, 2 anos de reclusão, no mínimo legal, e 10 dias-multa, no valor mínimo. A pena definitiva foi fixada em 1 ano e 2 meses de reclusão e 7 dias-multa, calculados à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Além disto, foi substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da Vara de Execuções Penais.

²⁷¹ Apelação Criminal 2005.01.1.076701-6. 2ª Turma Criminal. Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati. TJDF. p. 13.

²⁷² Nesse sentido foi a apelação do Ministério Público do Distrito Federal.

²⁷³ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martin. *Da criminalização do racismo*: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 82.

Isto ficou evidente com o julgamento do HC 82.424/RS, conhecido como caso Ellwanger, em que o STF entendeu que o conceito de raça levava em conceito o critério sociológico. Por esse motivo, o caso logrou tamanha importância, se não se tornou o mais importante²⁷⁴, o que lhe conferiu uma indiscutível transcendência e o revestiu de irrecusável valor simbólico.²⁷⁵

Um grande problema, no entanto, surgiu com a edição das Leis n. 9.459/1997 e 10.741/2003, posto que estas criaram uma outra espécie do crime de injúria previsto no Código Penal, que ficou conhecida como injúria racial, que consiste em cometer injúria com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, com pena de reclusão de um a três anos e multa.

Assim como o crime de racismo, a injúria demanda a existência de intenção do ofensor em livremente atingir a honra, gerando humilhação e menosprezo com base em elementos vinculados à raça, cor, etnia, religião, origem, condição de idoso ou deficiente²⁷⁶. No entanto, o racismo objetiva a ofensa do grupo como um todo, e não somente um indivíduo.²⁷⁷

Tanto a doutrina quanto à jurisprudência brasileira são claras no sentido de demonstrar que racismo e injúria são crimes distintos, para tanto, usam como argumento que o bem jurídico defendido nesta seria a honra da vítima, ao passo que naquela seria a própria ideia de igualdade e não discriminação.

Na prática, uma das diferenças que mais salta os olhos é que a injúria racial é crime prescritível e permite a liberdade provisória mediante fiança, já o racismo é imprescritível e inafiançável, protegido por cláusula pétrea.

Ocorre, todavia, que por se tratarem de tipos penais abertos, a adequação das condutas ao previsto na lei gera uma enorme complexidade no

²⁷⁴ Voto do Ministro Marco Aurélio (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 169).

²⁷⁵ Voto do Ministro Celso de Mello. (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 53).

²⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabrine. *Manual de direito penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

²⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200, p. 327.

caso concreto, restando por desqualificar determinados atos de crime de racismo para a prática de injúria racial.²⁷⁸

Esse foi o ponto central no processo²⁷⁹ contra o jornalista Paulo Henrique Amorim ao veicular em seu sítio eletrônico a seguinte notícia onde faz uma crítica direta ao repórter Heraldo Pereira da Rede Globo de televisão:

“Globo mente em rede nacional e desmente em rede local”

Teria sido ‘bonito’ ver o William Bonner se desmentir. O jornal nacional do Ali Kamel divulgou várias vezes o bilhete do PCC que organizou a manifestação contra a violência policial o bairro de Heliópolis, na cidade de São Paulo.

O bilhete não existiu segundo a própria PM de São Paulo.

O jornal nacional deu o desmentido no SPTV, um jornal local, na hora do almoço.

É assim que o Ali Kamel trabalha.

...omissis...

Enquanto isso, o Ali Kamel submete o jornal nacional a um longo exercício diário de onanismo. Por conta dos 40 anos do jornal nacional, William Bonner entrevista repórteres. A propósito, William Bonner, na sua ilimitada mediocridade, poderia poupar o espectador de usar ‘bonito’ ou ‘bonita’. Ontem, por exemplo, o funcionário Gilmar Dantas (**) Heraldo Pereira, que faz um bico na Globo, fez uma longa exposição para justificar o seu sucesso. E não conseguiu revelar nenhum atributo para fazer tanto sucesso, além de ser negro e origem humilde. Heraldo é o negro de alma branca. Ou a prova de que o livro do Ali Kamel está certo: o Brasil não é racista. Racista é o Ali Kamel.”

Tanto o magistrado de primeiro grau quanto o Tribunal de Justiça do Distrito Federal entenderam que a reportagem desvirtuou a intenção inicial de crítica à Rede Globo de Televisão e resultou por atingir a honra subjetiva do jornalista Heraldo Pereira, utilizando elementos referentes à sua cor, inexistindo a intenção e o dolo de humilhar a raça negra como um todo, desqualificando o ato do crime de racismo para a imputação do crime de injúria qualificada prevista no art. 140, §3º, do Código Penal.²⁸⁰

²⁷⁸ BITTENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. Saraiva, 2010, p. 362.

²⁷⁹ Apelação 2010 01 1 117388-3. 3ª Turma Criminal. TJDFT. Rel. Nilsoni de Freitas Custódio

²⁸⁰ Apelação 2010 01 1 117388-3. 3ª Turma Criminal. TJDFT. Rel. Nilsoni de Freitas Custódio

Interessante apontar que o voto da Desembargadora Relatora, em que pese parecer acertado em sua conclusão, usou a mesma premissa que a juíza de primeiro grau no processo de Marcelo Mello, qual seja, de que as provas juntadas aos autos comprovavam que o jornalista acusado Paulo Henrique Amorim não é racista, posto que escreveu artigos contrários à discriminação e preconceito ²⁸¹.

Como dito alhures, o crime de racismo não se refere a desvendar se uma pessoa é ou não preconceituosa, até mesmo porque se chegaria a conclusão de que todos somos eventualmente preconceituosos. O que se deve julgar é se o ato cometido, no contexto realizado, promove, incita, discrimina, humilha, desmerece e não reconhece o outro como um ser merecedor de igual respeito.

O certo é que a injúria racial foi acrescida ao ordenamento jurídico brasileiro com o intuito maior de solucionar casos em que os acusados eram absolvidos por terem ofendido outros indivíduos com base em critérios raciais, mas terem chegado a, efetivamente, realizar um ato de discriminação no sentido de segregar, de praticar, induzir ou incitar que aja tratamento diferenciado por conta da cor da pele.

Como não ocorria um ato de impedir, obstar, negar ou recusar, por exemplo, os Tribunais desqualificavam o ato do crime de racismo para o crime de injúria simples. ²⁸² Por este motivo que foi criado a injúria racial que ora é motivo de grande preocupação na aplicação da legislação aos casos concretos.

4. “Mordaça Gay”? Como se constrói um discurso do ódio que defende a produção de mais discurso do ódio.

²⁸¹ “A ausência do dolo de discriminar todo o grupo de pessoas é reforçada por documentos juntados aos autos que comprovam que o réu, durante sua vida profissional, publicou artigos contra o racismo. (...) Além disso, a vítima e as testemunhas ouvidas em juízo, ao serem questionadas, afirmaram não ter conhecimento de que o réu tenha publicado notícias que se referissem de modo depreciador à cor à etnia de outros jornalistas, deixando entrever que o objetivo do réu não era atingir a coletividade negra, mas apenas a vítima”. Apelação 2010 01 1 117388-3. 3ª Turma Criminal. TJDF. Rel. Nilsoni de Freitas Custódio. p. 9.

²⁸² BECKER, Simone; OLIVEIRA, Deborah Guimarães. *Análise sobre a (não) caracterização do crime de racismo no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Est. Hist., Rio de Janeiro, vol. 26, nº 52, p. 451-470, julho-dezembro de 2013.

Se de um lado a legislação brasileira sobre o racismo já não sofre tantos ataques dos grupos que defendem a liberdade de expressão de forma ampla e quase irrestrita, diferente é o caso do projeto de lei que tenta criminalizar o discurso do ódio contra os homossexuais.²⁸³

O foco principal do Projeto de Lei 122/06 é, alterando a atual legislação sobre o crime de racismo, fazer acrescentar a existência do crime de preconceito e discriminação tendo como base a orientação sexual.

Na prática, o projeto de lei irá modificar a Lei 7.716/89 aumentando mais 4 elementos definidores do tipo penal. Atualmente, somente é objeto do crime de racismo o preconceito e a discriminação de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. O projeto irá acrescentar os casos de discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

De forma simples e didática, o projeto atual prevê as seguintes modificações:

	Atualmente	Com o PL 122
Ementa	Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.	Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.
Art. 1º	Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.	Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.
Art. 8º		Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares ou locais semelhantes abertos ao público. Pena: reclusão de um a três anos. Parágrafo único: Incide nas mesmas penas aquele que impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público de pessoas com as características previstas no art. 1º desta Lei, sendo estas expressões e manifestações permitidas às demais pessoas.
Art. 20	Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.	Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.
Art. 140, §3º, CP		“§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de

²⁸³ O PL 122/06 sofreu inúmeras mudanças desde sua raiz em 2001 com o projeto 5.003/01 da Dep Iara Bernardi, do Partido dos Trabalhadores. Junto com esta intenção original, diversas outras propostas surgiram, o PL 5/03, PL 381/03, PL 3143/04, PL 3770/04 e PL4243/04. Todas estas foram condensadas no Projeto 5.003/01, que após a sua aprovação na Câmara foi para o Senado e está para aprovação como PL 122/06.

		<p>peessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero</p>
--	--	--

Importante frisar, que antes deste projeto substitutivo, também fazia parte do PL 122, a inclusão do §5º ao art. 20 com o seguinte texto: “O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica”.

Tal projeto vem sofrendo todo o tipo de críticas, muitas vezes deixando de serem críticas para serem verdadeiros discursos do ódio contra os homossexuais maquiados de uma ideia contrária ao que prega o projeto de lei. E é esse o grande problema do discurso do ódio. Ele é uma questão limítrofe que transita entre a possibilidade de externalização livre de ideias e o desrespeito, a discriminação e o preconceito praticados de forma discursiva.

Um dos discursos bastante utilizados como forma de esconder esse ódio direcionado aos homossexuais é a tentativa escusa de demonstrar que esse grupo estaria sendo privilegiado de forma exacerbada perante os demais, criando uma categoria especial de pessoas²⁸⁴, uma imposição da ideologia gay²⁸⁵, uma ditadura gay²⁸⁶, uma maioria de homoafetivos que estão transformando em minoria os heterossexuais e impondo à força tal comportamento perante à sociedade, tornando-os semi-deuses.²⁸⁷

Outro argumento é o de que a homossexualidade não pode ser inserta na Lei 7.716/89, posto que não é uma raça e, por isso, não pode ser considerado crime de racismo a discriminação contra os homossexuais.

A intenção principal aqui não é tratar de maneira detida todos esses argumentos, mas aquele que se acredita ser o principal e que se

²⁸⁴ Comentário de Reinaldo Azevedo na Revista Veja. <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/o-ai-5-gay-ja-comeca-a-satanizar-pessoas-se-aprovado-vai-provocar-o-contrario-do-que-pretende-acabara-isolando-os-gays/>

²⁸⁵ Discurso proferido pelo Deputado Hidecazu Takayama na Câmara dos Deputados. <http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/textoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=0963/13&nuQuarto=0&nuOrador=0&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=14:00&sgFaseSessao=&Data=10/7/2013&txApelido=DIREITOS%20HUMANOS%20E%20MINORIAS&txFaseSessao=Audi%C3%AAncia%20P%C3%BAblica%20Ordin%C3%A1ria&txTipoSessao=&dtHoraQuarto=14:00&txEtapa=>

²⁸⁶ Termo utilizado por diversas pessoas como o vereador evangélico Carlos Apolinário, autor da proposta de criação do Dia do Orgulho Heterossexual. Ver: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/falta-coragem-para-enfrentar-a-ditadura-gay> Ver também: <http://colunas.revistaepoca.globo.com/guilhermefiuza/2013/06/06/a-ditadura-gay/>

²⁸⁷ <http://famiabolsonaro.blogspot.com.br/2013/06/renan-calheiros-colocara-em-votacao-plc.html>

relaciona diretamente com o tema ora tratado, qual seja, o argumento de que tal projeto, caso aprovado, feriria a liberdade de expressão, a liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade religiosa, ainda mais porque estaria criminalizando a opinião.²⁸⁸

Esse argumento é encontrado na maioria dos textos que faz crítica ao projeto, na tentativa de demonstrar que se está perante uma rampa escorregadia, posto que quanto mais se tenta avançar na defesa dos direitos das minorias, pode-se acabar escorregando e voltando ao ponto inicial, que seria ferir a liberdade de expressão de uma parcela da sociedade.

Um dos nomes que vêm ganhando força como líder evangélico é o do Pastor Silas Malafaia que usa o argumento acima como uma forma de tentar vetar o PL 122/06, ao dizer que:

Antes de fazer qualquer comentário, é importante frisar que uma coisa é criticar conduta, outra é discriminar pessoas. No Brasil, pode-se criticar o Presidente da República, o Judiciário, o Legislativo, os católicos, os evangélicos, mas, se criticamos a prática homossexual, logo somos rotulados de homofóbicos. Na verdade, o PL-122 é contra o artigo 5º da Constituição, porque o projeto de lei quer criminalizar a opinião, bem como a liberdade religiosa.²⁸⁹

Da mesma forma é o argumento dos representantes da Igreja Católica, entendendo que “o projeto pune com prisão quem for contra a expressão homossexual. Tira o direito de expressão de quem é contrário à opção homossexual e cria uma categoria de pessoas acima das demais”.²⁹⁰

Esses argumentos possuem uma falha central no sentido de não conseguirem identificar e diferenciar um exercício regular da liberdade de expressão e religiosa enquanto manifestação de ideias e pensamento, de um discurso que é, em verdade, um ato discursivo do desrespeito, da ofensa em si mesma, que gera humilhação e degradação de um determinado grupo por

²⁸⁸ Nesse sentido: http://www.vitoriaemcristo.org/_gutenweb/_site/hotsite/PL-122/
<http://juizofinal.wordpress.com/2011/05/15/pl122-por-que-somos-contr-a-essa-maldita-lei/>
<http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=P2011N10024>

²⁸⁹ Disponível em: http://www.vitoriaemcristo.org/_gutenweb/_site/hotsite/PL-122/ Acesso em 31/10/2014

²⁹⁰ Disponível em <http://www.inesc.org.br/noticias/noticias-gerais/2008/marco/por-que-a-punicao-da-homofobia-preocupa-a-igreja> Acesso em 31/07/2014

meio da utilização de expressões agressivas a depender do contexto e da tradição nela inserida.

Grande parte desses discursos contrários ao PL 122/06 estão imiscuídos na intenção de transmitirem uma mensagem maior que é o preconceito, a discriminação contra os homossexuais.

Não se pode achar que tais práticas restringem-se somente aos casos mais explícitos em que um homossexual sofre agressões físicas ou insultos morais, mas também ocorrem por meios sutis transvestidos de diálogo²⁹¹. O que caracteriza a agressão no discurso não é, necessariamente, a forma como é manifestado, mas também o que é expressado. Mesmo a voz mais doce pode dizer as maiores atrocidades.

Foi esse o sentido da decisão da Corte Distrital dos Estados Unidos do Sul da Califórnia ao decidir o caso *Harper v. Poway Unified School District*. A Corte entendeu plenamente legítima a política educacional de uma instituição de ensino que, à pedido de um grupo de alunos, criou um dia em prol da tolerância sexual que ficou denominado de “Dia do Silêncio”.

O que ocorreu foi que em um dos dias escolhidos, um aluno discordando do programa, resolveu ir ao colégio vestido com uma blusa onde estava escrito “homossexualidade é vergonhosa” e “Não vou aceitar o que Deus condenou”.

O estudante demandou judicialmente contra a instituição de ensino, sob o argumento de estar tendo seu direito de liberdade de expressão e livre exercício de religião violados.

No entanto, o órgão julgador entendeu improcedente os pedidos do estudante com base no entendimento de ser possível a limitação da liberdade de expressão sempre que se pretenda utilizá-la para sobrepor a direitos de outros.

Da mesma forma, a União Europeia estabeleceu que determinadas formas de discursos que se classifiquem como discurso de ódio

²⁹¹ POLIAKOV, Léon. *O mito ariano*: ensaio sobre as fontes do racismo e dos nacionalismos. São Paulo: Perspectiva, 1974.

não devem ensejar a proteção do art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens de liberdade de expressão.²⁹²

Foram pelo menos 4 recomendações aos Estados-membros na Recomendação (97)20: 1) que devam realizar os passos necessários para combater o discurso do ódio com base nos princípios descritos na recomendação; 2) assegurar que tais passos façam parte de uma abordagem compreensiva do fenômeno, que também possui como alvo as causas sociais, econômicas, políticas, culturais além de outras; 3) onde não houver sido feito, deve-se assinar, ratificar e implementar de maneira efetiva na legislação nacional a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de acordo com a Resolução (68) 30 do Comitê dos Ministros sobre medidas a serem tomadas contra o incitamento aos crimes de ódio raciais, de origem nacional e religiosa; 4) rever a legislação doméstica e aplicá-la de forma a garantir que ela se coaduna com os princípios previstos nesta recomendação²⁹³.

No Brasil o PL 122/06 é um dos instrumentos de densificação da luta contra a homofobia e de maneira alguma afeta a liberdade de expressão, mas sim a discriminação e o preconceito realizado de forma discursiva. Não se estará impedindo a crítica e a livre manifestação sobre o homossexualismo, ou sobre as lições religiosas. Estas poderão ser livremente realizadas, assim como pode ser dito com relação ao negro.

O que se proíbe são discriminações disfarçadas de discurso. Essa discriminação fica evidente pelo simples fato de pretensos argumentos lógicos, por mais científicos que sejam, tem um único objetivo, qual seja, negar um direito legítimo à parcela da sociedade.

²⁹² LOPES, Silvia Regina Pontes. *Crimes de Ódio e Repressão Penal da Homofobia no Brasil: riscos para uma integração social agonística a partir da tensão entre conflitualidade, violência punitiva e democracia*. Trabalho publicado noas Anais do XVII Congresso Nacional do CCONPEDI, realizado em Brasília-DF em novembro de 2008.

²⁹³ Recommendation R(97)20. 1. take appropriate steps to combat hate speech on the basis of the principles laid down in this recommendation; 2. ensure that such steps form part of a comprehensive approach to the phenomenon, which also targets its social, economic, political, cultural and other root causes; 3. where they have not done so, sign, ratify and effectively implement in national law the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, in accordance with Resolution (68) 30 of the Committee of Ministers on measures to be taken against incitement to racial, national and religious hatred; 4. review their domestic legislation and practice in order to ensure that they comply with the principles set out in the appendix to this recommendation.

É claro que esse tratamento não condiz com a noção atual de igualdade. Não se está pedindo um igual tratamento, mas somente que sejam tratados como iguais merecedores de respeito.

O que dizer sobre os seguintes argumentos:

Eles tentam se escorar na questão de raça e religião para se beneficiar. O perigo do artigo 1º é a livre orientação sexual. Esta é a primeira porta para a pedofilia. É bom ressaltar que o homossexualismo é comportamental, ninguém nasce homossexual; este é um comportamento como tantos outros do ser humano.

Ou então:

Sou radicalmente contra as drogas, mas entendo que mais destrutivo que elas, pior que as guerras, pior que as doenças que afligem a raça humana, é o homossexualismo. Se trata da geração de zumbis, que está levando a humanidade para a decadência final.²⁹⁴

Ainda:

Observo também que os 'comedores de c...' são pederasta SEMPRE, pois entendem ânus como órgão sexual e ânus todos têm. Mais um detalhe, todo pederasta é PEDÓFILO, visto que entende ânus como órgão sexual e dessa forma o ânus que 'maduro' desde mecônio está maduro desde sempre. (...) Temos que entender que qualquer pessoa que gosta de excremento, gosta do orifício excremental é um anormal e um reprodutor de merda (desculpem as duras palavras), e como tal só gera merda e tem que ser eliminado. (...)Entendo que os desgraçados que estão infectados por tal barbaridade devem ser isolados em cidades pederastas que terão que se sustentar totalmente, pois qualquer contato entre sadios e pederastas deve ser evitado.²⁹⁵

É exatamente essa pretensa liberdade de expressão que o PL 122/06 tem como foco. É um tipo de discurso que exprime claramente ódio contra os homossexuais promovendo a discriminação e o preconceito, além de reforçar uma violência simbólica e mesmo física. Não se pode tratar esses

²⁹⁴ <https://www.facebook.com/somoscontraapl122>

²⁹⁵ Postado pelo codinome Ilustrossauro em <http://familiabolsonaro.blogspot.com.br/2013/06/renan-calheiros-colocara-em-votacao-plc.html>

discursos simplesmente como indesejáveis ²⁹⁶. Nesse caso, a própria negativa de um direito vem acompanhada da construção de um discurso que promove a exclusão, a discriminação e o ódio contra os homossexuais.

