



**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO — IDP
MESTRADO — CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

LOURENÇO PAIVA GABINA

**DISCURSO DE ÓDIO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM
PRAGMÁTICA**

**Brasília-DF
2015**

LOURENÇO PAIVA GABINA

**DISCURSO DE ÓDIO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM
PRAGMÁTICA**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann.

**Brasília-DF
2015**

LOURENÇO PAIVA GABINA

**DISCURSO DE ÓDIO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM
PRAGMÁTICA**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito.

Brasília-DF, 17 de maio de 2016.

Prof. Dr. Rodrigo de Oliveira Kaufmann
(Orientador) (IDP)

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
(IDP)
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. André Rufino do Vale
(Membro externo)
Membro da Banca Examinadora

À Liliam, meu amor, companheira de sonhos e realizações; e à Fernanda, nosso amor, um sonho realizado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, à minha esposa Liliam, pelo amor, apoio, paciência e incentivo ao ingresso no mestrado, e à minha filha Fernanda, pela força que seu sorriso gera em mim todas as manhãs.

À Advocacia-Geral da União, pelo financiamento do Mestrado no Instituto Brasiliense de Direito Público e aos servidores da Escola da Advocacia-Geral da União, pelo fornecimento do material necessário para a finalização deste trabalho, tornando a pesquisa muito menos complexa.

Ao meu colega e amigo Francisco Brum, pelas conversas a respeito de nossos pontos de vista sobre o Direito, que enriqueceram o aspecto teórico desta dissertação.

Ao meu orientador, Professor Rodrigo de Oliveira Kaufmann, que mostrou ser possível, no âmbito da academia, não apenas pensar, mas também expressar, sem receios, minhas concepções a respeito do Direito Constitucional.

RESUMO

A presente dissertação investiga a complexidade do problema do discurso do ódio, por meio da análise do modo como o jurista e a Jurisdição Constitucional tratam do tema. A partir das concepções do pragmatismo jurídico, faz uma crítica à construção de modelos teóricos que visam a dirimir um suposto conflito entre liberdade de expressão e igualdade, que reflete a importação acrítica de experiências constitucionais, principalmente dos Estados Unidos e da Alemanha. O estudo dessas experiências demonstra o caráter histórico, político e cultural que envolve a tomada de posição em relação ao discurso de ódio, bem como a tentativa de mascarar essa complexidade por meio da adoção de teorias constitucionais simplificadoras. A utilização da doutrina do livre mercado de ideias e a ponderação de princípios alexyana impedem a necessidade de problematização da controvérsia, afastando do debate elementos cruciais para a sua solução. As teorias se apresentam insuficientes, produtoras de resultados contraditórios e arbitrários, incapazes de construir respostas adequadas à questão. A análise do problema do discurso do ódio exige um novo comportamento do jurista, a partir da adoção de um novo vocabulário que contemple a questão por um enfoque pragmatista, no qual a abordagem de controvérsias relacionadas a direitos humanos atente para as narrativas de dor e sofrimento dos interessados, bem como para as consequências das decisões a serem tomadas, de modo a evitar a criação artificial do problema do discurso do ódio.

Palavras-Chave: Discurso de ódio. Pragmatismo jurídico. Teorias constitucionais. Ponderação de princípios. *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This dissertation analyzes the complexity of hate speech issue. Investigate the method used by scholars and constitutional courts to deal with it. The critic is based on the conceptions of legal pragmatism, who cast doubt on the constitutional theories that intend to settle an alleged conflict between freedom of speech and equality, that reflects the import of constitutional experiences, especially from United States and Germany. The examination of these experiences shows the historical, political and cultural nature that involves the decisions about hate speech, and the attempt to dissemble this complexity by the adoption of constitutional theories that simplifies the issue. The free marketplace of ideas and the balancing grounded on Alexy prevent the need of a deep debate about this problem. The theories are insufficient, and produces contradictory and arbitrary decisions, unable to produce a convenient answer to the hate speech issue. The hate speech analysis demands a new behavior from the lawyer, by the adoption of a new vocabulary that contemplate the problem by a pragmatic approach, wherein the solution of human rights controversies pay attention to narratives of pain and suffer, as well as the consequences of the decisions, to avoid the artificial creation of hate speech problems.

Keywords: Legal pragmatism. Constitutional theories. Proportionality. Deficit of justification. *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS. Federal Supreme Court of Brazil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A COMPLEXIDADE DO PROBLEMA DO DISCURSO DO ÓDIO	12
2.1 UMA APROXIMAÇÃO AO OBJETO DE ESTUDO	12
2.2 O pragmatismo jurídico	15
2.3 Definições de discurso de ódio e o tratamento constitucional e legal	27
2.3.1 <i>Os usos da expressão "discurso de ódio"</i>	28
2.3.2 <i>A indeterminação das normas que tratam do discurso do ódio e a influência do neoconstitucionalismo no tratamento do problema</i>	33
3 A IMPORTAÇÃO DOS MODELOS DE TRATAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DISCURSO DO ÓDIO: A JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS E DA ALEMANHA	51
3.1 A concepção de "sistemas" antagônicos de liberdade de expressão	51
3.2 Liberdade de expressão e discurso de ódio na jurisprudência dos Estados Unidos	54
3.2.1 <i>Do período colonial à Primeira Guerra Mundial</i>	54
3.2.2 <i>Primeira Guerra Mundial e o caso Abrams</i>	57
3.2.3 <i>Segunda Guerra Mundial, nazismo e racismo: o discurso de ódio na jurisprudência americana</i>	61
3.2.3.1 <i>O caso Beauharnais v. Illinois</i>	62
3.2.3.2 <i>Os casos Brandenburg v. Ohio e Skokie: a estratégia política que definiu a jurisprudência sobre discurso do ódio nos EUA</i>	64
3.3 Liberdade de expressão e discurso do ódio na jurisprudência da Alemanha	69
3.3.1 <i>O contexto de criação da Lei Fundamental de Bonn</i>	69
3.3.2 <i>O caso Lüth</i>	71
3.3.3 <i>O caso de negação do Holocausto</i>	74
4 FUNDACIONISMO, TEORIAS CONSTITUCIONAIS E A ABORDAGEM PRAGMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS	78
4.1 O fundacionismo	78
4.1.1 <i>O livre mercado de ideias teorizado e sua adoção acrítica na prática constitucional brasileira</i>	79
4.1.2 <i>Alexy e a ponderação de princípios: mesma teoria, resultados diversos</i>	88
4.1.3 <i>Fundacionismo, o deslocamento da discussão e a importância do contexto na formação das teorias constitucionais</i>	91
4.2 A abordagem pragmática dos direitos humanos e as narrativas de dor e sofrimento: o neopragmatismo de Richard Rorty e a <i>Critical Race Theory</i>	96
4.3 Jurisdição Constitucional, pragmatismo e discurso do ódio	102
5 CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

1 INTRODUÇÃO

O preconceito e a discriminação fundada em determinadas características dos indivíduos pertencentes a determinados grupos não são problemas novos na história da humanidade. A discriminação de gênero, que moldou o papel das mulheres na sociedade, é uma realidade histórica desde os primórdios das civilizações, que somente a partir do século XX começou a ser questionada. O preconceito em face do estrangeiro e a perseguição aos cristãos na Roma antiga, a caça aos hereges, bruxas e infiéis na Idade Média, a discriminação aos judeus descrita em *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare, o racismo em relação aos povos não-europeus, são exemplos do comportamento humano diante do outro, do diferente, observados em diversos momentos da história, e gerador das mais diversas consequências que moldaram essa mesma história.

Para o Direito, esse tema assumiu relevância a partir da metade do século XX, mais especificamente em virtude dos horrores perpetrados pelo nazismo no período da Segunda Guerra Mundial àqueles que não se enquadravam na raça ariana. Antes desse evento, cartas de declaração de direitos do homem, com textos que determinavam como "verdade autoevidente que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis" (Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776); ou que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), não apresentavam eficácia jurídica, não vinculavam governos, juízes nem legisladores; não evitaram a escravidão e o racismo nos Estados Unidos, tampouco a ascensão do fascismo e do nazismo na Europa. Foi a perseguição a diversos grupos (negros, judeus, ciganos, homossexuais, dentre outros) e a "solução final" que desencadearam a forte reação no plano jurídico, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, e a positivação desses direitos em textos constitucionais (Alemanha, 1949; Itália, 1947; Espanha, 1978; Portugal, 1976), que influenciaram a Constituição brasileira pós regime militar (1988).

Nesse contexto, a questão da discriminação e do preconceito a determinados grupos passou a ser tratado pelo Direito como uma questão constitucional. Surge, assim, o tema do discurso do ódio, que versa sobre a manifestação de um pensamento discriminatório ou preconceituoso a um certo grupo social, em virtude das características de seus membros. O pensamento jurídico passa a se preocupar com

a eficácia da proteção conferida pelos direitos fundamentais previstos nas Constituições, tanto no aspecto da garantia à liberdade de expressão de qualquer forma de pensamento quanto na defesa da dignidade da pessoa humana, da não-discriminação e da igualdade.

A questão que provoca a necessidade do presente estudo é o modo como o Direito e o jurista compreendem o fenômeno do discurso do ódio. Assim, o objeto do presente trabalho é a análise acerca da função do Direito e da jurisdição constitucional no exame da questão do discurso do ódio. A pretensão é a de apresentar o modo como a doutrina e a jurisprudência se posicionam sobre o tema, os métodos utilizados e as soluções encontradas para o problema, a forma como uma questão complexa acaba sendo simplificada pelo jurista, capaz de expor a "resposta correta" ao caso concreto, e a linguagem utilizada para conferir cientificidade às propostas. Busca-se, assim, encontrar a resposta à seguinte pergunta: em que medida o modo de enfrentar a questão do discurso do ódio simplifica artificialmente o problema, afastando de sua análise questões complexas que não se enquadram nos instrumentos teóricos de solução jurídica? E, por conseguinte, qual a utilidade desses métodos e quais os problemas que podem advir dessa simplificação?

As hipóteses ao problema apresentado estão dispostas no presente trabalho. No primeiro capítulo são expostas as principais definições do termo "discurso de ódio". A partir dessas definições, e da sua concepção pelo jurista de que se trata de um mero conflito entre direitos fundamentais, observar-se-á os problemas que advêm da simplificação da questão a essa dimensão, a partir das concepções do pragmatismo jurídico e de suas críticas ao formalismo jurídico, à indeterminação do Direito e ao neoconstitucionalismo.

O segundo capítulo analisa a história do discurso do ódio na jurisprudência dos países que influenciaram o modo de pensar a questão no Brasil. Os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha nos mostram as complexidades que envolvem o tema, os seus aspectos políticos, históricos, sociais e culturais, bem como que as consequências de cada decisão são objeto de avaliação dessas cortes. Os julgados expõem, também, o esforço desses tribunais em formalizar o problema, simplificando-o a aspectos de determinadas teorias constitucionais ou máximas gerais e abstratas capazes de fornecerem a "resposta correta" em todos os casos de discurso de ódio, no intuito de distanciar o Direito das questões que efetivamente interessam aos envolvidos na questão.

O terceiro capítulo trata da importação desses modelos de decisão judicial para o Brasil, a partir da adoção das teorias constitucionais criadas naqueles países para a solução do caso *Ellwanger*, a mais emblemática controvérsia envolvendo o discurso de ódio no país. Os problemas da adoção dessas teorias constitucionais e desse modo de pensar o Direito Constitucional são avaliados a partir das concepções do pragmatismo de diversos autores, principalmente Richard Posner, Stanley Fish e Richard Rorty, bem como dos estudiosos da *Critical Race Theory*. A abordagem pragmática dos direitos humanos e a necessidade de uma nova linguagem jurídica para tratar da questão do discurso do ódio é a proposta que se coloca, em virtude dos casos ainda pendentes no Supremo Tribunal Federal que versam sobre o tema.

2 A COMPLEXIDADE DO PROBLEMA DO DISCURSO DE ÓDIO

2.1 Uma aproximação ao objeto do estudo

Na década de 80 do século passado, um senhor fundou uma editora e passou a publicar livros de sua autoria e de outros autores, cujos temas abordavam questões relativas ao real número de prisioneiros mortos em campos de concentração nazistas, ao fato de que as câmaras de gás e os fornos crematórios alemães não teriam capacidade para consumir o número de vítimas indicado na historiografia oficial, ao antissemitismo e à negação do Holocausto¹.

Um pastor de um culto religioso, e também Deputado Federal, no ano de 2011, escreveu também em rede social na internet a seguinte frase: "A podridão dos sentimentos dos homoafetivos leva ao ódio, ao crime e à rejeição"².

Uma obra literária publicada em 1933, de autoria de célebre escritor de livros infantis, faz referências a uma das personagens, que é negra, como "macaca de carvão", "pobre negra", "pobre preta", "negra velha"³.

Os exemplos acima apresentam diversas manifestações de pensamentos, ideias, concepções de mundo, de arte, enfim, expressões que, à primeira leitura, causam certo desconforto, pois, de certo modo, não são meras colocações neutras de sentido nem de consequências: são ideias que versam sobre certas características, certos aspectos da personalidade do outro, do diferente, ou, mais especificamente, de outro grupo de pessoas no qual não está inserido o emissor da mensagem. Mensagem esta que diferencia, discrimina, aponta uma determinada característica dos componentes desse grupo, tida pelo emissor como negativa.

Esse desconforto é percebido na leitura das notícias que tratam dos exemplos apontados. O fato de que tais expressões tenham sido tratadas como notícia por grandes veículos de comunicação nacionais já revela que não são meras colocações verbais entendidas como comuns, infensas a críticas ou até mesmo consequências

¹ "Decisão inédita de racismo marca 175 anos do STF". Disponível em: <[²Disponível em:<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/03/deputado-ve-podridao-em-gays-e-diz-que-africanos-sao-amaldicoados.html>> 31.03.2011. Acesso em: 20.Jan.2014.](http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI145429-EI306,00-<u>Decisao+inedita+de+racismo+marca+anos+do+STF.html</u>> 18.09.2003. Acesso em: 25.Mai.2015.</p></div><div data-bbox=)

³"Mais uma obra de Monteiro Lobato é questionada por suposto racismo" Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2012/09/mais-uma-obra-de-monteiro-lobato-e-questionada-por-suposto-racismo.html>> 25.09.2012. Acesso em 21.Fev.2015.

jurídicas. São expressões de pensamento que geram reações na sociedade, favoráveis ou desfavoráveis ao emissor e aos grupos que afirmam sofrer com o discurso proferido.

Expressões como as acima têm sido objeto de estudo da doutrina constitucional brasileira e internacional, que as denomina de "discurso de ódio". Trata-se da tradução do termo *hate speech*⁴⁻⁵, utilizado pelos juristas norte-americanos na análise de manifestações como as apresentadas, e introduzida no vocabulário jurídico nacional por meio do voto-vista apresentado pelo ministro Gilmar Mendes, na ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS (BRASIL, 2004, p. 650), que tratou do caso já exposto a título de exemplo, relativo à publicação de obras antisemitas.

Conforme será observado, trata-se de um problema extremamente complexo, repleto de delicadas nuances que afetam o modo de nos posicionarmos diante da questão. O discurso do ódio, por se tratar de uma expressão que visa à discriminação ou ao preconceito a determinado grupo, traz para o debate questões como: a concepção de liberdade de expressão, sua importância para a sociedade e as consequências que a sua restrição ou liberação provocam; a diferenciação entre uma teoria científica - e sua utilidade ou importância -, a mera opinião e o efetivo preconceito ou discriminação passíveis de punição; a história de discriminação e preconceito de determinada comunidade, e, por conseguinte, a importância que esta atribui a determinadas formas de discurso; o contexto político, social e cultural no momento em que proferida a ideia, e suas consequências para determinada comunidade em um certo tempo histórico; os valores considerados pela comunidade, como liberdade de expressão, igualdade, dignidade da pessoa humana; o poder da palavra expressa, tanto em relação aos danos psicológicos e sociais quanto à possibilidade de arregimentação de grupos de pessoas capazes de cometerem danos físicos aos alvos do discurso; a importância de obras literárias que trazem expressões que podem ser, atualmente, consideradas como discurso de ódio, e os aspectos culturais e econômicos de sua proibição ou adaptação.

⁴ "Historicamente, o discurso do ódio (*hate speech*) tem sido referido por outros termos. No final dos anos 1920 e início dos anos 1930, era conhecido como 'ódio racial' (*race hate*). No início dos anos 1940 era genericamente chamado de 'injúria a um grupo' (*group libel*), refletindo a questão jurídica específica acerca da possibilidade de expansão da proteção da lei de injúria a grupos, do mesmo modo que para indivíduos. Nos anos 1980, 'discurso de ódio' (*hate speech*) e "discurso racista" (*racist speech*) se tornaram os termos mais comuns" (WALKER, 1994, p. 8).

⁵ Todos os textos editados em língua estrangeira citados na presente dissertação foram traduzidos livremente.

Essas e outras questões relacionadas ao discurso do ódio não são objeto de devida análise na apreciação do problema quando transportado para o Direito. O jurista tradicional não visualiza todas essas nuances⁶, pois foi moldado a considerar o problema como um conflito entre a liberdade de expressão e o princípio da igualdade, solucionável por meio de técnicas de interpretação constitucional que visam a proporcionar uma aparente objetividade, neutralidade e correção à resposta indicada. Esse comportamento é percebido na análise dos votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS, que importou o modo de apreciar tais questões da jurisprudência americana e alemã, que também se valem de elementos teóricos e abstratos para conferir generalidade às decisões em casos de discurso de ódio.

O referido precedente é, até o momento, o único caso apreciado pela Corte, no mérito, relacionado ao discurso do ódio (POTIGUAR, 2012, p. 204; MEYER-PFLUG, 2009, p. 198; CARCARÁ, 2014, p. 123-124; SARMENTO, 2006, p. 55). A demanda foi impetrada por Siegfried Ellwanger em face de acórdão do STJ que indeferira outro *writ*, visando ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em concreto, em virtude da condenação do paciente a dois anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 20 da Lei n.º 7.716/89. O fato delituoso consistiu na edição e publicação de obras escritas de conteúdo antissemita, cujo fundamento assentava-se na doutrina nazista⁷. O *Habeas Corpus* apresentava objeto restrito: a interpretação do art. 5º, XLII, da CF/88, que determina a imprescritibilidade do crime de racismo. A questão trazida na demanda, portanto, dizia respeito à definição de racismo, e, por conseguinte, se uma ofensa ao povo judeu consistia em racismo. Entretanto, a discussão se estendeu para outro enfoque: os limites à liberdade de expressão em face de outros valores protegidos pela Constituição. O objeto da demanda, portanto, transferiu-se para outra questão: se a edição de livros antissemitas configuraria ou não o exercício regular da liberdade de manifestação do pensamento, bem como se essa prática se chocaria com a previsão de respeito à dignidade da pessoa humana,

⁶ Segundo Posner, "há em direito uma tendência a olhar retroativamente, e não prospectivamente - a buscar as essências, e não a seguir o fluxo da experiência. As consequências do direito são o que há de menos conhecido acerca do direito" (POSNER, 2007, p. 625).

⁷ Dentre as obras escritas pelo paciente estão "Holocausto. Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século", "A implosão da mentira do século" e "Acabou o gás... O fim de um mito". Obras de outros autores foram editadas pelo paciente, como "O judeu internacional", de Henry Ford, "Hitler, culpado ou inocente?", de Sérgio Oliveira, e "Os conquistadores do mundo", de Louis Marschalko.

à igualdade, à imagem, à vida privada e à honra. É esse o ponto que interessa ao presente trabalho, pois expõe a postura do tribunal diante do discurso do ódio.

Por certo, tal postura permite o desenvolvimento de diversas outras questões que serão aqui analisadas, tais como a possibilidade de solução de problemas jurídicos por meio de teorias constitucionais, o papel do contexto na posição tomada pelo intérprete, o uso de narrativas e a importância do sentimentalismo na definição do conteúdo dos direitos fundamentais, a força do caso concreto. São questões propostas pelo pragmatismo jurídico, que inspira a presente obra e serve como fio condutor da análise dos argumentos da doutrina e da jurisprudência do discurso do ódio.

Essa análise não se revelará como um debate a respeito da posição tomada por cada autor e pelo STF, tampouco uma crítica à solução adotada em cada uma das produções jurídicas avaliadas. O pragmatismo jurídico não será orientador de uma resposta direta ao problema da liberdade de se expressar pensamentos que visam à discriminação e ao preconceito, mas sim o elemento teórico embasador do exame a ser empreendido no modo de se produzir Direito Constitucional no Brasil, seja por meio da doutrina ou da jurisprudência, a partir, especificamente, da questão do discurso do ódio, que, afinal, versa a respeito de um suposto conflito entre direitos fundamentais. Logo, é importante destacar que a pretensão dessa pesquisa não é a de resolver o problema do discurso do ódio, tampouco elencar critérios ou diretrizes a serem seguidas pelo legislador ou pelos juízes a respeito do tema. Isso porque a hipótese é a de que o Direito, da forma como tradicionalmente é concebido e apresentado, tem pouco a oferecer para a solução do problema - não mais do que uma definição genérica e simbólica acerca da postura do Estado diante de manifestações de discriminação e preconceito. A luta política dos grupos envolvidos, a história, o contexto cultural, econômico e social, e as consequências do discurso discriminatório são as verdadeiras ferramentas que, como será visto, já são (ainda que discretamente, ou veladamente) utilizadas pelo pensamento jurídico no enfrentamento de casos relativos a discursos de discriminação e preconceito.

2.2 O pragmatismo jurídico

Conforme já salientado, a doutrina e a jurisprudência que tratam do discurso do ódio serão avaliadas do ponto de vista do pragmatismo jurídico, a fim de se

estabelecer o modo como se dá a produção jurídico-constitucional que visa à solução de supostos conflitos entre direitos fundamentais, perquirindo-se, assim, a respeito da utilidade das fórmulas tradicionais do Direito para a construção de respostas ao problema do discurso do ódio. A abordagem pragmatista, portanto, será apresentada ao longo da obra, pois é justamente o embasamento teórico das críticas empreendidas às principais características observadas pela cultura constitucional a respeito do tema. Entretanto, entende-se necessária uma primeira apresentação do pensamento pragmatista, a fim de que se perceba, desde logo, em que contexto teórico se situam as conclusões do presente trabalho, já que a crítica a ser desenvolvida à produção jurídica relativa ao discurso do ódio reside justamente na simplificação do problema a fim de se conferir objetividade e neutralidade ao seu posicionamento e à teoria constitucional utilizada para fundamentá-lo.

O pragmatismo é uma forma de pensar os problemas filosóficos⁸, um estilo filosófico, uma “atitude de pensamento” (SLATER, 2011, p. 5), que abarca diversas “tendências do pensamento que sempre existiram na filosofia” (JAMES, 1907, p. Kindle 1), conforme expõe William James, um dos maiores representantes desse estilo. Segundo Posner,

emprego o adjetivo 'pragmático' em seu sentido filosófico, não leigo, para referir-me às teorias dos filósofos pragmatistas norte-americanos - em especial Peirce, James, Dewey, Mead, Kuhn e Rorty - e dos filósofos europeus, em especial Wittgenstein e Habermas, que adotaram pontos de vista parecidos. Há uma enorme diversidade dentro desse grupo. Há também estreitas ligações entre seus membros e uma grande variedade de outros filósofos que não costumam ser chamados de pragmatistas. Entre estes encontram-se Emerson, Nietzsche e Popper; utilitaristas (que, como os pragmatistas, são fortemente instrumentalistas) como Bentham; empiristas ingleses como Hume, Mill (também um utilitarista, sem dúvida) e Russell; e filósofos analíticos contemporâneos como Quine e Davidson. Não é apenas difícil saber quando se extrapolam os limites que separam o pragmatismo das tradições filosóficas mais próximas; também o núcleo do pragmatismo, se tal coisa existe, é demasiado multiforme para fazer do pragmatismo uma única filosofia ou escola filosófica em sentido funcional (POSNER, 2007, p. 40)⁹.

⁸ “O pragmatismo é uma *corrente filosófica*. Não porque a filosofia tenha uma essência da qual o pragmatismo se ocupe, mas simplesmente porque os chamados pragmatistas ou neopragmatistas conversaram e conversam sobre assuntos que as pessoas, no passado, em diversos lugares, e agora, também em várias comunidades, dizem que são assuntos filosóficos ou metafilosóficos” (GHIRALDELLI, 2011, p. 1).