O discurso que promove o ódio contra os homossexuais é tamanho, que tal debate alcançou as declarações feitas por um dos candidatos à Presidência da República durante debate eleitoral transmitido ao vivo por uma rede de televisão nacional em 28 de setembro de 2014.

O candidato Levy Fidelix usou expressões como "dois iguais não fazem filho", "aparelho excretor não reproduz", e ainda comparado a homossexualidade à pedofilia, que é crime, afirmando que o Papa Francisco vem promovendo ações de combate ao abuso sexual infantil.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública contra o presidenciável e seu partido político requerendo indenização por dano moral coletivo praticado contra a população LGBT ²⁹⁷. O Ministério Público deu parecer favorável à condenação do réu.

O Juízo de primeiro grau deferiu o pedido de indenização, condenando o candidato ao pagamento de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), a serem destinados às ações de promoção de igualdade da população LGBT ²⁹⁸.

Em que pese entendermos que a conclusão da magistrada Flávia Poyares Miranda ter sido correta, algumas considerações devem ser feitas com base em sua argumentação. A julgadora parece ter incorrido em erro ao confundir o dano moral em função do que foi dito com o conteúdo da ideia que se apresentava.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. Foreword. In: *Extreme Speech and Democracy*. Org. Ivan Hare e James Weinstein. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 4.

²⁹⁷ Processo 1098711-29.2014.8.26.0100

²⁹⁸ "POSTO ISSO e considerando o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial e condeno a requerida ao pagamento do valor de danos morais no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), devidamente corrigidos a partir da presente ocasião (Súmula 362 do CSTJ) e juros legais a partir do evento danoso (Súmula 54 do C STJ), que reverterá para as ações de promoção de igualdade da população LGBT, conforme definição do Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT, em analogia ao disposto no §2º do artigo 13 da Lei 7.347/85, deferindo a tutela antecipada para que os requeridos promovam um programa, com a mesma duração dos discursos do requerido Levi Fidelix, e na mesma faixa de horário da programação, que promova os direitos da população LGBT, no prazo de trinta dias a partir da publicação da presente sentença, fixando-se multa no valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) por cada ato de descumprimento da ordem judicial aqui determinada, extinguindo o processo com resolução do mérito na forma do artigo 269 inciso I do Código de Processo Civil".

No discurso do ódio não se deve julgar a ideia defendida, como no caso em questão a defesa da proibição do casamento homoafetivo por mais clara que pareça a atual posição do STF, pois este é direito de todo e qualquer cidadão em manifestar suas ideias. O que caracteriza o discurso do ódio é argumentação ou a linguagem em si utilizada para defender uma ideia que mais parece ser um verdadeiro desrespeito ou ataque à moral de um determinado grupo.

Sendo assim, o candidato restou por incidir em um discurso que propaga o ódio por ter feito manifestações que claramente induzem e incitam a sociedade, pretensa maioria, contra uma minoria, contra um outro que não deve ser reconhecido com um igual merecedor de respeito.

Veja-se o que foi dito:

“Eu, que sou um Pai de família, um avô” (...) “que tem vergonha na cara” (...) “vai lá para a Paulista e vê, é feio o negócio, “vamos ter coragem gente, nós somos a maioria, vamos enfrentar a minoria, (...) “e o mais importante é que esses que em esses problemas sejam realmente atendidos por planos psicológicos e afetivos, mas bem longe da gente, bem longe mesmo, porque aqui não dá!”

Percebe-se, portanto, que houve de fato um pretense discurso contrário ao casamento homoafetivo, mas que, em realidade, é uma agressão frontal aos homossexuais, pois entende estes como pessoas que “não tem vergonha na cara”, que fazem “algo feio” e que “precisam de atendimento psicológico para se tratarem” e que o devem fazer longe das pessoas corretas. O discurso do candidato é a ofensa em si mesma, gerando humilhação e degradação dos homossexuais, grupo este historicamente vitimado e que vem lutando para ser reconhecido como iguais merecedores de respeito.

5. Discurso do ódio não tem graça: a relação do Humor com o Ódio

Se de um lado o discurso do ódio é evidente e claro em determinados atos como uma passeata neonazista²⁹⁹, como conseguir identificá-lo e proibi-lo quando está fantasiado de uma piada ou de uma música jocosa?

O que dizer da seguinte piada contada em um programa televisivo de canal aberto sobre um famoso cartunista brasileiro transexual³⁰⁰:

Usei essa foto para forrar a gaiola de um passarinho e ele invés de cagar, vomitou. O Laerte também quer usar o banheiro feminino!!!... velho desse jeito se sentar para mijar capaz do saco cair lá na água. Vai parecer que tá preparando um chá. Ele diz: 'sou crossdresser. Se me visto de mulher então posso usar o banheiro feminino'. Então se eu me vestir de pombo posso cagar na cabeça do Laerte?! É que eu sou crosspombo!³⁰¹

Ou ainda o que afirmou Rafinha Bastos em entrevista à Revista *Rolling Stone*:

Toda mulher que eu vejo na rua reclamando que foi estuprada é feia... Tá reclamando do que? Deveria dar graças a Deus. Isso para você não foi um crime, e sim uma oportunidade, Homem que fez isso não merece cadeia, merece abraço.³⁰²

De plano, pode-se perceber que a linha divisória entre o humor e o preconceito é deveras tênue. Por vezes esse limite entre o riso e a agressão é ultrapassada e os aplausos são substituídos por vaias.

O humor e a comédia possuem diversas funções na sociedade humana, seja como forma de desanuviar o pensamento dos problemas cotidianos e das complexidades de uma sociedade pós-moderna pelo seu efeito terapêutico, seja como papel histórico por meio da crítica, da sátira e da ironia que permeiam os discursos. Todavia, não se pode negar que o humor

²⁹⁹ The Skokie Case. 432 U.S. 43 (1977)

³⁰⁰ Laerte Coutinho, é um dos cartunistas mais [conhecidos](#) do Brasil. Em 2010, revelou sua opção pela prática do *crossdressing* publicamente, pessoas que usam roupas e objetos associados ao sexo oposto. Em 2012, Laerte fundou a ABRAT, Associação Brasileira de Transgêneros.

³⁰¹ <https://www.youtube.com/watch?v=f4Kjty55PkU> Acesso em 03/11/2014

³⁰² <http://rollingstone.uol.com.br/edicao/56/a-graca-de-um-herege#imagem0>

também é utilizado como forma de exteriorizar preconceitos e reforçar estereótipos criando uma violência às escusas.³⁰³

Achar que toda e qualquer tentativa de humor deve ser permitida, é desconsiderar a própria essência da linguagem. O humor é uma espécie de linguagem que procura basear-se na representação de uma realidade social, propondo uma leitura lúdica e engraçada. No entanto, enquanto linguagem, não pode ser considerada única e exclusivamente em sua função descritiva, muito pelo contrário, o humor deixa de ser uma simples representação do mundo e torna-se parte concreta dele.

Esse gênero discursivo parte do pressuposto das pré-compreensões, e carrega consigo um emaranhado de vozes, ideias e preconceitos que se fazem presentes de maneira mais ou menos explícita e que moldam e são moldados por práticas sociais específicas.³⁰⁴ A piada envolve não somente o lúdico, mas também os contextos históricos e sociais em que os personagens envolvidos são representados.³⁰⁵

As práticas sociais escondidas por trás da tentativa de se fazer humor revelam uma naturalização de discriminações e preconceitos constituindo uma violência simbólica³⁰⁶. A piada é o melhor retrato dos valores e problemas de uma sociedade³⁰⁷. E mais, o humor, por ter sempre a desculpa de tentar fazer rir, camufla o discurso de ódio nele imbuído, tornando seu efeito potencialmente mais perverso, “pois tem a capacidade de conseguir a adesão e a cumplicidade daqueles que são justamente o alvo sobre o qual recairá a opressão dele resultante”.³⁰⁸

³⁰³ MARINUCCI, Raquel Boing. *Rir é o melhor remédio? Liberdade de expressão e luta pelo reconhecimento: uma análise do humor brasileiro contemporâneo*. Paper apresentado no 36º Encontro Anual da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais. Águas de Lindoia, 21 a 25 de outubro de 2012.

³⁰⁴ MELINO, Heloisa; FREITAS, Lúcia. *Humor em Stand Up: limites entre liberdade de expressão, discurso de ódio e violência simbólica*. In: CONPEDI/UFSC Teoria Crítica do Direito. 1 ed. Florianópolis, 2014, p.393-410.

³⁰⁵ LOBO, Alan. *As piadas sobre baiano: estereótipo, humor e preconceito*.

³⁰⁶ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

³⁰⁷ POSSENTI, Sírio. *Humor e a Língua*. CIÊNCIA HOJE, vol. 30, nº 176, pg 73-76, outubro de 2001.

³⁰⁸ MARINUCCI, Raquel Boing. *Rir é o melhor remédio? Liberdade de expressão e luta pelo reconhecimento: uma análise do humor brasileiro contemporâneo*. Paper apresentado no 36º Encontro Anual da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais. Águas de Lindoia, 21 a 25 de outubro de 2012.

O caso do *stand up comedy*³⁰⁹ que está em alta no Brasil³¹⁰, é uma das formas de fazer humor que mais cria um claro enfrentamento entre o direito que se tem de tentar realizar humor e o risco de praticar um discurso desrespeitoso.³¹¹

Tal atividade artística possui características peculiares que facilitam com que essa colisão de direitos ocorra. Trata-se de um espetáculo em que o humorista encontra-se geralmente sozinho, sem utilização de maquiagens, de figurino, de cenários e não representa um personagem em si. É uma forma crítica de reprodução de fatos cotidianos que demonstram as angústias momentâneas do comediante e de grande parte da sociedade. Tem como intenção realizar uma crítica social de comportamentos e situações por meio do risível.³¹²

Após diversos casos que tiveram repercussão dentro dos discursos de *stand up*, criou-se um grupo denominado de “Proibidão”, como uma forma dos comediantes defenderem o politicamente incorreto, com a intenção de se realizar um humor sem limites. Com a finalidade de evitar qualquer repercussão jurídica, obriga-se a plateia e todos os funcionários participantes a assinarem um termo de ciência e de isenção de responsabilidade dos humoristas. Na prática, “a proposta cria um espaço exclusivo onde tudo poderia ser dito sem consequências”.³¹³

De se imaginar que questões controvertidas surgiriam. Felipe Hamachi, ignorando por completo as possibilidades criadoras, modificadoras e simbólicas do humor proferiu a seguinte frase em seu show:

³⁰⁹ Caruso lista 10 características do *stand up*, entre elas: 1) o comediante só pode se apresentar sozinho; 2) ausência de personagens ou figurinos; 3) texto próprio; 4) o material deve ser fruto de tópicos de observação; 5) comediante deve assumir sua personalidade; 6) ausência de trilha sonora; 7) ausência de show de iluminação; 8) ausência de cenários produzidos; 9) pode ocorrer improviso; 10) não forçar a barra. CARUSO, Fernando (Org.) *Comédia em pé, o livro*. Rio de Janeiro: Mirabolante, 2009.

³¹⁰ Léo Lins descreve a história do surgimento do Stand up Comedy no mundo, e dá as origens desta forma de humos à apresentações de José Vasconcellos, Chico Anysio, Jô Soares entre outros. LINS, Léo. *Notas de um comediante stand up*. Curitiba: Nossa Cultura, 2009.

³¹¹ O documentário Riso do Outro de Pedro Alcantara retrata esse debate entre o grupo de comediantes e parcela da sociedade que se sente ofendida com as piadas.

³¹² SOARES, Frederico Fonseca. *A leitura antropológica pelo humor stand up*. RBSE. Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 12, n. 35, Agosto de 2013 p. 480-492.

³¹³ MARINUCCI, Raquel Boing. *Rir é o melhor remédio? Liberdade de expressão e luta pelo reconhecimento: uma análise do humor brasileiro contemporâneo*. Paper apresentado no 36º Encontro Anual da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais. Águas de Lindoia, 21 a 25 de outubro de 2012, P. 19.

Dizem que AIDS veio do macaco, mas não acredito. Tranzo sempre com macaco, né? (momento em que volta a atenção para um músico negro que estava presente no show, indicando que tinha relações com ele).

O que se percebe é que grande parte deste tipo de humor é baseado na inferiorização de determinados grupos socialmente apartados. Essa aproximação do comediante com o público se dá por meio de “símbolos socialmente reconhecidos a partir de um conjunto prévio de compreensões compartilhadas”³¹⁴. Por isso se utiliza de estereótipos da sociedade que se tornam necessários à pré-compreensão da piada e acabam reforçando o preconceito.³¹⁵

Por mais abstrata que seja a piada, seus efeitos são concretos. Em outras palavras, as consequências desse discurso cômico “transcende a mera intenção de diversão daquele que profere, ou seja, ele é levado, em última razão, ao seu resultado máximo ao produzir um efeito concreto sobre as pessoas, sejam elas alvo desses discursos ou apenas ouvintes”³¹⁶.

Justamente por isso que não se pode e não se deve querer vincular certos discursos dentro do *stand up* simplesmente como uma forma original de luta contra a imposição de uma sociedade do politicamente correto. Essa tentativa de humor não é uma simples expressão do politicamente incorreto, mas sim do incorreto em si mesmo. Se de um lado entende-se que o *stand up* aborda muitas questões sociais, atuando em pontos que geram certo desconforto³¹⁷, de outro não se pode deixar de concluir que por diversas vezes esse discurso extrapola o limite do risível e deve ser proibido.

O simples argumento de que o humor não tem como intenção a ofensa ou discriminação, mas sim a possibilidade de provocar o riso, não pode prosperar. Diz-se isso, pois a linguagem somente nos é compreendida por meio da interpretação e do sentido que cada pessoa atribui à determinada fala.

³¹⁴ VIEIRA, Hector Luís C. *A Liberdade de Expressão e os Discursos de Humor: a democracia é bem-humorada?* P. 94-116 in BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF*. Brasília: IDP, 2012. 165p.

³¹⁵ POSSENTI, Sírio. *Os humores da língua: análises linguísticas de piadas*. Campinas: Mercado de Letras, 2001, p. 37.

³¹⁶ VIEIRA, Hector Luís C. *A Liberdade de Expressão e os Discursos de Humor: a democracia é bem-humorada?* P. 94-116 in BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF*. Brasília: IDP, 2012. 165p.

³¹⁷ SOARES, Frederico Fonseca. *A leitura antropológica pelo humor stand up*. RBSE. Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 12, n. 35, Agosto de 2013 p. 480-492

Sendo assim, por mais que um comediante não tenha a intenção de ofender um determinado grupo, a sociedade, por meio de seus contornos sociais, pode atribuir sentido diverso ao humor, como o de agressão.

Como dito antes, o humor se funda por meio dos valores socialmente compartilhados. Nenhuma piada é um discurso axiologicamente neutro. Todo discurso tem raízes na sociedade. Nem a piada nem o riso ocorrem no vácuo, seus alicerces são culturais, sociais, políticos e ideológicos.³¹⁸ Quem fala, fala de um lugar determinado, está consciente do que pronuncia, espera um determinado efeito: provocar o riso. Quem ri também o faz conscientemente, e ao fazê-lo reforça a mensagem. Assim, dizer que uma piada é só uma piada é tentar impor a ideia do humor desprovido de conteúdo ideológico, político e social, o que deve ser refutado.³¹⁹

Da mesma forma, descabe falar em autorregulação do humor. Achar que existiria um mercado livre de ideias em que o único humor a ser proibido é o sem graça, em nada se coaduna com a atual sociedade democrática.

Não se pode acreditar que o espaço público aberto a todo tipo de ofensa, desprezo e diminuição do outro possa servir como um cenário propício para a regulação do humor. Ele exige respeito mútuo entre quem fala e quem ouve.³²⁰

Raquel Marinucci resume bem o atual estágio da luta pela responsabilização dos comediantes pelo conteúdo de suas piadas:

A argumentação até aqui deixa clara a indicação de que a licença para fazer rir não isenta os comediantes da responsabilidade pelo conteúdo, mesmo em ambientes democráticos. Este parece ser justamente um dos pontos de inflexão que, no momento, estamos vivenciando. O pressuposto que vivemos em uma sociedade democrática dá a sensação de que nenhum mecanismo de controle possa ser implementado e que os sujeitos não podem ser

³¹⁸ FACIN, Débora; SPESSATTO, Marizete Bortolanza. *O preconceito linguístico em textos de humor: uma piada sem graça*. Roteiro, Joaçaba, v. 32, n. 2, p. 245-264, jul./dez. 2007

³¹⁹ SILVA, Antônio Ozaí da. *O riso dos outros: o humor tem limites?* In: <http://espacoacademico.wordpress.com/2013/06/12/o-riso-dos-outros-o-humor-tem-limites/>

Acesso em 08/11/2014

³²⁰ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 236.

julgados, especialmente aqueles que, por profissão, valem-se da linguagem jocosa, satírica e do escárnio.³²¹

Não se pode negar a perspectiva retórica da narrativa cômica. Esta tem como pressuposto fazer rir através da persuasão para que a plateia ou um grupo de pessoas compartilhe do ponto de vista do comediante, por meio de diversas estratégias.³²²

Um caso que teve certa repercussão no passado foi o do comediante brasileiro Francisco Everardo Oliveira Silva, conhecido pelo nome artístico de “Tiririca”, que lançou seu primeiro CD em 1996 contendo, entre suas canções, a música intitulada “Veja os Cabelos Delas”.

O Centro de Articulação das Populações Marginalizadas e Criola ajuizou Ação Civil Pública contra “Sony Music Entertainment” Indústria e Comércio LTDA, detentora dos direitos autorais, afirmando que a ré havia comercializado através de produção fonográfica uma composição musical composta e interpretada pelo comediante, sendo que tal canção conteria conteúdo racista, retratando a mulher afro-brasileira de forma estereotipada como inferior e não merecedora de um igual respeito, através da descrição de seus cabelos crespos como uma esponja de aço comumente utilizada para limpeza de panelas, bem como por meio da referência ao cheiro do corpo desta mulher com um gambá, animal que é mundialmente conhecido por seu odor.

Da mesma forma, na esfera penal o comediante foi indiciado através de Ação Penal pelo crime de “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou precedência nacional”, apenado pelo art. 20, da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela nº 8.081, de 21/09/90.

A letra da música que é o centro dos debates é a seguinte:

Veja os cabelos dela (Tiririca)

Alô, gente, aqui quem fala é o Tiririca

³²¹ MARINUCCI, Raquel Boing. *Rir é o melhor remédio? Liberdade de expressão e luta pelo reconhecimento: uma análise do humor brasileiro contemporâneo*. Paper apresentado no 36º Encontro Anual da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais. Águas de Lindoia, 21 a 25 de outubro de 2012.

³²² GREENBAUM, Andrea. *Humor*. International Journal of humor Research. Volume 12, Issue 1 pages 33-46.

Eu também estou na onda do Axé Music
Quero ver os meus colegas dançando

Veja, veja, veja os cabelos dela!
Parece bombril de arear panela
Quando ela passa, me chama atenção
Mas seus cabelos não têm jeito, não

A sua catinga quase me desmaiou
Olha, eu não agüento o seu grande fedor
Veja, veja os cabelos dela!

Parece bombril de arear panela
Eu já mandei ela se lavar
Mas ela teimou e não quis me escutar
Essa nega fede! Fede de lascar
Bicha fedorenta, fede mais que um gambá

Veja, veja, veja os cabelos dela
Como é que é? A galera toda aí
Com as mãozinhas pra cima
Veja, veja, os cabelos dela.”

Uma das alegações da defesa foi que o termo “nega” presente na música não se vincularia necessariamente a ideia de negra, mas sim a uma forma comum de tratamento utilizada popularmente em um contexto afetivo. No mais, o comediante afirmou ter escrito a letra em “homenagem” a sua mulher e que tudo não passava de uma brincadeira que tinha como escopo fazer as pessoas rirem.