⁹ Thomas Grey, por exemplo, identifica elementos aristotélicos no pensamento pragmatista: “A tese pragmatista de que o pensamento está sempre situado em um contexto social pode ser perfeitamente rastreada da tese aristotélica de que os seres humanos são essencialmente animais sociais” (GREY, 1988-1989, p. 802). Enquanto, para Aristóteles, a experiência situava-se em um plano periférico da racionalidade, para os pragmatistas a experiência é o elemento central do pensamento humano.

A formação inicial do pensamento pragmatista se deu a partir das discussões filosóficas no Clube Metafísico entre 1870-1872¹⁰. O clube, liderado por Chauncey Wright¹¹, funcionava em Cambridge e era composto, além de Wright, por William James, Charles Sanders Peirce, Francis Ellingsworth Abbott, John Fiske, Nicholas St. John Green¹² e Oliver Wendell Holmes Jr. Peirce¹³, James e John Dewey (que não participou do clube, pois nasceu em 1859) são considerados os três principais filósofos do pragmatismo clássico¹⁴.

A concepção filosófica desses autores centrava-se na ideia de que o conhecimento é essencialmente contextual, situado, relacionado ao hábito e às práticas cotidianas. Não há método de conhecimento que parta do zero. A investigação sempre se dá em face de um quadro de fundo de crenças tomadas como certas¹⁵. Os pragmatistas, portanto, enfatizavam a origem social da grande massa de crenças das quais a investigação se inicia. O indivíduo pertence à sociedade, e a determinados grupos na sociedade, cada um fornecendo um diferente ponto de vista da realidade. Assim, a realidade é múltipla, plural, indeterminada, permitindo-se interpretações conflitantes a seu respeito.

Essa percepção é reflexo da rejeição dos pragmatistas à ideia de que o conhecimento está fundado em princípios imutáveis, descobertos *a priori*, por meio de uma reflexão transcendental, deliberação lógica ou qualquer outro procedimento teórico abstrato. Os pragmatistas dispararam suas críticas à metafísica da filosofia

¹⁰ O nome do clube é uma ironia, já que no início dos anos 1870 a metafísica era considerada ultrapassada. Para Menand, a guerra civil americana (1861-1865) levou ao descrédito as pressuposições e crenças básicas que definiam a vida intelectual antes dela (MENAND, 2001, p. x).

¹¹ Filósofo com poucos textos publicados, Wright influenciou o pragmatismo de James e Peirce ao enfatizar as dificuldades de uma única visão filosófica: "As questões filosóficas são, propriamente, desejos humanos, medos e aspirações – emoções humanas – que tomam uma forma intelectual" (BERTMAN, 2007, p. Kindle 69).

¹² Conforme Jerome Frank, "quando alguém menciona 'Pragmatismo jurídico', pensa-se em Holmes. Mas Wiener e Fisch mostraram que outro jurista brilhante, amigo de Holmes, Nicholas St. John Green, merece pelo menos o mesmo crédito pelo nascimento do Pragmatismo em geral e do Pragmatismo jurídico em particular" (FRANK, 1955, p. 426).

¹³ De acordo com Thomas Grey, há duas fontes filosóficas na origem do pragmatismo de Peirce: o empiricismo positivista do iluminismo, e algumas contribuições do século XIX, como darwinismo, historicismo e romantismo. Essas heranças teóricas estão na raiz de duas das principais características do pragmatismo: o instrumentalismo (do darwinismo e iluminismo) e o contextualismo (do historicismo e do romantismo) (GREY, 1991, p. 11)

¹⁴ Segundo Frankel, esses três filósofos, acompanhados de Josiah Royce e George Santayana, formaram, no período entre 1870-1930, a Era de Ouro da Filosofia norte-americana (FRANKEL, 1960, p. Kindle 127).

¹⁵ Para James, "o indivíduo sempre parte de um estoque de ideias antigas" (JAMES, 1907, p. 19).

tradicional¹⁶. "A definição mais simples de pragmatismo é que é a rejeição da raiz e dos ramos do platonismo" (POSNER, 2010, p. 23). Dewey criticava o que chamava de "falácia intelectualista", ao conceber que a filosofia intelectualista tradicional separa erroneamente o conhecimento de seu contexto de operação (WAAL, 2007, p. 167).

Dessa crítica à busca de soluções metafísicas e na descoberta da essência das coisas decorre outra característica do pensamento pragmatista, que pode ser sintetizada no que ficou conhecido como a "máxima pragmatista" de Peirce: "Considere quais efeitos, que poderiam concebivelmente ter consequências práticas, concebemos que tenha o objeto de nossa percepção. Então, nossa concepção desses efeitos é o todo de nossa concepção do objeto" (PEIRCE, 1992, p. 132). James reformulou essa máxima, ao afirmar, de forma semelhante, que "o significado de qualquer proposição pode sempre ser reduzido às suas consequências particulares em nossa futura experiência prática, passiva ou ativa" (JAMES, 1909, p. 210). Em suma, não se deve admitir, no discurso científico, conceitos que não possam ser esclarecidos em termos operacionais, nem se deve perder tempo com proposições que não sejam passíveis de demonstrabilidade prática¹⁷.

A partir dos anos 90 do século passado o pragmatismo foi retomado¹⁸ como uma corrente filosófica apta ao debate dos mais diversos temas¹⁹, por autores como Richard Rorty, Hilary Putnam, Susan Haack, Charles Taylor, Richard Bernstein, Quine, Davidson, Thomas Kuhn, Stanley Fish, dentre outros. O neopragmatismo de Richard Rorty, por exemplo, propõe o abandono da metafísica e da epistemologia que formava o centro tradicional da filosofia, deixando-se de lado a antiga preocupação com o método para se chegar ao conhecimento (HAACK, 2001, p. 23), centrando-se no conceito de "linguagem" (ao invés da "experiência" dos pragmatistas clássicos)²⁰.

¹⁶ Segundo James, devia-se "deixar de lado as coisas primeiras, princípios, categorias, necessidades supostas; e buscar as coisas últimas, os frutos, as consequências, os fatos" (JAMES, 1907, p. 17).

¹⁷ "O significado de uma proposição são as suas consequências, de modo que as proposições que não têm consequências carecem de sentido" (*Ibidem*, p. 25).

¹⁸ Em texto da época, Smith pontua: "Diversos acadêmicos atualmente são gratos por serem chamados de pragmatistas. A esses juntam-se professores que veem o direito como razão prática, e feministas cuja visão se sobrepõe às demais com o pragmatismo. O campo pragmatista se expandiu significativamente. Até mesmo acadêmicos que se rotulam como críticos do pragmatismo, como Dworkin, podem ser, na realidade, pragmatistas inconfessos. Assim, parece apenas um leve exagero sugerir que o movimento que, cinco anos atrás, não incluía praticamente ninguém, hoje abraça virtualmente a todos" (SMITH, 1990, p. 409-410).

¹⁹ "O pragmatismo hoje não só está vivo e bem, mas é ubíquo. Referências ao pragmatismo ocorrem com bastante frequência, da filosofia às ciências sociais, do estudo da literatura ao da etnicidade, do feminismo à teoria do direito (KLOPPENBERG, 1996, p. 100-101).

²⁰ Em resposta à pergunta acerca da diferença entre o pragmatismo clássico e o neopragmatismo, Rorty explica que "o novo pragmatismo difere do clássico em apenas dois aspectos, sendo apenas um

Em suma, "o pragmatismo, seja o antigo, seja o novo, apresenta-se como uma rejeição cada vez mais enfática de dualismos do Iluminismo, tais como: sujeito e objeto, mente e corpo, percepção e realidade e forma e substância" (POSNER, 2009, p. 411). Assim, em que pese o pragmatismo englobar diversas tendências do pensamento filosófico, tornou-se comum apresentá-lo a partir de suas três características, ou três elementos "essenciais", conforme, ironicamente, expõe Richard Posner:

Para falar em termos não pragmáticos, o pragmatismo possui três elementos "essenciais" (para falar em termos pragmatistas, não essencialistas, não há nenhuma utilidade em se tachar de pragmatista qualquer filosofia que não tenha todos estes três elementos). O primeiro é a descrença de entidades metafísicas ("realidade", "verdade", "natureza", etc.), vistas como garantias de certeza em questões de epistemologia, ética ou política. A segunda é a insistência de que proposições devem ser testadas a partir de suas consequências, pela diferença que fazem. A terceira é a insistência em julgar nossos projetos, sejam científicos, éticos, políticos ou jurídicos, pela sua conformidade às necessidades humanas e sociais, ao invés de critérios "objetivos" ou "impessoais" (POSNER, 1990, p. 1660-1661).

Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, segundo Grey, foi o primeiro jurista a desenvolver uma teoria em uma perspectiva derivada da prática do Direito (GREY, 1989, p. 836). Por essa razão, é tradicionalmente considerado como o criador da tradição pragmatista no Direito (HAACK, 2005, p. 75). Apesar de sua pouca frequência nos encontros do Clube Metafísico (HANTZIS, 1988, p. 547), o pensamento jurídico de Holmes apresenta forte influência do pragmatismo norte-americano²¹. Duas de suas obras são consideradas as principais articuladoras do pensamento do jurista, calcado em uma forte crítica ao

deles de interesse das pessoas que não são professoras de filosofia. O primeiro é que nós, neopragmatistas, falamos de linguagem ao invés de experiência, mente ou consciência, como faziam os antigos pragmatistas. O segundo aspecto é que nós lemos Kuhn, Hanson, Toulmin e Feyerabend, e, portanto, desconfiamos de termos como "método científico" (RORTY, 1990, p. 1813). A referência à linguagem é a influência do chamado giro linguístico (*linguistic turn*), provocado principalmente pelos escritos de Wittgenstein a partir de sua obra *Investigações Filosóficas*. Rorty também define esse momento transformador da filosofia na introdução à obra *The linguistic turn: essays in philosophical method*: "O objetivo do presente volume é o de fornecer material de reflexão sobre a revolução filosófica mais recente, a da filosofia linguística. Entenderei por 'filosofia linguística' o ponto de vista de que os problemas filosóficos podem ser resolvidos (ou dissolvidos) reformando a linguagem ou compreendendo melhor a que usamos no presente. Esta perspectiva é considerada por muitos de seus defensores o descobrimento filosófico mais importante de nosso tempo e, desde logo, de qualquer época. Porém seus críticos a interpretam como um sinal de enfermidade de nossas almas, uma revolta contra a própria razão e um intento que engana a si mesmo (nas palavras de Russell) de procurar com artimanhas o que não se tem conseguido com trabalho honesto" (RORTY, 1992, p. 1).

²¹ "Em suma: Holmes pode não ter feito parte oficialmente do time, mas, certamente, há muito do pragmatismo clássico em seu pensamento" (HAACK, 2005, p. 100).

formalismo jurídico²²: *The common law*, de 1881, e o artigo *The path of law*, de 1897. É no primeiro texto que o autor expõe uma de suas mais célebres afirmações a respeito do Direito, retirando-lhe qualquer caráter metafísico:

A atual vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência. As necessidades sentidas do tempo, as teorias de moral e política prevalecentes, intuições de política pública, consciente ou inconsciente, até os preconceitos que os juizes compartilham com seus amigos envolvem mais questões do que o silogismo na determinação da regra do direito com a qual os homens devem ser governados (HOLMES, 2011, p. 5)²³.

Holmes acreditava que o Direito é uma previsão daquilo que os juizes farão quando defrontados com um conjunto de fatos específicos. "As profecias do que os tribunais irão fazer de fato, e nada mais pretensioso, é o que eu quero dizer por Direito" (HOLMES, 1897, p. 994)²⁴, afirmou o jurista. Trata-se da sua Teoria da Previsão (*Prediction Theory*), formulada na época em que frequentava o Clube Metafísico. É importante observar que a sua concepção não tinha a pretensão de definir o Direito de forma científica, genérica, ou como sendo a descoberta da verdadeira natureza do Direito. O Direito como previsão deve ser entendido a partir do seu caráter pragmático: contextualizado e instrumental, formulado, portanto, para resolver problemas específicos em um determinado contexto.

²² "Assim como Bentham havia contestado Blackstone, coube a Holmes contestar os herdeiros de Blackstone. Três características do formalismo causavam aversão a Holmes. A primeira era o seu conceptualismo e cientificismo (...). A segunda, muito parecida, era a natureza estática do formalismo, sua tendência a tratar os casos a partir dos quais eram inferidos os princípios de direito como um conjunto de dados sem qualquer dimensão cronológica, e os próprios princípios como atemporais, a exemplo das proposições da geometria euclidiana (...). A terceira característica não aceita por Holmes, e que combinava as duas primeiras, era a separação entre direito e vida (...). A perspectiva de Holmes era severamente, ainda que imperfeitamente, pragmática" (POSNER, 2007, p. 23). Alguns autores tentam identificar o pensamento de Holmes às ideias dos filósofos do pragmatismo, como Peirce (HANTZIS, *op. cit.*) e Dewey (GREY, 1991), mas, conforme explica Posner, "não fica claro até que ponto Holmes foi influenciado por Peirce, e em que medida o terá sido pelo *Zeitgeist* comum a ambos" (POSNER, *op. cit.*, p. 23).

²³ Holmes, portanto, não acreditava que um sistema doutrinário de conceitos jurídicos fosse capaz de produzir um sistema dedutivo que tornasse o raciocínio jurídico algo formal e científico. Em seu famoso voto divergente no caso *Lochner v. New York*, afirmou que "Proposições gerais não decidem casos concretos" (*Lochner v. People of State of New York*, 1905, voto divergente de Holmes). É certo que as "proposições gerais" são importantes, e até podem fundamentar a decisão - mas não são o cerne da controvérsia. Holmes, assim, atacava a autonomia do direito, afirmando que o futuro dos estudos jurídicos pertencia ao economista e ao estatístico, e não ao advogado afeito à dogmática jurídica (HOLMES, 1897, p. 469).

²⁴ "Ao negar que o direito consiste em normas objetivas, externas e impessoais, a teoria aponta para uma concepção cética do direito - não no sentido metafísico de ceticismo quanto à existência de um mundo exterior ou de outras mentes, mas no sentido comum, que é o ceticismo do cientista e do pragmatista" (POSNER, *op. cit.*, p. 296).

O Direito, portanto, é constituído de práticas - contextualizado, situado, enraizado em expectativas habituais e compartilhadas. E é, também, instrumental, um meio para se atingir finalidades sociais desejadas, e passível de ser adaptado a esse propósito. Holmes sintetiza, portanto, duas propostas que parecem antagônicas - o Direito como passado e como futuro: "de modo a entendermos o que é [o Direito], devemos saber o que ele tem sido e o que tende a se tornar" (HOLMES, 2011, p. 5)²⁵. O Direito é uma relação entre a tradição, de um lado, e os desejos de mudança e necessidades de uma comunidade, de outro. Essa síntese é bem explicada a partir da concepção de que a continuidade com o passado é uma necessidade, mas não um dever²⁶. O respeito às decisões passadas não é um imperativo categórico, pois se dá apenas se observada a função instrumental do Direito - de satisfação das necessidades humanas - a partir da aplicação do precedente²⁷.

Essa necessidade de compromisso com o passado pode ser comparada à noção pragmatista de que o conhecimento é situado, contextualizado, ou, nas palavras de Peirce, "carregado de uma imensa massa de conhecimento anteriormente formado, do qual você não pode se privar, ainda que assim quisesse" (PEIRCE, 1934, p. 416). E a sua Teoria da Previsão, relacionada à sua preocupação com o futuro do Direito, assemelha-se à máxima pragmatista de Peirce e seu instrumentalismo (Cf. HAACK, 2005, p. 90).

O posicionamento de Holmes diante do fenômeno jurídico, de modo algum, pode ser considerado como uma autorização para que os juízes possam decidir as causas da forma que bem lhes entender. De acordo com o entendimento de James Harris, "Holmes não era um cínico. Ele não acreditava que os juízes podem fazer o

²⁵ "[O direito] É mais bem descrito, ainda que isso não seja tudo, como a atividade de profissionais habilitados que chamamos de juízes, que têm o alcance de sua habilitação circunscrita somente pelos difusos limites externos do decoro profissional e do consenso moral. Holmes estava no caminho certo quando propôs a teoria do direito como previsão, que é uma teoria do direito como atividade" (POSNER, 2007, p. 610).

²⁶ Einsenberg e Pogrebinski expõem bem essa relação do pragmatismo com o passado: "O juiz pragmatista decide de acordo com as consequências que o seu julgamento pode acarretar. Ele não tem o dever de olhar para o passado, para a história, e só o faria estrategicamente: ao tomar uma decisão tendo em vista as necessidades sociais presentes e futuras, busca certa consistência com o passado não como um fim em si, mas como um meio de atingir os melhores resultados, de formar a melhor decisão" (EINSEMBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 114). Até mesmo porque, em certas situações, uma decisão incoerente pode ser capaz de desestabilizar a confiança das pessoas no Direito, podendo ser considerada uma má decisão.

²⁷ "De uma certa perspectiva filosófica, a teoria do pragmatismo jurídico de Holmes, como a maioria da filosofia pragmatista, é essencialmente banal. Em seus níveis mais abstratos, conclui-se em truísmos: o Direito é mais uma questão de experiência do que de lógica, e experiência é tradição interpretada com um olhar na coerência e outro nas consequências" (GREY, 1988-1989, p. 814).

que quiserem, pois, em diversos julgamentos, afirmou que estava vinculado ao fato de que o direito não era aquilo que ele gostaria que fosse" (HARRIS, 1997, p. 99).

Entretanto, essa postura do pragmatismo jurídico não foi bem compreendida por Dworkin, um dos maiores críticos dessa abordagem do Direito. Dworkin se posiciona em seus escritos de forma radicalmente contrária ao pragmatismo. Para o jurista americano, o pragmatismo "nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado" (DWORKIN, 2007, p. 185); "nega que as pessoas tenham direitos" (*Ibidem*, p. 186); defende que "o direito não passa da previsão do que farão os tribunais, ou é apenas uma questão daquilo que os juízes tomaram no café da manhã" (*Ibidem*, p. 187); "provoca destruição onde quer que apareça" (DWORKIN, 2010, p. 55); é "um movimento antiteórico populista que hoje é poderoso na vida intelectual norte-americana" (*Ibidem*, p. 108); "consome nosso tempo, pois boa parte dele, como no caso dos argumentos de Posner, consiste em exortações vazias à ação em busca de objetivos que eles nem conseguem descrever" (*Ibidem*, p. 108); é "filosoficamente, o jantar do cachorro" (DWORKIN, 1991, p. 360)²⁸.

Porém, é possível encontrar no pensamento de Dworkin características do pragmatismo. A atenção que Hércules²⁹ atribui à força gravitacional dos precedentes para a solução de casos difíceis³⁰ pode ser lido em uma chave consequencialista³¹; a rejeição a uma "forma fantasmagórica"³² à ideia de direitos individuais, que, para Dworkin, não possuem nenhuma característica metafísica especial, o aproxima do antifundacionismo; a atenção à prática jurídica da comunidade para a construção de sua teoria pode ser lida como uma forma de contextualismo e instrumentalismo³³.

²⁸ Essa posição dworkiniana em relação ao pragmatismo influenciou a doutrina nacional, que reverbera suas críticas. Nesse sentido, ver STRECK, 2014; e CARVALHO, 2008, p. 208-220.

²⁹ Para exemplificar a atuação judicial que entende por ideal, Dworkin faz uso de um personagem imaginário, o juiz Hércules, "bom conhecedor do direito explícito e o melhor especialista na teoria moral que envolve a ordem jurídica; é o juiz protetor dos direitos individuais, atento aos princípios decorrentes da mais sólida teoria explicativa e justificadora do direito, e insensível às diretrizes políticas" (SANCHIS, 1985, p. 4)

³⁰ Ver DWORKIN, 2011, p. 173-177.

³¹ "Ao confrontar o Juiz Hércules com um "caso difícil" (*hard case*), para o qual não há legislação aplicável, estando disponíveis apenas precedentes judiciais, o autor confere força gravitacional aos mesmos em face da importância que terão em futuros julgamentos" (EINSENBERG; POGREBINSCHI, 2002, p. 115).

³² Ver DWORKIN, 2011, p. XIV-XV.

³³ O trecho final da obra *O império do direito* expõe o caráter instrumental do Direito, a serviço de objetivos e fins, e, a nosso ver, apresenta-se como uma das mais belas definições da atividade jurídica: "A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade

Essa atitude, para Rorty, o coloca entre os autores pragmatistas:

É verdade que Ronald Dworkin ainda fala mal do pragmatismo e insiste que há “uma resposta correta” para casos jurídicos difíceis. Por outro lado, Dworkin diz que não quer mais tratar de “objetividade”. Além disso, a descrição de Dworkin do “direito como integridade” em *O Império do Direito* parece diferenciar-se apenas em questão de grau da descrição que Cardozo faz do “juiz como legislador” em *A natureza do processo judicial*. Assim, é difícil observar que suposta força tem a frase “uma resposta correta”. A polêmica de Dworkin contra o realismo jurídico é não mais que uma tentativa de soar uma nota do rigorismo moral kantiano enquanto ele continua fazendo exatamente aquilo que os realistas jurídicos queriam ter feito (RORTY, 1990, p. 1811)³⁴.

A principal crítica de Dworkin ao pragmatismo jurídico consiste na recusa deste em reconhecer a coerência com decisões judiciais passadas como um princípio ao qual os juristas estão submetidos. De fato, não há o dever, para os pragmatistas, de seguir os precedentes. Mas o pragmatista avaliará se, no caso, seguir o precedente é um bom meio para se atingir os melhores fins. É um olhar para o futuro. Mas um futuro que está relacionado a problemas do presente, que surgiram de uma experiência passada. Não se trata, como Dworkin erroneamente expõe, de definir o que é “melhor

apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (DWORKIN, 2007, p. 492).

³⁴ Entretanto, por força dessas críticas, Posner rejeita a ideia de que Dworkin seria um pragmatista: “Dworkin é um racionalista excelso com pouco tino para os fatos. Quer que os juizes leiam Kant e Rawls, reflitam profundamente sobre os princípios morais e procurem integrar essa leitura e essa reflexão ao seu processo de tomada de decisões. Nenhum dos adjetivos pragmáticos se aplica a ele” (POSNER, 2012, p. 400). Em nosso sentir, a discussão entre Dworkin e Posner se situa mais em um âmbito de disputa pelo poder acadêmico, e menos em relação a divergências insuperáveis. Dworkin parte de uma premissa equivocada a respeito do que é o pragmatismo, o que nos parece estranho para um jurista e intelectual de seu nível. A partir dessa premissa, traça inúmeras críticas que não correspondem à ideia de pragmatismo. Por outro lado, as pesadas críticas de Posner à concepção de “resposta correta” nos parecem demasiadas, pois o próprio Dworkin recomendou que se atribuísse pouca importância ao termo: “Minha tese sobre as respostas corretas nos casos difíceis é como afirmo, uma afirmação jurídica muito fraca e trivial. É uma afirmação feita no âmbito da prática jurídica, e não em algum nível filosófico supostamente infalível, externo” (DWORKIN, 2010, p. 60). Dworkin se vale do termo “resposta correta” porque os juristas usam esse termo (ver nota de rodapé n.º 41). Do mesmo modo que Rorty, um neopragmatista, não abandona o termo “verdade”: “minhas visões pragmatistas ainda me permitem chamar algumas afirmações de ‘verdadeiras’ e outras de ‘falsas’”, pois “a verdade é, de fato, uma noção absoluta, no seguinte sentido: ‘verdadeiro para mim, mas não para você’ e ‘verdadeiro na minha cultura, mas não na sua’ são expressões estranhas, sem sentido” (RORTY, 2005, p. VIII). Assim, a crítica que, a nosso ver, cabe a Dworkin, diz mais com o uso dos termos que emprega em suas obras, pois expressões como “resposta correta”, “igual consideração e respeito”, “comunidade personificada”, “integridade”, “coerência”, “argumentos de princípio” remetem a uma espécie de conhecimento distante das pessoas comuns, alcançável apenas por filósofos ou juristas de notável saber, justamente o que o pragmatismo critica. Assim como Rorty propõe “que a distinção entre aparência e realidade seja abandonada em favor da distinção entre modos de falar mais e menos úteis” (*Ibidem*, p. VII), o pragmatismo jurídico propõe a substituição de termos que remetam a uma forma de interpretação metafísica do direito por argumentos contextualistas e consequencialistas, acessíveis a todos.

para o futuro”, mas sim de decidir o que é “melhor que”, ou seja, em relação a um passado e um presente³⁵.

Conforme já abordado, Holmes indicava a "necessidade" de se ater às decisões do passado. Entretanto, esse respeito aos precedentes é apenas mais um dentre diversos elementos, da mesma importância, capazes de direcionar a decisão judicial. Para Posner,

Não me ocorre nenhuma abordagem melhor, para os juízes, do que conceberem sua tarefa, em cada caso, como a de empenhar-se para chegar ao resultado mais razoável nas circunstâncias - que incluem, embora não estejam a eles limitados, os fatos do caso, as doutrinas jurídicas, os precedentes e virtudes do Estado de Direito como *stare decisis* (POSNER, 2007, p. 174)³⁶.

Assim, o modo simplista com o qual Dworkin aborda o pragmatismo contrasta com as posições dos autores que veem nessa abordagem uma forma de encarar o Direito que, como já demonstrado, se assemelha muito à descrição dworkiniana da prática judicial³⁷, sem, no entanto, se escorar em uma linguagem inacessível aos não iniciados no Direito, permitindo-se, assim, uma ampla discussão a respeito dos

³⁵ “O termo ‘melhor’ minimiza a importância da relação entre o futuro e o passado. Ele enfatiza a noção de um progresso teleológico a um futuro ideal distanciado. O pragmatismo defende ideais, mas não como fins separados do contexto nos quais eles surgem e do processo pelo qual são perseguidos. Ao contrário, estes ideais de direcionamento da ação humana, supostos a partir de um ponto de vista histórico, são reformulados assim que as condições nas quais foram originalmente articulados são transformadas. Pragmatistas, longe de serem despreocupados com o passado, devem ser particularmente sensíveis a ele. É nele que serão encontrados os desejos que criaram suas concepções de um futuro melhor e os instrumentos para sua implementação” (SULLIVAN, 2007, p. 35).

³⁶ Segue o autor: "As circunstâncias que determinam a razoabilidade das decisões judiciais incluem os termos da lei, os precedentes e todos os outros materiais convencionais da decisão judicial, inclusive aquelas virtudes prudenciais familiares aos advogados, como a sensibilidade aos limites do conhecimento judicial e à conveniência da estabilidade no direito" (*Ibidem*, p. 176).

³⁷ As semelhanças entre o modo de julgamento pragmático e dworkiniano continuam. Em artigo no qual critica o pragmatismo, Dworkin assinala: "Devo acrescentar - embora espere que isso seja evidente - que os juízes não precisam optar entre avaliar as consequências desse modo pessoal e ignorá-las por completo. Ninguém imagina que os juízes possam ou devam decidir os casos 'por meio de um algoritmo que pretenda fazê-los chegar, ao longo de um processo lógico ou formal de outra natureza, a Uma Decisão Correta, utilizando apenas os materiais canônicos da tomada de decisões judiciais como o texto legal ou constitucional e decisões judiciais anteriores'. Essa representação da decisão judicial é, e sempre foi, de uma inconsistência flagrante. Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais e políticas" (DWORKIN, 2010, p. 148). Novamente: a) pragmatismo não é avaliação de casos a partir de preferências pessoais e políticas; b) Dworkin concorda com a análise das consequências para a decisão do caso concreto; c) o apelo a princípios é uma forma de linguagem que afasta o homem comum da discussão jurídica - o pragmatista substituiria "princípios" por "contexto", "cultura" ou "história". Parece-nos, conforme Rorty destaca, uma mera diferença de grau (grau de importância às consequências, ao contexto e às decisões - legislativas ou jurisprudenciais - anteriores), bastante sutil, entre o pensamento de Dworkin e o pragmatismo.

interesses em conflito e a adoção de soluções criativas que visem ao melhor para a comunidade. Segundo Posner,

Essa abordagem, que é pragmática, não justifica que se ignore o texto, e muito menos leva necessariamente a tal atitude. O texto não é apenas uma fonte de informações sobre as consequências das interpretações 'alternativas'; entre as consequências a serem consideradas está também o impacto que as aplicações legais imprevisíveis vão ter sobre a comunicação entre o poder legislativo e o tribunal" (POSNER, 2007, p. 402)³⁸.

Conforme observado, o pragmatismo concebe o conhecimento como o produto cumulativo da experiência coletiva. Logo, ignorar os precedentes judiciais, por exemplo, seria o equivalente a agir irracionalmente (SULLIVAN, 2007, p. 38-39).

Em suma, o que Holmes criticava era a ideia de que todas as proposições jurídicas podem ser racionalmente apresentadas e defendidas, bem como qualquer noção que vinculasse o Direito a algo que não tivesse relação direta com as decisões dos tribunais. Grande parte do Direito, acreditava ele, foi criada em determinado contexto histórico que já entendia ter sido superado, e que, assim, os verdadeiros propósitos aos quais servia, devido à mudança nas circunstâncias, deveria ser constantemente revisto. Rejeitava, assim, as teorias que atrelavam o Direito a um processo conceitualmente dedutivo, já que a prática dos tribunais sugeria exatamente o contrário.

A importância do pensamento de Holmes no presente trabalho se explica não somente pela sua primazia no desenvolvimento do pragmatismo jurídico³⁹ (que, como já exposto, é o suporte teórico das críticas aqui desenvolvidas), mas também pela sua importância na formação daquilo que é equivocadamente considerado como o

³⁸ Ainda sobre a atividade judicial pragmática, Posner é esclarecedor: o juiz pragmático "se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro. (...) O juiz pragmatista quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras. Não tem desinteresse pela jurisprudência, pela legislação, etc. Muito pelo contrário. Em primeiro lugar, essas fontes são depósitos de conhecimento e até, às vezes, de sabedoria; por isso, mesmo que não tenham valor dispositivo, seria loucura ignorá-las. Em segundo lugar, uma decisão que se afaste abruptamente dos precedentes e, assim, desestabilize o direito pode ter, no saldo, consequências ruins. (...) Isso significa que o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional sob dois aspectos: como fontes de informação potencialmente úteis sobre o provável melhor resultado no caso sob exame e como marcos que ele deve ter o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas os tomam como pontos de referência" (POSNER, 2012, p. 381-382).

³⁹ Para Posner, "a geração seguinte à Holmes consolidou muitos de seus *insights*, cabendo a Benjamin Cardozo, também juiz da Suprema Corte norte-americana, uma clara exposição de uma filosofia do direito pragmática. Assim, Holmes, Cardozo, bem como Chipman Gray e Roscoe Pound, lançaram as bases do realismo jurídico, que floresceu nos anos 1920-1930" (POSNER, 2007, p. 28).

“Sistema Americano de Liberdade de Expressão”⁴⁰, a partir da formulação do argumento do "mercado de ideias", tomado pela doutrina americana e nacional como uma "teoria" capaz de solucionar todos os casos de discurso de ódio. Essas concepções de Holmes, entretanto, vêm sendo construídas e desenvolvidas por diversos autores que, nem sempre, compartilham das mesmas ideias, conceitos e rumos, mas que expressam, em linhas gerais, a necessidade de se pensar os problemas jurídicos a partir do tripé que caracteriza o movimento: o antifundacionismo, o contextualismo e o consequencialismo. É o que se percebe das seguintes definições de pragmatismo jurídico: “aversão geral à teoria” (ATIAH, 1987, p. 5); “entender que o que vemos sempre depende de nosso ponto de vista, e que entender a posição do outro é frequentemente uma questão de tentar recriar o ponto de vista do qual este observa os eventos” (HANTZIS, 1988, p. 595); é “estar livre da culpa teórica” (GREY, 1990, p. 1569); “significa olhar para os problemas concretamente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do 'caráter local' do conhecimento humano” (POSNER, 2007, p. 621); a visão de que “a prática não é sustentada por um arco de princípios imutáveis, ou por um método infalível e impessoal” (FISH, 1990, p. 1464); “resolver problemas jurídicos utilizando-se de todas as ferramentas que estejam à mão, inclusive precedentes, tradição, texto legal e política social – renunciando ao projeto de busca de uma fundamentação teórica à norma constitucional” (FARBER, 1988, p. 1332) “um antiformalismo eclético, orientado pelo resultado e historicamente situado” (LUBAN, 1996-1997, p. 44); “uma disposição para fundamentar julgamentos em fatos e consequências e não em conceitualismos e generalidades” (POSNER, 2010, p. 46); “a concepção de que a devoção à teoria é tão danoso e infrutífero quanto a devoção ao formalismo jurídico tradicional” (WEAVER, 2003, p. 4).

Essa forma de pensar os problemas jurídicos será tomada como referencial para a análise do papel da jurisdição constitucional nos casos relativos ao discurso do ódio. O objetivo do presente estudo é demonstrar, com base no pensamento jurídico pragmatista, as dificuldades que a doutrina e a jurisprudência apresentam ao tratar da questão da expressão de ideias discriminatórias a partir de seus elementos complexos, reais, contingentes, bem como das consequências que advém da própria manipulação do termo "discurso de ódio" - um outro modo de simplificar o problema.

⁴⁰ Ver capítulo 3.

As bases da argumentação essencialista, e as soluções propostas pelos autores e ministros do STF, serão confrontadas com a postura pragmatista, de modo a demonstrar que o Direito, em sua concepção tradicional, não é capaz de apresentar respostas úteis à questão, simplificando e categorizando um tema com nuances às quais o jurista não sabe lidar. Da mesma forma, restará demonstrado que, ainda que de forma tímida e encoberta pela utilização de teorias constitucionais, a doutrina e a jurisprudência do discurso do ódio não conseguem escapar da complexidade do tema, apresentando argumentos pragmáticos, calcados nas consequências das manifestações de discriminação e preconceito e em narrativas de dor e sofrimento decorrentes de expressões de ódio.

2.3 Definições de discurso de ódio e o tratamento constitucional e legal

Ainda em busca de delinear os limites do presente trabalho, faz-se necessária uma avaliação a respeito da definição do discurso do ódio, bem como da forma como a Constituição e a lei ordinária regulam esse tipo de expressão. É preciso estabelecer os usos⁴¹ que a doutrina e a jurisprudência fazem do termo, bem como o exame acerca da regulamentação constitucional e legal desse discurso, pois é exatamente esse arcabouço normativo que foi interpretado pela doutrina e jurisprudência analisadas, e que foi objeto de críticas e de construções teóricas na busca de uma solução para o problema.

2.3.1 Os usos da expressão "discurso de ódio"

Conforme já exposto, discurso do ódio é uma tradução da expressão *hate speech*, bastante difundida pelos autores da *Critical Race Theory (CRT)*, que tinham, por propósito claro, questionar e transformar o modo tradicional de organização social e política, principalmente em questões relativas ao racismo, feminismo e poder⁴².

⁴¹ Para o pragmatismo, mais importa o uso do termo do que eventuais discussões a respeito da melhor forma de defini-lo. Sobre a "verdade", explica GhiraldeLLi: "Assim, diferentemente de Russell (ou de outros que citei, como Horkheimer e Durkheim, por exemplo), os pragmatistas pioneiros – Peirce, James e Dewey – acharam que conheceríamos melhor a verdade se pudéssemos dizer quais os usos do termo 'verdadeiro'. Isto é, se seguíssemos a *trilha do homem*, do ser humano, que vive aqui e ali chamando frases, proposições e sentimentos de 'verdadeiros', saberíamos, afinal, o que é a verdade" (GHIRALDELLI, 2011, p. 9). O mesmo vale para o termo "discurso do ódio".

⁴² "O movimento *Critical Race Theory* é um conjunto de ativistas e acadêmicos interessados em estudar e transformar as relações entre raça, racismo e poder. O movimento se debruça sobre muitas das

Trata-se, portanto, de um termo usado para indicar um discurso com a pretensão de desqualificá-lo desde o primeiro momento, pela própria designação negativa de uma ideia expressa por alguém. Essa identificação do termo com o movimento *CRT* - e, portanto, da ausência explícita de uma exigida neutralidade no trato de uma questão jurídica - foi objeto de crítica de autores preocupados em abordar o tema do discurso do ódio a partir de uma suposta objetividade⁴³.

Atualmente, não se observa mais essa preocupação na doutrina, tanto nacional como estrangeira. O termo "discurso do ódio" é utilizado mesmo por autores que defendem amplamente a possibilidade dessas expressões⁴⁴, sendo que o enquadramento de uma manifestação na definição de discurso de ódio não significa necessariamente a sua permissão ou proibição. Aliás, a busca por uma pureza conceitual, para fins de uma posterior subsunção de uma expressão à definição de "discurso de ódio" não tem nenhuma utilidade, pois inexistem consequências jurídicas diretamente relacionadas ao fato de determinado discurso ser ou não "discurso de ódio". Por isso, as definições propostas são bastante amplas, de modo que se apresentam não como limitadoras acerca de qual discurso é ou não é caracterizável como odioso, mas sim como introdutórias dos estudos e das opiniões da doutrina quanto a expressões que manifestam preconceito e discriminação a um determinado grupo de pessoas⁴⁵.

questões que os estudos convencionais de direitos civis e etnias tratam, mas as posicionam em uma perspectiva mais ampla que inclui economia, história, contexto, interesses próprios e de grupo, e até mesmo sentimentos e inconsciente. Diferentemente dos estudos dos direitos civis tradicionais, que se funda no progresso passo-a-passo, a *critical race theory* questiona os próprios fundamentos da ordem liberal, incluindo a teoria da igualdade, racionalidade jurídica, racionalismo Iluminista, e princípios neutros de direito constitucional" (DELGADO; STEFANCIC, 2001, p. Kindle 200). Sobre a *CRT*, ver o item 4.2.

⁴³Essa preocupação em se buscar uma neutralidade conceitual é exposta por Massey, que critica a definição de *hate speech* proposta por Mari Matsuda, autora que integra o movimento *CRT*: "Qualquer discussão sobre discurso de ódio requer uma definição do termo. Infelizmente, muitas definições tendem a prejudicar a discussão, ao definir o termo em um sentido que conforma, se não predetermina, os efeitos do discurso, ou por se utilizar de termos carregados de subjetividade. Mari Matsuda, por exemplo, identifica três características do discurso do ódio: '1. A mensagem é de inferioridade racial; 2. A mensagem é direcionada a um grupo historicamente oprimido; 3. A mensagem é atormentadora, odiosa e degradante'" (MASSEY, p. 105, 1992-1993).

⁴⁴Um exemplo é a defesa de Dworkin: "Mas a liberdade de expressão, sendo um direito universal, também protege a venda de pornografia, e racistas portando suásticas e espalhando o ódio" (DWORKIN, 2010, p. 7).

⁴⁵Não se pode, entretanto, deixar de se observar a potencialidade que o termo "ódio" ainda apresenta na construção de argumentos que, dependendo da forma como são apresentados, constroem eventual dissenso, por meio da categorização do problema. Um exemplo são as indagações que Carcará, na introdução de sua obra, elabora acerca do tema: "A liberdade de expressão asseguraria a livre manifestação de pensamento de toda e qualquer ideia, inclusive das ideias de ódio? Não seria inviável a convivência humana diante da perturbação da ordem pública em um ambiente rodeado de ódio? A existência de ódio perante os seres humanos deve ter a merecida atenção do direito brasileiro

Trata-se, portanto, de uma forma de apresentar o problema, de expor a preocupação acerca da manifestação de determinadas ideias, colocando-as em confronto com certos direitos fundamentais, principalmente a liberdade de expressão e a igualdade (no sentido de não-discriminação). Assim, para a doutrina nacional e estrangeira, discurso de ódio é “a manifestação de pensamento que incita a violência⁴⁶ em razão de características físicas ou comportamentos sociais, que tem como vítimas preferenciais grupos vulneráveis” (CARCARÁ, 2014, p. 56); a “manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes as minorias” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97); a manifestação 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 determinado grupo” (POTIGUAR, 2012, p. 16); a manifestação de “ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores” (SARMENTO, 2006, p. 55); “qualquer forma de expressão considerada ofensiva a qualquer grupo racial, religioso, étnico ou nacional” (WALKER, 1994, p. 8); “o discurso para promover o ódio baseado

pelo conflito iminente ente os indivíduos, e as duras consequências que poderão existir quando uma ideia desta natureza domina a nação. Ademais, a proteção à dignidade humana, evidenciada pela Lei Maior, restaria afetada em um ambiente de ódio? Como teria proteção a vítima de um ato odioso? Como poderia se defender de tais atos? Não seria papel do Estado assegurar a dignidade da pessoa humana e tolher essas ofensas?” (CARCARÁ, 2014, p. 5). Provocação semelhante advém do título do texto de Rodrigo Francisco de Paula: “Liberdade de expressão e discurso de ódio: notas para a proscrição da violência do discurso de ódio no espaço público, a partir de Hannah Arendt e Jürgen Habermas” (PAULA, 2009). O artigo faz parte de uma coletânea intitulada “Constituição e Processo: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror”. São questionamentos e títulos fortes, que já carregam consigo a preocupação dos autores em combater o discurso do ódio, e, ao mesmo tempo, são capazes de rotular algum defensor desse discurso como favorável ao terror e à violência. Em sentido semelhante, Kaufmann defende que a importação da teoria dos direitos fundamentais possibilitou a construção, na doutrina brasileira, de discursos capazes de neutralizar argumentos contrários que, por exemplo, afrontem a dignidade humana (como a relação entre ódio x dignidade): “Ao aceitar parâmetros como ‘correição’, ‘justiça’, ‘verdade’ e ‘ética’ [o jurista] passou a utilizar de sua linguagem prestigiada como maneira de formatar um discurso intolerante, de moralidade jurídica, de imposição de valores por critérios pseudocientíficos. Constrangeu seus opositores com falaciosas oposições e afirmações que somente fariam sentido no âmbito de uma discussão epistemológica e transcendental, mas nunca no confronto político direto de posições ideológicas legítimas e igualmente representativas de parcelas da sociedade” (KAUFMANN, 2011, p. 204).

⁴⁶ Apesar de limitar a definição à incitação à violência, Carcará explica que não se trata apenas de violência física: “Essa lesão, frise-se, não se reporta, à primeira vista, à uma lesão física, à uma lesão corporal, mas sim à uma lesão moral, representada pela aspereza das palavras. Como qualquer lesão, o dano provocado na vítima do discurso do ódio é moral, perfazendo-se em um abalo emocional completo, sintetizado na crise de identidade, que é um dos propósitos do discurso do ódio. A busca pela segregação social inicia-se com a tentativa de provocar na vítima o sentimento de que ela é um ser desprezível e vil em razão de determinada característica que ela carrega, sendo a solução o abandono dessa característica ou o próprio isolamento social. Portanto, entender-se-ia suficiente a mácula às vítimas para a constatação do discurso do ódio” (CARCARÁ, 2014, p. 81).

na raça, religião, etnia ou nacionalidade” (ROSENFELD, 2003, p. 2); “a manifestação de ódio e discriminação contra grupos em razão da sua raça, cor, etnia, crenças religiosas, orientação sexual ou outros fatores” (BOYLE, 2001, p. 489); a manifestação que visa ao “abuso, difamação, humilhação, discriminação e violência com base na raça, etnia, religião, gênero, e, em alguns casos, orientação sexual” (WALDRON, 2010, p. 1599); a “referência ofensiva a características como raça, gênero, nacionalidade, etnia, religião e preferência sexual” (ALEXANDER, 1996, p. 71); “o discurso que tem por objetivo provocar ódio, indignação ou medo em um indivíduo por causa da raça, grupo étnico, religião ou afiliação política desse indivíduo” (HYLTON, 1996, p. 35); a manifestação de “palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas” (BRUGGER, 2007, p. 118); “toda forma de manifestação que produz perda de autoestima, subordinação social e econômica, *stress* físico e mental, o silêncio da vítima e efetiva exclusão da arena política” (MASSEY, 1993, p. 105); “o discurso projetado para degradar ou injuriar outras pessoas em razão de sua raça, origem étnica, sexo, orientação sexual ou outra característica sensível” (MCCONNELL, 1992, p. 17); “a expressão visceralmente ofensiva e degradante a específicos segmentos da sociedade, especialmente mulheres e minorias” (SHERY, 1991, p. 933); “aquele que transmite ódio ou preconceito baseado na raça, religião, gênero, ou algum outro grupo social” (STROSSEN, 1996, p. 449); “o ataque virulento a judeus, negros, muçulmanos, homossexuais, ou membros de qualquer outro grupo, por puro ódio, e não baseado em algo errado feito pelo indivíduo” (LEWIS, 2007, p. Kindle 2127); “a difamação racial, apelidos ou outra linguagem grosseira que tem por objetivo injuriar e marginalizar outras pessoas ou grupos” (DELGADO; STEFANCIC, 2001, p. Kindle 1869); “a expressão que denigre o valor e o mérito das vítimas e dos grupos aos quais pertencem” (FISS, 1996, p. Kindle 100); “aquele que inclui expressões racistas ou sexistas, por vezes com conteúdo político no sentido de que se trata de um pensamento a respeito de como as controvérsias políticas devem ser resolvidas” (SUSTEIN, 1995, p. 163).

Conforme já salientado, o STF, no HC n.º 82.424/RS, faz referência ao termo “discurso de ódio” no voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes. A demanda tinha um objeto restrito: o significado da expressão “racismo” prevista no art. 5º, XLII, da CF/88. Entretanto, alguns ministros levaram a questão para análise de um suposto

conflito entre liberdade de expressão e igualdade (Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Marco Aurélio Mello), e apenas o ministro Gilmar Mendes tratou da questão com base na doutrina norte-americana acerca do discurso do ódio (*hate speech*).

Em seu voto proferido no citado precedente, o ministro Mendes salientou que “nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do ‘*hate speech*’” (BRASIL, 2004, p. 650). Trata-se, portanto, de uso do termo que converge com os mencionados na doutrina. E, apesar de os demais ministros do STF não terem feito referência à questão do discurso do ódio quando do julgamento do HC n.º 82.424/RS, o tema ali discutido – obras literárias de conteúdo antissemita – se enquadra na definição proposta pela doutrina, tendo, inclusive, ensejado os estudos relativos ao discurso do ódio no país.

Entretanto, essa referência ao termo *hate speech* no acórdão foi diretamente relacionada a um conflito entre os princípios da liberdade de expressão e da igualdade. A categoria do “discurso do ódio” foi introduzida em nosso Direito Constitucional de modo a estabelecer um selo capaz de ser aplicado nos mais diversos discursos, de forma genérica, sem atentar para as particularidades de cada caso.

Prova desse uso indiscriminado do termo se verifica em recente pronunciamento do STF, ao utilizar o termo “discurso de ódio” no julgamento do Inquérito n.º 3.590/DF (o caso do Deputado Federal que se expressou em desfavor dos homossexuais, descrito na p. 32). O inquérito foi arquivado, tendo em vista a atipicidade da conduta. Porém, em seu voto, o ministro Roberto Barroso se refere à necessidade de uma legislação específica acerca do discurso de ódio:

Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita. De modo que, por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia (BRASIL, 2014, p. 8).

Tratava-se, portanto, de uma questão relativa à atipicidade da conduta, passível de ser resolvida sem a necessidade de se referir ao *hate speech* e toda a discussão a respeito de conflitos entre princípios que o tema gera.

Essa amplitude de elementos, essa diversidade de definições e de palavras e adjetivos vagos para o que se entende por "discurso do ódio", de modo algum, prejudica a concepção do que se pretende estudar e discutir quando se traz o termo à tona em questões que envolvem a interpretação de normas constitucionais em face dessas manifestações. Discordamos de Waldron, por exemplo, que defende a substituição dessa expressão por "difamação coletiva" (*group libel*)⁴⁷. O autor avalia que a palavra "discurso" (*speech*) poderia limitar o problema à palavra falada, excluindo-se publicações impressas, cartazes, dentre outras formas de expressão. Do mesmo modo, o termo "ódio" poderia sugerir que apenas manifestações passionais, emocionadas, carregadas de ódio, seriam consideradas na discussão da questão (WALDRON, 2010, p. 1600-1601). Ocorre que, como demonstrado, o uso do termo pela doutrina abarca a ideia de difamação coletiva e vai além, não havendo necessidade de depuração do conceito nem de sua substituição.