No entanto, não foi assim que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu. Eis parte da decisão na Ação Civil Pública:

(...) a combinação de tal expressão coma alusão a cabelos característicos da raça negra, que são pejorativamente comparados a ‘bombril de arirar panela’, seguidos de referências ao ‘fedor da nega’, comparado a um gambá, caracteriza a ofensa indiscriminada às mulheres da etnia negra, descritas como feias e cheirando mal, e embora a letra tenha a pretensão de ser jocosa e se refira a uma determinada pessoa, não há como evitar que o ouvinte da música associe tais características com a etnia negra em geral, provocando sentimento de humilhação nos seus integrantes, sobretudo mulheres, e fortalecendo nos demais o preconceito racial em desfavor de pessoas de raça negra e etnias correlatas, infelizmente ainda bastante arraigado na sociedade brasileira (...) Não é difícil imaginar o sentimento de uma mulher negra que se encontrando em um lugar, em meio a pessoas de

outras etnias, ouvisse a execução da música “Veja os Cabelos dela.”³²³

Com base nessa afirmação e na desnecessidade de demonstração do dolo, o Tribunal entendeu restar configurado o dano a direito difuso e responsabilidade da produtora pela ausência da averiguação do conteúdo da música quando da cessão dos direitos autorais. A condenação foi fixada no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) que corresponderia ao lucro auferido pela Ré com a venda do disco do artista, devendo tal quantia ser depositada no Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Há de se fazer ressalva ao voto vencido do Dês. Antônio Saldanha Palheiro que entendeu não haver motivo para que a comunidade afro-brasileira se sentisse ofendida com a letra da música, tendo em vista que a única intenção do autor era praticar o humor através da canção.

O desembargador entendeu, também, que a expressão “nega” faz referência a uma pessoa específica, certa e determinada, o que afastaria a generalidade descrita no voto majoritário. Ele afirmou que a “terminologia utilizada – nega – faz parte do vocabulário popular para a designação informal, afetiva e até mesmo jocosa para as mulheres em geral, englobadas todas as etnias”. Cita, ainda, algumas outras músicas que contêm termos similares, como, por exemplo, “mulata assanhada que passa com graça fazendo pirraça” (Ataulfo Alves), “da nega maluca que aparece na sinuca com um filho no colo” (Fernando Lobo), da “nega do cabelo duro qual é o pente que te penteia” (David Nasser).

Assim restou ementada a decisão:

Ação Civil Pública. Não constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide com indeferimento das provas pericial e testemunhal requeridas pelas partes, por se verificar, diante do conjunto de elementos carreado aos autos, que tais provas não são necessárias à formulação da convicção do julgador. O direito à preservação da imagem das diversas etnias que integra, nosso país, entre as quais a negra ou afro-brasileira, constitui direito difuso, ensejando o emprego da Ação Civil Pública para coibir sua violação, tendo as associações autoras legitimidade para sua propositura, visto terem sido constituídas há mais de um ano antes de ajuizamento tendo como

³²³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 16893/00, pg. 980.

objetivos sociais, fundamentalmente, defender os direitos dos cidadãos e enfrentar a discriminação ou o preconceito de raça. Composição musical cuja letra contém expressões altamente ofensivas à mulher de etnia negra, que é retratada de forma pseudo jocosa como feia e cheirando mal. A absolvição do autor da música no juízo criminal, por entenderem os julgadores não estar caracterizado crime de racismo apenado pela Lei nº 7.716/89, face à ausência de dolo específico, não impede a propositura em face do produtor fonográfico de Ação Civil Pública com base no artigo 1º, IV, da Lei nº 7.347/85, para a qual não é necessário o dolo, bastando que fique caracterizado o dano ao direito difuso.

Culpa da empresa produtora do fonograma que deixou de proceder a uma análise do conteúdo ofensivo da obra ao adquirir os respectivos direitos autorais. Valor da indenização a ser fixado no valor aproximado do lucro obtido pela Ré com a venda da obra, devendo ser escolhido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei nº 9.008/95 e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/94, na forma preconizada no artigo 13, da Lei nº 7.347/85, para ser utilizado em programas contra o preconceito racial. Ônus sucumbenciais fixados na forma preconizada no parágrafo único do art. 21 do CPC, em vista de ter sido o pedido dos Autores atendidos, havendo tão somente uma redução quantitativa, o que se reflete nos honorários sucumbenciais, fixados em função do valor da condenação.

Conhecimento e provimento parcial da apelação.³²⁴

O caso em debate demonstra a grande importância e cautela com que o tema deve ser abordado. Trata-se de uma linha divisória muito tênue entre o humor e o racismo. Por um lado, não se pode simplesmente restringir as possibilidades humorísticas através do estabelecimento de uma sociedade completamente baseada no humor politicamente correto. De outra banda, não se deve permitir que verdadeiras práticas odiosas se escondam na coxia de uma pretensa liberdade de expressão.

Primeiramente, deve-se estabelecer uma premissa básica, qual seja, tratam-se de duas ações e dois resultados distintos. Na ação civil pública, a empresa foi condenada pelo conteúdo ofensivo da letra. Na ação penal, o autor foi inocentado tendo em vista que o crime de racismo exige e condiciona sua própria existência à configuração e constatação do dolo.

³²⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 16893/00, pg. 972-974.

No julgado criminal, faz-se necessária a presença de um elemento a mais, o dolo, que, como se sabe, deve ser provado, não devendo ser pressuposto pelos juízes. No entanto, a situação em que ocorrem os fatos pode levar os magistrados a interpretarem que tal intenção ocorreu, não sendo necessária expressa confissão por parte do processado. Tanto isso é verdade, que no caso Ellwanger, o habeas corpus 82.424/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o autor foi condenado pelo crime imprescritível de racismo, uma vez que os Ministros ficaram convencidos que os textos tinham como finalidade atingir um determinado grupo de pessoas e não repassar qualquer ideia.

Cezário Corrêa Filho defende que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi equivocada³²⁵. O autor sustenta, com base nas lições de Ducrot³²⁶ e de Freud³²⁷, que o humor pode servir como uma forma de exteriorizar inclinações hostis reprimidas, e que para não ser socialmente punido por tais pensamentos, o ser humano usa o humor como forma de burlar e esconder seus sentimentos verdadeiros. Os ditos humorísticos racistas seriam uma “forma de driblar os inibidores mentais sociais e individuais que, formalmente, rejeitam a prática do racismo”.³²⁸

Desta forma, conclui o autor:

De seu lado, o Judiciário brasileiro, quando julga práticas de racismo, condicionado que está pelos eventos históricos e por sua inserção numa sociedade dividida em classes e raças (do ponto de vista político), tende a considerar como prática de racismo apenas o ato sério, grave e (quase que) evidente, desconsiderando as demais formas sutis de manifestação. Tendo em alta conta os meios tradicionais de conceituação, exame e prova do dolo, privilegia os aspectos formais em detrimento das evidências materiais. Maximiza os efeitos jurídicos e minimiza os fins de justiça. Com isso, os argumentos de defesa do tipo ‘só quis fazer humor!’,

³²⁵ CORRÊA FILHO, Cesário. Humor, racismo e julgamento: ou sobre como se processo a ideia de racismo no judiciário brasileiro. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 6, n.2, p. 275-314.

³²⁶ DUCROT, Oswald. O dizer e o dito. Tradução Eduardo Guimarães. São Paulo: Pontes, 1987.

³²⁷ FREUD, Sigmund. Os chistes e sua relação com inconsciente. Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: edição standard brasileira. Traduzido do alemão e inglês sob direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

³²⁸ CORRÊA FILHO, Cesário. Humor, racismo e julgamento: ou sobre como se processo a ideia de racismo no judiciário brasileiro. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 6, n.2, p. 275-314.

‘Tudo não passou de brincadeira.’, ‘Não tenho nada contra negros. Minha secretária é negra e gosto muito dela.’, em regra são considerados mais seguros do que os relatos da vítima que, além da fala, da escrita, da charge, da música, enfim do dito humorístico, não teve outras provas para demonstrar o que se passou na mente do autor do racismo. O julgador, tornando-se (cons)ciente de que inicia o julgamento a partir de um lugar-sujeito previamente condicionado, deve superar o reducionismo do direito e os pontos de indecidibilidade, para compreender os diversos meios sutis de manifestação e prática do racismo e redirecionar o resultado do julgamento viabilizando a máxima efetivação das normas constitucionais.

Ocorre, no entanto, que tais argumentos servem de maneira genérica para explicar todo e qualquer ato humorístico que envolva os grupos minoritários. Utilizando-se de tal teoria, todo e qualquer ato humorístico envolveria uma carga psicológica intrínseca de um racismo inibido. Será que se deveria incluir nesta gama de subterfúgios, a piada contada por um negro para outro negro acerca de sua própria negritude?

Além do que, em uma parte de sua conclusão, Cesário Corrêa Filho chega a afirmar que os subterfúgios psicológicos e lingüísticos agem conjuntamente, “para que o autor do dito humorístico racista cativa a simpatia do ouvinte, pelo prazer que lhe oferta, e sinta-se seguro para manifestar a intenção de hostilizar a pessoas ou grupo que submete ao ato racista.³²⁹” Será que tal artifício cativa a simpatia do ouvinte lhe fornece prazer?

Não se está discordando por completo das teorias abordadas pelo autor ao norte referido. O que se está afirmando é que uma piada ou uma letra musical pode até demonstrar os sentimentos mais escusos da personalidade humana, no entanto, tal opinião externada só pode ser combatida pelo direito quando ela é ofensiva e causa um dano moral individual ou coletivo, ou quando se percebe a intenção de infundir naquele exato grupo um sentimento de ódio, desprezo e da noção ínsita de desigualdade.

³²⁹ CORRÊA FILHO, Cesário. Humor, racismo e julgamento: ou sobre como se processo a ideia de racismo no judiciário brasileiro. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 6, n.2, p. 275-314.

No primeiro caso, de a música servir de escudo para proteger os verdadeiros sentimentos pessoais de desgosto em relação a determinado grupo, o direito nada pode fazer. Tal discussão é objeto da psicologia.

O que se deseja explicar é que o direito não alcança e nem deve alcançar a subjetividade do ser humano. Esse é o grande perigo da ideia desenvolvida por Cesário Correa. Na verdade, um dos argumentos dos autores norte-americanos para permitir o discurso do ódio é a impossibilidade de se criar uma barreira exata que defina minuciosamente o que seria um discurso propagador de ódio, fazendo com que inúmeras situações de correto exercício da liberdade de expressão sejam proibidas pela simples demonstração de uma ideia minoritária. Esse caráter contramajoritário da própria liberdade de expressão deve ser respeitado.

Veja-se, por exemplo, o caso do humorista Robin Williams em entrevista ao apresentador David Letterman ³³⁰. Quando os dois discutiam acerca da disputa sobre a escolha da nova sede das olimpíadas de 2016, o humorista para explicar a vitória do Rio de Janeiro sobre Chicago, afirmou que era uma competição injusta tendo em vista que os EUA enviaram a primeira dama Michele Obama e a apresentadora Oprah Winfrey enquanto o Rio de Janeiro enviou 50 *strippers* e quilos de drogas.

Utilizando a ideia construída acerca do humor como forma de expressar sentimentos de ódio inibidos, teríamos que afirmar que o ator americano possui um sentimento de repulsa interno pelo Brasil. No entanto, em momento algum tal atividade transformou-se em disseminação de um preconceito em que entende um grupo de indivíduos como naturalmente desiguais.

Tal piada pode até ter gerado certo desconforto em relação aos próprios brasileiros, mas não pode ser entendido como um caso de discurso do ódio.

No caso em questão, as decisões, tanto civil quanto penal, foram corretas. Na ação penal levou-se em conta todo o contexto em que se inseria música. Ela não foi escrita por uma pessoa completamente desvinculada da área humorística. O autor é comediante, e não teve como intenção espalhar e

³³⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=FYrcOWquPKA>

disseminar uma ideia de desprezo dos negros. Totalmente diferente seria o contexto de uma pessoa que nunca teve qualquer vínculo com o meio artístico e humorístico e compusesse uma música que ofendesse de forma mais direta, retratando de maneira vil grupo determinado.

No entanto, não há como esconder que a música retrata a mulher afro-brasileira por meio de um estereótipo vinculado a características nada agradáveis. A par da pretensão de tentar ser uma canção humorística, “não há como evitar que o ouvinte da música associe tais características com a etnia negra em geral, provocando sentimento de humilhação nos seus integrantes, sobretudo mulheres”.³³¹ Diferente da ação penal onde o dolo é requisito essencial, no caso da ação civil pública, basta ficar caracterizado o dano a direito difuso.

Há de se fazer constar, que diferente do que aconteceu no caso Ellwanger, em que este publicou vários livros de conteúdo discriminatórios, ou seja, as circunstâncias deixavam claro a finalidade que o editor tinha, o cantor e humorista Tiririca incorreu em um ato atentatório a igualdade racial pela primeira vez. É evidente que a música do comediante deveria ser reprimida, por claramente reforçar os preconceitos arraigados na sociedade brasileira, gerando uma violência simbólica.

Por fim, não se pode deixar de tecer críticas ao voto vencido do Dês. Antonio Saldanha Palheiro que em nenhum momento se utilizou de argumentos maduros suficientes para ‘levar a sério’ os direitos fundamentais em jogo.

O primeiro argumento que sustenta a inexistência de manifestação ofensiva a grupo étnico é o de que a “música faz referência expressa e específica a ‘essa nega’, indicando insuperavelmente estar dirigida à pessoa certa e determinada, o que por si já afasta a generalidade pretendida pelo voto majoritário.”³³²

Tal afirmativa é de difícil sustentação. Ainda que o termo seja utilizado no singular e procure se referir a uma determinada pessoa, a música interpretada em sua completude deixa evidente que se está referindo às características genéricas de mulheres negras. Quando a letra afirma que essa

³³¹ Apelação Cível n. 168693/00, p. 980.

³³² Apelação Cível n. 168693/00, p. 986.

nega tem cabelo de bombril de arear panela, o que o autor tem em mente é uma característica própria dos cabelos encaracolados das pessoas negras.

Entender que a música se refere apenas a uma singularidade é reduzir o ato hermenêutico a mero ato gramatical. Parece, portanto, que tal voto em nada se coaduna com as lições da filosofia da linguagem e com a ideia de que o sentido das expressões não são inatas à sua própria existência, mas ganham sentido por meio das atribuições e proposições que a sociedade faz.

No mais, também é muito complicado assentir que o termo “nega”, no contexto em que utilizado, não se direciona as mulheres negras, com o entendimento de que é “designação informal, afetiva e até mesmo jocosa para as mulheres em geral”.³³³ O magistrado chega a afirmar que se está “aviltando as expressões idiomáticas mais autênticas de nossa alegre, descontraída e festiva população, com o risco de transformá-la em uma sociedade austera, contida e enfadonha”.³³⁴

Dizer que essa nega fede mais que gambá, com seus cabelos bombril de ariar panela, é, com certeza, vincular a imagem de uma mulher negra a ofensivas manifestações, em nada comparadas com chamar os calvos de careca e os obesos de gordos. Essa “alegre, descontraída e festiva população” a que se refere o douto desembargador, só pode ser parte da população que se diverte às custas de um outro diminuído, seja rindo deles, seja fazendo rir deles.

³³³ Apelação Cível n. 168693/00, p. 986.

³³⁴ Apelação Cível n. 168693/00, p. 987.

CAPÍTULO IV – ANÁLISE DO *LEADING CASE* BRASILEIRO NO HATE SPEECH

1. Breve Introdução

A hermenêutica jurídica passou por uma evolução gigantesca nos últimos anos. De forma simplória, pode-se afirmar que ela ultrapassou uma concepção objetivista, que entendia que a norma possuía um sentido em si mesma e que o intérprete apenas iria tentar desvendá-lo, alcançando a concepção subjetivista, que tem como ideia central que o significado de algo não é inato dele, mas sim proposto pelo intérprete que atribui um sentido.

Esta última concepção, todavia, entende o subjetivismo como o papel central atribuído ao sujeito na interpretação, mas não significa que o ato interpretativo se dê de forma completamente subjetiva e desconectada da realidade.

A norma jurídica é, na verdade, o resultado de uma atividade hermenêutica do intérprete de construção e atribuição de sentidos. “Os textos, de uma forma geral, não revelam sentidos prontos e acabados. Os textos são suportes para a construção de sentidos.”³³⁵

Todavia, se de um lado interpretar consiste nesta construção de sentidos a partir de um objeto, um texto, uma lei, justificar a decisão do intérprete ou expor as razões que o levaram a tal ou qual escolha, é uma atividade completamente diferente.

Fica óbvio, desde sempre, a importância fulcral do explicar uma decisão ou uma argumentação. Para os “*hard cases*” que requerem um debate ainda maior e, em especial para o discurso do ódio, torna-se necessário compreender como a jurisprudência utiliza de conceitos e os aplica aos casos concretos.

O certo, portanto, é que a doutrina hermenêutica nunca conseguiu desvendar como se chega na melhor interpretação, ou mais, talvez tenha

³³⁵ VILLAS BÔAS, Marcos de Aguiar. *A interpretação, a aplicação e a argumentação jurídica*. Revista de Metodologia da Pesquisa. PPGD, UFBA, 2011, p. 3.

descoberto que não há uma forma de controle total deste ato. Doutra forma, é necessário compreender se uma decisão consegue, minimamente, cumprir com critérios ou requisitos que demonstrem estar ela devidamente justificada de maneira coerente.

Se de um lado não é necessário demonstrar a razão explicativa que levou o julgador a determinada posição, de outro deve o Judiciário tornar público a razão justificadora, importante não para desvendar o porque da decisão, mas para avaliá-la ³³⁶.

Popper já havia feito distinção parecida no âmbito do conhecimento científico ao tratar dos mecanismos de descobertas científicas em contraposição aos mecanismos de justificação ³³⁷. Em outras palavras, trata-se do contexto de descoberta e do contexto de justificação ³³⁸.

Parte-se, portanto, da premissa que as decisões judiciais podem e devem ser justificadas, afastando a ideia do determinismo metodológico e do decisionismo metodológico.

Com os casos do discurso do ódio não seria diferente. Em 2003, aquele que tem sido conhecido como o *leading case* brasileiro sobre o tema, Siegfried Ellwanger, escritor e sócio de uma empresa editora de livros, escreveu, editou e publicou obras de sua autoria ³³⁹ e da autoria de outros escritores nacionais e estrangeiros ³⁴⁰, abordando temas anti-semitas foi condenado pelo STF por crime de racismo, em votos bastante divergentes.

Desta feita, a intenção deste capítulo é verificar a argumentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424-6 para tentar compreender como a mais alta corte do país compreendeu a questão e aplicou ao caso concreto de forma a criar um pressuposto para os demais julgamentos.

³³⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.20.

³³⁷ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo, Cultrix, 2000, p. 31.

³³⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.20

³³⁹ Holocausto. Judeu ou Alemão?

³⁴⁰ O Judeu Internacional, de Henry Ford; A história Secreta do Brasil, Brasil – Colônia de Banqueiros e os Protocolos dos Sábios de Sião, os três de autoria de Gustavo Barroso; Hitler – Culpado ou Inocente?, de Sérgio Oliveira; e os Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra, de Louis Marschalko.

2. CASO ELLWANGER ³⁴¹

2.1. Os fatos

Siegfried Ellwanger Castan é escritor e sócio de uma empresa editora de livros, a Revisão Editora Ltda. Ele escreveu, editou e publicou obras de sua autoria ³⁴² e da autoria de outros escritores nacionais e estrangeiros ³⁴³, que, de acordo com o que constava na denúncia, abordam temas antissemitas, racistas e discriminatórios, procurando com isso incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores os sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Em primeira instância, o pedido do Ministério Público foi julgado improcedente pela juíza substituta Bernardete Coutinho Friedrich. Recorrido da decisão, o Tribunal do Rio Grande do Sul reformou o julgado ³⁴⁴, considerando o réu culpado pelo ato de incitar e induzir a discriminação, de acordo com o disposto no art. 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90: “praticar ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de

³⁴¹ O julgamento do *habeas corpus* 82.424/RS referente ao caso Siegfried Ellwanger, teve todos os votos dos Ministros do STF compilados no livro “Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n 82.424/RS”. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. Desta forma, para que não tenha que se fazer referência sempre ao *habeas corpus*, far-se-á referência ao livro que contém na íntegra os votos dos Ministros, facilitando assim a pesquisa de quem escreve e de quem lê.

³⁴² “Holocausto. Judeu ou alemão? - Nos bastidores da mentira do século”, “SOS para a Alemanha”, “A implosão da mentira do século”, “O catolicismo traído”, “Acabou o gás... O fim de um mito”.

³⁴³ “O Judeu Internacional”, de Henry Ford; “A história secreta do Brasil”, “Brasil – colônia de banqueiros” e “Os protocolos dos sábios de Sião”, os três de autoria de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou inocente?”, de Sérgio Oliveira; “Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”, de Louis Marschalko. O livro “Os protocolos dos sábios de Sião” foi um texto publicado na época da Rússia czarista, que descrevia um projeto de conspiração para que os judeus aniquilassem o cristianismo e atingissem a dominação mundial. Essa obra tornou-se o carro-chefe utilizado pelos nazistas para justificar o genocídio de judeus nos campos de concentração. Apesar de ter sido desmascarado como uma falsificação, ainda constitui uma peça central no arsenal antissemita contemporâneo.