Uma advertência interessante da doutrina diz respeito à manifestação de ideias contrárias à concessão de determinados direitos a certos grupos. Estas não são consideradas discurso de ódio, nem são objeto de discussão pela doutrina nem pela jurisprudência sob tal epíteto⁴⁸. Desde que, por certo, a expressão não incorra nas ofensas, na discriminação e no preconceito que configuram o discurso do ódio⁴⁹ o

⁴⁷ O termo *group libel*, e o tratamento da questão do discurso do ódio como difamação coletiva, foi objeto do caso *Beauharnais v. Illinois*, estudado no item 3.2.3.1.

⁴⁸ "Não se deve confundir, todavia, o *hate speech* com mera discordância ou argumentação em desfavor de determinadas concepções ligadas aos grupos acima identificados, a exemplo da defesa de ideias contrárias à implementação de ações afirmativas, ou da impossibilidade do casamento homoafetivo, e assim por diante. Nestes casos, a rigor, trata-se de um efetivo e correto exercício da liberdade de expressão" (POTIGUAR, 2012, p. 17).

⁴⁹ É interessante a gradação que faz Waldron em relação às ideias que seriam consideradas discurso de ódio, passíveis de discussão a respeito de sua proibição: "Em um dado caso – a conveniência de uma lei antidiscriminação – um indivíduo, X, pode apresentar uma série de argumentos: (1) X pode se opor porque entende que será prejudicado pela lei; (2) X pode se opor porque pensa que a norma gerará incentivos econômicos perversos, minando a eficiência econômica; (3) X pode se opor porque ele é contra a burocracia necessária para se administrar a implementação da lei; e (4) X pode se opor porque ele discorda que os beneficiários da lei mereçam a proteção que a norma oferece. Focando-se particularmente no (4), esta ideia pode ser expressada de várias formas: (4a) X pode simplesmente expor seu dissenso a partir do princípio amplo e abstrato de que os governos devem apresentar igual consideração e respeito a todos os membros da comunidade; (4b) X pode expor uma teoria racial que ele entende capaz de explicar a inferioridade de certos grupos étnicos ou raciais; (4c) X pode expor a visão de que os cidadãos a serem protegidos pela lei antidiscriminação não são melhores do que os animais; (4d) X pode dizer em um panfleto ou no rádio que esses cidadãos não são melhores do que os animais que costumamos exterminar (como ratos ou baratas). As normas que regulamentam o

que, nesses termos, passa a ser um problema levantado em face das normas constitucionais que protegem a liberdade de expressão e a não-discriminação.

O que se extrai das definições, e, portanto, dos usos do termo “discurso do ódio”, é a preocupação dos autores com um determinado tipo de discurso, que, de modo bastante amplo, se refere à exposição de um pensamento preconceituoso e discriminatório a um determinado grupo de pessoas⁵⁰.

2.3.2 A indeterminação das normas que tratam do discurso do ódio e a influência do neoconstitucionalismo no tratamento do problema

O problema do discurso do ódio, na sua abordagem jurídica, é apresentado pelos autores e pela jurisprudência como um conflito entre direitos fundamentais. É a simplificação de um problema complexo. É uníssono na doutrina nacional a afirmação de que o tema exige uma análise, principalmente, dos princípios da liberdade de expressão e da igualdade. Potiguar fala em liberdade e igualdade, e na luta pelo reconhecimento da igualdade como diferença no Estado Democrático de Direito (POTIGUAR, 2012, p. 117-166). Meyer-Pflug alerta para o fato de que a análise das consequências jurídicas do discurso do ódio “testa a abrangência e a extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, à dignidade da pessoa humana, aos direitos das minorias e a vedação à prática do racismo” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 23). José Emílio Medauar Ommati indaga: “afinal, qual a relação entre igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo (proibição do discurso de ódio) em nosso ordenamento jurídico?” (OMMATI, 2014, p. 1); para Carcará, a resposta ao problema passa pela necessidade de se “precisar se os limites da liberdade de expressão, quanto seu conteúdo, possui ideias de ódio” (CARCARÁ, 2014, p. 6)⁵¹.

discurso do ódio ou a difamação coletiva quase que certamente restringem o (4d), às vezes restringem o (4c), e talvez restrinjam algumas versões de (4b), dependendo do quão odiosamente essas ideias são manifestadas” (WALDRON, 2010, p. 1645). De fato, os itens (4b), (4c) e (4d) são exemplos de discurso de ódio, pois são assim tratados e analisados pela doutrina e pela jurisprudência.

⁵⁰ A ofensa a um grupo de pessoas é um elemento central do problema do discurso do ódio. É o que diferencia essa questão da injúria pessoal prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal Brasileiro (“Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa”). Algumas definições elencam os grupos sociais afetados pelo discurso, o que também faz a legislação penal brasileira (ver nota de rodapé n.º 53).

⁵¹ Segue o autor: “Precisar o tratamento jurídico dispensado pelo direito brasileiro ao discurso do ódio, verificando a existência ou não de norma legal que seja aplicável a tal conduta, representa delimitar a

Essa linha de abordagem decorre da mesma utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com o caso relativo a discurso antissemita no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS. Da ementa do acórdão se extrai a referência a limites morais e jurídicos à liberdade de expressão e à prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica⁵².

A Constituição de 1988 é repleta de dispositivos considerados relevantes para a solução do problema do discurso do ódio: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 3º, IV (objetivo fundamental da República de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); art. 4º, IV (repúdio ao racismo como princípio regente das relações internacionais); art. 5º, *caput* e I (igualdade); art. 5º, IV (liberdade de manifestação do pensamento); art. 5º, VI (liberdade de consciência); art. 5º, VIII (vedação à privação de direitos por motivo de convicção filosófica ou política); art. 5º, IX (liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação); art. 5º, X (inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem); art. 220, *caput* (ausência de restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação). Os juristas, portanto, se voltam diretamente a essas normas, na tentativa de buscar uma definição desses termos para, enfim, encontrar a solução para a questão.

No plano infraconstitucional, a Lei n.º 7.716/89, em seu art. 20, criminaliza condutas que se enquadram naquilo que a doutrina e a jurisprudência consideram como discurso de ódio⁵³. Conforme salientado, foi nesse dispositivo que os atos praticados pelo paciente do HC n.º 82.424/RS foram enquadrados, mais especificamente nos verbos “incitar” e “induzir”. A questão do discurso do ódio, portanto, passa muito mais pela interpretação e aplicação do referido dispositivo legal do que por uma análise acerca de um suposto conflito entre direitos fundamentais.

liberdade de expressão, separando-a dos elementos que são inóspitos à convivência pacífica e à democracia” (CARCARÁ, 2014, p. 6).

⁵² Os seguintes trechos da ementa do acórdão do HC n.º 82.424-2/RS exemplificam bem o que foi afirmado: “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 impliquem ilicitude penal. 14. 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 a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (BRASIL, 2004, p. 524-526).

⁵³ Lei n.º 7.716/89, art. 20. “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa”.

A dificuldade, entretanto, está nos termos vagos constantes no dispositivo legal. O que é “praticar preconceito”? O que seria, exatamente, induzir ou incitar ao preconceito? Quanto à discriminação, a Lei n.º 12.288/2010 a define com mais termos vagos e imprecisos⁵⁴. O preconceito é definido como “uma ideia estática, abstrata, pré-concebida, traduzindo opinião carregada de intolerância, alicerçada em pontos vedados na legislação repressiva” (OSÓRIO; SCHAFER, 1995, p. 329). Da mesma forma, os verbos do tipo penal apresentam alta carga de indeterminação, o que, na visão de Nucci, ofende o princípio da taxatividade penal:

O tipo penal foi construído de maneira aberta demais. Parece-nos ofensivo ao princípio penal da taxatividade. Note-se que *praticar* discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia religião ou procedência nacional, na essência, representa todos os tipos previstos na Lei. Logo, a previsão feita no art. 20 (praticar discriminação ou preconceito) não quer dizer absolutamente nada e pode dizer absolutamente tudo. Se for utilizado o tipo penal, de maneira residual, vale dizer, para condutas que não se enquadrarem em nenhum dos outros tipos incriminadores desta Lei, a legalidade será arranhada (não há crime sem prévia *definição* legal). Sob outro aspecto, ao mencionar os verbos *induzir* ou *incitar*, temos, na realidade, modalidades de participação moral em crimes de discriminação racial. Por isso, do modo como é colocada a descrição típica, no art. 20, ofende-se, sem dúvida, a taxatividade do Direito Penal (NUCCI, 2010, p. 327).

É possível observar que a discussão a respeito do discurso do ódio é tratada a partir de normas que permitem uma ampla gama de interpretação e significados, e, portanto, diferentes resultados a partir da mesma fonte jurídica⁵⁵. Há uma tendência da doutrina e da jurisprudência em identificar o problema jurídico e, de pronto, submetê-lo ao mero debate calcado em princípios constitucionais conflitantes, sem observar a complexidade e os fatores sociais, culturais e históricos que envolvem o problema. Assim, o que se observa é que a questão do discurso do ódio, no plano jurídico, é cercado por normas cujos termos expõem aquilo que os autores dos *Critical*

⁵⁴ “Art. 1º, parágrafo único, I, da Lei n.º 12.288/2010: discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada”.

⁵⁵ Schauer expõe que essa característica é comum a previsões de diversos países: “Embora algumas previsões sejam mais específicas que outras, a indeterminação majestosa está na ordem do dia, e nenhuma constituição nacional especifica os contornos da liberdade de expressão, imprensa e opinião com o nível de detalhe que essas constituições geralmente utilizam para expressar outros direitos e estruturas” (SCHAUER, 1993, p. 871).

*Legal Studies (CLS)*⁵⁶⁻⁵⁷ chamam de “indeterminação do Direito”, ou *indeterminacy thesis*. Para os *CLS*, “o sistema jurídico está filosoficamente comprometido de maneira simultânea com normas contraditórias, sendo que cada uma dita o resultado oposto em qualquer caso” (KELMAN, 1987, p. 13)⁵⁸. Nas palavras de Trubek,

A crítica à ordem jurídica apresenta um desafio aos estudiosos. Se a lei é indeterminada, todo estudo acerca do significado da norma se torna uma defesa de pontos de vista, ao invés de ser uma atividade ‘neutra’ ou ‘científica’. Se não há uma forma distinta de argumentação jurídica, a argumentação doutrinária acerca da lei se funde em um debate político e ideológico. Se o material jurídico é, por natureza, contraditório, então a argumentação jurídica não pode encontrar fundamentos apenas neste material. Supondo que bons advogados estivessem limitados apenas ao material jurídico, todos os processos e debates acadêmicos terminariam em

⁵⁶ O movimento *Critical Legal Studies (CLS)*, surgido nos Estados Unidos entre o fim da década de 60 e o início da década de 70, é descendente direto do realismo jurídico norte-americano e do movimento direito e sociedade, apresentando influências de do pensamento de Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes Jr. e Louis Brandeis (GODOY, 2005, p. 13). Para Unger, duas tendências principais podem ser percebidas no movimento *CLS*: uma reconhece a doutrina passada e contemporânea como uma expressão de uma visão particular da sociedade, enquanto enfatiza o caráter contraditório e manipulável da argumentação jurídica; a outra surge das teorias sociais de Marx e Weber e da forma de análise histórica e social que combina métodos funcionalistas e objetivos radicais (UNGER, 1982-1983, p. 563). A nós interessa, no presente trabalho, a concepção dos *CLS* no primeiro sentido exposto por Unger. Nesse aspecto, Trubek sintetiza os quatro princípios básicos da crítica: indeterminação, antiformalismo, contradição e marginalidade. Por indeterminação, entende-se que o Direito não é capaz de prover uma resposta determinada às questões nem de cobrir todas as possíveis situações; por antiformalismo, entende-se a rejeição a uma forma autônoma e neutra de argumentação e racionalidade jurídica por meio das quais os especialistas aplicam o Direito em casos concretos, alcançando resultados que sejam independentes de suas posições éticas e políticas; a contradição se reflete no fato de que o Direito expõe dois ou mais pontos de vista diferentes e que até mesmo competem entre si, não sendo nenhum deles coerente o suficiente para poder ser chamado de dominante; por fim, a marginalidade representa a crítica no sentido de que não há razão para crer que o Direito é, de fato, o fator decisivo para a definição do comportamento social (TRUBEK, 1984, p. 578).

⁵⁷ É importante esclarecer, neste ponto, que a utilização de concepções produzidas no âmbito dos *Critical Legal Studies* não se afasta do referencial teórico central eleito para a crítica desenvolvida neste trabalho. Conforme já afirmado, o pragmatismo não se encerra em elementos ou características próprias que o diferencie de outras correntes de pensamento do Direito. Para Kaufmann, “o pragmatismo se aproxima muito mais de um estilo de pensamento do que propriamente de uma corrente com substância definida, que se repetiria na linguagem dos demais defensores de seu projeto” (KAUFMANN, 2011, p. 85). A relação entre os *CLS* e o pragmatismo é afirmada por Kellog, para quem “os acadêmicos dos Estudos Jurídicos Críticos adotaram muitos argumentos e pontos de vista proeminentes nos escritos de filósofos pragmatistas como Richard Rorty” (KELLOG, 1990-1991, p. 15). Rorty considera Unger (e também Dworkin, como visto no item 2.2) um pragmatista: “Para mim, é difícil discernir qualquer diferença filosófica interessante entre Unger, Dworkin e Posner; suas diferenças se apresentam a mim mais como políticas, como diferenças sobre o tamanho das mudanças e que tipo de mudanças as instituições americanas precisam. Os três têm noções visionárias, mas seus pontos de vista são diferentes. Não penso que seja necessário alargar o sentido do termo ‘pragmatismo’ tão amplamente para incluir esses três homens sob esta rubrica” (RORTY, 1990, p. 1813).

⁵⁸ “Enquanto que os realistas acentuaram as regras em conflito, os membros dos *CLS* acentuam (além das regras) os princípios e ideias em conflito, de fato irreconciliáveis. Entretanto, o tema básico é o mesmo: o juiz deve tomar uma opção que não está ditada pelo direito. De acordo com os *CLS*, a opção se dá entre os vários princípios e ideais em conflito que serão utilizados como guia para uma decisão. Opções distintas conduzem a resultados distintos. Portanto, a partir da perspectiva dos *CLS*, a invocação dos princípios só serve para levar a outro nível o ponto pelo qual se introduz a indeterminação e tem lugar a eleição judicial” (ALTMAN, 1986, p. 54).

empate. E se o direito é marginal, qualquer arranjo normativo que vise a governar a vida social deve ser avaliado de modo extralegal, ou, pelo menos, 'à sombra da lei'. Ainda, sendo o direito indeterminado, contraditório, e parte de um debate político e ideológico, o direito em si mesmo não é nada mais que uma obscura e vaga fonte de guia normativo. O direito é, ele próprio, uma sombra" (TRUBEK, 1984, p. 578-579)⁵⁹.

As normas comumente utilizadas como guia para a solução do problema do discurso do ódio apresentam tamanha vagueza e imprecisão que o seu uso pode levar a qualquer resultado, seja a proibição ou permissão do discurso, seja a condenação ou a absolvição de alguém denunciado com base no art. 20 da Lei n.º 7.716/89. Conforme explica Kelman, não se nega que, na prática do Direito, é possível observar uma certa regularidade na aplicação de determinados princípios, privilegiando-se uma parte dos valores opostos presentes no sistema jurídico, de modo que seria possível, em certos casos, prever qual decisão será tomada pelo órgão julgador (KELMAN, 1987, p. 13). O problema, segundo Lledò, é que

ainda que as convenções majoritariamente vigentes sigam sendo as mesmas, qualquer juiz ou jurista pode justificar plausivelmente um distanciamento entre elas, em muitos casos concretos, sem necessidade de esperar uma transformação generalizada na consciência jurídica coletiva. E sua justificação não deixaria de ser "jurídica"; inclusive poderia se apresentar com argumentos que estão presentes no discurso dominante: os valores reprimidos do discurso dominante estão aí, eles também pertencem e informam o Direito. O substrato valorativo do Direito, o conjunto de princípios jurídicos aos quais temos de nos socorrer para justificar as decisões, segue sendo incoerente, por mais que a cultura jurídica oculte essa incoerência dando prioridade a alguns princípios e não a seus opostos (LLEDÒ, 1993, p.488-489).

O jurista tradicional, portanto, se depara com o problema e, imediatamente, insere-o em alguma categoria normativa por ele conhecida, de modo a poder manipulá-la de acordo com o resultado que pretende obter. A questão do discurso do ódio permite a referência a princípios constitucionais e normas legais de extrema

⁵⁹Apesar da existência de uma relação entre o pragmatismo e os *CLS* (ou da sua inserção deste naquele), o jurista pragmatista Richard Posner faz uma crítica ao pensamento desenvolvido pelos *CLS* e à *indeterminacy thesis* (o que, mais uma vez, demonstra a vasta gama de posições abarcadas pelo pragmatismo). Segundo Posner, o direito é diferente da política, e "a escola do 'direito é política' também ignora a existência dos casos fáceis e exagera a importância dos casos indeterminados (que realmente são muitos) ao insistir que o direito só é direito quando se mostra à altura de seus mais extravagantes projetos de lei formalistas" (POSNER, 2007, p. 206-207). Quanto a esse ponto, Tushnet argumenta que as questões jurídicas realmente interessantes são aquelas que se submetem a normas indeterminadas, exigindo o debate. Ademais, o autor defende que, mesmo nos casos de normas determinadas, não duvida que, dependendo do contexto histórico e social, e das circunstâncias políticas do caso concreto, seja possível a aceitação de uma decisão diversa da prevista pela norma (TUSHNET, 1990, p. 138-139).

vagueza e imprecisão, exigindo, assim, a sua definição pelo "especialista" - no caso, o jurista - que apresentará a resposta adequada às normas que regem o problema⁶⁰, sem a necessidade de se debruçar sobre os diversos fatores que influenciam na tomada de posição acerca do tema.

Essa busca por uma solução baseada, necessariamente, em princípios constitucionais dos quais podem ser extraídas as mais variadas respostas, é decorrência de uma postura teórica ainda adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias: o neoconstitucionalismo. Fruto das construções teóricas propostas pela doutrina espanhola e italiana⁶¹, e afirmado como consequência do constitucionalismo pós-guerra⁶² obteve ampla aceitação no Brasil. Para Barroso, o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, que promove uma reaproximação entre ética e Direito, na qual os princípios constitucionais "passam a ser a síntese dos

⁶⁰ É o que se verifica dos argumentos doutrinários relativos à questão do discurso de ódio, e do modo de utilização dos citados elementos normativos. Meyer-Pflug, por exemplo, lista as "convenções majoritariamente vigentes" que sustentam, no momento, o seu argumento (pois poderiam perfeitamente sustentar o argumento contrário): "A tradição pátria sempre foi no sentido de privilegiar a liberdade, a democracia, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana e foram esses os valores amplamente prestigiados pela Constituição de 1988" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 221). Mais adiante a autora afirma que a liberdade de expressão é elemento essencial ao regime democrático e ao pluralismo, sendo que "o pluralismo pode ser visto como a dimensão política do direito à liberdade" (*Ibidem*, p. 221). Daí decorre a conclusão de que "assegurar o direito de opiniões adversas, como o discurso do ódio, é um preço que se deve pagar para preservar o tão valioso valor da democracia" (*Ibidem*, p. 227). Potiguar, na mesma linha, lista os princípios já amplamente reconhecidos pela prática jurídica atual, a fim de justificar sua posição (os mesmos citados por Meyer-Pflug): "a liberdade e a igualdade são reinterpretadas como direitos que implicam, expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, composta por indivíduos que se reconhecem como seres livres e iguais" (POTIGUAR, 2012, p. 119.). O autor, entretanto, conclui em sentido contrário: "Ocorre, no entanto, que esse cenário é simplesmente inviabilizado pelo *hate speech*, que está muito mais próximo de um ataque de que de uma participação num debate de opiniões" (*Ibidem*, p. 132). Observa-se, por exemplo, em Thiago Carcará a imposição de alguns lugares-comuns acerca dessas normas, tão abstratos (e, portanto, maleáveis) que se apresentam quase incontestáveis. Para o autor, "a liberdade de expressão (...) sedimenta a manifestação de pensamento como elemento da dignidade da pessoa humana e como um dos sustentáculos da democracia" (CARCARÁ, 2014, p. 58); "a real essência da liberdade de expressão é a busca pela tolerância" (*Ibidem*, p. 70); "o parâmetro limítrofe da manifestação do pensamento das ideias odiosas é a dignidade da pessoa humana" (*Ibidem*, p. 72).

⁶¹ "A palavra 'neoconstitucionalismo' não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo (s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003" (SARMENTO, 2009, p. 114)

⁶² "A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional" (BARROSO, 2007, p. 3).

valores abrigados no ordenamento jurídico” (BARROSO, 2001, p. 25), com eficácia normativa (os princípios são reconhecidos como um tipo de norma, diferente das regras). No plano teórico, o reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional e de novas formas de interpretação constitucional, como a ponderação, caracterizaria essa fase do constitucionalismo contemporâneo (BARROSO, 2007, p. 5-15). Prieto Sanchís sintetiza o neoconstitucionalismo a partir da superação de elementos tradicionalmente vinculados ao positivismo jurídico:

Essa nova teoria pode-se resumir nestas cinco epígrafes, expressivas de outras tantas orientações ou linhas de evolução: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial ao invés de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores” (SANCHÍS, 2003, p. 117).

Essa forma de se posicionar diante dos problemas jurídicos, apesar de bastante aceita no Brasil, não ficou imune a críticas, que revelam os problemas da adoção deste modo de produção de Direito Constitucional no país. A primeira crítica diz respeito à introdução de uma espécie de moralismo jurídico⁶³, a partir da supervalorização dos princípios constitucionais na resolução dos conflitos, transferindo ao Poder Judiciário e àqueles que o influencia (doutrina, atores processuais) o poder de dizer qual é o sentido dos valores expressos na Constituição, e qual a resposta que tais valores conferem para dirimir o caso concreto. Para Kaufmann,

Se cabe ao juiz ou ao Tribunal Constitucional a responsabilidade e o dever institucional de interpretar a Constituição de uma maneira moral, as

⁶³“Nessa perspectiva, os neoconstitucionalistas seriam juristas que reconhecem, como todos os demais, a supremacia constitucional e a necessidade de criar mecanismos para a sua preservação e acrescentam que a moral desempenha um papel fundamental na identificação e interpretação do direito positivo.(...) Isso indica que o neoconstitucionalismo é, para muitos pensadores, uma designação alternativa da corrente de teoria do direito conhecida como moralismo jurídico em razão de sua adesão à tese da vinculação (ou junção) entre direito e moral. Para o moralismo jurídico, a conformidade com a moral (que pode ser vista como universal ou indicar o sistema moral que predomina em certa sociedade) é um requisito para reconhecer a validade de um ordenamento jurídico (e, eventualmente, de determinada norma). Em paralelo, os moralistas consideram que a moral deve ser utilizada como ponto de referência para a interpretação das normas jurídicas, permitindo ao intérprete encontrar a resposta “correta” no sentido axiológico do termo. Essa tese se contrapõe à tese da separação entre o direito e a moral que constitui elemento comum das várias versões do positivismo jurídico.” (DIMOULIS, 2008, p. 16-17). Segundo Sarmento, “Ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, o neoconstitucionalismo abre as portas do Direito para o debate moral” (SARMENTO, 2009, p. 120).

afirmações acima querem dizer que os onze ministros do Supremo Tribunal Federal dirão, a partir de suas impressões pessoais do mundo, o que é moral e o que é justo (KAUFMANN, 2010, p. 211-212).

Segundo Streck, que se identificava com o neoconstitucionalismo (STRECK, 2009), o movimento

acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano (STRECK, 2011, p. 35).

É importante observar que não se trata de uma crítica à positivação dos valores nos textos constitucionais. Essa prática, decorrente do contexto formado a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, apresentou-se como uma reação aos acontecimentos do período, num sentido de se retornar a uma concepção de Direito voltada a valores superiores, externos, capazes de gerar a segurança social quebrada pelas barbáries da guerra⁶⁴. Foi a resposta que entenderam adequada, naquele

⁶⁴ A relação entre positivismo jurídico e nazismo faz parte do senso comum dos juristas, que proclamam a derrocada do positivismo e a ascensão do pós-positivismo como a principal transformação na teoria do Direito que propiciou a formação de Estados democráticos, por meio de Constituições que contemplaram direitos fundamentais com força normativa. Barroso é um exemplo de doutrinador que difunde essa noção: “o positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2001, p. 23). Entretanto, são interessantes os argumentos levantados por Neves e Dimoulis, ao visualizarem exatamente o oposto: a ascensão do nazismo teria se dado em um ambiente jurídico bastante aberto, repleto de princípios e valores, o que possibilitou a fundamentação jurídica das barbáries engendradas pelo regime. Conforme Neves, “durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras [a exemplo de Karl Larenz]. Autores ditos ‘formalistas’ (...), destacando-se Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico”. (...) Evidentemente, para o ‘Führer’, um modelo com ênfase em regras constitucionais e legais seria praticamente desastroso. Uma teoria de princípios

ambiente e contexto histórico. O problema, portanto, não está no rol elencado na Constituição, derivado de valores aceitos pela sociedade (afinal, quem é contra a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado Democrático de Direito?), mas sim da crença de que é possível extrair respostas corretas, objetivas, decorrentes de métodos de interpretação constitucional conhecidos por poucos, a problemas concretos vivenciados em uma sociedade moderna e plural como a atual.