³⁴⁴ RACISMO. EDICAO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDEIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATORIAS. ART-20 DA LEI 7716/89 (REDACAO DADA PELA LEI 8081/90). LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSAO. CRIME IMPRESCRITIVEL. SENTENCA ABSOLUTORIA REFORMADA. (TJ-RS - ACR: 695130484 RS , Relator: Fernando Mottola, Data de Julgamento: 31/10/1996, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)

qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”.

Os advogados de Ellwanger impetraram *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o crime disposto na lei supramencionada não se referia ao crime de racismo, mas sim de discriminação e que, portanto, não cumpria o que dispõe o art. 5º, XLII da Constituição Federal, acerca da imprescritibilidade do crime de racismo. Faziam tal afirmação baseando-se na premissa de que os judeus não constituem uma raça humana e, portanto, a ofensa não constituía crime de racismo, mas mero preconceito ou discriminação que não é abraçado pela imprescritibilidade.

Para isso, citaram inúmeros autores de origem judaica para confirmar que os judeus não constituem uma raça, requerendo, em seu pedido, que fosse liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão para que, até o final do julgamento do pedido, fosse suspensa a execução da sentença, além de reconhecer a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o paciente fora condenado à pena de dois anos de reclusão com *sursis* em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.

O impetrante sustentava que essas práticas tinham sido tipificadas de acordo com a nova redação da Lei 8.081/90 e que, no entanto, apenas a prática do racismo estaria abrangida pelo art. 5º, XLII da Constituição como imprescritível.

O STJ quase que por unanimidade negou o *habeas corpus*³⁴⁵, com uma única discordância, a do ministro Edson Vidigal.

³⁴⁵ HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 20 DA LEI 7.716/89. PEDIDO PRINCIPAL DO WRIT. INVIABILIDADE. PRESCRIÇÃO. PEDIDOSUBSIDIÁRIO. MATÉRIA JÁ ANALISADA PELO STF. 1. Não há óbice que se reconheça, em sede de habeas corpus, pelo controle difuso, a inconstitucionalidade de determinado dispositivo de Lei. Entretanto, esse controle deve estar atrelado ao apontamento, na impetração, de uma ilegalidade ocorrente no caso concreto que traga reflexos no direito ambulatorial do indivíduo e que justifique o uso mandamental. 2. Em outras palavras, não há como examinar, como pedido principal, a alegação de inconstitucionalidade de dispositivo legal em razão do desvio no uso do habeas corpus, cujo objeto e rito celeres se voltam para proteção imediata a liberdade de ir e vir. 3. O pedido subsidiário de ocorrência da prescrição já foi analisado pelo STF em habeas corpus impetrado pelo próprio paciente, tendo a ordem sido indeferida, o que prejudica seu exame

O paciente impetrou novamente um *habeas corpus*, agora para o Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela denegação do remédio constitucional.

O Parecer do Subprocurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, afirmou que o texto constitucional permite que uma lei inferior defina o racismo. Sendo assim, o art. 20 da Lei 7.716/89, com redação da Lei 8.081/90, abrangia o crime cometido contra o povo judeu, pois abarcou também “religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza”.

Na posição de *amicus curiae*, Celso Lafer afirmou que o crime cometido por Siegfried Ellwanger teria sido de prática do racismo e, como tal, era imprescritível.³⁴⁶ O jurista fundamentou sua decisão em diversos pontos. Em primeiro lugar, ressaltou que o conteúdo jurídico do preceito constitucional discutido, bem como toda a legislação infraconstitucional relativa à discriminação racial, baseia-se nas ultrapassadas teorias que dividem a humanidade em raças, desta forma, é o fenômeno do racismo e não a “raça” que enseja a proteção constitucional. Nesse sentido, portanto, teorias nas quais se afirma a superioridade racial e o ódio deveriam ser consideradas racismo.

Lembrou, ainda, que a história brasileira está repleta de momentos históricos em que o racismo ocorreu não somente contra o negro, mas contra outros destinatários como o cristão-novo, o índio e o próprio judeu.

Através de um simples resumo, fica evidente que não se trata de um simples caso de subsunção normativa, sendo impossível, portanto, utilizar-se de uma justificação de primeiro nível, onde a lógica dedutiva faria imprimir sobre certas premissas determinadas conclusões.

Trata-se evidentemente do que a doutrina classifica como um *hard case*, sendo necessário se realizar uma justificação de segundo nível, afinal, o discurso do ódio tem implícito em sua discussão o embate entre dois direitos fundamentais constitucionalmente previstos e protegidos.

nesta oportunidade. 4. Ordem conhecida em parte e nessa extensão denegada. (STJ , Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/08/2012, T6 - SEXTA TURMA)

³⁴⁶ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 81.

Levando em consideração a ordem dos argumentos utilizados, bem como a lógica prevista na ementa do julgado, vai-se analisar a decisão através da seguinte sequência de argumentos: 1. Qual o sentido do termo raça; ele alcança os judeus?; 2. Qual o alcance do crime de racismo; 3. Antinomia constitucional entre liberdade de expressão e racismo.

2.2. O sentido do termo Raça

Um dos pontos de extrema importância discutido pelo Supremo Tribunal no caso Ellwanger foi o sentido a ser atribuído ao termo raça. No *habeas corpus*, os advogados sustentaram o argumento de que o povo judeu não constitui uma raça e por isso não deveria ser o paciente condenado por racismo.

De fato, o Supremo Tribunal Federal preferiu a interpretação de que o povo judeu não constitui uma raça, o que não quer dizer que a discriminação contra esse povo não possa ser tipificada como racismo.

O Ministro Moreira Alves, relator da ementa, defendeu a visão de que o povo judeu não constituía raça, baseando-se no ensinamento de Nicola Abbagnano que considera raça os grupos identificados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são, principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, cor e forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, quais sejam, a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide.³⁴⁷

Além de Nicola Abbagnano, Moreira Alves referiu a lição de inúmeros estudiosos judeus³⁴⁸ para recusar o qualificativo de raça aos judeus.

³⁴⁷ ABBAGANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 977/978 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004.

³⁴⁸ O antropólogo judeu Miguel Asheri, o rabino Morris Kertzer, Moacyr Scliar, o rabino Henry I. Sobel, Fred E. Foldvaruy, Eugene B. Bnorrowitz, o rabino Samuel M. Stahl e Mordecai M. Kaplan.

Assim, grupos nacionais, religiosos e geográficos, entre outros, não são considerados raças, daí porque os judeus não constituiriam uma raça.

Observe-se que o argumento utilizado pelo Ministro Moreira Alves coincide, em sua conclusão, com o dos demais ministros, no entanto, a fundamentação utilizada é bem diferente. O Ministro afirmou existir, sim, uma classificação de raça para os seres humanos, mas que recobre somente os brancos, negros e amarelos, excluindo-se os judeus. Essa argumentação foi bastante criticada pelos demais Ministros e pela doutrina em geral, uma vez que se sabe não existir uma classificação, com fundamentação científica, baseada no critério raça para a espécie *homo sapiens*. Justificou-se o Ministro por entender que, à época em que a Constituição foi escrita, não havia a conclusão científica, hoje pacificada, da inexistência de raças humanas, e por isso dever-se-ia interpretar o conceito de raças a incluir somente aquelas três categorias.

No mais, o Ministro recorreu ao elemento histórico ou à interpretação histórica da Constituição, buscando nos debates parlamentares a vontade do Constituinte. Apresentou a justificativa do Constituinte Carlos Alberto Caó para a Emenda Aditiva à Constituição, no sentido de que, ainda àquele momento, depois de cem anos da abolição, os negros continuavam a sofrer racismo, daí a necessidade do dispositivo constitucional. E, citando constitucionalistas clássicos brasileiros, como Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Cretella Júnior, concluiu que racismo significava apenas preconceito contra a raça negra.

Correta foi a decisão do Ministro Maurício Corrêa que entendeu que o racismo não deve ser analisado somente através de sua ótica mais usual, ou seja, com relação à discriminação racial, levando-se em conta a acepção biológica do termo raça. Dever-se-ia, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional.³⁴⁹ Ao contrário do entendimento biológico de raça, o que se deve levar em conta ao interpretar o termo raça é a valoração política e sociológica.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p.25.

Do ponto de vista biológico, é quase um consenso que não existam raças humanas, pois, depois dos avanços científicos obtidos pelo Projeto Genoma Humano, pode-se afirmar que a diferença entre raças humanas não subsiste. Ela é ínfima, mínima, a tal ponto que todos os seres humanos se encontram na mesma raça, a raça humana, independentemente das características físicas.

Em 26 de junho de 2000 ficou constatado que o homem é detentor de 30 mil genes e não de 100 mil como se pensava; além disso, constatou-se que brancos, negros e amarelos são, na verdade, 97% iguais, o que não permite distinguir os seres humanos em raças diferentes,³⁵⁰ até mesmo porque a percepção das “cores” muda no espaço e no tempo. Muitos “brancos” brasileiros seriam considerados “negros” nos Estados Unidos, assim como “hispânicos” na Califórnia seriam “brancos” no México e na Guatemala, enquanto na África do Sul do *apartheid* os chineses eram considerados asiáticos e os japoneses, “brancos”.³⁵¹

Assim, na essência, somos todos iguais³⁵². Portanto, o argumento de que os judeus não são uma raça e de que Ellwanger não teria incidido no crime de racismo é falacioso, pois se é verdade que os judeus não constituem uma raça, também não o são os negros, os brancos e os índios. Assim, acatado tal argumento, o próprio crime de racismo deixaria de existir. Isso porque “por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, ela converteria a prática de racismo em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças”.³⁵³

Afirma Guido Barbujani:

a palavra raça não identifica nenhuma realidade biológica reconhecível no DNA de nossa espécie, e que portanto não há nada de inevitável ou genético nas identidades étnicas e culturais, tais como as conhecemos hoje em dia. Sobre isso, a ciência tem ideias bem claras. As raças, nós as inventamos e nós as levamos a sério por séculos, mas

³⁵⁰ Sobre o tema, ver: BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças*. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2007.

³⁵¹ BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças*. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2007, p. 10.

³⁵² MEYER-PFLUG, Samantha. HC nº 82.424/RS: Liberdade de expressão ou incitação ao racismo. O voto do Min. Marco Aurélio. *Revista Ibero-Americana de Direito Público, RIADP*, Rio de Janeiro, ano iv, n.16, p. 302, 2004.

³⁵³ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 83.

já sabemos o bastante para largar mão delas. Hoje em dia sabemos que somos todos parentes e todos diferentes, de acordo com o feliz *slogan* criado pelo geneticista francês André Longaney, e não é preciso ter feito estudos aprofundados para convencer-se disso.³⁵⁴

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou ser, à época, pacífico o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudocientíficas.³⁵⁵ O racismo, como fenômeno social e histórico, não pode ter seu conceito restringido à interpretação do termo raça. Na ocasião, também o Ministro Carlos Ayres Britto considerou o racismo não na acepção biológica, mas na sociológica.

A unanimidade dos ministros não considerou o povo judeu uma raça, mesmo com a argumentação do ministro Moreira Alves. No entanto, isso não significa que não possa ocorrer o crime de racismo contra esse povo. É, portanto, necessário entender qual o conceito e o alcance do crime de racismo previsto na Constituição de 1988.

2.3. O conceito e alcance do crime de racismo

Sobre o assunto, o Procurador Geral da República à época, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, pronunciou-se pelo indeferimento do pedido de *habeas corpus*, entendendo que a Constituição, em seu artigo 5º, XLII, parte final - “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, *nos termos da lei*” - permitiu que o legislador ordinário definisse a prática do racismo, o que foi feito por meio da instituição das inúmeras figuras citadas na lei 7.716/89, com redação dada pela lei 8.081/90, incluindo assim o preconceito e a discriminação, não somente quanto aos negros, mas quanto à religião, etnia ou procedência nacional.

³⁵⁴ BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças*. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2007, p. 14.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 63.

Ao contrário do que escreveu o Procurador Geral da República, o Ministro Moreira Alves entendeu que a expressão final do artigo 5º, XLII, “nos termos da lei”, não delega à legislação ordinária o poder de dar o entendimento que lhe aprouver ao significado de racismo, mas sim, que cabe a ela tipificar as condutas dessa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.³⁵⁶

De acordo com o Ministro, o crime de racismo não abrange toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, uma vez que não inclui certos tipos de preconceitos como, por exemplo, quanto à idade ou ao sexo. Entende, portanto, que a expressão racismo deve ser interpretada de forma restritiva, haja vista que a imprescritibilidade prevista na Constituição para esse tipo de crime não alcança sequer os crimes considerados hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, que são apenas inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia.

Continuando a discorrer sobre as circunstâncias históricas em que foi aprovada a emenda que inseriu o inciso XLII na Constituição, o Ministro demonstrou que a intenção principal era considerar racismo apenas a discriminação praticada contra os negros, pois o constituinte responsável pela edição dessa emenda, Carlos Alberto Caó, baseava-se no preconceito sofrido pela raça negra no Brasil. Assim justificou a importância da emenda o então deputado federal pelo PDT, Carlos Caó:

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, vedada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira construída 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.³⁵⁷

O Ministro Moreira Alves chamou a atenção para a amplitude do sentido que se tentava dar à expressão racismo, de tal forma que chegava a alcançar qualquer grupo com características próprias, correndo-se o risco de

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 14.

³⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 15.

ter um tipo de conteúdo aberto, uma vez que são inúmeros os grupos que se encaixam nessa descrição.

Dessa maneira, utilizou o Ministro uma interpretação estrita, procurando antes definir quais crimes podem ser considerados imprescritíveis, do que propriamente o alcance do termo racismo.

Ele findou seu voto com a afirmação de que os judeus não constituem uma raça e, por isso, não poderia existir crime de racismo contra esse povo. Inexistindo esse crime contra judeus, o paciente do *habeas corpus* não poderia ser condenado por crime outro que não o de discriminação que não possui a qualidade de imprescritível. Assim, tendo passado o período da prescrição para o crime de discriminação, o Ministro deferiu o *habeas corpus* declarando extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição, o que fez nos seguintes termos:

Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14-11-91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31-10-96, decorrem mais de quatro anos.

Em face do exposto, defiro o presente *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.³⁵⁸

Ocorre, no entanto, que, ao contrário do afirmado pelo Ministro, um texto não é estático, ele é dinâmico, e enquanto fruto das práticas sociais ele depende delas para ganhar sentidos os mais diversos, tendo em vista a impossibilidade de a linguagem ser controlada. Ela é fluida e não pode ser aprisionada.³⁵⁹ Assim, é normal que o termo racismo tome novos significados, mais amplos, até mesmo com os avanços da Genética, mostrando que raça

³⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n. 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 19.

³⁵⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 45.

não existe biologicamente, mas é um conceito social.³⁶⁰ Afinal, não existe objetividade absoluta. Todo intérprete propõe a sua interpretação que, não obstante, não é de modo algum arbitrária, mas pode alcançar ou não um grau definido de propriedade.³⁶¹

Desse modo, não há outra maneira de entender o voto do Ministro Moreira Alves se não aquém do paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que se prende, ainda, a uma interpretação vinculada a uma pretensa intenção do constituinte na conceituação do termo “racismo”. Sob a perspectiva hermenêutica, não se mostra correta a interpretação de textos normativos, em que a intenção é descoberta do sentido que pretendeu o intérprete autêntico. Inapropriada, no mínimo, a interpretação do Ministro, haja vista a reviravolta hermenêutico-pragmática na filosofia da linguagem.³⁶²

A interpretação é uma atribuição de sentidos que, além de vinculada a uma tradição da qual o intérprete é portador, simultaneamente, ressignifica essa tradição no ato interpretativo,³⁶³ ou seja, esta hermenêutica possui um viés que de maneira alguma é apenas descritivo, mas uma crítica da práxis.³⁶⁴ Na hermenêutica, é “básico estar-em-movimento do Ser que constitui a sua finitude e a sua historicidade e, por isso, inclui o conjunto da sua experiência no mundo”³⁶⁵, de tal sorte que nossa verdade é sempre datada, histórica e mutável. É sempre uma verdade que se sabe precária, passível de ser falsificada e modificada, o que não a invalida de forma alguma.³⁶⁶

Um texto carrega consigo a pretensão de sintetizar um processo hermenêutico anterior de atribuição de sentidos. No entanto, quando nos dispomos a interpretá-lo, fazemos parte de uma fusão de horizontes interpretativos, sendo impossível nos prendermos somente ao passado sem

³⁶⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

³⁶¹ GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 10.

³⁶² OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

³⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 482-484.

³⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57-58.

³⁶⁵ GADAMER, 1999, p. 15.

³⁶⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 36.

pensar no presente, o que não permite recuperar a intenção original do autor. Até mesmo porque seria impossível adivinhar a intenção do constituinte para todos os casos postos em dúvida. Assim, o passado somente nos é acessível por meio de um processo de permanente reconstrução hermenêutica do presente, pois não existe um presente que possa ser conectado de forma estritamente causal ao passado.

É nesse momento que toma sentido a noção de direito como integridade. O magistrado e aplicador dos direitos deve atentar para o passado de nossas práticas jurídicas, para os capítulos previamente escritos por outros juristas, nunca se apropriando desse passado de modo inocente, mas sempre interpretando-o com base nos sentidos outros tornados possíveis no presente. Assim, é possível dizer que o Ministro Moreira Alves não soube utilizar o sentido que fora dado no passado ao termo racismo ao aplicá-lo no presente. O voto do Ministro Nelson Jobim deixa isso claro quando disse a “Assembleia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000”.³⁶⁷

Assim sendo, o magistrado e intérprete deve se voltar para o passado, não com um propósito último de investigação do sentido original, mas, imerso em um processo normativo, deve tentar atribuir às práticas passadas seu melhor e mais coerente sentido à luz dos princípios cuja interpretação se pretende fazer no presente.³⁶⁸

Uma interpretação constitucional adequada toma como seu objeto tanto o texto em si como as práticas passadas: advogados e juízes diante de um problema constitucional contemporâneo devem necessariamente tentar construir uma interpretação coerente, principiológica e persuasiva das normas específicas do texto, da estrutura da Constituição como um todo e da nossa história sob o pálio da nossa Constituição – uma interpretação que a um só tempo unifica estas fontes distintas, tanto quanto possível, e direciona os rumos futuros da adjudicação. Isto é, eles devem procurar integridade constitucional.³⁶⁹

³⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 216.

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 127.

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 118.

É justamente com esse propósito que Rosenfeld ³⁷⁰ afirma a impossibilidade do fechamento do sistema constitucional, sendo necessária uma infinita abertura para que o próprio sujeito constitucional possa sofrer as mutações. A partir dessa perspectiva reconstrutiva, a interpretação da Constituição assume o papel de um contínuo processo de abertura e ressignificação, reconstruindo as ideias de titulares de direitos, para que não se consolide uma identidade constitucional estanque.

Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa afirmou existir racismo na ideologia nazista, não porque os judeus podem ser considerados biologicamente uma raça, mas sim porque a doutrina nazista os vê como uma raça, de tal modo que pregam a superioridade da raça pura, a ariana, sobre a raça judaica. Por isso é possível dizer que o antissemitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor duas raças em sua filosofia.

Assim escreveu o Ministro:

Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção de que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto. ³⁷¹

Da afirmação do Ministro depreende-se que o racismo ocorre por meio de uma valoração negativa de determinados grupos sociais com características comuns. Esse é o conceito social de raça. É a acepção sociológica de racismo.

Maurício Corrêa também mencionou o sentido antropológico de racismo, apoiando-se na lição da professora Sonia Bloomfield Ramagem para

³⁷⁰ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p.29.

quem as raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais, possuindo o termo um poderoso significado político social. Trata-se de um construto social baseado em valores e crenças criados a partir da visão de mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vice-versa.³⁷²

Assim se manifestou o Ministro:

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.³⁷³

Segundo o Ministro, o paciente tentou negar a existência do Holocausto, das barbáries cometidas pelos alemães, imputando a culpa de tudo aos judeus que o fizeram como estratégia para obter a simpatia do resto do mundo. Dessa forma, o autor do livro acabou por alterar os fatos históricos de maneira a provocar e incitar uma discriminação contra os judeus, não tendo outra forma de entendê-los se não como a prática do racismo, uma vez que o conceito de raça deve ser analisado de acordo com a acepção político-social.

Já o Ministro Carlos Ayres Britto, após ler todo o livro do paciente, em sua primeira e última edição, chegou à conclusão de que, deixando de lado a má técnica e a leitura penosa sem nenhum deleite intelectual ou agrado literário,³⁷⁴ o autor faz uma pesquisa histórica sob a perspectiva revisionista da 2ª Guerra Mundial e do Holocausto; seu erro foi o de sobrepor a sua intenção fixa de revisão da história à neutralidade que se exige de todo pesquisador,³⁷⁵ sustentando, portanto, uma ideologia que, apesar de ir contra a noção da

³⁷² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 30.

³⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 30.

³⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 157.

³⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 158.

maioria sobre o que é correto, não cometeu o crime de discriminação, haja vista que não agiu de forma direta a incitar o ódio, mas apenas expôs sua opinião quanto a uma realidade histórica.

Assim escreveu Carlos Ayres Britto:

Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).³⁷⁶

Por fim, citando Voltaire, “não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las”, o Ministro encerrou seu voto concedendo o *habeas corpus* e absolvendo o paciente por atipicidade da conduta.

Não há como aceitar o conceito de ciência desenvolvido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que entende não ser racista o livro pelo fato de ter sido escrito com base em pesquisas e conter citações bibliográficas. Essa decisão não se adéqua ao paradigma do Estado Democrático de Direito, vez que não respeitou a integridade do direito.

Com Gadamer, em “Verdade e Método”³⁷⁷ e Thomas Kuhn, em “A estrutura das revoluções científicas”,³⁷⁸ aprendeu-se que a ciência necessita de conhecimento prévio, de preconceitos, de pré-compreensões. Afinal, “toda compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela seus preconceitos”.³⁷⁹

³⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 158.

³⁷⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

³⁷⁸ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

³⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 13.

A ciência necessariamente utiliza uma determinada metodologia para tentar alcançar um resultado na busca da verdade. De toda sorte, o método não garante por si só a verdade. Ele necessita de um suporte da comunidade científica. É certo que a verdade se sabe precária e datada. No entanto, constitui um argumento falho basear-se na ideia de que a verdade absoluta inexistente para não aceitar qualquer proposição. Para isso existe ciência, que evolui por paradigmas conforme afirmou Thomas Kuhn.

Nessa perspectiva, um texto somente pode ser considerado científico caso tenha sido discutido em uma dada comunidade científica e consiga convencê-la de que o conteúdo acrescenta à comunidade uma forma nova e melhor de resolver os problemas não resolvidos até então. A pesquisa científica sempre busca a verdade, embora esta seja uma “verdade” que se sabe “falível”, mas que só é entendida como tal se aceita universalmente por determinada comunidade científica, em um dado momento histórico, que sempre se modifica.

Assim, não se pode dizer que meras citações ou argumentos de autoridade podem garantir a cientificidade de uma obra; a obra precisa, isto sim, encontrar respaldo nos fatos comprovados e na comunidade científica.³⁸⁰

Muito diferente seria a discussão, por exemplo, sobre a discriminação em “O Mercador de Veneza”, de Shakespeare, como uma obra portadora de uma mensagem antissemita, tendo em vista o papel de Shylock, um mercador judeu que empresta dinheiro a Antonio. A obra de Shakespeare é uma obra aberta por abordar temas que se mantêm atuais e, como dramaturgo, não se serviu do teatro para criticar a realidade, pelo contrário, ele a aceitava.

381

Na obra de Siegfried Ellwanger, no entanto, há o abuso de uma pretensa cientificidade para tentar demonstrar o indemonstrável, ao contrário da obra shakespeariana em que o ideal e a sociedade de uma época são retratados.

³⁸⁰ OMMATI, José Emílio Medauar. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do Ministro Carlos Britto no HC 82.424/RS. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, n. 2, p. 493-507, 2005.

³⁸¹ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Shakespeare, O Mercador de Veneza e a experiência histórica do direito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.) *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série. N. 9. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2002, p. 225-240.

2.4. A antinomia entre a Liberdade de Expressão e o Racismo

Afora a questão da inclusão da atitude do paciente dentro do conceito de racismo e da discussão acerca do alcance do mesmo, uma terceira discussão veio à tona com o voto do Ministro Maurício Corrêa: a possível violação à liberdade de expressão. O Ministro considerou que o racismo não estaria ferindo o direito de liberdade de expressão, pois este não é absoluto e deve ser exercido de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal.³⁸²

Nesse sentido, o Ministro expressou a antinomia entre os princípios como uma aparente colisão de direito essenciais que encontra, todavia, resposta no próprio ordenamento constitucional, haja vista que não é dado a um direito fundamental salvaguardar uma prática ilícita, ou seja, não é permitido utilizar-se da liberdade de expressão para incorrer em práticas discriminatórias ou racistas. Utiliza, portanto, o conceito da concordância prática. Além disso, fazendo uso da ponderação, afirmou o Ministro que a dignidade, a cidadania e até a própria vida da população atingida pelo livro discriminatório do paciente deve preponderar sobre o direito individual de liberdade de manifestação de pensamento.

Disse o Ministro:

Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos,

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 39.

morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.³⁸³

O Ministro Maurício Corrêa encerrou seu voto indeferindo o *habeas corpus* por entender raça em sua concepção político-social, o que inclui os judeus, além de fazer uma interpretação teleológica e harmônica da Constituição que considera a discriminação dos judeus crime de racismo. Deste feito, enquadra-se a atitude do paciente dentro do artigo 5º, XLII, que declara o crime de racismo imprescritível.

Nas palavras do próprio juiz:

Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi, mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. [...]

Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são deliberadamente, racistas e, em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

[...]

Ante essas circunstâncias, rogando todas as vênias ao Ministro Moreira Alves, indefiro o *habeas corpus*.³⁸⁴

³⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 41.

³⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 43-45.

No mais, a maioria das decisões trata o tema como um caso de ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade humana.³⁸⁵

2.5. A colisão de princípios, os princípios como mandados de otimização e o princípio da proporcionalidade de Robert Alexy

A doutrina utilizada nos votos, principalmente, dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, é a da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy,³⁸⁶ para quem os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.³⁸⁷ Assim, os princípios atuariam como mandados de otimização, ou seja, eles devem ser cumpridos, porém o grau ou a medida dessa satisfação dependeria das possibilidades e das condições de cada caso. Desse modo, os princípios poderiam ser obedecidos em diversos graus, dependendo das circunstâncias em espécie.³⁸⁸

³⁸⁵ CUSTÓDIO GOUVEIA, Mayra Zago de Faria. O conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal – HC 82.424-2 RS. 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=64. Acesso em: 12 jan. 2009.

³⁸⁶ Não nos deteremos, aqui, a explicar a teoria de Robert Alexy como teoria da argumentação jurídica e a diferença entre princípios e regras. Para ele princípios e regras são espécies do gênero “norma”. Para efetuar a distinção entre ambos é importante eleger critérios. O mais comum é a generalidade ou grau de abstração. Enquanto os princípios seriam normas dotadas de um elevado grau de abstração, as regras seriam normas mais “concretas”, cujas possibilidades de aplicação estariam já delineadas. Os demais critérios de distinção podem ser reconduzidos a este, referindo-se, em geral, à importância específica dos princípios para o ordenamento jurídico, à ideia de direito, ao caráter explícito do conteúdo valorativo, entre outros (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

³⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993b, p. 173.

³⁸⁸ “Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (ALEXY, 1993b, p. 86).

Alfonso García Figueroa identifica quatro características fundamentais na doutrina de Alexy, quais sejam, a graduação, a otimização, um “dever ser” ideal e o caráter *prima facie* dos princípios.³⁸⁹

Entendendo os princípios como mandados de otimização, Alexy afirma que a colisão entre eles se daria na dimensão do peso e, sua forma de solução, por meio do princípio da proporcionalidade ante a ponderação do peso através da lei de colisão para uma precedência condicionada dos mesmos princípios, sempre com base no caso concreto.

Em suma, quando dois princípios entram em colisão, ou quando um deles é restringido por outro, deve-se ponderá-los, pesá-los seguindo o princípio da proporcionalidade, segundo o qual quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção. Esse princípio cumpre o respeito a três outros subprincípios ou máximas, que são o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é a verificação da aptidão do ato para a produção do resultado; em outras palavras, deve-se perquirir se aquela atitude atende ao fim buscado e resulta na condição desejada. A necessidade é a condição de utilização do meio menos gravoso e igualmente eficaz para se alcançar o fim colimado. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito, como o próprio nome demonstra, procura ponderar, arrazoar, fazer proporcional a restrição de um dos direitos fundamentais com a realização do outro princípio contraposto.

Assim, apenas diante do caso concreto seria possível dimensionar, pesar ou ponderar diferentes princípios. Ocorreria a precedência de um princípio sobre o outro, sempre levando em conta as condições, a situação e as características específicas de cada caso. Mudadas essas condições, a precedência também poderia mudar. É no caso concreto, portanto, que se definiria o peso de cada princípio, e, portanto, qual deles iria preceder o outro.

Alexy construiu, então, um sistema de condições de prioridade e propôs, na qualidade de método de ponderação, a denominada Lei de

³⁸⁹ FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y Positivismo Jurídico*. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Ed. CEPC, 1998. O autor utiliza as expressões: “La graduabilidad”, “La optimización”, “El deber ser ideal” e “el carácter prima facie”.

Colisões,³⁹⁰ que pondera qual dos princípios possuiria peso maior. Assim, formar-se-ia uma relação de precedência condicionada³⁹¹ entre os princípios. Dito de outro modo, conforme as circunstâncias do caso, um princípio pode ter mais peso que outro. Mudadas as circunstâncias, ou mudado o caso, pode ocorrer uma mudança nessa ordem³⁹². Isso ocorreria porque nenhum princípio teria preferência sobre o outro de forma absoluta. Se assim fosse, estar-se-ia ante uma ordem (hierarquia) “dura” (abstrata) de princípios. Essa ordem dura não seria possível porque os princípios constitucionais *in abstracto* têm idêntica hierarquia e peso³⁹³. Produz-se, portanto, uma hierarquia móvel,³⁹⁴ uma ordem “frouxa”³⁹⁵.

No entanto, essa relação de precedência condicionada consubstanciar-se-ia em um processo de ponderação que se operacionaliza por meio da máxima da proporcionalidade³⁹⁶.

O processo da proporcionalidade é dividido em três etapas, a etapa de adequação, a da necessidade ou exigibilidade e a da

³⁹⁰ Alexy utiliza dois exemplos para explicar a lei de colisão. O primeiro é o caso *Lüth*, caso *Lüth*, em 1958. *Lüth* teria incitado e convocado o povo alemão a boicotar os filmes produzidos por Veit Harlan, uma vez que eles divulgariam idéias nazistas. No caso, haveria uma situação típica do conflito de princípios, em que o princípio da liberdade de expressão, que estaria amparando a divulgação do boicote, estaria se chocando com o princípio constitucional de política pública que permite restrições à liberdade de expressão. O segundo exemplo é o famoso caso *Lebach*. Tratava-se de um condenado pelo assassinato de um grupo de soldados. Quando estava prestes a abandonar a prisão, uma emissora de televisão exibiria em rede nacional um documentário sobre o caso. Colidem aqui o direito de ressocialização do condenado e a liberdade de imprensa. O Tribunal Constitucional Alemão decidiu que, de forma abstrata, o direito da imprensa de informar a população acerca de um crime ou de um acontecimento novo e importante prepondera sobre o direito individual de ressocialização. No entanto, dadas as condições do caso, entenda-se, notícia repetida, sem interesse atual e que coloca em risco a ressocialização do preso, precede o direito individual do preso ao direito de imprensa. Acerca de exemplos sobre a questão da colisão no tribunal brasileiro, Gilmar Mendes cita os exemplos da proibição da “farra do boi” no Estado de Santa Catarina, ou ainda a submissão de réu, em ação de investigação de paternidade, ao exame de DNA (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 82-106).

³⁹¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b, p. 92.

³⁹² “El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que p1 preceda a p2 bajo las condiciones C dadas en el caso concreto” (ALEXY, 1993b, p. 93).

³⁹³ STAINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 34.

³⁹⁴ “Diritto mitte, diritto incert” (GUASTINI, R., 1996 apud FIGUEROA, Alfonso García. *Princípios y Positivismo Jurídico*. El no positivismo principialista em las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madri: Ed. CEPC, 1998, p. 191).

³⁹⁵ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993a.

³⁹⁶ PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p.117.

proporcionalidade em sentido estrito ³⁹⁷. A adequação exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos, ou seja, a decisão deve alcançar as finalidades perseguidas. O meio deve ser útil para conseguir a intenção final. A necessidade ordena a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atendimento de fins visados. A proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, ou seja, ainda que o meio seja adequado e necessário, não passará no crivo da proporcionalidade se as desvantagens dele decorrentes ultrapassarem as vantagens obtidas.

Quanto à proporcionalidade estrita, Alexy propõe além de um modelo de decisão, um modelo de fundamentação. Explica que a ponderação não consistiria apenas na lei de colisão, mas também em um modelo de fundamentação das decisões, que possa explicar como ocorrem e por que ocorrem de um jeito e não de outro.

Tanto no modelo de decisão como no de fundamentação o resultado é um enunciado de precedência condicionada. No primeiro, o estabelecimento do enunciado de precedência é resultado de um processo psíquico racionalmente incontrolável.

Já o modelo da fundamentação difere quanto ao processo psíquico que conduz à determinação do enunciado de precedência e sua fundamentação. Essa distinção permitiria afirmar que uma ponderação é racional se um enunciado de precedência puder ser fundamentado racionalmente. Dessa maneira, o problema da irracionalidade da ponderação conduziria à questão da possibilidade da fundamentação racional dos enunciados que estabelecem a precedência condicionada. ³⁹⁸ Essa precedência não poderia, entretanto, significar uma “prioridade sem mais”. Estaria implicado, no processo de ponderação, o dever de tratar

³⁹⁷ Os termos são traduções livres deste autor, referentes à expressão *suitability, necessity and proportionality in the narrow sense* (ALEXY, Robert. *Constitutional rights, balancing, and rationality*. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003). O princípio da adequação é por vezes denominado princípio da idoneidade ou princípio da conformidade. O princípio da necessidade pode ser chamado de princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade (STAINMETZ, Wilson. *Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005).

³⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b, p. 158–159.

proporcionalmente os interesses em jogo por meio de uma harmonização, ou “concordância prática”.³⁹⁹

Segundo o Prof. Inocêncio M. Coelho, o conflito seria resolvido estabelecendo-se, entre os princípios concorrentes,

uma relação de precedência condicionada, na qual se diz – sempre diante das peculiaridades do caso – em que condições um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa.⁴⁰⁰

No entender de Atienza, também vigora o princípio da universalidade no tratamento dado à solução de conflitos entre princípios.⁴⁰¹ Liga-se a ele, em segundo lugar, um “sistema de prioridades *prima facie*”, o qual estabelece que aquele que deseja refutar a prioridade estabelecida em prol de um determinado princípio responderá pelo “ônus da prova”, isto é, a responsabilidade por fundamentar de maneira convincente tal pretensão.⁴⁰²

Tomando por base as decisões do Tribunal Constitucional Alemão,⁴⁰³ Alexy formulou uma regra para a fundamentação da ponderação. Diz o autor que quanto maior é o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, maior tem de ser a importância da satisfação do outro princípio;⁴⁰⁴

³⁹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 131-133.

⁴⁰⁰ COELHO, 2003, p. 102.

⁴⁰¹ Alexy utilizará este argumento para refutar as acusações de casuismo lançadas contra a ponderação. Ele se refere a esta tese como aquela “segundo a qual as ponderações conduzem a ‘decisões particulares’” (ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 167). Sem dúvida, a pretensão de universalidade lançada pelas decisões que compõem o sistema de condições de reciprocidade merece discussão.

⁴⁰² ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002, p. 268.

⁴⁰³ “*El derecho de libertad del individuo se manifiesta [...] con tanta más fuerza, cuanto más se cuestiona su derecho a la libre elección de la profesión; la protección de la comunidad s tanto más urgente, cuanto mayores son los inconvenientes y peligros que pudieran resultar para la comunidad de una libertad total de ejercicio de la profesión. “Cuanto más afecte la intervención legal expresiones elementares de la libertad de acción humana, tanto más cuidadosamente tienen que ponderarse las razones presentadas para su fundamentación frente al derecho fundamental de libertad del ciudadano.” “Además, resulta que [...] la ponderación necesaria tiene, por una parte, que tener en cuenta la intensidad de la intervención en el ámbito de la personalidad a través de una emisión radial de este tipo; por otra, hay que evaluar el interés concreto a cuya satisfacción sirve la emisión y para la que es adecuada...”* (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b, p. 160).

⁴⁰⁴ “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*” (ALEXY, 1993b, p. 161).

em outras palavras, um princípio sofre limitações proporcionais à importância do cumprimento do outro princípio. Esta regra é chamada de Lei da Ponderação.

Para explicar a ponderação nos três planos, Alexy utiliza dois exemplos: o primeiro, o da obrigação das fábricas produtoras de cigarro de apresentar a advertência em seus pacotes quanto aos danos produzidos pelo cigarro; o segundo, uma hipotética proibição aos padeiros de produzirem doces, bolos e tortas pelos possíveis danos que causam à saúde.

No caso das fábricas de cigarros, no primeiro plano, a intervenção no âmbito profissional não seria intensa. A indústria continuaria a produzir e vender o cigarro, assim como a fazer propagandas, competindo somente às fábricas demonstrarem os malefícios advindos do uso do produto. No segundo plano, verifica-se que a importância dos fundamentos que justificariam a intervenção é enorme, pois, como se sabe, o uso do cigarro pode provocar inúmeras doenças respiratórias, além de diversos tipos de câncer. No último plano da ponderação, a intervenção ocorreria especificamente quando o Ministério da Saúde obriga os fabricantes a divulgar, nos maços e nos anúncios de cigarros, advertências quanto aos malefícios provocados pelo uso do cigarro.

Já no caso da proibição aos padeiros, a intensidade da intervenção no direito ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão⁴⁰⁵ seria muito drástica. A profissão perderia seus principais objetivos. É certo que ainda se poderiam produzir certos tipos de pães, mas a profissão ficaria bastante abalada, diferentemente do que ocorre no caso das fábricas de cigarros. Os fundamentos que justificariam essa intervenção são de média importância. A ingestão indiscriminada de bolos, pães e tortas pode vir a causar doenças nos dentes, obesidade e algumas outras patologias. Percebe-se que os motivos da intervenção, no caso dos padeiros, seriam muito menos importantes do que no caso dos fabricantes de cigarros, e as consequências causadas pela intervenção seriam opostas, muito maiores para os padeiros do que para os produtores de cigarros.

⁴⁰⁵ Na Constituição Federal do Brasil, art. 5º, XIII.

Em outro exemplo, Alexy utiliza a dicotomia entre a liberdade de expressão e os direitos à imagem e honra. Uma revista satírica, *Titanic*, referiu-se a um oficial de reserva paraplégico, ao ser chamado para a atividade, como “assassino nato”⁴⁰⁶ e, em outra edição como “aleijado”. Em instância anterior, a revista foi condenada a indenizar o oficial, reparando os danos causados à imagem e à honra do oficial. A revista recorreu e a Corte Constitucional Alemã, utilizando a ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à honra, considerou a decisão anterior como uma séria interferência na liberdade de expressão, pois a indenização poderia afetar a utilização futura de novas expressões. O medo de pagar novas indenizações no futuro poderia restringir em muito a liberdade de expressão da revista.

Levando-se em conta o tipo de revista e as expressões que comumente utiliza para pessoas famosas, a expressão *born murderer* foi considerada como uma interferência moderada, até pequena. Já a expressão “aleijado” foi considerada uma interferência séria ao direito de personalidade, uma vez que é humilhante e desrespeitosa.

Alexy conclui:

O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro se refere ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação.⁴⁰⁷

2.6. Os votos do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Marco Aurélio

⁴⁰⁶ *Born murderer.*

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, dez. 1998, p. 7.

Seguindo o princípio da proporcionalidade acima esboçado, no caso Ellwanger, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser a restrição do direito à liberdade de expressão proporcional e justa, tendo prevalecido o princípio do direito a não ser discriminado. Identificou como adequada a condenação do paciente, pois se conseguiu alcançar o resultado desejado, a proibição de atitudes racistas e discriminatórias, garantindo a dignidade dos judeus e uma sociedade mais pluralista e tolerante.

Considerou necessária a decisão de negar o *habeas corpus*, por entender que não haveria outro meio igualmente eficaz que trouxesse menos prejuízo ao princípio da liberdade de expressão. Por fim, afirmou estar presente o princípio da proporcionalidade estrito senso, uma vez que se fez necessária a restrição da liberdade de expressão para alcançar uma sociedade mais justa e plural.