Essa crença se insere na segunda crítica ao neoconstitucionalismo relevante para este trabalho, que diz respeito ao abuso dos princípios na resolução de casos concretos. Conforme Sarmento,

Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões têm sido os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é empregado para dar imponência ao decisionismo judicial, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias (SARMENTO, 2009, p. 25)⁶⁵.

A confiança demasiada na solução de conflitos por meio da interpretação de princípios constitucionais acarreta, segundo Ávila, a desvalorização da Constituição⁶⁶, tendo em vista que a justificação para qualquer tipo de decisão pode estar calcada em

referentes ao desenvolvimento do povo alemão na 'história universal' como 'realização do espírito geral' ou 'aprofundamento do espírito do mundo em si' apresentava-se muito mais adequada aos 'fins' do nazismo" (NEVES, 2013, p. 173). A mesma concepção é compartilhada por Dimoulis: "Os juristas próximos ao nazismo criticavam os ideais da segurança jurídica e as formalidades jurídicas; exaltavam os valores do povo alemão, exigindo a 'eticização' da aplicação do direito que os juízes deveriam impor, distanciando-se do 'pensamento com base na lei' (*Gesetzesdenken*). O positivismo era visto como negação do ideal de justiça e o próprio Hitler declarou que, no Terceiro *Reich*, o direito coincide com a moralidade" (DIMOULIS, 2006, p. 261-262).

⁶⁵ Streck chama essa prática de "pamprincipiologismo": "Positivaram-se os valores': assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a 'criação' (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de 'princípio' (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a 'pedra filosofal da legitimidade principiológica', da qual pudessem ser extraídos tantos princípios quantos necessários para solvermos os casos difíceis ou 'corrigir' as incertezas da linguagem" (STRECK, 2013, p. 300). Para Neves, "um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição" (NEVES, 2013, p. 191-192).

⁶⁶ "Os fundamentos do neoconstitucionalismo (prevalência dos princípios constitucionais sobre as regras, da ponderação sobre a subsunção, da justiça particular sobre a justiça geral e do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo) não encontram suporte no ordenamento jurídico constitucional, concluindo que "o 'neoconstitucionalismo', baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado ao Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida de 'não-constitucionalismo': um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização" (ÁVILA, 2009, p. 19).

princípios constitucionais cuja “essência” restou descoberta por meio da aplicação de técnicas objetivas de interpretação. Fazendo alusão à exposição do neoconstitucionalismo feita por Sanchís, Kaufmann observa:

As pretensões ficam bastante evidentes do trecho de Prieto Sanchís: ‘mais princípios que regras’ é uma assertiva que somente faz sentido para os seguidores da doutrina das espécies de normas tipo alexyana ou dworkiniana, algo, entretanto, incompreensível para o pragmatista. ‘Mais ponderação que subsunção’ quer significar uma mudança metódica de aplicação do Direito, com base na ilusão metodológica de que existem métodos puros, racionais e objetivos (e, nesse caso, diferentes entre si) de fazer incidir a norma ao caso concreto. O pragmatista, igualmente, não acredita nisso e provavelmente sugeriria o aprofundamento da leitura dos autores da hermenêutica filosófica que, com autoridade, fizeram perceber que o ato interpretativo é subjetivo, político, histórico e volitivo e não existe nada como um ‘método puro’, separado do sujeito e de suas pré-compreensões (KAUFMANN, 2010, p. 207).

Essa inclinação pelo recurso aos princípios na solução de controvérsias fica bastante evidente na análise do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme já mencionado, o objeto estrito da demanda era a interpretação do art. 5º, XLII, da CF/88, no que toca à imprescritibilidade do crime de racismo. Os impetrantes alegaram que os judeus não se constituem em uma raça, logo, o paciente não teria praticado o crime de racismo, sendo possível a aplicação das regras de prescrição previstas no Código Penal, que, na hipótese, acarretariam a extinção da pretensão punitiva. Outro argumento da impetração dizia respeito aos núcleos do tipo penal do art. 20 da Lei n.º 7.716/89. O paciente foi condenado por “incitar” e “induzir” à discriminação e ao preconceito, crimes, no seu entender, prescritíveis, pois a norma constitucional somente impunha a imprescritibilidade à “prática” do racismo.

O ministro Moreira Alves, relator do caso, centrou-se nesses pontos. Em seu voto, o ministro privilegiou a intenção do constituinte na definição do termo⁶⁷,

⁶⁷ É interessante a crítica que a doutrina aqui estudada apresenta quanto ao voto do ministro Moreira Alves: “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 (POTIGUAR, 2012, p. 213). Mais uma vez, o “Estado Democrático de Direito” é a senha para justificar o uso de uma teoria ao invés de outra (fundacionismo), deslocando-se o debate para a discussão a respeito da melhor teoria interpretativa, o que em nada contribui para a solução da controvérsia. Ademais (e agora adentrando na discussão, apenas para demonstrar que a indeterminação do Direito permite as mais variadas interpretações), é possível afirmar que o voto proferido pelo Min. Moreira

recorrendo a textos e discursos produzidos no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte que, na sua visão, refletiam o momento histórico da edição do texto, decisivos para a definição de seu significado no caso concreto. O voto do min. Moreira Alves trouxe ainda outro argumento interessante: estudos antropológicos e de textos editados por membros da comunidade judaica afirmavam que judeu não é raça. Logo, discriminar judeus não constituiria racismo⁶⁸. O entendimento foi superado pelo voto dos demais ministros da Corte, que conceberam um significado social à expressão “racismo”, já que, cientificamente, não seria mais possível a distinção de seres humanos por raças⁶⁹.

Essa discussão a respeito da prescritibilidade do crime praticado já era suficiente para se emitir uma decisão. Entretanto, os votos que se seguiram ao do ministro relator tomaram o rumo da análise da violação aos princípios da liberdade de

Alves apresenta argumentos “técnicos”, e, de certa forma, imbatíveis se confrontados dentro dos limites das tradicionais teorias interpretativas. O voto está imune às críticas feitas ao originalismo [(segundo o qual “o significado da norma constitucional deve ser encontrado a partir de referências ao entendimento original daqueles que a editaram” (SMITH, 2007, p. 159)], porque, como bem salienta o Ministro, a Constituição de 1988 é um texto recente, sendo extremamente plausível a pesquisa - como de fato se deu - acerca da intenção dos formuladores da cláusula da imprescritibilidade do crime de racismo. Não se trata de um documento de duzentos anos. Ademais, se à época da elaboração da Constituição a “tradição” era no sentido da imprescritibilidade apenas nos casos de ofensas a negros, essa tradição não teria se alterado em tão pouco tempo. Adicione-se a tais argumentos a lição de que, em se tratando de norma penal prejudicial ao réu, a interpretação deve se dar restritivamente. Os demais ministros, como será visto na nota de rodapé n.º69, com base em concepções científicas, culturais e sociais a respeito do racismo (concepções estas surgidas posteriormente ao fato típico), optaram por ampliar a extensão do significado da norma penal que refletiu um prejuízo ao réu, o que certamente não atende ao paradigma daquele “Estado Democrático de Direito” defendido pelo citado autor.

⁶⁸ BRASIL, 2004, p. 540-546.

⁶⁹ Apesar de não ser objeto do presente trabalho a análise dos fundamentos dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito da definição do termo “racismo” (por não se tratar do tema “discurso do ódio”, conforme anteriormente definido), é possível evidenciar, nesse ponto, o comportamento pragmático dos ministros na resolução da questão. O Min. Maurício Corrêa afirmou que “a existência de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito” (*Ibidem*, p. 568); para o Min. Gilmar Mendes, “o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo” (*Ibidem*, p. 649); o Min. Carlos Veloso afirmou que “culturalmente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados” (*Ibidem*, p. 683); o Min. Nelson Jobim assentou que “esta conceituação de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso” (*Ibidem*, p. 692); para a Min. Ellen Gracie, “muito embora o racismo não possa ser justificado por fundamentos biológicos, ele, no entanto, persiste como fenômeno social” (*Ibidem*, p. 754-755); o Min. Sepúlveda Pertence entendeu “que há de partir-se de um fenômeno histórico indiscutível, o racismo, para, então, verificar que o alvo do racismo não é necessariamente uma raça, como conceito antropológico, mas, sim, um grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo do racismo” (*Ibidem*, p. 1001). Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal buscou no contexto, na historicidade do termo, o significado da expressão “racismo” no texto constitucional. Não há a invocação de uma teoria constitucional para fundamentar a decisão. O único voto que buscou amparo em uma teoria da interpretação concluiu pela prescritibilidade do crime praticado, tendo em vista que a intenção do constituinte não contemplava os judeus na proteção constitucional. À Corte, entretanto, interessava a punição do paciente, sendo necessária a construção de uma definição cultural, sociológica, de racismo. Observa-se aqui a influência do contextualismo na decisão tomada, que é uma característica da atividade judicial pragmatista.

expressão, igualdade e dignidade da pessoa humana⁷⁰. Os votos dos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Britto, Carlos Velloso, Marco Aurélio Melo e Sepúlveda Pertence, além do ministro Maurício Corrêa, enveredaram pela discussão acerca da aplicação de direitos fundamentais ao caso concreto, no intuito de averiguar se as expressões lançadas nos livros do paciente estavam acobertadas pela liberdade de expressão, ou se violavam a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Observa-se, aqui, um sintoma do neoconstitucionalismo – mais princípios que regras, na famosa frase de Sanchís –, pois não bastou ao tribunal o exame da “regra” da imprescritibilidade, por entender necessária a discussão do caso à luz de “princípios”⁷¹. Ironicamente, foi exatamente essa análise, dissonante dos fundamentos da impetração, que caracterizou o acórdão do HC n.º 82.424/RS como um julgado acerca do discurso do ódio, pois como vimos, foi a partir desse precedente que o tema passou a ser estudado pela doutrina nacional.

Esse anseio por uma solução constitucional, calcada nos direitos fundamentais, também é fruto da insuficiência legislativa acerca do discurso do ódio. Conforme já observado, o art. 20 da Lei n.º 7.716/89, tipo penal que criminaliza o que se convencionou chamar de discurso do ódio, é repleto de termos vagos, capaz de sustentar as mais diversas interpretações, sendo passível de ser considerado inconstitucional por ofensa à taxatividade penal. Ademais, o dispositivo não criminaliza diversas condutas consideradas como discurso de ódio pela doutrina, o que a impele a se fundamentar em normas constitucionais para resolução do problema.

Tomemos como exemplos os casos citados na primeira página deste capítulo, a partir dos quais é possível demonstrar as dificuldades que a questão do discurso do

⁷⁰ Após o voto-vista do ministro Maurício Corrêa, divergindo do relator, este reiterou os fundamentos de seu voto. Nessa oportunidade, o ministro Sepúlveda Pertence teceu comentário a respeito da necessidade de discussão de outro ponto relevante: o livro como instrumento de um crime (*Ibidem*, p. 607). O ministro Moreira Alves foi enfático ao afirmar que a matéria relativa à violação da liberdade de expressão não era objeto do *Habeas Corpus*, e que sua análise configuraria exame de ofício, que, se rejeitada, prejudicaria o réu, impedindo-o de formular esse argumento em nova ação (*Ibidem*, p. 610).

⁷¹ Uma explicação para a adoção de uma análise mais principiológica pode ser extraída do voto do terceiro julgador a se pronunciar, o ministro Celso de Mello. O ministro defende a importância histórica do julgamento, e a necessidade de um exame, pelo STF, do princípio da dignidade da pessoa humana: “Não tenho dúvida, Senhor Presidente, de que o Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, reúne-se para proferir um julgamento impregnado de indiscutível transcendência e revestido de irrecusável valor simbólico, pois, hoje, está em debate, nesta Corte, questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores, cujo respeito confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito. Refiro-me ao princípio indisponível da dignidade da pessoa humana, que, mais do que elemento fundamental da República (CF, ar. 1º, III), representa o reconhecimento de que reside, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional” (BRASIL, 2004, p. 614-615).

ódio traz para a aplicação da legislação infraconstitucional. No primeiro caso, observa-se que o STF não se pronunciou especificamente a respeito da adequação do ato praticado pelo paciente e o tipo penal, apesar de o alcance dos verbos do art. 20 da Lei n.º 7.716/89 na interpretação do art. 5º, XLII, da CF/88, ter sido considerado em alguns momentos do julgamento. O *Habeas Corpus* foi impetrado em face de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que afastou expressamente a alegação do impetrante de que, pelo fato de ter sido condenado por “incitar” e “induzir” a discriminação e o preconceito, a pretensão punitiva seria prescritível, pois a norma constitucional trata da imprescritibilidade da “prática” de racismo (o verbo praticar encontra-se no art. 20 da Lei n.º 7.716/89). Para o STJ, “não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo” (BRASIL, 2002), vencido o ministro Edson Vidigal, que defendia a distinção entre os verbos do tipo penal, para fins de reconhecimento da prescrição punitiva. Essa questão não foi analisada pelo STF (que preferiu se ater ao conflito entre princípios constitucionais), apesar de ter sido alegada na inicial e analisada no parecer do Procurador-Geral da República. Essa lacuna no julgamento provocou a impetração de novo *Habeas Corpus* em favor de Siegfried Ellwanger, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal⁷².

Quanto ao discurso de ódio de cunho homofóbico, mais uma vez, observa-se que o tipo penal não é capaz de apresentar a resposta adequada aos anseios das pessoas que defendem a necessidade de proteção do grupo homoafetivo. No caso citado, o inquérito em curso no Supremo Tribunal Federal foi arquivado, em virtude da atipicidade do fato, já que o art. 20 da Lei n.º 7.716/89 não se refere à discriminação ou preconceito decorrente de opção sexual⁷³.

Quanto ao tema, no âmbito legislativo, tramitou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei da Câmara n.º 122/2006, que definia os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. A proposta, entretanto, não foi analisada e o texto acabou sendo incorporado às discussões relativas ao novo Código Penal.

Na seara judicial, há duas ações em andamento no Supremo Tribunal Federal.

⁷² RHC n.º 116.72, relator ministro Teori Zavascki.

⁷³ "TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual" (BRASIL, 2014).

Por meio do Mandado de Injunção n.º 4.733/DF, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) requereu a criminalização específica de todas as formas de homofobia ou transfobia. A demanda foi indeferida liminarmente, ao fundamento de que não estaria em discussão um direito subjetivo especificamente previsto na Constituição cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal. A Procuradoria-Geral da República, que havia se manifestado, mediante parecer, pelo indeferimento do pedido, alterou seu entendimento e interpôs Agravo Regimental da decisão, ainda pendente de julgamento, com base na proteção insuficiente de direitos fundamentais⁷⁴.

Em petição semelhante, subscrita pelo mesmo advogado do citado Mandado de Injunção, o Partido Popular Socialista (PPS) protocolou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, pleiteando a declaração da mora inconstitucional por parte do Poder Legislativo, bem como que o STF normatize (inclusive criminalmente) a questão do discurso homofóbico, em virtude de uma suposta obrigação estatal nesse sentido, decorrente dos princípios constitucionais já

⁷⁴ Extrai-se da ementa do novo Parecer protocolado aos autos, após a interposição do Agravo Regimental: “CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE.HOMOFOBIA. PROTEÇÃO DEFICIENTE. MANDADODE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL.CONHECIMENTO E PROVIMENTO.O mandado de injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5º, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental”.

citados⁷⁵. Diversas entidades já foram admitidas como *amicus curiae*⁷⁶, o que demonstra a complexidade da discussão e a necessidade de um debate não meramente jurídico, mas principalmente voltado à realidade das vítimas do discurso e daqueles que pretendem emitir manifestações contrárias ao comportamento homoafetivo. Para Kaufmann, o instituto do *amicus curiae* é um instrumento pragmatista da Jurisdição Constitucional, que permite ao Supremo “forjar uma solução a partir do testemunho de quem tenha efetivamente algo a dizer sobre direitos humanos” (KAUFMANN, 2011, p. 351), sendo que tal instituto (ao lado da audiência pública, ambos criados pela Lei n.º 9.868/99) acarreta a “desmistificação do discurso jurídico e o reconhecimento de sua insuficiência para servir de base exclusiva para as grandes questões” (*Ibidem*, p. 357).

Observa-se, por parte dos interessados (vítimas ou órgãos contrários ao discurso de ódio), a aposta na indeterminação do Direito e na busca de uma solução, via Poder Judiciário, de um problema que afeta diversos atores da sociedade e apresenta uma complexidade que o Direito não é capaz de regular e resolver com objetividade. Apela-se, novamente, aos princípios da dignidade da pessoa humana, proteção insuficiente, como se estes, objetivamente, indicassem a resposta ao problema, a resposta correta. Ilustrativo dessa tendência é o voto do ministro Luis

⁷⁵ Coerentemente, a Procuradoria-Geral da República defendeu o parcial conhecimento da Ação, e seu provimento nessa parte, em Parecer assim ementado: CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR. 1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar. 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem. 3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. 4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa. 5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar *inertia deliberandi*. 6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. 7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

⁷⁶ Até 05.10.2015 foram admitidos como *amicus curiae* o Grupo Gay da Bahia, a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual, a Associação Nacional de Juristas Evangélicos e a Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida.

Roberto Barroso no Inquérito n.º 3.590/DF, quando se refere à dignidade da pessoa humana para defender que se "impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*" (BRASIL, 2014, p. 8), reconhecendo, entretanto, que o tipo penal não incrimina a homofobia. Trata-se de uma forma de simplificar, objetificar, de neutralizar, uma posição acerca da manifestação homofóbica que, mais adiante em seu voto, o ministro considerou "reprovável no plano moral" (BRASIL, 2014, p. 8). Trata-se de uma luta por direitos, e o Direito é um instrumento dessa luta.

O último caso citado que também exemplifica as dificuldades que o Poder Judiciário encontra ao se deparar com a questão do discurso do ódio é objeto do Mandado de Segurança n.º 30.952/DF, em tramitação no Supremo Tribunal Federal. O Instituto de Advocacia Racial e Antonio Gomes da Costa Neto, na petição inicial, impugnam o Parecer n.º 06/2011, homologado pelo Ministro de Estado da Educação, que autoriza a aquisição da obra de Monteiro Lobato intitulada "Caçadas de Pedrinho", que, segundo os impetrantes, contém expressões racistas. Trata-se de uma questão complexa, que envolve não apenas a mera discussão entre liberdade de expressão e não-discriminação, mas, também, a ideia de que uma obra literária, escrita há décadas atrás, possa ser considerada, atualmente, discurso de ódio; a intenção do autor; o fato de se tratar de um autor considerado clássico na literatura nacional; a aquisição da obra por escolas, para ser trabalhada em salas de aula, com crianças; e, também, o interesse dos editores e beneficiados com as vendas da obra, que não querem vê-la rotulada como racista.

É interessante observarmos a forma como o ministro relator, Luiz Fux, tenta acomodar esses interesses em jogo com o procedimento do mandado de segurança e com os métodos tradicionais de solução de controvérsias constitucionais. Em despacho de 15 de junho de 2012, o ministro reconheceu que "este feito faz exsurgir relevante conflito em torno de preceitos normativos de magnitude constitucional, quais sejam, a liberdade de expressão e a vedação ao racismo" (BRASIL, 2012)⁷⁷. Entretanto, no mesmo despacho, designou a realização de audiência de conciliação entre as partes.

Assim, inicialmente, ao reconhecer um conflito entre princípios constitucionais, o esperado seria a aplicação de métodos tradicionais de interpretação próprios da

⁷⁷ Em decisão de 02/02/2015, o Mandado de Segurança foi julgado extinto, em virtude da incompetência do STF para o seu julgamento.

argumentação jurídica, de modo a solucionar a questão de modo simples. Entretanto, ciente das particularidades que envolvem o caso, inovou, de modo criativo e até mesmo contrário à lei (já que o procedimento do mandado de segurança não prevê audiência de conciliação). Em apenas um despacho, reconhece que a questão envolve direitos fundamentais, mas se afasta de conceitos caros à teoria desses direitos, ao admitir a sua disponibilidade⁷⁸; ao reconhecer a possibilidade de transação de direitos fundamentais; ao não se preocupar com a descoberta do "núcleo essencial" dos direitos em conflito, de modo a respeitar o "limite dos limites"⁷⁹, permitindo uma solução que poderá levar, talvez, à anulação total de um dos direitos em jogo; ao ignorar a "eficácia horizontal" ou o "caráter objetivo"⁸⁰ dos direitos fundamentais, deixando à livre negociação das partes interessadas a definição do conteúdo desses direitos e a solução da controvérsia. No mesmo tom do referido despacho, em nova decisão de 08 de outubro de 2012 o ministro deferiu o ingresso no feito dos herdeiros de Monteiro Lobato, em virtude dos efeitos jurídicos e patrimoniais que podem decorrer da decisão, evidenciando, assim, a importância do aspecto econômico particular na discussão, ainda que envolva direitos fundamentais. Observa-se a busca de meios inusitados, porém adequados à realidade do caso concreto e atentos às particularidades do litígio, sem a tradicional preocupação com a resposta advinda de um método interpretativo de direitos fundamentais supostamente racional. Um comportamento judicial antifundacionista e consequencialista, ou seja, com características pragmatistas.

Mas esse comportamento não é a regra quando se trata da questão do discurso do ódio na doutrina e na jurisprudência. Aliás, mesmo no referido despacho do ministro Luiz Fux, observa-se ainda a remissão a direitos fundamentais em conflito, demonstrando o apego do jurista ao tratamento tradicional da questão, apesar de a

⁷⁸ Na lição de Mendes e Branco, "a inalienabilidade traz uma consequência prática importante - a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir" (MENDES; BRANCO, 2013, p. 145). É exatamente essa consequência prática que foi descartada quando da designação de audiência de conciliação, provavelmente porque, no caso concreto, considerá-la impediria o manejo de uma forma inovadora de resolução do litígio - a conciliação -, julgada pelo ministro como mais adequada ao caso concreto.

⁷⁹ "Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que *tais restrições são limitadas*. Cogita-se, aqui, dos chamados 'limites dos limites' (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringem direitos individuais. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial de um direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas" (*Ibidem*, p. 211).

⁸⁰ Ver item 3.3.2.

citada constatação não apresentar nenhuma utilidade ante ao procedimento negocial proposto para a solução do caso. Assim, apesar de, no caso Monteiro Lobato, a atividade jurisdicional pragmática estar bastante evidente, nos demais casos e na doutrina nacional essa prática resta encoberta. Nota-se, como visto, que a doutrina e a jurisprudência, no anseio de encontrar soluções para o problema, apela para normas constitucionais, pelo fato de a legislação infraconstitucional deixar a desejar no que toca à possibilidade de punição de atos considerados como discurso de ódio. Assim, a análise se apresenta abstrata, distante de casos concretos – mesmo porque estes, como vimos, suscitam diversas questões que o tipo penal e a Constituição não respondem objetivamente –, e notadamente prescritiva, no sentido de descobrir, a partir da interpretação e definição de diversos direitos fundamentais em conflito, qual deve ser a posição do Estado diante do discurso do ódio, e que tipos de discursos devem ser proibidos ou permitidos.

Essa tentativa de simplificar a questão do discurso do ódio, no intuito de formar uma "teoria geral da liberdade de expressão", a partir de métodos de interpretação constitucionais ou cânones interpretativos, não é exclusividade da doutrina e da jurisprudência brasileira. Do mesmo modo que importou o termo *hate speech*, o jurista nacional importou o modo de enfrentar o problema. Ganham destaque a tentativa de encontrar coerência no enfrentamento do problema do *hate speech* nas cortes constitucionais estrangeiras (a ilusão dos "sistemas de discurso de ódio"), bem como as teorias de interpretação constitucional, que são utilizadas com o fito de garantir certa neutralidade e objetividade à solução apresentada pelo intérprete, tarefa esta que, conforme será visto nos capítulos seguintes, não atinge o seu desiderato.

3 A IMPORTAÇÃO DOS MODELOS DE TRATAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DISCURSO DO ÓDIO: A JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS E DA ALEMANHA

3.1 A concepção de "sistemas" antagônicos de liberdade de expressão

É comum na doutrina o exame comparativo entre as decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana e tribunais europeus em temas relacionados à liberdade de expressão e ao discurso do ódio (SARMENTO, 2006; MEYER-PFLUG, 2009; POTIGUAR, 2012; BRUGGER, 2007; ROSENFELD, 2003). A jurisprudência norte-americana, de acordo com esses textos, consagra a plenitude da liberdade de expressão. De fato, os autores americanos se referem à liberdade de expressão como "o mais sublime direito da constelação americana dos direitos constitucionais" (ROSENFELD; SAJO, 2005, p. 6), o "maior dos símbolos da cultura americana" (BOLLINGER, 1986, p. 7), "uma das glórias da sociedade Americana" (WALKER, 1994, p. 1). Posner, descrevendo o apreço americano à liberdade de expressão, afirma que esta é "a essência da religião civil, um termo bem escolhido para transmitir o fervor moralista com que a liberdade de expressão é celebrada" (POSNER, 2010, p. 277).

As principais decisões que moldaram esse posicionamento norte-americano, considerado excepcional, (pois, segundo BOYLE, 2001; SCHAUER, 2005 e SEDLER, 2006, difere substancialmente da produção jurídica de outras democracias ocidentais), enfatizam concepções abstratas e teóricas, como a autonomia do indivíduo⁸¹, a busca pela verdade por meio do livre mercado de ideias⁸², a liberdade de realizar escolhas morais⁸³, a tolerância⁸⁴ e a noção de que a liberdade de expressão é um fim em si mesma, um componente da ideia de que todas as pessoas

⁸¹ Em um caso de recusa à saudação à bandeira: "Se há alguma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é a de que nenhuma autoridade, da mais alta à mais baixa, pode determinar o que deve ser considerado ortodoxo em política, nacionalismo, religião, ou outras questões de opinião, nem forçar os cidadãos a confessarem, por palavras ou atos, sua adesão ao que foi determinado" (*Justice Jackson, West Virginia State Board of Education et. al. v. Barnette*, 1943).

⁸² Ver item 4.1.1.

⁸³ "É função da liberdade de expressão libertar os homens da escravidão de seus medos irracionais" (*Justice Brandeis, Whitney v. California*, 1927).

⁸⁴ "Se há algum princípio da Constituição que clama por sua adesão mais imperativamente que qualquer outro é o princípio da liberdade de pensamento – não liberdade de pensamento àqueles que concordam conosco, mas liberdade para as ideias que odiamos" (*Justice Holmes, divergência, United States v. Schwimmer*, 1929).

são autorizadas a realizarem o seu pleno potencial⁸⁵. Assim ao longo de sua história constitucional, os americanos teriam formado um "sistema" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 130) de proteção da liberdade de expressão, cuja característica principal é a prevalência desse direito, enquanto este se mantiver no plano das ideias, não sendo capaz de gerar os efeitos danosos. Owen Fiss explica a ideia central que rege o pensamento acerca da liberdade de expressão nos Estados Unidos:

Implícito ao princípio da vedação à discriminação de pontos de vista está o entendimento da Primeira Emenda, quase que axiomático atualmente, no sentido de que a lei é um instrumento do auto-governo democrático. De acordo com essa visão, o propósito da Primeira Emenda é o de proteger a soberania das pessoas de decidirem como desejam viver suas vidas. O Estado não pode fazer escolhas para as pessoas, e, ainda mais relevantes àqueles propósitos, ao Estado não é permitido manipular o debate público de modo a determinar essa escolha. O Estado deve se manter neutro diante de pontos de vista divergentes (FISS, 1995, p. 284-285).

Os autores buscam demonstrar que o posicionamento jurisprudencial americano possui raízes constitucionais e principiológicas. Para o professor Robert Sedler, "a forte proteção à liberdade de expressão nos Estados Unidos é em si mesma um valor humanístico, um valor que é produto de sua própria história e experiência, e que se reflete na cultura americana" (SEDLER, 2006, p. 378). Para Kommers, "a doutrina americana da liberdade de expressão sugere uma fé imensa na habilidade do indivíduo de discernir a verdade quando a vê" (KOMMERS, 1980, p. 695). É, segundo esses autores, da natureza desta sociedade, uma característica marcante que faz parte da sua essência. Em sentido semelhante, Sarmento explica que o comportamento dos norte-americanos diante de questões que envolvem a Primeira Emenda é fruto de uma

cultura profundamente individualista, que cultiva o ideal do *self-made man*, forte, corajoso e independente do Estado, que quer falar e ser ouvido na sociedade, e que deve, em contrapartida, formar uma couraça dura o suficiente para suportar e superar todas as agressões que possa sofrer no "mercado de idéias", por mais odiosas que elas sejam (SARMENTO, 2006, p. 64)⁸⁶.

⁸⁵ Para Massey, ilustrativa da aceitação dessa racionalidade acerca da liberdade de expressão é a decisão da Suprema Corte no caso *Cohen v. California*, de 1971 (que tratava do uso de uma jaqueta com a inscrição "Dane-se o recrutamento", em plena guerra do Vietnã), em que se reconheceu a importância desse direito para a dignidade e o livre arbítrio do indivíduo (MASSEY, 1993, p. 133).

⁸⁶ Apesar de Sarmento, neste trecho, reconhecer a influência do contexto cultural e histórico na formação do pensamento americano, ainda o faz de modo generalizado, pois, como será demonstrado, em diversas situações os Estados Unidos se posicionaram pela restrição da liberdade de expressão,

Na Europa, a questão do discurso do ódio recebe tratamento diverso (BOYLE, 2001; SCHAUER, 2005 e SEDLER, 2006). No presente trabalho nos concentraremos nos precedentes do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, tendo em vista a relevância e influência dos julgados e dos acontecimentos históricos relacionados à Segunda Guerra Mundial e ao nazismo no comportamento das demais cortes do continente. Há uma restrição maior à liberdade de expressão na Alemanha, por conta do texto da Lei Fundamental de Bonn, que prevê, em seus artigos 2.1, 5.1 e 5.2, a liberdade de expressão "desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral"⁸⁷. Na Alemanha, destaca-se o método da ponderação de princípios na solução dos conflitos acerca do discurso de ódio (KOMMERS, 1980, p. 689-690).

Tanto a doutrina como a jurisprudência dos Estados Unidos e da Alemanha apresentam a ideia de que as questões relacionadas ao discurso do ódio são resolvidas a partir de princípios fundantes da ordem constitucional, que indicam as respostas aos casos concretos por meio de técnicas ou cânones de interpretação capazes de conferir neutralidade e objetividade ao tema, distanciando-o do mundo real e dos efeitos que o discurso provoca nos diversos agentes.

Os pontos a serem investigados e esclarecidos, portanto, são os seguintes: existem o "sistema americano" e o "sistema alemão" de proteção da liberdade de expressão? São sistemas fechados, fruto eminentemente da interpretação de dispositivos constitucionais? Ou, ainda, são apenas o espelho de uma cultura voltada à plena realização individual, enquanto a outra é voltada para o espírito público e coletivo? Ou, ao contrário, trata-se de decisões proferidas em determinados contextos históricos, editadas para a solução de conflitos específicos e atentas às suas futuras consequências?

não sendo, portanto, a explicação apresentada o fundamento para a definição da jurisprudência americana.

⁸⁷ Lei Fundamental de Bonn, art. 2.1. A íntegra dos dispositivos citados é a seguinte: 2.1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral; 5.1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura; 5.2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal.

3.2 Liberdade de expressão e discurso de ódio na jurisprudência dos Estados Unidos

3.2.1 Do período colonial à Primeira Guerra Mundial

Conforme demonstrado, é lugar-comum na doutrina a ideia de que a produção jurídica americana relativa à liberdade de expressão e ao discurso do ódio se posiciona no sentido da mais plena liberdade. Porém, a partir de uma análise da história da jurisprudência norte-americana, observa-se que essa postura diante da Primeira Emenda nem sempre resultou em uma interpretação ampla dessa cláusula, e, tampouco, na afirmação de princípios essenciais caros à formação e à identidade daquela sociedade, mas o contrário: trata-se de decisões que consideraram o contexto histórico e político, e buscaram solucionar as questões concretas que se apresentavam, formando um conjunto de precedentes moldados a partir das contingências de cada época.

A América colonial apresentava pouca tolerância ao dissenso. Os juízes da época aplicavam o *common law* inglês, no qual se incluía a lei do *seditious libel*, que previa a punição a quem publicasse algo desrespeitoso ao Estado, à igreja ou a seus integrantes (LEWIS, 2007, p. Kindle 152). Especificamente quanto ao discurso do ódio, McConnell destaca que a primeira regulamentação da América foi o *Toleration Act* de Maryland, de 1649. A colônia foi fundada alguns anos antes por Lord Baltimore, um nobre, amigo de Carlos I, que professava a fé católica. A sua intenção era fazer de Maryland uma terra agradável a seus amigos católicos (que eram perseguidos na Inglaterra), e, assim, por meio do ato, estabeleceu o livre exercício da religião, e impôs uma multa a quem se referisse a outra pessoa por termos ultrajantes como “herético, cismático, adorador de ídolos, puritano, independente, presbiteriano, papista, jesuíta, luterano, calvinista e separatista” (MCCONNELL, 1992, p. 17-18)⁸⁸.

No período próximo à independência, passa a ser de grande influência os ensinamentos do jurista inglês William Blackstone (ROSENTHAL, 2011, p. 13), que, em seus Comentários às Leis Inglesas, de 1765-1769, defendia a mera proibição à

⁸⁸ O autor alerta para o fato de que a seletividade da restrição se explica por se tratar de epítetos dirigidos a católicos, não havendo, portanto, proteção a judeus, muçulmanos, pagãos, ateus ou outros tipos de infiéis, pelo fato de a norma buscar um objetivo específico, relativo à proteção de um determinado grupo apoiado pelo Lord Baltimore.

restrição prévia à liberdade de expressão⁸⁹. Esse era, portanto, o entendimento dominante à época dos autores da Constituição americana e da aprovação do *Bill of Rights*⁹⁰: a censura prévia era proibida, mas a lei poderia prever a punição àquele que publicasse textos capazes de fomentar "tendências perniciosas" (BLACKSTONE, *op. cit.*, p. 152).

O primeiro grande teste à doutrina de Blackstone e à Primeira Emenda à Constituição norte-americana se deu com a edição do *Sedition Act* de 1798. O contexto político da época era bastante conturbado, por força da disputa pelo poder entre Federalistas e Republicanos⁹¹. A eleição presidencial de 1796 foi decidida pelo Colégio Eleitoral, que escolheu o federalista John Adams por 71 votos, contra 66 votos a favor do republicano Thomas Jefferson. Assim, Adams tornou-se o presidente, e Jefferson o vice-presidente.

Os federalistas tinham maioria no Congresso, e, temendo a ascensão republicana, editaram o *Sedition Act*, que punia com dois anos de prisão e uma multa de dois mil dólares aquele que "escrever, imprimir, expressar ou publicar (...) qualquer escrito falso, malicioso e escandaloso contra o governo dos Estados Unidos, o Congresso (...) ou o Presidente" (JENKINS, 2001, p. 178). O vice-presidente não estava protegido das publicações críticas.

Outro elemento importante do contexto político da época, que levou à edição do *Sedition Act*, foi a crise do final do Século XVIII entre os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e a França, que gerou um verdadeiro sentimento anti-França nos Estados Unidos⁹². Esse sentimento foi utilizado pelos federalistas, que afirmavam que os

⁸⁹ "Nos casos em que injúrias blasfemas, imorais, desleais, cismáticas, sediciosas ou escandalosas são punidas pela lei inglesa (...) a liberdade de imprensa, propriamente entendida, de nenhuma forma é infringida ou violada. A liberdade de imprensa é essencial à natureza de um Estado livre: mas isso consiste em não estabelecer restrições prévias sobre publicações, e não em livrar de reprovação criminal após publicada" (BLACKSTONE, p. 151-152).

⁹⁰ Trata-se das primeiras dez emendas à Constituição Americana, aprovadas em 15 de dezembro de 1791. A aprovação de um *Bill of Rights* por um congresso posteriormente eleito foi uma exigência dos Estados de Massachussets, New York e Virginia para a ratificação da Constituição americana em 1787. Ainda assim, a ratificação se deu por apertada votação dos representantes desses Estados (187x168, 30x27 e 89x79, respectivamente). "Por essa pequena margem de votos os Estados Unidos passaram a existir" (LEWIS, 2007, p. Kindle 237).

⁹¹ O Partido Republicano foi o ancestral do que hoje é o Partido Democrata norte-americano.

⁹² Em 1793, Washington proclamou a neutralidade norte-americana em relação aos conflitos entre a França e a Grã-Bretanha. Apesar disso, a Grã-Bretanha passou a interditar a navegação de navios norte-americanos que se dirigiam à França. Para resolver a questão, foi assinado um tratado entre os EUA e a Grã-Bretanha, em 1795, autorizando esta a inspecionar os navios mercantes com destino à França. Os franceses, entendendo que o acordo violava a aliança assinada com os EUA em 1778, atacaram navios norte-americanos. Washington enviou Charles Pickney para representar os EUA na França, mas suas credenciais foram rejeitadas. Quando Pickney retornou aos EUA, Adams já era o presidente. Nova missão foi enviada à França, que se negou a abrir qualquer espécie de tratativa.

republicanos seriam o “partido francês na América”, verdadeiros jacobinos que, caso viessem a se instalar na presidência, implantariam o Terror francês nos EUA⁹³.

A intenção do *Sedition Act* resta clara quando se avaliam as condenações impostas com base nesta lei. Quatorze pessoas foram condenadas, incluindo editores dos principais jornais republicanos. A maioria dos casos foi levada aos tribunais no ano de 1800, data em que, não por coincidência, ocorreu nova disputa presidencial entre Adams e Jefferson (SMITH, 1966, p. 265). A constitucionalidade do *Sedition Act* nunca foi testada na Suprema Corte, pois a lei expirou antes que algum caso chegasse à sua análise⁹⁴. Mas Lewis observa que três dos seis homens que compunham a Corte no ano de 1800 (Justices Chase, Paterson e Bushrod Washington) presidiram julgamentos de casos que envolviam a aplicação da lei, sem fazer qualquer referência à sua inconstitucionalidade (LEWIS, 1992, p. Kindle 1298)⁹⁵.

Observa-se que a Primeira Emenda não foi suficiente para a proteção da liberdade de expressão nos primeiros anos após a sua edição⁹⁶. A norma constitucional sucumbiu ao contexto político da época: o medo do Terror francês foi utilizado como fundamento para a edição de uma lei que impedia críticas ao governo – especificamente ao presidente federalista, não ao vice-presidente republicano –, visando a influenciar nas eleições presidenciais⁹⁷. Foi por meio do voto popular – que

Adams, em resposta, propôs ao Congresso medidas de proteção contra a França, gerando na opinião pública o clima anti-França. Dentre as medidas, aprovou-se o *Sedition Act* (JENKINS, 2001, p. 155-156).

⁹³ Ao retornar da França, a missão fracassada enviada por Adams afirmou que os franceses não se dispuseram a negociar porque disseram que confiavam no “partido francês na América”, referindo-se a Jefferson e seus apoiadores (LEWIS, 1992, p. Kindle 1121).

⁹⁴ O *Sedition Act* previa um prazo para a sua extinção: 03 de março de 1801, o dia seguinte ao início do próximo mandato presidencial, o que intensifica a finalidade meramente eleitoral da norma (LEWIS, 2007, p. Kindle 295).

⁹⁵ O autor salienta, ainda, que, “como estratégia política, o *Sedition Act* foi um desastre. Fomentou a antipatia popular, tornando-se uma questão da campanha eleitoral de 1800, contribuindo para a derrota de Adams para Jefferson” (*Ibidem*, p. Kindle 1298). Jefferson, assim que assumiu a presidência, perdoou todos os condenados pelo *Sedition Act* (SMITH, *op. cit.*, p. 268).

⁹⁶ “Nos livros atuais, bem como na moderna jurisprudência da Suprema Corte, o *Sedition Act* é comumente descrito como um ato nefasto e inquestionavelmente inconstitucional. Mas é altamente revelador que, logo após o período da fundação do país, muitas e talvez a maioria das pessoas entendiam que a lei era constitucionalmente aceitável. Se muitos dos fundadores pensavam que o *Sedition Act* não ofendia a Primeira Emenda, nós não podemos afirmar que a proteção constitucional da liberdade de expressão, entendida em seu contexto original, é uma rígida e auto-aplicável proteção da liberdade de expressão” (SUSTEIN, 1995, p. Kindle 113).

⁹⁷ Outra consequência da disputa política entre federalistas e republicanos na passagem do século XVIII ao XIX foi a crise das nomeações ao judiciário local, gerando um dos precedentes mais importantes da Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury v. Madison*, um marco para a doutrina do controle de constitucionalidade (MARSHALL, 1997, p. 1-29).

afastou os federalistas da presidência –e não a partir de decisões judiciais, que o *Sedition Act* deixou de produzir efeitos⁹⁸.

3.2.2 Primeira Guerra Mundial e o caso Abrams

Após este episódio, por mais de cem anos a Primeira Emenda não foi objeto de controvérsia nem discussão na Suprema Corte. Isso porque o entendimento do tribunal, firmado em 1833 a partir de um voto proferido pelo *Chief Justice* John Marshall, era no sentido da inaplicabilidade da proteção constitucional às legislações estaduais, já que a norma proíbe restrições à liberdade de expressão originadas do Congresso⁹⁹.

Eis que um novo fato histórico coloca novamente a Primeira Emenda em evidência: a entrada dos EUA na 1ª Guerra Mundial, em 1917. Muitos americanos se posicionaram contra o ingresso na guerra, mas, após os alemães torpedearem o navio RMS Lusitânia, que havia partido de Nova Iorque, a atmosfera do país mudou: críticas à participação na guerra não eram toleradas, nomes alemães eram alterados. Era o "medo alemão". O presidente Woodrow Wilson discursava duramente contra os atos de deslealdade de seus compatriotas que criticavam a guerra, dando o tom do que estava por vir (STONE, 2002, 412). Nesse contexto, o Congresso aprovou o *Espionage Act*, que punia, com pena de até 20 anos de reclusão, aquele que “causar ou tentar causar insubordinação, deslealdade, motim ou recusa aos deveres no exército e nas forças navais”, ou, ainda, “obstruir deliberadamente o recrutamento ao serviço militar” (TAFT, 1921, p. 697).E, atingindo diretamente a liberdade de expressão, o Congresso adicionou uma emenda à referida lei, o *Sedition Act* de 1918, que tornou crime a manifestação de pensamentos desleais a respeito do governo ou com a intenção de encorajar a resistência à guerra contra a Alemanha, limitar a produção de armamentos ou obstruir a venda de títulos que financiavam a guerra. “Aproximadamente dois mil indiciamentos foram baseados nessas duas leis, a maioria

⁹⁸ Um componente interessante dessa história foi o trabalho político nos bastidores, capitaneado por Jefferson e Madison. Ambos atuaram secretamente na aprovação de leis estaduais que repudiavam a aplicação do *Sedition Act*, no Kentucky e na Virginia, incrementando os argumentos contrários à norma restritiva da liberdade de expressão (LEWIS, 2007, p. Kindle 295).

⁹⁹ *Barron v. Baltimore*, 1833. Casos esporádicos chegaram à Corte nesse período, como a discussão acerca do *Comstock Act* em 1870 (correspondência de material obsceno) e o caso *Patterson v. Colorado*, em que um jornal foi multado por criticar a Suprema Corte do Colorado. No julgamento, em 1907, prevaleceu a tradicional posição Blackstoniana (*Patterson v. Colorado*, 1907).

calçada em fracas evidências, e ao menos doze pessoas foram condenadas a prisão por vinte anos, enquanto outras por cinco, dez e quinze anos” (HEALY, 2013, p. 53).

No início de 1919, três casos envolvendo o *Espionage Act* e sua emenda chegaram à Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁰⁰. Os três casos eram parecidos: os recorrentes eram socialistas que haviam se manifestado contra a guerra e, portanto, foram acusados de deslealdade ou de obstruir o alistamento. Os casos foram distribuídos ao Justice Oliver Wendell Holmes Jr., que, a partir das suas opiniões ali proferidas, começou a cimentar a estrada que levaria ao afastamento da fórmula de Blackstone na interpretação da Primeira Emenda.

No primeiro caso julgado, *Schenck v. United States*, Holmes, notadamente influenciado por um artigo publicado pelo professor de Harvard Zechariah Chafee Jr.¹⁰¹, mas ainda vinculado à regra de Blackstone defendida no caso *Patterson*, tratou de desqualificar o caráter imperativo do precedente¹⁰². Afastando a regra de Blackstone, Holmes desmonta o absolutismo da interpretação tradicional da Primeira Emenda, trazendo a sua aplicação para um viés pragmático, cunhando, assim, mais uma de suas famosas frases: “A mais forte proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem que falsamente gritasse ‘fogo’ em um teatro, causando pânico”¹⁰³. Era a introdução do contextualismo e do consequencialismo na interpretação da cláusula da liberdade de expressão. Nos dois outros recursos¹⁰⁴, Holmes seguiu a linha proposta no caso *Schenck*, concluindo, assim como no citado processo, pela condenação dos réus.

¹⁰⁰ “Foi durante e imediatamente após a Primeira Guerra Mundial que a Suprema Corte começou a se debruçar seriamente acerca do significado da Primeira Emenda” (STONE, 2002, p. 411).

¹⁰¹ Trata-se do artigo intitulado *Freedom of Speech*, publicado na revista *New Republic*, em novembro de 1918. A revista, fundada em 1914, era uma voz importante na política norte-americana, e publicava textos de intelectuais influentes, como os pragmatistas John Dewey e George Santayana. Em seu texto, Chafee criticava a opinião de Holmes no caso *Patterson v. Colorado* (baseada na regra de Blackstone): “como um bom pragmatista, Chafee entendia que ‘há outras matérias que merecem atenção do governo, como a ordem pública, a educação e a proteção contra agressões externas’. Liberdade de expressão, às vezes, conflita com esses interesses, ele afirmava, e quando isso ocorre os interesses em conflito devem ser sopesados. Chafee argumentava que o *Espionage Act* de 1917 era razoável porque intimamente ligado às operações militares. Mas o *Sedition Act* de 1918 não alcançava essa razoabilidade no sopesamento. ‘Os pacifistas e socialistas estão errados agora, mas poderão estar certos em outra oportunidade’, escreveu Chafee. ‘A única forma de descobrir se a guerra é injusta é deixar que as pessoas afirmem isso’” (HEALY, 2013, p. 60).

¹⁰² Holmes afirmou em sua opinião que “bem pode ser que a proibição de normas regulamentadoras da liberdade de expressão não esteja confinada à restrição prévia, embora preveni-las seja o objetivo principal, como insinuado em *Patterson v. Colorado*” (Justice Holmes, *Schenck v. United States*, 1919).

¹⁰³ *Schenck v. United States*, 1919.

¹⁰⁴ Trata-se dos casos *Frohwerk v. United States*, 1919 e *Debs v. United States*, 1919.

Alguns meses se passaram até que um novo caso a respeito do *Espionage Act* foi levado a julgamento, *Abrams v. United States*, em novembro de 1919¹⁰⁵. Entretanto, as mudanças no contexto político desses últimos meses, bem como algumas questões pessoais, afetaram a posição de Holmes a respeito da liberdade de expressão. O medo alemão passou a ser o medo bolchevique, o *Red Scare* (medo vermelho)¹⁰⁶. Era, mais uma vez, o “uso político do medo (...), em que as liberdades civis devem ser sacrificadas para proteger o país de ameaças estrangeiras” (LEWIS, *op. cit.*, p. Kindle 404). Foram elaboradas listas com nomes de intelectuais que, segundo o governo, representavam grande ameaça ao Estado pelas opiniões que professavam. E dois grandes amigos de Holmes se enquadravam nessas descrições, e passaram a ser perseguidos: Harold Laski¹⁰⁷ e Felix Frankfurter¹⁰⁸. Além de suas ideias, a origem judaica de ambos também foi motivo para perseguição em Harvard¹⁰⁹. Laski pediu ajuda a Holmes, para que interviesse publicamente em sua defesa. O juiz preferiu, entretanto, apresentar um voto no caso *Abrams* que revolucionaria a forma como era interpretada a Primeira Emenda nos Estados Unidos.