Assim escreveu o Ministro:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reina a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF), do pluralismo político (art. 1, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art.5, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

[...]

A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário auferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa

liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.

Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.⁴⁰⁸

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, desde o início ressaltou que as principais questões a serem tratadas no caso seriam as referentes à eficácia dos direitos fundamentais, à prática do princípio da ponderação e ao problema de colisão entre a liberdade de expressão e a proteção à dignidade do povo judeu.

O Ministro exaltou a extrema importância do princípio da liberdade de expressão, enquanto sustentáculo eficaz do princípio democrático, assim como de uma sociedade livre e plural, que possibilita a expressão de diversas e distintas ideologias.

Resume o Ministro:

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as idéias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário.

[...]

A importância do princípio vai além. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle de atividade governamental e do próprio exercício do poder. Esta dimensão foi até mesmo fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade para exprimir os seus pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da administração pública.

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n. 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 77.

em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por conseqüência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra da sociedade.⁴⁰⁹

Ressaltou, também, a importância da liberdade de expressão como sustentáculo da democracia, que permite ao ser humano expressar seus pensamentos ainda que de encontro às ideias da maioria. Na realidade, não existiria uma verdade única, imutável no passar do tempo. As opiniões transformam-se e ganham novos adeptos até que a minoria vira maioria e a maioria, minoria. Assim, teria acontecido com o pensamento acerca da escravidão e muitos outros. Desse modo, não existiria uma verdade absoluta capaz de restringir ou limitar a liberdade de pensamento a determinado assunto, até porque as afirmações mais aceitas podem conter pequenos erros e as ideias erradas podem conter elementos corretos.

O ministro Marco Aurélio chegou a afirmar que a única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido.⁴¹⁰ O que ele defende é, na verdade, a restrição da liberdade de expressão somente quando a forma ou os meios de comunicar ou difundir suas opiniões forem demasiadamente agressivos, violentos ou arbitrários.

Seguindo o Ministro Gilmar Mendes, Marco Aurélio adota a doutrina de Alexy acerca da colisão dos princípios e sua forma de solução. Ele salienta que o princípio da liberdade de expressão não é absoluto e, como tal, encontra limites nos demais direitos fundamentais, como inclusive dispõe a Constituição Federal.

Entende ele que o autor defendeu uma ideologia que pode causar, e comumente causa, repúdio a muitos, o que não deixa de ser a defesa de uma crença. Em momento algum o livro teria levantado a questão da raça aariana ser superior à raça judaica. Pelo contrário, o autor teria afirmado que a raça judaica pregava a sua superioridade sobre os alemães. Assim, por mais que a maioria da população não concorde com as ideias ali expostas, o

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n. 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 173.

⁴¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 176.

paciente deveria ter resguardado seu direito à livre publicação de seus pensamentos, haja vista que o paciente desenvolvera uma pesquisa baseando-se em documentos e fatos históricos verídicos, que permitiriam diversas interpretações. Assim, a atitude de Siegfried Ellwanger estaria situada no campo do livre debate de ideias, estando acobertado pela convicção político-ideológica e a livre manifestação do pensamento.

Ao contrário do que expressou o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio acreditou que a condenação do editor não era adequada a alcançar tal fim, uma vez que a transmissão de ideias a terceiros não significa necessariamente que estes passem a concordar com as ideias e a discriminar os judeus.

Com relação à necessidade, afirmou o Ministro que, não existindo outro meio menos gravoso para se alcançar o fim desejado, seria melhor que não se aplicasse a restrição e que se desse ao paciente a possibilidade de manifestar seu pensamento.

O Ministro Marco Aurélio afirmou, ainda, que não existiria proporção na restrição da liberdade de expressão, uma vez que seria um meio muito oneroso e gravoso para se obter um resultado que não se saberia se iria ser alcançado.

Analisou, portanto, de forma restritiva o artigo 5º, XLII da CF acerca da imprescritibilidade do racismo. Entendeu que a imprescritibilidade é uma exceção à regra e deveria permanecer como adjetivo somente do racismo em sentido estrito, ou seja, da discriminação com relação à cor.

Assim, ao final de seu voto, resume:

Por tudo isso, a interpretação do inciso XLII do art. 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional penal aberto imprescritível, algo, portanto, impensável em um sistema democrático de direito. As demais condutas discriminatórias são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto.

A interpretação das normas constitucionais não pode ser feita a partir das normas ordinárias. As normas constitucionais, por originarem todo o sistema jurídico, definem o caminho que a legislação ordinária deve seguir. O racismo contra os negros, este sim previsto na

Constituição, é tão somente uma das formas de discriminação e, por ser a mais grave delas – tida como enraizada na vida dos brasileiros – surge imprescritível. Do contrário, corre-se o risco de ver solapado o significado do preceito constitucional, ao sabor de mero alvitre do legislador ordinário e, assim, dar-se-á a inadmissível interpretação da Carta a partir da legislação infraconstitucional. Ora, o paciente foi denunciado e condenado como incurso nas penas do artigo 20 da Lei 8.081/90 e, tomados os atos praticados, tem-se, no máximo, a simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a causa da imprescritibilidade, no inciso XLI do artigo 5 da Constituição, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Daí a procedência dos termos da impetração, no que refutada a prática do crime de racismo e pretendido o reconhecimento da prescrição. Concedo a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo e concludo pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como o fizeram os Ministros Moreira Alves e Carlos Britto.⁴¹¹

É sobre estas considerações que Marcelo Cattoni tece uma crítica sobre as decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, tendo em vista que ambos chegaram a soluções opostas pelo fato de possuírem pré-compreensões diversas acerca do que seriam as finalidades e os valores a serem alcançados pela decisão.⁴¹² Cattoni afirma:

Várias críticas podem ser feitas ao raciocínio da ponderação de valores. Afinal, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, abusiva, criminosa, ou, então, do exercício regular, e não abusivo, de um direito. *Tertium non datur!* Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito a liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita?

[...]

Com o ‘HC sobre o racismo’, o Supremo Tribunal assume explicitamente a tarefa de empreender uma reflexão sobre o que seria uma ‘metódica constitucional’ adequada à

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 195.

⁴¹² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n.º 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203.

proteção dos direitos fundamentais. Contudo, a alternativa que se delineia, fortemente influenciada pela 'jurisprudência dos valores', não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, já que, por um lado, submete o exercício desses direitos a um cálculo de custo/benefício e, por outro, faz do tribunal um poder legislativo de segundo grau, a controlar positivamente as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus onze Ministros considerem ser o melhor – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira. E, tudo isso em função da realização de premissas materiais, elas próprias não discutidas, ao longo dos votos.⁴¹³

Nesse sentido, a adjudicação de direitos deve ser orientada por um sistema de normas e não de valores. Quando da utilização de um sistema baseado em normas, a decisão leva em consideração aquilo que deve ser feito; no caso de uma jurisprudência de valores, decide-se o que é preferível. Assim, mesmo que a decisão chegue a um resultado, *a priori*, correto, este correto no mundo dos valores é o comportamento que, ao final, mostre ser o melhor para uma certa cultura ou forma de vida.

A decisão do Supremo, portanto, ou considera que a sociedade, toda ela, comunga os mesmos pontos de vistas, que compartilha dos mesmos costumes e que possui as mesmas visões de mundo, ou decide simplesmente pelo que os próprios Ministros entendem como preferível e de mais bom gosto.

Da leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes, pode-se depreender que ele o baseou na teoria da proporcionalidade e da ponderação, que Alexy descreve como um método para a solução fundamentada de problemas concretos de colisão entre princípios.⁴¹⁴

Entretanto, uma análise mais detalhada revelará que a decisão pode ser vista e interpretada, mais corretamente, conforme a teoria da adequabilidade de Klaus Günther.

⁴¹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC nº 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203.

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993a, p. 160.

2.7. Teoria da Adequabilidade de Klaus Günther

Na verdade, em seu voto, o Ministro utilizou um código binário de direito, localizando a atitude de Siegfried Ellwanger dentro de um dos dois direitos pretensamente colidentes, a liberdade de expressão e a igualdade racial. Ou seja, a atitude, no caso concreto, encontra-se protegida por um ou outro direito. Portanto, existe mais de uma norma válida e *prima facie* aplicável ao caso concreto, porém cabe ao juiz determinar qual delas se adéqua às circunstâncias do caso em questão.

Foi exatamente como procedeu o Ministro Gilmar Mendes em sua decisão. Ele delimitou aquilo que se entendia por raça e por racismo, aceitou como válidas e *prima facie* aplicáveis os princípios da liberdade de expressão como pedra angular do sistema democrático e o princípio da igualdade racial como um dos pilares da democracia.

Segundo Mendes, a liberdade de expressão não se afigura absoluta no texto constitucional. Ela encontra limites também no que diz respeito a manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e tolerância entre os diversos grupos.

Logo, deve-se entender que a liberdade de expressão não se adéqua a todo e qualquer caso em que alguém se expresse pela linguagem: há limites na sua adequação e apenas diante do caso concreto é que se poderá verificar se ela pode ser aplicada ou não. O que não pode ocorrer, como pretende Alexy, é que o princípio da liberdade de expressão seja aplicado como um mandado de otimização. A graduação consiste no fato de que as possibilidades jurídicas e fáticas determinam o maior ou menor grau de satisfação de um princípio. A otimização é consequência deste primeiro aspecto. Um princípio deve ser cumprido na maior medida possível, em outras palavras, o seu grau de satisfação deve ser otimizado.

Ora, isso não pode ocorrer. A questão entre valores e princípios diz respeito à diferença entre o código dos valores, que é gradual, e o código do Direito, que é binário. Se há a possibilidade de preferir um princípio a outro é porque ele é mais atrativo do que o contrário. Em uma perspectiva

deontológica, há uma pretensão binária de validade. A norma não é mais ou menos realizada ou ordenada. Ela se submete a uma noção binária. Pela visão de Alexy, um princípio poderia fazer com que não se alcançasse um grau ótimo em sua aplicação, o que corresponderia dizer que a norma fora mais ou menos cumprida. O direito ou é obedecido, ou não é. O direito subjetivo não pode ser mais ou menos: ele não se submete a um peso gradual, que pode ceder tanto perante outros direitos como perante metas coletivas.

Em consequência, adequabilidade não é ponderabilidade material de comandos otimizáveis com base num princípio da proporcionalidade. O Direito, ao contrário do que pretende uma jurisprudência de valores, possui um código binário, e não um código gradual em que normas possam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca do que é justo para todos, mas também acerca do que é bom, no todo e a longo prazo, para nós. Isso não quer dizer que elas sejam ou devam ser tratadas como valores.

As normas, quer como regras, quer como princípios, visam ao que é devido, são enunciados deontológicos: à luz de normas, põe-se decidir qual a ação ordenada. Já os valores visam ao que é bom, ao que é melhor; condicionados a uma determinada cultura, são enunciados teleológicos: uma ação orientada por valores é preferível. Ao contrário das normas, valores não são aplicados, mas priorizados.

Nesse sentido, o conflito de normas não é resolvido no plano de um conflito de validade, mas no que tende a variações semânticas relacionadas e relacionáveis perante um caso concreto. Esses conflitos de normas são tão invisíveis longe do concreto que sua possibilidade de existência depende da constelação de características da situação. A predeterminação de uma ordem concreta de valores leva a inconvenientes que não permitem uma aplicação apropriada. É o perigo que a teoria de Alexy representa se importada fosse para o seio do processo jurídico de argumentação. A coerência é estabelecida perante cada caso. Mas como responder à questão sobre como se constrói um juízo de adequabilidade coerente em meio a tantas normas aplicáveis? O estabelecimento desse critério procedimental consiste em uma compatibilidade nos termos de qual

norma pode ser mais bem justificada em relação a todas as outras aplicáveis *prima facie* em determinada situação.

Basta, portanto, que se releia, agora sob outra perspectiva, o trecho citado do voto do Ministro Gilmar Mendes para que se perceba como a teoria da adequabilidade de Günther se aplica à decisão.

Escreveu o Ministro:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reina a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF), do pluralismo político (art. 1, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art.5, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.⁴¹⁵

Aqui, o Ministro afirma que a aplicação do princípio da igualdade é adequada e coerente com o sistema normativo, pois se não existe outro meio menos gravoso, é porque não existe outra norma que seja mais adequada ao caso concreto. Dentre todas as normas *prima facie* aplicáveis, a que melhor se adéqua às particularidades do caso Siegfried é a da igualdade e não a da liberdade.

Assim, não há como aplicar, ao mesmo tempo, de forma otimizada, os dois princípios. É impróprio que se diga que o voto do Ministro aplicou a igualdade racial em maior intensidade que a liberdade de expressão. O que ocorreu foi que, durante o discurso de aplicação, a norma relativa à igualdade racial foi entendida como a que melhor se adequava ao caso concreto, em conformidade e coerência com o sistema normativo. A conduta de Siegfried Ellwanger não poderia ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 77.

e como ilícita, sem quebrar o caráter deontológico ou normativo do Direito. Caso contrário, haveria uma conduta meio lícita, meio ilícita.

Continua o voto do Ministro:

A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário auferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja, a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.

Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.⁴¹⁶

Gilmar Mendes afirmou claramente que não se contestava a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão, ou seja, que não se discutia, na ocasião, um problema de validade da norma, mas sim a sua aplicação. A discussão, portanto, não se insere dentro do discurso de justificação da validade da norma, mas sim no discurso de aplicação de Günther. Para Mendes é inegável que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência. Logo, ela não poderia ser aplicada, pois não era a norma mais adequada às circunstâncias do caso Ellwanger.

Günther afirma a necessidade de se distinguir os discursos práticos gerais em discurso de fundamentação e discurso de aplicação, uma vez que os critérios que servem para fundamentar a validade de uma norma não coincidem com aqueles utilizados para indicar a adequação de uma norma válida a uma determinada situação. Sua tese gira em torno, pois, destas duas

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 77.

modalidades: a justificação da validade de uma norma geral e a justificação da pertinência da aplicação de uma norma geral a um caso concreto.

A continuación quiero aclarar la propuesta de que los argumentos de coherencia son esenciales sobre todo para la aplicación imparcial de normas. Para este fin introduciré y justificaré por medio de la ética discursiva la diferenciación entre fundamentación y aplicación de las normas. A continuación explicitaré el principio de la interpretación coherente como aquel principio con el que podemos justificar en los discursos de aplicación la pretensión de una aplicación adecuada de una norma válida. El modo de empleo del principio de coherencia, reconstruido desde la perspectiva de un participante en una argumentación moral, lo aplicaré finalmente a la argumentación jurídica.⁴¹⁷

Günter diferencia, portanto, em sua teoria, o discurso de fundamentação ou de justificação e o discurso de aplicação.⁴¹⁸

Segundo o autor, uma justificação discursiva de normas válidas tem de assegurar que a observância geral de uma norma representa um interesse geral, universal, em seu seguimento geral. Este interesse universal requer a consideração recíproca dos interesses de cada um:⁴¹⁹ “Uma norma é válida se as conseqüências e efeitos secundários (*side effects*) resultantes para os interesses de cada indivíduo de sua observação generalizada sob as mesmas circunstâncias puderem ser aceitos por todos eles”.⁴²⁰ Sendo assim, a norma se justifica se todos os destinatários puderem aceitá-la em função das razões apresentadas.

Acontece que para que esse resultado seja alcançado, deveriam existir determinadas condições ideais de argumentação. Essas condições ideais assegurariam a reciprocidade universal da validade da norma. Seriam regras de consistência semântica necessárias para cada tipo de argumentação,

⁴¹⁷ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

⁴¹⁸ As traduções do texto de Günther para o espanhol utilizam a expressão “discursos de fundamentación” em contraposição às traduções em português que utilizam “discursos de justificação”. Optamos por utilizar ambas para facilitar o entendimento do texto.

⁴¹⁹ GÜNTHER, 1995, p. 278.

⁴²⁰ GÜNTHER, K. *The sense of appropriateness*. Application discourses in morality and law. Trad. John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993, p. 35.

regras para a organização de uma conversação e regras assegurando a participação livre e igual de todos os envolvidos.

Deveria existir, ainda, outra condição ideal, segundo a qual os participantes do discurso devem dispor de tempo ilimitado e conhecimento infinito que lhes dê a possibilidade de prever e levar em consideração todas as consequências e efeitos que a observância de uma regra geral pode ter para o seu interesse, em cada um dos possíveis casos de aplicação.

Assim, haveria uma norma perfeita quando se pudesse prever todas as hipóteses de sua aplicação no futuro, determinando-se, previamente, as consequências e os efeitos de sua observância. Para compreender esta ideia, podemos examinar uma hipotética “norma perfeita”.⁴²¹ Essa norma distinguir-se-ia das demais por regular sua própria aplicação. Como podemos conceber tal norma? É lugar comum na teoria do Direito que as normas não regulam sua própria aplicação. Que característica ou exigência essa “norma perfeita” deveria possuir ou impor para que tal propriedade lhe fosse outorgada? Günther entende por “norma perfeita” aquela em cuja fundamentação estivessem contidas absolutamente todas as suas possibilidades concretas de aplicação. É precisamente aqui que se revela a força heurística, uma vez que essa condição é “abertamente irrealista”. Não é possível satisfazer essa exigência. E por quê? Porque a complexidade do real exigiria, daquele que fundamenta a validade de uma norma, tempo e conhecimento infinitos. Esta seria a única possibilidade de admitir, ao ajustar a validade de uma norma, o conhecimento exaustivo de todas as situações às quais ela irá ser aplicada.⁴²² No entanto, a norma perfeita é flagrantemente problemática e impossível de ser realizada, uma vez que os participantes do discurso não possuem nem tempo ilimitado, muito menos conhecimento

⁴²¹ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

⁴²² “O ideal de uma norma ‘perfeita’ vai ao encontro de nossas intuições morais, mas resulta problemático por diferentes razões. Por um lado, é abertamente irrealista a hipótese de que os participantes em um discurso possam encontrar-se alguma vez na situação de poder dispor de um saber ilimitado e de um tempo infinito. Apesar de tudo, poderia tratar-se de um requisito suposto que somente é satisfeito de modo contrafático. Pois a hipótese de um saber ilimitado e um tempo infinito, do mesmo modo que as restantes condições idealizadas de argumentação, fariam parte dos requisitos pragmáticos de uma argumentação sobre a pretensão de validade de uma norma. Mas parece questionável – e aqui se encontra o outro problema conceitual – que tal vinculação [entre as condições idealizadas e a validade da norma] seja necessária” (GÜNTHER, 1995, p. 279).

infinito, razão pela qual se deve diferenciar o discurso de justificação do discurso de aplicação.

Una norma fundamentada de tal manera sería 'perfect'. Podría regular su propia aplicación, porque todas sus posibles aplicaciones individuales habrían sido tema de discurso y la adecuación de su aplicación pertenecería al significado de su validez.(...) El ideal de una norma perfecta sale al encuentro de nuestras intuiciones morales, pero resulta problemático por diferentes razones. Por un lado es abiertamente irrealista la hipótesis de que los participantes en un discurso puedan encontrarse alguna vez en la situación de poder disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito.⁴²³

A validade de uma norma não consiste na sua perfeição, mas na compatibilização com um interesse universalizável, dada em situações iguais em quaisquer casos de aplicação.⁴²⁴ Para a verificação da validade não se leva em conta as características do caso concreto, mas o fato de as premissas respeitarem o interesse comum, geral.

Günther cita o exemplo de indivíduo que prometera comparecer à festa de um amigo e que ficou sabendo que outro amigo estava ferido, necessitando urgentemente de sua ajuda. Há duas normas possíveis: a que manda que as promessas devam ser cumpridas e a que exige que se ajude um amigo em caso de emergência. Neste caso, vê-se que ambas as normas são válidas, pois respeitam um interesse geral, apesar de colidirem no caso concreto. Porém a fundamentação ou justificação da validade da norma não toma as características do caso concreto em conta. Ela apenas prevê se as normas são universalizáveis. Ele, o jurista, cuida de saber quais normas no ordenamento são válidas. Segundo o exemplo de Günther, quando a aplicação de uma norma sempre signifique a violação de um interesse universalizável, a norma não é válida. Para o discurso de justificação basta a aferição de validade da norma, isto é, a verificação de que há reciprocidade de interesses em

⁴²³ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

⁴²⁴ LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 507.

circunstâncias constantes. No discurso de justificação, não se levam em conta considerações sobre hipóteses de conflito aparente em situações concretas de aplicação. Observa-se, no exemplo citado por Günther, que ambas as normas morais representam interesses moralmente universalizáveis, logo, são válidas. Mas dizer que elas são *'prima facie'* aplicáveis não é suficiente, pois permanece a questão de saber qual deve ser aplicada.