Holmes opinou pelo acolhimento do recurso dos réus, com o argumento do “livre mercado de ideias”. Holmes foi vencido, assim como em outros casos durante a

¹⁰⁵ A análise dos argumentos da decisão encontra-se no item 4.1.1.

¹⁰⁶ “Os excessos do fervor patriótico durante a participação da América na Primeira Guerra Mundial foram sucedidos, depois da guerra, pelas consequências da primeira onda do Medo Vermelho. A revolução russa fez brotar o medo de qualquer espécie de radicalismo – medo de socialistas, comunistas, anarquistas. Industriais viam a mão de revolucionários nas greves dos trabalhadores, principalmente nas atividades do mais temido dos sindicatos, o *Industrial Workers of the World (IWW)*. (...) Agentes do Departamento de Justiça realizaram batidas em novembro de 1919 e novamente em janeiro do ano seguinte, prendendo mais de 4 mil supostos radicais” (LEWIS, 2007, p. Kindle 1477-1494).

¹⁰⁷ Laski era um dos melhores amigos de Holmes. Professor de História em Harvard, foi acusado de simpatizante dos bolcheviques pelos alunos e outros professores da universidade. Suas ideias, expostas em seu livro *Authority in the Modern State* (dedicado “ao Justice Holmes e Felix Frankfurter: os dois de meus amigos mais jovens”), tinham como cerne “a negação da proposta de que o Estado representa, de modo exclusivo, a vontade da sociedade” (LASKI, 2002, p. 33), reconhecendo em outras associações, como a igreja e os sindicatos, importância vital no desenvolvimento da sociedade, sendo que o Estado não teria uma supremacia automática sobre elas.

¹⁰⁸ Dois episódios fizeram com que Frankfurter fosse considerado um radical. O primeiro se deu após o ingresso dos EUA na guerra, quando Frankfurter foi nomeado pelo Departamento de Guerra para acompanhar os conflitos trabalhistas que se espalhavam pelo país. Em Bisbee, Arizona, ele empreendeu uma investigação contra policiais locais que agiram com violência contra trabalhadores em greve. O segundo foi a defesa de um trabalhador, condenado por plantar bombas que causaram mortes, que apresentava diversas evidências contrárias à sua condenação, sem que fossem analisadas pelos tribunais (Cf. HEALY, 2013, p. 122-126). Em 1938, Frankfurter foi nomeado à Suprema Corte.

¹⁰⁹ O diretor de Harvard à época, Lawrence Lowell, temia o decréscimo na qualidade do ensino da instituição, vindo a determinar cotas para o ingresso de judeus na universidade, que não podiam passar de 15% do total de alunos (KARABEL, 2005, p. 101). Laski e Frankfurter foram alvos de uma campanha antissemita para expulsá-los da Universidade (HEALY, *op. cit.*, p. 321).

década de vinte¹¹⁰, sempre na companhia do *Justice Brandeis*¹¹¹. Apenas em 1931, no caso *Stromberg v. California*, a Suprema Corte considerou inconstitucional uma lei que proibia a utilização de bandeiras vermelhas como símbolo de oposição ao governo organizado¹¹².

O pragmatismo de Oliver Holmes, sem dúvida, contribuiu para a sua mudança de posição. Porém, o contexto político da época, que apresentava um endurecimento da repressão estatal a qualquer ideia que representasse uma mínima ameaça à estabilidade institucional, foi considerado um exagero por Holmes, principalmente pelo fato de ter atingido pessoas de suas relações próximas, que, na sua visão, não representavam perigo algum, e que mereciam espaço para expor suas ideias.

É importante esclarecer que não se está, aqui, a defender a hipótese de que Holmes tenha decidido pela maior amplitude da liberdade de expressão em virtude de um interesse pessoal, de libertar seus amigos de eventuais inconveniências. O que se afirma é que as consequências da repressão à liberdade de expressão chegaram à sua porta, à sua sala de estar, às cartas que recebia de seus convivas¹¹³. Holmes teve contato com narrativas de dor e sofrimento (item 4.2), capazes de transformar as suas convicções a respeito de um direito fundamental.

Conforme será demonstrado no capítulo seguinte, o "livre mercado de ideias" não foi concebido como uma teoria geral, capaz de solucionar todo e qualquer caso

¹¹⁰ Destacam-se, neste período, as decisões no caso *Whitney v. California* (ver nota de rodapé n.º 83) e *United States v. Schwimmer* (ver nota de rodapé n.º 84).

¹¹¹ Antes de ser indicado à Suprema Corte, "Brandeis atuou na defesa da lei do Estado do Oregon que limitou a jornada de trabalho das mulheres para dez horas, e precisou de apenas duas páginas, de seu memorial de 113 páginas, para argumentos jurídicos. Os demais focaram nos fatos, apresentando estudos médicos detalhados, estatísticas de trabalho, informações industriais e normas britânicas e alemãs sobre o tema. O 'Brandeis brief', como passou a ser conhecido, foi uma revolução na profissão jurídica, criando um novo estilo de advocacia. Como juiz da Suprema Corte, Brandeis também deu muita importância aos fatos" (HEALY, 2013, p. 139-140). Para Kaufmann, o *Brandeis brief* é a fonte do instituto do *amicus curiae*, considerado um instrumento pragmático da jurisdição constitucional (citação à p. 47), ao invés da comumente citada tese da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, de Häberle: "A petição apresentada por Brandeis não é apenas um marco na história da Suprema Corte americana, mas, acima de tudo, inaugurou uma forma de entender a própria jurisdição constitucional e os aspectos 'não jurídicos' de suas decisões. Significou, ainda, a superação, na prática, de que existe algo de exclusivamente jurídico como argumento decisivo para a resolução das questões políticas fundamentais" (KAUFMANN, 2010, p. 355-356).

¹¹² Anteriormente, em 1925, a Suprema Corte decidiu pela primeira vez a possibilidade de aplicação da Primeira Emenda às legislações estaduais, derrubando a citada decisão de 1833 (ver nota de rodapé n.º 99).

¹¹³ "Aquilo que havia sido meramente uma questão abstrata para Holmes nos anos anteriores, transformou-se, repentinamente, em uma questão pessoal. O rosto da liberdade de expressão não era mais o de Eugene Debs, o perigoso agitador socialista. Era o seu grande amigo Harold Laski, e a visão de Holmes, por conseguinte, mudou dramaticamente. (...) Holmes recebeu a carta de Laski no final de outubro. Quase no mesmo momento, ele começou a escrever seu voto divergente no caso *Abrams*" (HEALY, *op. cit.*, p. 195, 198).

que envolva a liberdade de expressão¹¹⁴. Holmes estava diante de uma situação concreta, e necessitava de argumentos para defender a posição diametralmente oposta à emanada em outros julgados semelhantes, sem se preocupar, como pragmatista que era, na produção de uma teoria geral.

3.2.3 Segunda Guerra Mundial, nazismo e racismo: o discurso de ódio na jurisprudência americana

Essa ampliação do espectro da liberdade de expressão foi novamente golpeada por um acontecimento histórico extremamente marcante para a interpretação desse direito fundamental até os dias atuais: a Segunda Guerra Mundial, bem como os eventos dramáticos que a caracterizaram, mais especificamente o nazismo e o Holocausto. Conforme notado, a liberdade de expressão política nos Estados Unidos sempre sofreu dura repressão, com a chancela da Suprema corte aos *Espionage Acts* e *Sedition Acts* editados visando à restrição do direito de manifestar pensamento contrário ao governo. Apenas a partir da década de 20, com os votos divergentes de Holmes e Brandeis, e após, nas décadas de 30 e 40, no caso *Stromberg e West Virginia Board of Education v. Barnette*¹¹⁵, de 1943, é que se estabeleceu um clima de aceitação de ideias divergentes das dominantes¹¹⁶.

Entretanto, esse breve momento de tolerância se deu em relação às expressões de natureza política, como as críticas ao governo ou a saudação à bandeira – que, no caso das testemunhas de Jeová, se tratava de expressão da religiosidade. Mas o impacto das violações aos direitos humanos provocados pela Segunda Guerra foi tanto que, nos anos seguintes ao conflito, a ideia de restringir discursos ofensivos a grupos em virtude da raça ou da religião foi seriamente considerada nos Estados Unidos¹¹⁷. Começa aqui, de maneira mais intensa, a discussão a respeito da liberdade de expressão e do discurso do ódio naquele país.

¹¹⁴ Ver item 4.1.1.

¹¹⁵ Ver nota de rodapé n.º 81.

¹¹⁶ “Na maior parte do período durante a Segunda Guerra, a Corte se posicionou cautelosamente de forma a proteger a liberdade de expressão. Em diversos casos específicos, mas importantes, a Corte consistentemente garantiu o direito ao dissenso” (STONE, 2004, p. 364).

¹¹⁷ “Foram inúmeras as propostas de criminalização de ofensas a grupos nos estados, e uma de lei federal para barrar a propaganda de ódio dos correios norte-americanos. Não havia dúvida de que a guerra e o Holocausto provocaram o interesse na criação de normas proibindo a difamação de grupos” (WALKER, 1994, p. 79). Foi nessa época que David Riesman publicou uma das mais importantes defesas da restrição ao discurso do ódio, em três artigos intitulados *Democracy and defamation* (cf. RIESMAN, 1942), nos quais já criticava o caráter absoluto da interpretação da Primeira Emenda pelos

3.2.3.1 O caso *Beauharnais v. Illinois*

O primeiro caso de discurso de ódio enfrentado pela Suprema Corte foi *Beauharnais v. Illinois*, de 1952, no qual, por uma maioria de cinco votos contra quatro, a Corte manteve a validade da lei de Illinois que considerava crime “qualquer publicação que imputasse depravação, ligação ao crime, falta de castidade e de virtudes de uma classe de cidadãos, de qualquer raça, cor, credo ou religião” (*Beauharnais v. Illinois*, 1952). No caso, Joseph Beauharnais exibiu panfletos nos quais criticava a invasão dos negros aos bairros de pessoas brancas, prevenindo-as de que, se não se unissem logo contra os negros, os crimes por estes praticados, como estupro, tráfico de drogas e roubos certamente os motivaria a tanto (*Ibidem*, 1952). O Justice Frankfurter foi o relator do caso, e decidiu-o a partir do contexto histórico e social da localidade específica na qual o discurso fora proferido, atentando para as suas consequências, de modo a defender a restrição à difamação coletiva¹¹⁸: “Do assassinato do abolicionista Lovejoy em 1837 às revoltas de Cicero de 1951, Illinois tem sido cenário de tensão exacerbada entre raças, frequentemente causadora de violência e destruição” (*Ibidem*, 1952)¹¹⁹.

Trata-se, como será visto, de uma decisão isolada. Não apenas pela superação jurisprudencial decorrente do julgamento de outros casos de discurso de ódio, mas, principalmente, por se ater ao contexto vivenciado pela comunidade de Illinois em relação a expressões discriminatórias. Ademais, Frankfurter era judeu, e sofreu as consequências do antissemitismo nos Estados Unidos, amplificado nas ideias nazistas combatidas na Segunda Guerra Mundial, que havia terminado há apenas sete anos da data do julgamento.

Nesse julgamento, a Suprema Corte estabeleceu uma primazia aos fatos da causa, às consequências, ao contexto social e histórico da localidade na qual está inserida a comunidade afetada pelo discurso¹²⁰. Frankfurter se refere a situações

tribunais, sem atentar para as consequências práticas das palavras e expressões. “Um grande número de estados atendeu aos apelos de Riesman, e editaram normas que especificamente atingiam publicações racistas, anti-religiosas e etnicamente aviltantes” (O’NEIL, 2002, p. 24).

¹¹⁸ Ver nota de rodapé n.º 47.

¹¹⁹ Continua o juiz: “Em face desta história, e da frequente repetição de propaganda extremista racial e religiosa, nós estaríamos negando a experiência ao dizer que a lei de Illinois não é razoável ao buscar formas de frear a difamação de grupos raciais ou religiosos, realizados em locais públicos e calculado para resultar em um poderoso impacto emocional naqueles a quem é apresentado” (*Ibidem*, 1952)

¹²⁰ “Frankfurter rejeitou a abordagem abstrata e categórica da Primeira Emenda, que não analisa a norma em seu contexto, não sopesa os valores e prejuízos envolvidos. Ele revisitou a história triste e

específicas vivenciadas pelos moradores de Illinois, e se atém à “experiência” para se posicionar diante do caso concreto. São interessantes, nesse acórdão, os votos dissidentes, todos carregados de argumentos principiológicos, descolados da realidade e dos fatos que cercam a questão. O *Justice* Hugo Black afirmou que “em um país livre, é o indivíduo, e não o Estado, que decide o que os americanos podem discutir” (*Beauharnais v. Illinois*, 1952), sendo a restrição legislativa “uma doutrina surpreendente e assustadora em um país dedicado ao auto-governo por seus cidadãos” (*Beauharnais v. Illinois*, 1952). Para o *Justice* Douglas, a Primeira Emenda possui caráter absoluto e superior aos demais direitos¹²¹, enquanto que o *Justice* Jackson enfatizou que o poder do Estado deve ser restringido pelo reconhecimento de direitos individuais (*Ibidem*, 1952).

A descrição do contexto social e histórico que levou a Suprema Corte à decidir, por apertada maioria, pela constitucionalidade da legislação do estado de Illinois relativa à proibição de expressões discriminatórias expõe os elementos que efetivamente importam para a resolução do problema, e, portanto, que merecem ser debatidos na busca de uma decisão que seja a melhor para o caso. A doutrina nacional do discurso do ódio, entretanto, não compreende a complexidade que envolve o tema, e um dos exemplos é a análise de Potiguar quanto ao caso *Beauharnais*. O autor afirma que “o que parece que ocorre aqui é a aplicação da “teoria dos limites imanentes” (POTIGUAR, 2012, p. 59)¹²².

violenta das relações raciais em Illinois, e concluiu que a legislação estadual contra o discurso do ódio era constitucional” (ROBERTSON, 2003, p. 300)

¹²¹ “A Primeira Emenda está redigida em termos absolutos – liberdade de expressão não pode ser restringida. Expressão tem, portanto, uma posição preferencial em contraste com outros direitos civis (...). Liberdade de expressão, de imprensa e de religião não serão restringidos. Trata-se de uma exclusão de poder de qualquer parte do governo a respeito dessas matérias. Essas liberdades estão situadas em separado e independentes; estão acima e além do poder governamental; não estão sujeitas a regulação, como se dá com as fábricas, produção de óleo e coisas do gênero” (*Ibidem*, 1952).

¹²² Para o autor, “assim ocorreu na decisão do caso *Beauharnais*. A difamação coletiva não é vista como um ato que propiciasse o conflito entre a liberdade de expressão e a igualdade, mas sim como um fato que não está incluso dentro do próprio conceito ou da própria ideia de liberdade de expressão” (POTIGUAR, 2012, p. 59-60). Sobre a teoria, explica Canotilho: “O problema dos chamados *limites imanentes* (isto é, dos limites a direitos, liberdades e garantias não expressamente estabelecidos pela constituição nem criados através de lei, com fundamento em autorização expressa da norma constitucional) deriva do fato de alguns direitos, garantidos sem restrições explícitas, poderem entrar em colisão com outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos. Em casos de colisão de normas constitucionais garantidoras de direitos e bens tem-se entendido que, com base em razões ou princípios constitucionais de natureza material (princípio da unidade, princípio da efetividade dos direitos), se deve admitir: a necessidade de limites não escritos, implícitos em normas constitucionais garantidoras de direitos, mas que não estabelecem qualquer restrição ou possibilidade legal de restrição; a possibilidade de os direitos, insuscetíveis de restrição (porque ela não está expressa na constituição nem autorizada), virem a ser pontualmente limitados com fundamento em limites constitucionais não escritos” (CANOTILHO, 1989, p. 482).

A necessidade de uma teorização, de um fundamento jurídico autônomo, fica evidente. Uma discussão complexa, que envolve a realidade vivida por cidadãos de uma determinada localidade dos Estados Unidos, e, conforme demonstrado, cuja solução passa necessariamente pela avaliação desse contexto e das consequências da decisão para essas pessoas, é transformada em um problema teórico simples, de adoção de uma determinada técnica de interpretação de direitos fundamentais que sequer foi cogitada pelos integrantes do tribunal americano.

3.2.3.2 Os casos *Brandenburg v. Ohio* e *Skokie*: a estratégia política que definiu a jurisprudência sobre discurso do ódio nos EUA

Em 1969, no caso *Brandenburg v. Ohio*, a Suprema Corte posicionou-se de forma oposta ao decidido em *Beauharnais*¹²³. Brandenburg, líder da Ku Klux Klan, afirmou, em um vídeo exibido em rede nacional de televisão, que “os crioulos deveriam ser devolvidos para a África, e os Judeus para Israel” (*Brandenburg v. Ohio*, 1969). Também ameaçou autoridades: “Se o Presidente, nosso Congresso, nossa Suprema Corte, continuarem a discriminar o branco, raça caucasiana, poderemos nos vingar” (*Ibidem*, 1969). O acusado foi condenado com base na legislação do estado de Ohio, por apologia ao crime. A Corte considerou o ato inconstitucional, afastando a regra do “perigo claro e iminente” construída por Holmes no caso *Schenck*. O Justice Douglas afirmou que a referida doutrina “pode ser facilmente manipulada para destruir o que Brandeis chamava de ‘o direito fundamental dos homens livres de batalharem por melhores condições por meio de novas leis e instituições’” (*Ibidem*, 1969). O tribunal, portanto, considerou o discurso de Brandenburg como um posicionamento político, crítico de uma determinada situação, e legítimo no sentido de se tratar de uma manifestação que visa à mudança dessa situação.

Em *Brandenburg* surge o cerne do que vem a ser o considerado “sistema americano” de liberdade de expressão. Ações podem ser considerados como expressão de uma ideia, e são protegidos pela Primeira Emenda, desde que não se

¹²³ Há autores que entendem que, formalmente, o precedente do caso *Beauharnais* e sua doutrina da difamação coletiva nunca foram superados. “Apesar das críticas nos anos seguintes e da ampla oportunidade, a Corte nunca superou *Beauharnais*” (O’NEIL, 2002, p. 26); “*Beauharnais* nunca foi explicitamente repudiado, mas tem sido exaustivamente abalado por decisões subsequentes” (ROSENFELD, 2003, p. 1525). No mesmo sentido, WALDRON, 2010, p. 1614-1615.

trate de palavras ou atos que visem a incitar ou provocar ilegalidades¹²⁴. O fundacionismo da Primeira Emenda, a busca por uma teoria geral abstrata, já defendida pelo *Justice* Douglas no caso *Beauharnais*, começava a prevalecer. O argumento do "livre mercado de ideias", de Holmes, tomou corpo e passou a ser a tese central das questões envolvendo a liberdade de expressão e o discurso de ódio nos Estados Unidos. Gey demonstra como a concepção do livre mercado de ideias permeou a história da jurisprudência americana aqui narrada, culminando no caso *Brandenburg*, de modo a justificar uma espécie de princípio geral aplicável de forma coerente pela Suprema Corte ao longo dos anos.

Holmes e Brandeis produziram três votos que possivelmente criaram a moderna estrutura da proteção à liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda. Esses votos articularam princípios que continuaram a guiar a Corte em sua moderna jurisprudência da liberdade de expressão.

Mas passaram-se quase cinquenta anos, no entanto, para a Corte oficialmente abraçar tanto o espírito como a plena extensão da proteção defendida nas decisões de Holmes e Brandeis. A rota para a adoção desse entendimento pela Corte foi complexa. Incluiu, por exemplo, diversas decisões nos anos 30 e 40 nas quais a Corte reverteu condenações por discursos políticos, mas sem articular razões claras quanto à inconstitucionalidade das medidas restritivas. Então, durante a era McCarthy, a Corte anunciava que estava adotando a abordagem de Holmes e Brandeis, mas apenas após articular uma teoria constitucional que pouco tinha relação com o que defenderam Holmes e Brandeis e que acarretava pouca proteção ao discurso de dissidentes políticos contra os quais o governo focava sua atenção. Assim que a era McCarthy arrefeceu, a Corte passou a reduzir sua ampla deferência às tentativas do governo de regular a liberdade de expressão, e, no fim dos anos 60, a Corte estabeleceu um fundamento sólido o bastante para a Primeira Emenda de modo a fundamentar a decisão no caso *Brandenburg* (GEY, 2010, p. 975-976).

Outro caso importante para a formação da jurisprudência norte-americana do discurso do ódio, e que simboliza a questão da liberdade de expressão de cunho nazista, é conhecido como *Skokie*¹²⁵, nome de um vilarejo perto de Chicago que, na década de 70, era habitado majoritariamente por judeus, inclusive por sobreviventes de campos de concentração. O Partido Nacional-Socialista da América, presidido por Frank Collin, decidiu realizar uma marcha no local, com seus membros empunhando

¹²⁴ "A linha entre o que é permitido e não sujeito a controle e o que é proibido e sujeito a controle é a linha entre ideias e atos visíveis de violência" (*Brandenburg v. Ohio*, 1969). "No contexto do discurso do ódio, conseqüentemente, *Brandenburg* é a base da proposição de que nos Estados Unidos as restrições à incitação de ódio racial só podem ser proibidas sob a Primeira Emenda quando são incitações à violência racial, e somente sob as raras circunstâncias de que tais incitações, inquestionavelmente, clamam por uma ação violenta imediata, e, ainda, que os membros da audiência são de fato propensos a agir imediatamente a partir da sugestão do falante" (SCHAUER, 2005, p. 10).

¹²⁵*Skokie v. National Socialist Party of America*, 439 US 916, 1978.

suásticas e trajados de uniformes da SS. Autoridades locais editaram atos proibindo a marcha, o que foi repudiado pelos tribunais estadual e federal, em uma série de incidentes processuais, ao fundamento de violação ao direito à liberdade de expressão dos nazistas. Skokie recorreu à Suprema Corte, que, em outubro de 1978, denegou o pedido. Nesse julgamento a Suprema Corte consolidou o que ficou conhecido como a doutrina do conteúdo neutro (*contente neutrally*) - uma versão do "livre mercado de ideias", segundo a qual "o discurso, especialmente o político, não pode ser restringido por causa de seu conteúdo, ainda que esse conteúdo seja verbalmente agressivo ou tenha um impacto emocional doloroso" (DOWNS, 1984, p. 630). Apesar da vitória, a marcha não ocorreu em Skokie, mas no centro de Chicago¹²⁶.

Entretanto, apesar das teorias criadas em torno da Primeira Emenda para justificar as decisões acima citadas, é importante observarmos o papel decisivo do contexto histórico da época, bem como da atuação dos diversos atores envolvidos nas questões levadas aos tribunais. Perplexidades que, a nosso sentir, saltam aos olhos quando da leitura dos precedentes americanos, são as seguintes: por que motivo a Suprema Corte abandonou o precedente do caso *Beauharnais* para se posicionar em favor de uma ampla liberdade de expressão nos casos *Brandenburg* e *Skokie*? Como uma nação que lutou na Segunda Guerra contra os nazistas, que também sofreu com a perda de jovens nos campos de batalha da Europa, e que acolheu um grande número de judeus refugiados - conhecendo, portanto, as suas histórias de dor e sofrimento - admite uma marcha nazista em um bairro predominantemente judeu? Walker apresenta uma resposta bastante plausível a essas questões: nos anos 60 e 70, praticamente todas as entidades de defesa de direitos civis decidiram não tomar como prioridade a proibição ao discurso do ódio.