Deseo defender la tesis de que con la fundamentación imparcial de la validez de una norma pensamos algo diferente a su aplicación imparcial en un caso particular. Debería señalarse que a nuestra comprensión pragmática de una norma válida no pertenece la adecuación de su aplicación en cualquier caso particular, por lo que tampoco sería necesaria aquella hipótesis irrealista de que debamos estar en la situación de prever todas las colisiones pensables de intereses en todos os posibles casos particulares. Para la adecuación de la aplicación de una norma válida habría que reflexionar si se puede destacar de otra manera el aspecto de razón práctica.⁴²⁵

Günther deixa claro, assim, que existe uma diferença entre o discurso de justificação ou de fundamentação da norma, que se refere à validade, e o discurso de aplicação da norma considerada válida.

O discurso de aplicação refere-se à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade, sempre pressupondo um 'pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas', a serem argumentativamente problematizadas.

O que importa, aqui, é o modelo de aplicação como argumento de adequabilidade.

O discurso de aplicação não se refere à validade de uma norma, mas à adequabilidade de sua referência a uma situação. Já que cada norma registra somente aspectos específicos de um caso individual, situado no mundo da vida, o discurso de aplicação deve determinar quais são as descrições de fatos relevantes para a interpretação da situação em um caso controverso, bem como determinar qual dentre as normas *prima facies* é a adequada, uma vez que todas as características significativas da situação

⁴²⁵ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995, p. 279.

tenham sido registradas de forma tão completa quanto possível.⁴²⁶

Desta maneira, um juízo singular deve fundar-se no conjunto de todas as razões pertinentes, com vistas a uma interpretação completa da situação. Então, cabe ao juiz desenvolver um senso de adequabilidade. Mesmo que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, da perspectiva dos discursos jurídicos de justificação, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto: a colisão de normas não pode ser reconstruída como conflito de pretensões da validade, porque as normas em colisão ou com variantes semânticas concorrentes somente adentram uma relação reciprocamente determinante entre si em uma situação concreta.

Discursos de aplicação referem-se justamente ao complemento que se dá às normas válidas *prima facie* ao se proceder a uma descrição completa da situação. Retomando o exemplo de Günther, ambas as normas são válidas, mas permanece o conflito entre elas. Esse conflito, no entanto, é aparente: na verdade, as normas não estão em choque recíproco; a questão é saber qual delas é adequada àquele caso específico.

Para Klaus Günther, cada caso é um caso e os participantes do discurso argumentativo somente poderão alcançar a resposta correta para a situação, como quer Dworkin, quando as circunstâncias estiverem definidas de maneira clara, em um processo concreto, levado adiante por sujeitos também concretos em condições determinadas. A aplicação adequada de uma norma demanda uma reconstrução discursiva do evento subjacente e do ordenamento para que se descubra qual a norma aplicável.⁴²⁷

Assim, ao tomarmos conhecimento de um fato, podemos tomar as normas como somente *prima facie* aplicáveis. Todo o Direito surge como sendo, em princípio, aplicável em sua totalidade de princípios válidos. Todavia, o juízo de adequabilidade perante essas normas válidas é que permitirá aos envolvidos alcançar, com retidão, aquela norma não meramente aplicável

⁴²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 271.

⁴²⁷ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

prima facie. Entre a consideração das “normas candidatas” (*prima facie* aplicáveis) e a opção pela norma adequada entremeia-se o discurso que envolve, necessariamente, a reconstrução completa da situação de fato. Conclui-se, pois, que não basta uma descrição ‘completa’ do fático: ela tem que se relacionar com todas as normas aplicáveis, ainda que de maneira virtual – o que leva, também, a uma reconstrução interpretativa e realizativa do Direito.

Günther considera, portanto, fundamental para uma argumentação apropriada, a coerência do sistema normativo. A leitura da norma como adequada há que ser também coerente com o sistema. Ressalta o autor que o conflito de normas não é resolvido no plano de um conflito de validade, mas no que tange a variações semânticas relacionadas e relacionáveis perante um caso concreto.

Mas, mais do que isso, desde a perspectiva da Teoria do Discurso, Günther acrescenta a necessidade de se assegurar que cada um dos que participam do processo argumentativo possam reciprocamente se colocar na posição do outro, sem ficar numa posição privilegiada, de forma a garantir a inteireza do princípio da universalização. Segundo Günther, as regras dedutivas clássicas são cegas à avaliação dos casos particulares, a partir dos quais serão tomados os dados que permitirão chegar à conclusão. Já que não há uma norma ideal, todas as normas padecem da necessidade de serem complementadas pelos dados do caso concreto para terem condições de aplicação.

Sobre isso, escreve Juan Carlos Velasco Arroyo:

Günther recupera la idea, ya defendida con mayor detalle en su anterior libro de que en los discursos prácticos generales es preciso distinguir entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación, pues los criterios que sirven para dilucidar la validez de una norma no coinciden con los utilizados para indicar la adecuación de una norma válida a una determinada situación. El razonamiento práctico tiene, pues, dos modalidades: la fundamentación de la validez de una norma general y la justificación de la pertinencia de la aplicación de una norma general a un caso particular. El principio de universalidad, característico en el ámbito de la fundamentación o justificación de normas, halla su

equivalente en el principio de adecuación cuando pasamos al terreno de la aplicación de normas.⁴²⁸

Existe, aqui, uma certa identidade com a proposta de Ronald Dworkin. Tanto Günther como Dworkin entendem que os casos concretos colocam em movimento um processo hermenêutico reconstrutivo, por meio do qual se focaliza a convergência coerente de todo o sistema jurídico sobre o momento de aplicação. Com base na teoria discursiva, Günther pressupõe a intersubjetividade como respaldo da tarefa reconstrutiva, orientada pela coerência como uma regra de argumentação a ser respeitada no discurso de aplicação.⁴²⁹ Já Dworkin utiliza a figura de um juiz Hércules que possui conhecimento e tempo infinitos, bem como o “tecido cerrado dos elementos do direito vigente, que ele encontra diante de si ligados através de fios argumentativos”.⁴³⁰

Habermas concorda, em vários momentos, com as conclusões alcançadas por Günther:⁴³¹

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. [...] Na medida em que um tribunal constitucional adota a

⁴²⁸ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

⁴²⁹ É importante assinalar que a ideia de coerência assume uma dimensão regulativa para Günther, como deixa transparecer o seguinte trecho: “É evidente que nunca poderemos alcançar faticamente esta ideia de um sistema coerente de todas as normas válidas. Em seu estabelecimento, trabalhamos em cada situação de aplicação, cuja descrição completa muda a matriz das normas que potencialmente colidem entre si. Se cada norma válida precisa de um complemento de todas as outras normas aplicáveis em uma situação, então seu significado se altera em cada situação. Deste modo, somos dependentes da *história*, pois somente ela produz situações imprevisíveis, que nos forçam cada vez a uma interpretação diferente do conjunto de todas as normas válidas” (GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995, p. 273, p. 294) (destacamos).

⁴³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 263.

⁴³¹ HABERMAS, 1997, p. 314.

doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo de juízos irracionais porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.⁴³²

2.8. A decisão final do Supremo Tribunal Federal

A decisão final do Supremo Tribunal Federal levou em conta o conceito político social ou cultural de raça para concluir pela possibilidade de se cometer o crime de racismo contra o povo judeu, sem considerar o conceito biológico. A ementa resume a decisão:

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam com espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais⁴³³.

Considerou também, que o paciente incidiu no crime de racismo e que, no caso concreto, deveria prevalecer a igualdade racial e a dignidade humana das vítimas sobre a liberdade de expressão.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que judeus não são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

⁴³² IBID., p. 321-322.

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 8.

12. Discriminação que no caso se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionadas, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.⁴³⁴

O *habeas corpus* foi, portanto, denegado pela votação de 8 a três, sendo derrotados os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Moreira Alves.

A decisão da maioria foi coerente com um Estado Democrático de Direito, com base em uma racionalidade comunicativa de incorporação da diferença na construção de uma identidade constitucional aberta. No entanto, quanto à forma e à utilização da jurisprudência dos valores, a decisão findou por não considerar o caráter deontológico do Direito, tornando a decisão uma mera escolha de gosto ou preferência individual como bem se pode perceber da comparação entre os votos do Ministro Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que chegaram a conclusões divergentes.

A jurisprudência dos valores leva a um julgamento daquilo que seria proporcionalmente melhor à promoção da democracia. Ela não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, pois submete os direitos a um cálculo de custo/benefício.⁴³⁵

⁴³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 9.

⁴³⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n.º 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203.

A jurisprudência de valores, ao permitir a aplicação gradual das normas, em uma maior ou menor medida, acaba negando o caráter obrigatório deontológico do Direito.

É neste sentido que Cattoni afirma:

Tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desse valores, pois só haveria democracia, nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política, ou compartilham, ou tenham de compartilhar, de um modo comunitarista, os mesmos pressupostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo. Ou, o que também é incorreto, que os interesses majoritários de uns devem prevalecer, de forma utilitarista, sobre os interesses minoritários de outros, quebrando, assim, o princípio do reconhecimento recíproco de iguais direitos de liberdade a todos.⁴³⁶

A Suprema Corte, ao utilizar a doutrina de ordem de valores, usou o direito em um sentido teleológico, transformando a Constituição numa ordem concreta de valores. Nesse caso, o Supremo determinou, por meio de sua preferência, qual direito deveria ser protegido. Utilizou-se de sua visão axiologizante do direito.

Portanto, não se deve interpretar e entender a democracia como regra da maioria, mas, pelo contrário, como um empreendimento político comum. Uma orquestra em que diferentes personagens se unem com a mesma finalidade, respeitando suas diferenças e reconhecendo-se como livres e iguais.

O STF utilizou o Direito e a Constituição para decidir em um caso de preferência. Todos os votos desconsideraram o caráter deontológico do Direito, segundo o qual o Direito deve ser visto como integridade, no sentido de que homens livres e iguais se dão normas para regular suas vidas em comunidade e o ordenamento jurídico deve pretender garantir os direitos de

⁴³⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC nº 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203, p. 56.

igualdade e liberdade, de forma que todos devem ser tratados como iguais, com a mesma consideração e respeito.⁴³⁷

Quando se consideram os valores como fundamento para a decisão, assume-se uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental, vez que se leva em conta não propriamente o que é correto, mas aquilo que é bom . Ocorre que nem sempre o que é bom é correto.⁴³⁸

Os ministros que se posicionaram a favor do deferimento do *habeas corpus* entenderam a liberdade de expressão como incluindo o direito de diversidade de opiniões, ajudando a formar uma convicção soberana e livre, defendendo o seu caráter contra-majoritário. O que não se percebeu, no entanto, é que o discurso do ódio possui em sua essência uma noção de desigualdade impossível de ser aceita, noção que parte do pressuposto de que os judeus e os negros são sujeitos diversos de direitos e/ou sujeitos de direitos diversos. A liberdade de expressão deve servir com caráter contra-majoritário no momento em que, reconhecendo seus sujeitos como iguais, defende ideias diversas.

O discurso do ódio, ao tentar encontrar justificativa na liberdade, acaba por comprometer um dos pilares da democracia, qual seja, a igualdade. Não há como entender, portanto, a liberdade como o direito de se fazer tudo aquilo que a lei não proíba expressamente. A liberdade somente pode, e deve, ser entendida como o respeito à igualdade e ao direito de sermos diferentes, respeitadas as divergências.

Assim é o antissemitismo que entende o judeu como de natureza inumana, servil, arrogante, ambiciosa, hipócrita. Ele jamais é percebido como um cidadão comum.⁴³⁹ Ele é o “medo da condição humana”⁴⁴⁰, o “desvelamento de verdades que se tornam delirantes”.⁴⁴¹

⁴³⁷ OMMATI, José Emílio Medauar. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do Ministro Carlos Britto no HC 82.424/RS. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, n. 2, p. 493-507, 2005, p. 19.

⁴³⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 181.

⁴³⁹ MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 71.

⁴⁴⁰ SARTRE, Jean-Paul. Reflexões sobre a Questão Judaica. In: MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 81.

⁴⁴¹ MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 75.

Todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum tipo de impacto na identidade constitucional e, por isso mesmo, requerem justificação. A reconstrução fornece os meios para se realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a condenação das construções associadas ao processo de tomada de decisão constitucional. Em outros termos, a interpretação e elaboração constitucionais introduzem novos elementos que exercem influência na composição das identidades constitucionais.

E, ao contrário da construção de Kelsen, a existência de uma identidade constitucional permanentemente aberta não obstrui a coerência na adjudicação do direito; ao contrário, permite que a cada hipótese interpretativa seja dada solução que lhe é específica e tão única como sejam igualmente singulares as especificidades do caso e, simultaneamente, o conjunto destas decisões guarde entre si uma coerência narrativa que absorva as mudanças e faça do inesperado um enriquecimento na obra narrada.

O HC 82.424/RS abriga a noção de que a proteção jurídica contra o racismo toca, ao fim, o sentido de igualdade e de uma identidade constitucional que deve permanecer sempre em construção para atender ao que o próprio constitucionalismo desencadeia como signo da modernidade: o surgimento codependente e complementar da esfera de autonomia do indivíduo e da esfera pública.

Talvez o principal desafio na proteção dos direitos fundamentais esteja no fato de que qualquer inclusão gera, por sua vez, uma exclusão. Por isso é fundamental que a identidade constitucional seja um processo permanente e aberto no qual inclusão e exclusão estejam sempre juntas: é essa tensão que possibilita a luta e a conquista de concepções cada vez mais ricas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e liberdade de todos.⁴⁴²

⁴⁴² CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

Considerações Finais

O homem é essencialmente linguagem. É esta que nos permite entendermos a nós mesmos e compreender os fenômenos no mundo, bem como criticá-los e buscar uma saída aos problemas. Não existe um fato que não nos chegue por meio de uma compreensão linguística.

É nesse sentido que se deve diferenciar o 'mundo existência' do 'mundo realidade'. Aquele é local dos atos sem qualquer espécie de sentido sobre o próprio fato. Já a realidade é a construção que fazemos dos fatos por meio de nossa linguagem. É por isso que tudo que vemos é realidade, por que enquanto seres humanos linguísticos, não conseguimos nos desfazer dela. Estamos inseridos dentro da linguagem de tal forma que qualquer fato que ocorra só é imediatamente por nós entendido por meio da linguagem.

O que se afirma é que só há sentido dentro da linguagem, pois aquele não se encontra nas coisas em si mesmas, mas na linguagem que utilizamos sobre elas. Daí a enorme importância do discurso, pois é através dele que criamos a própria realidade. Desta feita, a sociedade passou a se utilizar dessa possibilidade para exprimir as mais diversas opiniões e ideias, e até mesmo exercer atos.

Elevada a direito fundamental, a possibilidade que tem o ser humano de utilizar da linguagem de forma livre para constituir o seu mundo e expressar sua ideias, é considerada um dos direitos basilares e fundantes de um Estado Democrático de Direito, protegida por quase todos os países, constituindo um marco do nosso tempo.

Todavia, a forma como a linguagem é utilizada pelas pessoas para expressarem-se, pode adquirir inúmeras funções, desde uma perspectiva meramente descritiva, passando pela realização de um ato solene, chegando até a prática de uma atitude desrespeitosa para com uma pessoa isolada, ou com uma coletividade.

Sendo assim, a linguagem quando utilizada de determinadas formas, constitui muito mais um ato agressivo que uma liberdade de expressão, devendo ser proibida por contrariar a própria ideia base de um Estado Democrático de Direito que é a possibilidade de se exprimir livremente sem sofrer agressões.

Com o grande avanço promovido pela reviravolta linguístico pragmática de Wittgenstein, Austin e Gadamer, a linguagem passou a ter sentido de acordo com o seu uso, com seu contexto, conforme um jogo de linguagem. Ela adquire um caráter transcendental e deixa de ter apenas um caráter descritivo objetivista reducionista, e passa a ser o próprio meio necessário para o conhecimento. Assim, percebe-se que a linguagem não é mais algo estanque que representa o mundo, mas sim dinâmico que depende das práticas sociais para ganhar sentido.

E mais, Austin avança os estudos de Wittgenstein e demonstra que a linguagem não é meramente uma representação do mundo, mas que promove e realiza diversos tipos de atos. Essa concepção compreende a linguagem como um ato de fala que gera inúmeras significações a depender de seu uso.

Hans Georg Gadamer, ao realizar a virada transcendental, tematizou a compreensão como parte inerente do ser histórico. É por isso que devemos afirmar que o sentido de um texto, de uma música, ou mesmo de uma piada, só é demonstrado com base na nossa inserção em determinada tradição.

Desta feita, a compreensão do discurso do ódio caracteriza-se, portanto, através de uma leitura, necessariamente, histórica e temporal, levando em consideração a realidade, a tradição e a linguagem de um determinado momento.

Ele não se restringe a utilização da liberdade de expressão para defender ideias pouco aceitas, mas tem seu conceito construído na concepção de que ele é um ato discursivo do desrespeito, da ofensa em si mesma, que gera a humilhação e degradação de um grupo determinado de pessoas, independentemente da intenção de quem o fez, identificando-se, a partir do caso concreto, por meio da utilização de expressões agressivas conforme o contexto, a prática social e a tradição nela inserida.

O importante é perceber que a liberdade de expressão pode ter com fundamental intenção não a manifestação de um pensamento, mas sim um ato preconceituoso que tem como dimensão principal ofender o outro e imputar sobre ele uma qualidade de não merecedor de um igual respeito.

Sendo assim, o discurso do ódio rompe com a possibilidade da construção de um Estado Democrático de Direito com bases procedimentais tal como concebido em Habermas, posto que tem como principal finalidade a agressão ao outro, destruindo o pressuposto basilar da democracia que é a aceitabilidade e acordo das pretensões de validade e da própria ideia de igualdade entre os participantes do discurso.

O que Habermas pretende é criar um estado democrático com seus alicerces a serem legitimados de forma procedimental, conferindo ao discurso papel central, vez que ele criaria um espaço possibilitador da livre circulação de ideias sobre os mais diversos assuntos de interesse público e a obtenção de resultados intelectual e socialmente razoáveis.

Essa base comunicativa permite e garante a existência de uma linguagem plural, suscetível de possibilitar a sua resignificação por meio dos jogos de linguagem. Essa teoria tem como fundamento último que a norma resultado desse procedimento discursivo legitime-se por meio de uma aceitação dos indivíduos considerados como livres e iguais, em uma posição relativa de horizontalidade e simetria.

Por óbvio, o discurso do ódio não se encaixa nesta teoria. A exclusão do outro através dos ataques promovidos por meio discursivo retira a legitimidade do Estado democrático que é o acordo procedimental e a aceitabilidade de pretensões de validade da própria comunicação. Neste ponto é que a liberdade de expressão é utilizada contra a própria liberdade de expressão. A democracia é utilizada contra a própria democracia.

A liberdade de expressão só ganha verdadeiro sentido em uma sociedade aberta e plural, num espaço público que possibilite o livre intercâmbio de opiniões, desde que garantidos pelos princípios da igualdade e liberdade, em que o exercício dos direitos de uns depende das possibilidades do exercício dos direitos de outros. Portanto, a liberdade de expressão só se manifesta em sua totalidade quando os indivíduos estão munidos de uma igual liberdade.

Assim, tendo em mente o direito como integridade, os princípios constitucionais devem ser entendidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem

enumerados previamente em uma situação específica, nem hierarquizados em qualquer circunstância.

Desta forma, o direito adquire uma função possibilitadora de uma noção universalizante da ideia de portadores de direitos que sabem que obrigações devem ser respeitadas em face do outro, resultando no reconhecimento do outro ser como uma pessoa, sem a necessária estima pelos seus pensamentos ou atos, mas simplesmente reconhecendo-o como ser humano sujeito de direitos e deveres. Nesse sentido, é evidente a inconsistência de um discurso que negue a própria visão do outro como portador de direitos.

A resposta desta tese é clara na sustentação de que o discurso do ódio não pode ser tolerado em uma sociedade democrática que se pretende plural, inclusiva e emancipada.

A igualdade deve ser tomada como uma acepção aberta às diferenças, da igualdade com respeito à diversidade. Somente assim se poderá considerar o “outro” como parceiro igualmente digno em um diálogo moral, jurídico e político. Neste sentido, a noção de igualdade constitucional somente deve ser percebida como uma incorporação da diferença e o papel da adjudicação de direitos fundamentais é precisamente operar de modo contínuo o respeito à pluralidade e à manutenção de sua existência.

A experiência de rebaixamento, humilhação e degradação constitui recusa ao reconhecimento recíproco, causando um mar de angústias. Assim, não há como negar que o discurso do ódio deve ser entendido como violador da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima.

Ele não compreende o outro como um semelhante diferente, mas acaba por permitir uma inferiorização e um desrespeito à dignidade do outro atingido, destituindo-o de seu *status* de cidadão.

A ideia, portanto, de uma acepção intersubjetiva da consciência, na qual só é possível entender a si mesmo como livre e igual quando se conduzir a um entendimento de igual consideração para a efetivação de uma postura de respeito de um outro generalizado, é completamente destruída por um discurso que entende o outro como desmerecedor de iguais direitos.

O exercício democrático pressupõe tratar a todos como iguais independentemente de suas diferenças de gênero, raça, religião ou opção sexual. É nesta perspectiva que o direito de igualdade incorpora a diferença, devendo ser entendido como o direito de ser tratado como um igual e não como o direito a um igual tratamento.

Sob o guarda chuva da Constituição Brasileira, o que ficou claro é que inexiste no Brasil uma legislação específica que trate da temática do discurso do ódio. O que existe são outros institutos, previstos em leis complementares e ordinárias, que indiretamente proíbem tais atitudes.

A mais importante delas é a lei 7.716/89 que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor, bem como estabeleceu, de forma genérica, o que pode ser caracterizado como racismo.

Todavia, por conta da abertura textual e hermenêutica do artigo 20 da mencionada lei, a maioria dos casos que envolvem o crime de racismo são tipificados levando-se em consideração os fatos genéricos previstos nele, além da exigência da comprovação do dolo.

O que se deve entender é que um discurso não é aquilo que alguém quis dizer, mas o que foi efetivamente dito e o que a sociedade interpreta que foi dito. Sendo assim, a caracterização ou não de um ato como racismo não se pode dar exclusivamente com base no que o Juiz entendeu que o réu queria dizer no momento em que disse algo, mas sim pelo que foi efetivamente dito e que repercussão tal discurso gerou.

Outro problema que se percebe é a dificuldade em tipificar determinados atos como racismo ou injúria racial. Da mesma forma, a jurisprudência parece repetir os erros quanto a intenção original do falante. Seria racismo quando o réu direcionar suas palavras de forma genérica à raça negra, e, de outro lado, seria injúria racial, se a intenção do réu foi apenas ofender uma pessoa com base em sua cor.

Doutra feita, o Projeto de Lei 122/06 que visa acabar com o discurso do ódio contra os homossexuais tentando inserir dentro do conceito de racismo a discriminação com base na opção sexual tem sido mais um alvo de discursos que claramente não pretendem discutir ideias.

É exatamente essa pretensa liberdade de expressão que o PL 122/06 tem como foco. É um tipo de discurso que exprime claramente ódio

contra os homossexuais promovendo a discriminação e o preconceito, além de reforçar uma violência simbólica e mesmo física. Não se pode tratar esses discursos simplesmente como indesejáveis. Nesse caso, a própria negativa de um direito vem acompanhada da construção de um discurso que promove a exclusão, a discriminação e o ódio contra os homossexuais.

Outro ponto tratado foi a relação umbilical entre humor e racismo. O que se percebe é que grande parte do humor é baseado na inferiorização de determinados grupos socialmente apartados.

O simples argumento de que o humor não tem como intenção a ofensa ou discriminação, mas sim a possibilidade de provocar o riso, não pode prosperar. Diz-se isso, pois a linguagem somente nos é compreendida por meio da interpretação e do sentido que cada pessoa atribui à determinada fala. Sendo assim, por mais que um comediante não tenha a intenção de ofender um determinado grupo, a sociedade, por meio de seus contornos sociais, pode atribuir sentido diverso ao humor, como o de agressão.

O humor se funda por meio dos valores socialmente compartilhados. Nenhuma piada é um discurso axiologicamente neutro. Nem a piada nem o riso ocorrem no vácuo, seus alicerces são culturais, sociais, políticos e ideológicos.

De todos os casos conhecidos no país, o que tomou maior repercussão e tornou-se o *leading case* sobre o tema foi o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do HC 82.424-RS, em que o réu foi acusado pelo crime de racismo por escrever livros com temas antissemitas, racistas e discriminatórios, procurando com isso incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores os sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

A decisão final do Supremo Tribunal Federal levou em conta o conceito político social ou cultural de raça para concluir pela possibilidade de se cometer o crime de racismo contra o povo judeu, sem considerar o conceito biológico, mas sim social e político.

Considerou também, que o paciente incidiu no crime de racismo e que, no caso concreto, deveria prevalecer a igualdade racial e a dignidade humana das vítimas sobre a liberdade de expressão.

O *habeas corpus* foi, portanto, denegado. Tal decisão foi coerente com um Estado Democrático de Direito, com base em uma racionalidade comunicativa de incorporação da diferença na construção de uma identidade constitucional aberta.

Os ministros que se posicionaram a favor do deferimento do *habeas corpus* entenderam a liberdade de expressão como incluindo o direito de diversidade de opiniões, ajudando a formar uma convicção soberana e livre, defendendo o seu caráter contra-majoritário. O que não se percebeu, no entanto, é que o discurso do ódio possui em sua essência uma noção de desigualdade impossível de ser aceita, noção que parte do pressuposto de que os judeus e os negros são sujeitos diversos de direitos e/ou sujeitos de direitos diversos. A liberdade de expressão deve servir com caráter contra-majoritário no momento em que, reconhecendo seus sujeitos como iguais, defende ideias diversas.

O HC 82.424/RS abriga a noção de que a proteção jurídica contra o racismo toca, ao fim, o sentido de igualdade e de uma identidade constitucional que deve permanecer sempre em construção para atender ao que o próprio constitucionalismo desencadeia como signo da modernidade: o surgimento codependente e complementar da esfera de autonomia do indivíduo e da esfera pública.

Por fim, o que se pode concluir resumidamente é que esta tese procurou demonstrar que não existe uma resposta fácil para o tema do discurso do ódio, devendo-se tratar tal problemática pela sua perspectiva linguística, a ponto de compreender que todo o discurso pode atingir diversas finalidades a depender de seu contexto, e que a finalidade de excluir, diminuir e menosprezar o outro pelo simples fato de ser outro, não se pode condizer com a atual sociedade democrática, muito menos no Brasil que, apesar de possuir uma legislação esparsa, proíbe de forma clara o racismo, restando apenas ao Judiciário compreender que o resultado hermenêutico de qualquer discurso não pode ser dado pela intenção do falante, mas sim pela atribuição de sentidos que a própria sociedade realiza na busca de uma comunidade aberta e inclusiva.

REFERÊNCIAS

ABBAGANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 977/978 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003.

_____. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, dez. 1998.

_____. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993a.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito...*

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Shakespeare, O Mercador de Veneza e a experiência histórica do direito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.) *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série. N. 9. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2002, p. 225-240.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002.

AUSTIN, John Langshaw. *A plea for excuses: the presidential address, proceedings of Aristotelian society, 1956*

AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford University Press, 1962.

BAKER, C. Edwin. Hate Speech. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105043>. Acesso em: 15 nov. 2008.

BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças*. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2007.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 1996.

BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law in a nutshell*. [S. l.]: Thomas West, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. In: Temas de direito constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedito Vecchi*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BECKER, Simone; OLIVEIRA, Deborah Guimarães. *Análise sobre a (não) caracterização do crime de racismo no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Est. Hist., Rio de Janeiro, vol. 26, nº 52, p. 451-470, julho-dezembro de 2013.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 293-383.

BILFORD, Brian J. Harper's Bazaar: The Market Place of Ideas and Hate Speech in Schools. [Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties](#), v. 4, [june, 2008](#).

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto, *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BOLLINGER, Lee. *The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.

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

_____. *Overview of a dilemma: censorship versus racism*. In: COLIVER, Sandra. *Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 1-9.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público* 15/117. Trad Maria Ângela Jardim de Santa Cruz. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, ano 4, jan-mar.2007.

_____. The treatment of hate speech in German Constitutional Law. *German Law Journal*, [S. l.], n. 12, p. 19, dez. 2002.

BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York: Routledge, 1997.

CALLAMARD, Agnes. Expert meeting on the links between articles 19 and 20 of the ICCPR: freedom of expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/experts_papers/Callamard.doc>. Acesso em: 16 jun. 2008.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1.276.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. Um livro perene. In: FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). *O Anti-semitismo nas Américas: Memória e História*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: FAPESP, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

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

_____. Apresentação In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos

novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC nº 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203.

_____. A teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189-225.

_____ (Coord.) *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 153-166.

_____. Igualdade e invisibilidade. *Ciência hoje*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 221, p. 28-33, nov. 2005.

_____. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

COLIVER, Sandra. *Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

CORRÊA FILHO, Cesário. Humor, racismo e julgamento: ou sobre como se processo a ideia de racismo no judiciário brasileiro. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 6, n.2, p. 275-314.

CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando do; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

CUSTÓDIO GOUVEIA, Mayra Zago de Faria. O conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal – HC 82.424-2 RS. 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=64. Acesso em: 12 jan. 2009.

DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 9-42, set./dez 1995.

DHARMAPALA, Dhammika; MCADAMS, Richard H. Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior (with particular reference to hate speech). *Journal of Legal Studies*, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=601368>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

_____. Foreword. In: *Extreme Speech and Democracy*. Org. Ivan Hare e James Weinstein. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, p. 4.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 351.

D'AGOSTINI, Franca. Analíticos e Continentais. Guia à filosofia dos últimos trinta anos. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 294)

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. Igual-Desigual. In: *A paixão medida*. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 77.

DUCROT, Oswald. O dizer e o dito. Tradução Eduardo Guimarães. São Paulo: Pontes, 1987.

FACIN, Débora; SPESSATTO, Marizete Bortolanza. *O preconceito linguístico em textos de humor: uma piada sem graça*. Roteiro, Joaçaba, v. 32, n. 2, p. 245-264, jul./dez. 2007

FARIAS, Edílson Pereira de. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FAUSTINO, Silvia. *A experiência Indizível*. São Paulo: Unesp, 2006.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da raça branca*. São Paulo: Ática, 1978.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y Positivismo Jurídico*. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Ed. CEPC, 1998.

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.

_____. El efecto silenciador de la libertad de expression. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/0147406332263638425448/0/isonomia04/iso03.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. *La Construcción de las garantías. Hacia una concepción Antipatriarcal de la libertad y la igualdad*. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 111-145.

FLORES, Teresa Mendes. *Agir com palavras: a teoria dos atos de linguagem de John Austin*, 2007. Disponível em <http://www.bocc.ubi.pt/pag/flores-teresa-agir-com-palavras.pdf> . Acesso em junho 2012.

FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

FRY, Peter. Prefácio. In: REZENDE, Claudia Barcellos; MAGGIE, Yvonne (Org.). *Raça como retórica: a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 8.

GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

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

_____. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GATES JR., Henry Louis. War of words: critical race theory and the first amendment. In: GATES JR, Henry Louis. et al. *Speaking of Race, Speaking of Sex: hate speech, civil rights, and civil liberties*. New York: New York University Press, 1994).

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

_____. *Tolerância e exclusão: um impasse para a democracia contemporânea*. In: BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de M. (Org.). *Temas de Filosofia do Direito: novos cenários, velhas questões*. Barueri: Manole, 2004, p. 221-236.

GIUMBELLI, Emerson. O “chute da Santa”: blasfêmia e pluralismo religioso no Brasil. In: Birman, P. (Ed.) *Religião e espaço público*. São Paulo: Attar, 2003, p. 169-200).

GLUCKSMANN, André. *O discurso do ódio*. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007.

GOMES, Wilson. Opinião política na internet. Uma abordagem ética das questões relativas à censura e à liberdade de expressão na comunicação em rede. In: ENCONTRO ANUAL DA COMPÓS, 9º, Porto Alegre. *Anais*. São Paulo: Compós, 2000.

GREENBAUM, Andrea. *Humor*. International Journal of humor Research. Volume 12, Issue 1 pages 33-46.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

_____. *The sense of appropriateness*. Application discourses in morality and law. Trad. John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. Remarks on Erhard Denninger’s triad of diversity, security, and solidarity. *Constellations*, Oxford, v. 7, n. 4, p. 522-528, 2000.

_____. Paradigms of law. *Cardozo Law Review*, New York, v. 17, n. 4-5, p. 771-784, mar.1996.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. ¿Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988.

_____. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, J. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford University Press, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis, Editora Vozes, 1995.

HEUMANN, Milton; CHURCH, Thomas. *Hate speech on campus: cases, case studies, and commentary*. Boston: Northeastern University Press, 1997.

HEYMAN, Steven J. *Hate speech, public discourse, and the First Amendment*. In: HARE, Ivan; James WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. Oxford University Press, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1186262>>. Acesso em: 18 jun. 2008.

IDES, Allan; MAY, Christopher N. *Constitutional Law – individual rights: examples and explanations*. New York: Aspen Publishers, 2004.

KAHN, Robert A. Why There was no cartoon Controversy In The United States. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008997#>. Acesso em: 14 nov 2008.

_____. Hate Speech and the national identity: the case of the United States and Canada. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870444. Acesso em: 11 nov. 2008.

KLEMPERER, Victor. *The Language of the Third Reich: A Philologist's Notebook*. London: Continuum, 2002.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

_____. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

LAWRENCE, Frederick M. The hate crimes/hate speech paradox: Punishing bias crimes and protecting racist speech. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], v. 68, p. 673-721, 1993.

LEITÃO CONDÉ, Mauro Lúcio. Wittgenstein, linguagem e mundo. São Paulo: Annablume, 1998.

LOBO, Alan. *As piadas sobre baiano: estereótipo, humor e preconceito*.

LOPES, Silvia Regina Pontes. *Crimes de Ódio e Repressão Penal da Homofobia no Brasil: riscos para uma integração social agonística a partir da tensão entre conflitualidade, violência punitiva e democracia*. Trabalho publicado noas Anais do XVII Congresso ANcional do CONPEDI, realizado em Brasília-DF em novembro de 2008.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAHONEY, Kathleen. *Hate vilification legislation and freedom of expression. Where is the balance?* Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/1994/1.html>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

_____. Hate speech: affirmation or contradiction of freedom of expression. *Illinois Law Review*, n.3, p. 789-808, 1996.

MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. São Paulo: Cortez, 2012.

MARINUCCI, Raquel Boing. *Rir é o melhor remédio? Liberdade de expressão e luta pelo reconhecimento: uma análise do humor brasileiro contemporâneo*. Paper apresentado no 36º Encontro Anual da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ciências Sociais. Águas de Lindoia, 21 a 25 de outubro de 2012.

MARQUES, Edgar. *Wittgenstein e o Tractatus*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008.

MELINO, Heloisa; FREITAS, Lúcia. *Humor em Stand Up: limites entre liberdade de expressão, discurso de ódio e violência simbólica*. In: CONPEDI/UFSC Teoria Crítica do Direito. 1 ed. Florianópolis, 2014, p.393-410.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 18 nov. 2008

MEYER-PFLUG, Samantha. HC nº 82.424/RS: Liberdade de expressão ou incitação ao racismo. O voto do Min. Marco Aurélio. *Revista Ibero-Americana de Direito Público, RIADP*, Rio de Janeiro, ano iv, n.16, p. 302, 2004.

_____. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação* – Para uma crítica da modernidade. Brasília: Plano, 2002, p. 208-209.

MIRABETE, Julio Fabrine. *Manual de direito penal*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORENO, Arley R. Wittgenstein: os labirintos da linguagem: ensaio introdutório. São Paulo: Editora Moderna, 2000.

MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

MORGAN, Glyn. *Mill's liberalism, security, and group defamation*. Harvard University. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1088405>>. Acesso em: 18 fevs. 2008.

MUNANGA, Kabengele. Prefácio. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001a, p. 111-163.

_____. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001b, p. 13-51.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 200.

OLIVEIRA, Manfredo de Araújo. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola, 1996, p. 59-60.

OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. Preconceito, estigma e intolerância religiosa: a prática da tolerância em sociedades plurais e em estados multiculturais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE*, Recife, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2007.

OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

_____. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do Ministro Carlos Britto no HC 82.424/RS. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, n. 2, p. 493-507, 2005.

_____. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

_____. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969.

PENCO, Carlo. *Introdução à filosofia da linguagem*. Petrópolis, RJ, Vozes, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 47-76.

PITKIN, Hanna Fenichel. *Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

POLIAKOV, Léon. *O mito ariano: ensaio sobre as fontes do racismo e dos nacionalismos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo, Cultrix, 2000.

POSSENTI, Sírio. *Humor e a Língua*. CIÊNCIA HOJE, vol. 30, nº 176, pg 73-76, outubro de 2001.

POSSENTI, Sírio. *Os humores da língua: análises linguísticas de piadas*. Campinas: Mercado de Letras, 2001.

POTIGUAR, Alex Lobato. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença*. Editora Consulex: Brasília, 2012.

REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. 4. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

RIBEIRO, Fernando José; BRAGA, Bárbara Gonçalves. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos* v. 16, 2008.

Rosane Leal da Silva, Andressa Nichel, Anna Clara Lehmann Martins e Carlise Kolbe Borchardt. *Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira*. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2011, p. 445-468.

ROSENFELD, Michel; SAJO, Andreas. Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech in New Democracies. Disponível em : < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870444>. Acesso em: 13 nov. 2008.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, v. 24, n. 4, p. 2, abr. 2003.

_____. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. The Identity of the Constitutional Subject. *Cardoso Law Review*, New York, January, 1995, p. 1049-1109.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e de discriminação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e iguais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 59-108.

SARTRE, Jean-Paul. Reflexões sobre a Questão Judaica. In: MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

SCHAUER, Frederick. *The exceptional first amendment*. Harvard University. RWP05-021, February, 2005. Disponível em: < <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=668543>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*. Trad. Fábio Ribeiro. Petrópolis: Vozes, 2012.

SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SILVA, Rosane Leal da ET AL. *Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira*. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2011, p. 445-468.

SILVA, Paulo Vinícius Baptista; ROSEMBERG, Fúlvia. Brasil: lugares de negros e brancos na mídia. In: VAN DIJK, Teun A. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008.

SILVA, Antônio Ozaí da. *O riso dos outros: o humor tem limites?* In: <http://espacoacademico.wordpress.com/2013/06/12/o-riso-dos-outros-o-humor-tem-limites/> Acesso em 08/11/2014

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SIMON, Henrique Smitd. *Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do deciosionimo em Kelsen e Hart*. Belo Horizonte, Argvmentvum, 2006, p. Belo Horizonte, Argvmentvum, 2006.

SOARES, Frederico Fonseca. *A leitura antropológica pelo humor stand up*. RBSE. Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 12, n. 35, Agosto de 2013 p. 480-492.

SOLÓRZANO, Daniel; CEJA, Miguel; YOSSO, Tara. Critical Race Theory, Racial Microaggressions, and Campus Racial Climate: The Experiences of African American College Students. *Journal of Negro Education*, vs. 69, n. 1/2, winter 2000. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3626/is_200001/ai_n8894484/?tag=content;col1. Acesso em: 19 set. 2008.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

STAINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

STEVANIM, Luiz Felipe Ferreira. As charges do profeta: dilemas da liberdade de imprensa na era da globalização. In: XXIX CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, Brasília. *Anais*. Brasília: INTERCOM, 2006.

TAWNEY, R. H. *Equality*. Londres: Alien & Unwin, 1931, p. 101 apud SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

THWEATT, Elizabeth. Bibliography of hate studies materials. *Journal of Hate Studies*, Spokane, WA, vs. 1, p.167, 2001-2002.

VAN DIJK, Teun A. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008.

VIEIRA, Hector Luís C. *A Liberdade de Expressão e os Discursos de Humor: a democracia é bem-humorada?* P. 94-116 in BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org). *A liberdade de expressão na jurisprudência do STF*. Brasília: IDP, 2012. 165p.

VILLAS BÔAS, Marcos de Aguiar. *A interpretação, a aplicação e a argumentação jurídica*. Revista de Metodologia da Pesquisa. PPGD, UFBA, 2011.

WALDROM, Jeremy. *The harm in hate speech*. Harvard University Press, London, 2012.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999

WALKER, Samuel. *Hate Speech: the history of an American controversy*. Lincoln: University of Nebraska, 1994.

WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. Strasburgo: Council of Europ Publishing, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

_____. *Investigações filosóficas*. 7. Ed. Editora Vozes: São Paulo, 2012.