¹²⁶ "Os nazistas foram autorizados a realizar a marcha, mas planos de grupos judeus de convergirem em Skokie para uma grande manifestação contrária, e sugestões a Collin de que a polícia local não conseguiria prevenir que esses manifestantes o massacrassem, o persuadiu a mudar de ideia" (RUBIN, 1986, p. 233). Evento semelhante ocorreu em Londres, em 1936, e ficou conhecido como a Batalha de Cable Street. Membros da *British Union of Fascists*, trajados com suas características camisas negras, decidiram marchar na região, fortemente povoada por judeus. Um grupo contrário à marcha, formado por judeus, socialistas, anarquistas, comunistas e irlandeses, totalizando mais de 100.000 pessoas, organizou barricadas para evitar a passeata, que seria realizada por cerca de 3.000 fascistas. Após diversas contendas, os fascistas desistiram da marcha para evitar derramamento de sangue. O fato provocou a edição do *Public Order Act*, de 1936, que exigia autorização policial para marchas políticas e proibia o uso de uniformes políticos em público, o que foi essencial para a derrocada do partido fascista. Uma placa comemorativa ao evento está atualmente pendurada na região, lembrando o grito utilizado pelos moradores, inspirado no "*no pasarán*" da Guerra Civil Espanhola: "*they shall not pass*" (TILLES, 2011, p. 142-154).

Esses grupos entenderam que qualquer exceção à plena proteção de direitos individuais – que a proibição do discurso de ódio representa – ameaçaria a estrutura completa de defesa desses direitos, até mesmo porque essa defesa em busca da igualdade racial envolvia a adoção de táticas provocativas e às vezes ofensivas por parte dos grupos de direitos civis (WALKER, 1996, p. 78).

No início dos anos 60, diversas marchas em defesa dos direitos civis, principalmente visando ao fim da segregação racial, irromperam nos estados sulistas. A Suprema Corte (à época, presidida pelo *Chief Justice Warren*, período em que ficou famosa pela adoção de uma postura favorável aos direitos civis), se posicionava a favor dessas marchas. No caso *Edward v. South Carolina*, em 1963, reformou a condenação de 187 estudantes negros presos em março de 1961 por manifestações em frente ao capitólio estadual (*Edward v. South Carolina*, 1963). Em *Gregory v. Chicago*, manifestantes liderados pelo comediante negro Dick Gregory marcharam até a residência do prefeito de Chicago, em uma vizinhança predominantemente branca, e acabaram presos por conduta desordeira. A Corte também reformou as decisões (*Gregory v. Chicago*, 1969). O argumento da plena liberdade de expressão, portanto, era caro aos defensores dos direitos civis. Em outros casos importantes, a NAACP (*National Association for the Advanced of Coloured People*) teve de litigar em busca da afirmação do seu direito de agir em defesa dos direitos civis, em face de normas dos estados do Alabama (*NAACP v. Alabama*, 1958) e Virginia (*NAACP v. Button*, 1963) que visavam à proibição à sua atuação. O argumento utilizado pela Corte foi o de que a atividade da associação estava protegida pela Primeira Emenda.

Assim, no que toca ao discurso do ódio, as entidades de direitos civis preferiram se posicionar na defesa do direito à liberdade de expressão, para não serem vítimas da própria restrição. Essa postura foi decisiva para a formação da jurisprudência norte-americana, que, muito menos que um sistema, e mais como um jogo de conformação das necessidades dos grupos interessados com a realidade política da época, posicionou-se pela ampla interpretação da Primeira Emenda. Conforme pontua Walker,

a agenda do movimento de direitos civis explica o curso da questão do discurso do ódio. À primeira vista, há um aparente paradoxo: grupos de direitos civis, como parte de seu amplo ataque à discriminação, escolhe *não* fazer da restrição ao discurso do ódio uma de suas metas. Ademais, eles rejeitaram a restrição mesmo quando grupos análogos de outros países optaram pela proibição. Eles fizeram essa escolha porque seu grande

sucesso veio por meio de demandas constitucionais em favor da liberdade de expressão. Assim, o avanço de direitos a *grupos* minoritários foi perseguido através de embates judiciais baseados em argumentos de direitos *individuais* de igual proteção, liberdade de expressão e associação, e devido processo legal. Qualquer restrição a direitos individuais era vista como uma ameaça a todo o edifício dos direitos fundamentais. Assim, as normas que previam a difamação de grupo, que restringiam a liberdade de expressão, passaram a ser vistas como um perigo, ao invés de um remédio para a injustiça racial (WALKER, 1994, p. 13-104).

O que se observa, portanto, é que o caso *Skokie* foi mais uma oportunidade que os defensores de direitos civis norte-americanos, e os próprios judeus, aproveitaram para reforçar uma ideia de liberdade de expressão, em uma situação que já se demonstrava controlada sob o ponto de vista fático. À época dos acontecimentos envolvendo o bairro de Skokie, a ACLU (*American Civil Liberties Union*) era presidida por Arieh Neier, um judeu que escapou da Alemanha nazista. Entretanto, a associação auxiliou o partido nazista nas demandas judiciais, atuando em seu interesse¹²⁷. Trata-se de um cálculo político: naquele contexto histórico, era mais importante a defesa da liberdade de expressão, principalmente porque já se antevia o arrefecimento da mobilização em torno da marcha em Skokie¹²⁸. A doutrina do conteúdo neutro se apresenta como mero argumento retórico que ganha contornos de teoria geral, de modo a objetificar a posição da Corte, afastando-a das contingências que cercaram o caso¹²⁹.

Verifica-se do comportamento jurisprudencial norte-americano que não é possível reconhecer a existência de um "sistema"¹³⁰. O contexto, a história

¹²⁷ "A ACLU prestou auxílio judicial aos nazistas. Ajudou a reformar quatro decisões que haviam proibida a marcha, e perdeu 30.000 associados nesse processo" (RUBIN, 1986, p. 233).

¹²⁸ "Grupos poderosos o bastante para assegurar a preservação de seus próprios interesses podem muito bem recorrer a uma certa intolerância, caso tenham pouco a possibilidade dessa intolerância se voltar contra si. Grupos menos poderosos, como os judeus americanos, pelo contrário, estão suscetíveis a sofrer grandes danos se a intolerância que eles defenderem vier a ser aplicada contra si" (ROSENFELD, 1987, p. 1463).

¹²⁹ Sarmiento espanta-se com o fato de que o princípio da igualdade não esteja presente no debate acerca do *hate speech* nos Estados Unidos, ao afirmar que "nenhuma atenção foi dedicada nestes julgados ao princípio da igualdade, previsto na 14ª Emenda da Constituição norte-americana" (SARMENTO, 2006, p. 62). Entretanto, conforme demonstrado, as entidades que deveriam lutar pela igualdade nesses precedentes optaram por privilegiar o argumento da liberdade de expressão (não foi, portanto, um "esquecimento" a respeito do previsto na 14ª Emenda).

¹³⁰ "Não é implausível sugerir que, de fato, muitas Primeiras Emendas proliferaram a ponto de se tornar difícil rastrear exatamente quantas existem. Uma lista não exaustiva de Primeiras Emendas inclui as seguintes: a Primeira Emenda do discurso político, a Primeira Emenda da 'ameaça real', a Primeira Emenda da segurança nacional, a Primeira Emenda da 'expressão educativa', a Primeira Emenda das palavras beligerantes, a Primeira Emenda da audiência hostil, a Primeira Emenda da obscenidade, a Primeira Emenda da indecência, a Primeira Emenda da expressão comercial, outra que trata de servidores públicos e ainda outra que versa sobre oradores financiados pelo governo" (GEY, 2010, p. 972-973).

institucional e pessoal, as experiências, as lutas políticas e também as consequências de cada decisão são elementos fundamentais para a solução dos casos analisados pela Suprema Corte. É ilusória, portanto, a tentativa de se enquadrar decisões e fundamentações tão díspares em uma espécie de rede concatenada de princípios caracterizadores de uma interpretação constitucional relativa à Primeira Emenda¹³¹, para, em seguida, postular sua adoção ou não para a solução de nossas controvérsias atinentes ao discurso do ódio. Lewis salienta que a história da jurisprudência norte-americana a respeito da liberdade de expressão "foi um grande debate político. Do ponto de vista do século XXI, o que é surpreendente é que foi um debate mais político do que jurídico" (LEWIS, 2007, p. Kindle 323). Entretanto, observa-se na doutrina e na jurisprudência americana a busca por uma linha fundamental para suas posições acerca do discurso do ódio, que se fundem na tese do "livre mercado de ideias". O que será demonstrado no capítulo seguinte, entretanto, é que esse argumento sequer foi concebido como uma teoria geral, mas como uma solução para um caso específico. E que esse equívoco na concepção do argumento foi importado para os casos de discurso de ódio debatidos no Brasil.

3.3 Liberdade de expressão e discurso do ódio na jurisprudência da Alemanha

3.3.1 O contexto de criação da Lei Fundamental de Bonn

A jurisprudência alemã relativa à liberdade de expressão e ao discurso do ódio iniciou sua formação após a Segunda Guerra Mundial, a partir da adoção da Lei Fundamental de Bonn, em 1949. Conforme já mencionado, a doutrina nacional atribui grande importância ao texto constitucional alemão para a formação da postura mais restritiva - se comparada à americana - da jurisprudência alemã em relação à liberdade de expressão. De fato, o texto alemão possui aspectos importantes que revelam certo despreço à liberdade de expressão em relação a outros princípios, principalmente à dignidade da pessoa humana¹³².

¹³¹ Sobre essa questão são elucidativas as palavras de Robert Post: "Como todo jurista constitucional sabe, a doutrina da Primeira Emenda não é clara nem lógica. É um vasto Mar de Sargasso de valores enredados e à deriva, teorias, regras, exceções, predileções. É necessário um certo esforço interpretativo para derivar um conjunto útil de princípios constitucionais a partir de cada decisão, a fim de solucionar a questão da regulação da liberdade de expressão" (POST, 1991, p. 278).

¹³² "Na Alemanha, liberdade de expressão é uma prima (muito) pobre da dignidade da pessoa humana" (KROTOSZYNSKI, 2003, p. 1552).

Partindo-se da leitura do texto constitucional, observa-se, em primeiro lugar, que a previsão da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, é "tanto o 'princípio constitucional supremo' como um direito fundamental" (BENDA, 2000, p. 445-446). Em segundo lugar, a constituição alemã confere ao país o *status* de "democracia militante", em seu art. 21.2¹³³. A liberdade de expressão, incluindo-se o discurso político, tem limites definidos: discursos que clamem pela destruição do auto-governo democrático não têm espaço no ordenamento constitucional. E, finalmente, a constituição prevê expressamente a limitação à liberdade de expressão, em seu art. 5.2¹³⁴.

Mas atribuir exclusivamente ao texto constitucional a postura alemã ante à questão do discurso do ódio - e, a partir dessa ótica, formular a concepção de um "sistema alemão" - não se apresenta adequado, pois, da análise dos principais precedentes, observa-se que o contexto histórico vivenciado pela Alemanha pós-guerra é o principal fator para a formação do pensamento germânico relativo ao discurso do ódio.

Um aspecto importante a ser observado é o processo de criação da Lei Fundamental de Bonn. Não se trata de um documento imune aos fatos políticos e históricos de sua época. Pelo contrário: é uma carta constitucional que revela a fundação de uma nova Alemanha, no intuito de rejeitar a adoção de ideias que se aproximem daquelas defendidas no período nazista. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy explica a influência que os países aliados exerceram na construção da constituição da Alemanha Ocidental, e os aspectos políticos que envolveram a promulgação do texto:

Verificou-se forte influência dos países aliados que então ocupavam a Alemanha Ocidental, e que apostavam no processo de reunificação como contrapeso à influência soviética no contexto geopolítico europeu. Nesse sentido, afrontou-se historicamente percepção da doutrina constitucional alemã que alcançava a natureza de um texto constitucional como ordenação da vontade de um grupo social, o que evidentemente nos remeteria a um grupo social local, bem entendido. Em Londres, representantes da Inglaterra, da França, dos Estados Unidos, da Bélgica, da Holanda e de Luxemburgo (o grupo denominava-se de *London 6-Powers*) recomendaram, em 1º de julho

¹³³ "Art. 21.2: São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre a questão da inconstitucionalidade". Com base nesse dispositivo, o Tribunal Constitucional, em 1952, declarou inconstitucional o Partido Socialista do *Reich*, de orientação nazista (2 BVerfGE 1, 1952), e, em 1956, o Partido Comunista da Alemanha Ocidental (5 BVerfGE 85, 1956).

¹³⁴ Ver nota de rodapé n.º 87.

de 1948, a criação de um Estado Alemão, na porção ocidental da Alemanha, em oposição à situação política que se desenhava, na porção oriental, de ocupação soviética.

(...)

Em 8 de maio de 1949 o texto foi aprovado em Bonn. Em 12 de maio os aliados militares assinaram e referendaram o texto, que passou a ter plena vigência (ainda que apenas na Alemanha Ocidental) em 23 de maio de 1949. A nova ordem constitucional foi aplicada no contexto de reconstrução da Alemanha, época marcada pela lógica de *um novo começo*, que pautou a década de 1950, ainda que recorrente a lembrança e o desespero em face de Auschwitz (GODOY, 2015, p. 467-468).

Esse contexto político que envolveu a criação da Lei Fundamental influenciou decisivamente na definição dos casos que chegaram ao Tribunal Constitucional, relativos à liberdade de expressão e ao discurso de ódio. Dois casos são emblemáticos, pois demonstram como o contexto histórico influencia a formação do precedente, rompendo a ideia de “sistema” defendida pela doutrina nacional.

3.3.2 O caso *Lüth*

Um dos mais famosos casos julgados pelo Tribunal Constitucional, tendo em vista a sua importância para o desenvolvimento da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais¹³⁵ e da proporcionalidade¹³⁶, o caso *Lüth*¹³⁷ versou a respeito da liberdade de expressão, tendo sido “o primeiro caso que enfatizou a liberdade de expressão como um problema central no constitucionalismo alemão” (QUINT, 2011, p. 74). Ainda que não tenha sido objeto específico da demanda, a questão do discurso de ódio nazista pode ser considerada um forte componente presente no seu julgamento.

¹³⁵ "Como já foi demonstrado, anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão o direito a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas de direitos fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão" (ALEXY, 2012, p. 524).

¹³⁶ Sobre o princípio da proporcionalidade, ver nota de rodapé n.º 167. Conforme Bomhoff, "o julgamento, primeiramente, fundamenta a origem da doutrina amplamente adotada da 'eficácia horizontal' das normas constitucionais. (...) Em segundo lugar, e, se possível, talvez mais importante, a decisão em *Lüth* pode ser considerada como o fundamento daquilo que passou a ser chamado de 'paradigma do pós-guerra' da interpretação judicial dos direitos fundamentais. Com *Lüth* - e com a decisão no caso *Apotheken* meses mais tarde - iniciou-se um movimento de parte de inúmeras cortes em todo o mundo de adoção da *linguagem da ponderação judicial* para justificar suas decisões a respeito de direitos fundamentais" (BOMHOFF, p. 121-122).

¹³⁷ ALEMANHA, 1958.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o ator Veit Harlan dirigiu um filme intitulado *Jud Süß*, um filme de cunho antisemita. Trabalhando sob supervisão do ministro da propaganda Joseph Goebbels, Harlan era também o coautor do filme. Assim, Harlan ficou conhecido como o maior representante da indústria cinematográfica do Terceiro Reich. O filme foi um sucesso no período nazista, assistido por mais de vinte e dois milhões de pessoas.

Em 1950, após a guerra, Harlan dirigiu um filme chamado *Unsterbliche Geliebte* (A Amante Imortal). Erich Lüth, diretor do conselho e gerente do órgão da imprensa estatal da cidade de Hamburgo, que trabalhou pela reconciliação entre cristãos e judeus no pós-guerra, indignou-se com o fato de que o diretor nazista pudesse simplesmente reemergir praticamente ileso¹³⁸. Assim, Lüth, por ocasião da abertura da Semana do Filme Alemão, conclamou, em seu discurso, para o boicote ao novo filme de Harlan, o que acelerou uma onda de protestos contra o filme por toda a Alemanha. Em resposta, os distribuidores do filme ajuizaram uma ação contra Lüth, e obtiveram decisão favorável, proibindo-o de se expressar em defesa do boicote. Após não obter êxito no tribunal local, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, ao argumento de que foi violado o seu direito à liberdade de expressão, que restou acolhido.

Conforme expõe Quint, “ao tempo do caso *Lüth*, a Corte Constitucional era uma experiência que ainda não obtivera aprovação e respeito universal” (QUINT, *op. cit.*, p. 76). O julgamento, portanto, era uma oportunidade, que o tribunal aproveitou muito bem (tendo em vista a influência da decisão para a teoria dos direitos fundamentais) para se afirmar como uma corte preocupada com as tragédias da guerra, e comprometida com a eficácia dos direitos humanos¹³⁹. “Em outras palavras, o boicote

¹³⁸ “Harlan foi processado por causa de sua participação no filme ‘Jud Süß’, e fora absolvido, tendo essa absolvição transitada em julgado, e em função da decisão no processo de desnazificação, ele não precisaria mais se submeter a nenhuma limitação no exercício de sua profissão” (SCHWABE, 2005, p. 385).

¹³⁹ Extrai-se das razões da decisão do caso *Lüth* o seguinte trecho: “As expressões do reclamante precisam ser observadas no contexto de suas intenções políticas gerais e de política cultural. Ele agiu em função da preocupação de que o retorno de *Harlan* pudesse ser interpretado – sobretudo no exterior – como se na vida cultural alemã nada tivesse mudado desde o tempo nacional-socialista: Como naquele tempo, *Harlan* seria também novamente o diretor representativo da cinematografia alemã. Estas preocupações correspondiam a uma questão muito substancial para o povo alemão; em suma: a questão de sua postura moral e sua imagem no mundo naquela época. Nada comprometeu mais a imagem alemã do que a perseguição maldosa dos judeus pelo nacional-socialismo. Existe, portanto, um interesse decisivo de que o mundo saiba que o povo alemão abandonou essa postura e a condena, não por motivos de oportunismo político, mas por causa do reconhecimento de sua hediondez, reconhecimento este firmado sobre uma guinada axiológica intrínseca” (SCHWABE, 2005, p. 394).

de Lüth representou uma fonte de boa publicidade para o governo da Alemanha Ocidental e para o povo alemão como um todo" (KROTOSZYNSKI, 2004, p. 1587-1588).

Em segundo lugar, Quint narra a disputa, à época do julgamento, entre duas correntes políticas na Alemanha: os restauracionistas e os reconstrutivistas. No primeiro grupo estavam aqueles que defendiam a continuidade com o passado, incluindo aspectos do regime nazista. No segundo encontravam-se aqueles alinhados aos objetivos das forças ocidentais aliadas, clamando por um total recomeço (QUINT, 2011, p. 77-78). Esse debate chegou ao meio jurídico, por força das discussões suscitadas no Tribunal Constitucional a respeito de aspectos normativos da nova ordem estabelecida. A declaração de inconstitucionalidade do Partido Socialista do *Reich* e do Partido Comunista da Alemanha Ocidental são exemplos dessa discussão, que contou com o firme posicionamento reconstrucionista de Kelsen, que, em virtude da ocupação aliada, respondia aos defensores da continuidade com o argumento de que "todo o poder executivo e legislativo formalmente exercido pelo Governo Alemão foi retirado sem nenhuma restrição pelos governantes dos Estados ocupantes" (KELSEN, 1945, p. 520). Assim, conclui Quint que:

Em face desse pano de fundo, portanto, verifica-se que o caso *Lüth* foi importante no embate entre os Restauracionistas e os Reconstrutivistas. O próprio Veit Harlan era uma das principais figuras Restauracionistas: em seu esforço em restabelecer sua carreira na Alemanha pós-guerra, ele estava se aproveitando de sua fama como diretor do notório filme *Jud Süß* e de outros trabalhos no período nazista. A mensagem implícita que a reaparição de Harlan transmitia era de que sua atividade no "Terceiro *Reich*" – sua participação chave na máquina de propaganda antisemita – não era assim tão horrível e poderia ser esquecida ou, pior, era recomendável e poderia contar em seu favor (QUINT, 2011, p. 80-81).

Assim, "o discurso de Lüth contribuiu para o ressurgimento da Alemanha como uma legítima nação, e por isso mereceu proteção" (KROTOSZYNSKI, 2004, p. 1589). É interessante notar que a doutrina da eficácia horizontal e da ponderação de princípios, no caso, mascara as circunstâncias que envolveram o julgamento. Não se trata da aplicação de normas de direitos fundamentais em relações privadas, pelo fato de que o problema não envolvia apenas o interesse subjetivo das partes em conflito. Apesar de, formalmente, a questão ter sido tratada como uma discussão que não envolvia o Estado (pois este não proibiu a circulação do filme), e, portanto, apenas uma relação cidadão/cidadão, a repercussão da decisão influenciaria o ambiente

político que a Alemanha do pós-guerra vivia, na disputa entre restauracionistas e reconstrutivistas, pois se tratava de uma posição do Tribunal Constitucional acerca da possibilidade de um diretor nazista voltar a produzir filmes normalmente. A questão do discurso do ódio estava ali subjacente, pois, em suma, se tratava de um julgamento não do novo filme de Harlan, mas sim de sua obra mais famosa, de cunho antissemita. E observa-se que a decisão no caso *Lüth* amparou o direito à liberdade de expressão, fugindo à ideia de um “sistema alemão”, que, segundo o entendimento já exposto, seria mais restritivo a esse direito.

3.3.3 O caso de negação do Holocausto

Outro caso emblemático da jurisprudência alemã do discurso do ódio é o julgamento de expressões que expõem a ideia de que o Holocausto é uma mentira¹⁴⁰. Conforme relata Krotoszynski, o Partido Nacional Democrático (NDP) planejou um comício em Munique, com a participação de David Irving, um revisionista histórico conhecido por negar o Holocausto. O governo local proibiu o ato, o que foi respaldado pelas cortes administrativas. O Tribunal Constitucional manteve a proibição (KROTOSZYNSKI, 2004, p. 1593).

Brugger, ao analisar os fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional, espanta-se com o fato de que a corte teria se desviado de seu entendimento consolidado a respeito da liberdade de opinião:

Na medida em que tenho criticado o modo alemão, a crítica não é baseada no fato de que o direito alemão e a jurisprudência divergem da abordagem americana. Ao contrário, tenho tentado demonstrar que a leitura expansiva de “honra” no direito alemão conduz a limitações de expressão bastante amplas, baseadas em alegações contrapostas de igualdade básica e civilidade, e também leva à inclusão de pleitos contra a difamação de grupo. Além disso, a honestidade intelectual exige que se aponte que, nos casos do Holocausto, a Corte Constitucional alemã afastou-se de suas doutrinas usuais concernentes à liberdade de expressão.

(...)

A melhor explicação e, possivelmente, justificção para o tratamento especial dos casos do Holocausto é a singularidade do Holocausto na Alemanha e na história global; a partir dessa singularidade, resultam compreensivas leis proibitórias e leituras expansivas de proibições nos casos de mentira do Holocausto. A singularidade moral, política e jurídica do Holocausto com certeza se destaca na história recente, e a memória do Holocausto tem servido para catalisar o interesse global sobre direitos humanos. Todavia, ainda que tenha sido terrível o Holocausto, isso não deveria desvirtuar a necessidade de permitir a discussão aberta e irrestrita em todos os assuntos

¹⁴⁰ ALEMANHA, 1994.

de interesse público, especialmente quando nossa resolução é testada por mensageiros ou mensagens que detestamos (BRUGGER, 2007, p. 136).

Krotoszynski aponta que, no caso da negação do Holocausto, a Corte alemã foi contraditória em relação à sua posição no caso *Lüth*. Neste, a absolvição de Harlan no processo de desnazificação não foi considerada, ao fundamento de que teria se dado apenas formalmente (por apenas ter cumprido ordens), mas não moralmente (pois produzir filmes antissemitas sempre foi contrário à moralidade). Assim, para o autor, naquele caso, esse argumento inverídico foi considerado válido, enquanto que a negação ao Holocausto, por ser inverídica, foi rechaçada¹⁴¹.

Nesses termos, negar a existência Holocausto, por exemplo, terá significados diversos, a depender do contexto no qual a ideia foi proferida. É preciso entender o que foi o Holocausto, as suas sequelas, dores, seu impacto na formação das futuras gerações, para emitir um juízo a respeito da restrição desse tipo de expressão¹⁴².

O que se verifica, entretanto, da postura do Tribunal Constitucional é a tentativa de abordar o tema sob o manto da dignidade da pessoa humana, e o seu conflito com o princípio da liberdade de expressão. O recurso à ponderação de princípios - consagrado na *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy - é o elemento que nossa jurisdição constitucional importou para a solução de casos de discurso de ódio¹⁴³. Trata-se de um método simplificador da questão, que, conforme visto, também

¹⁴¹ "O contraste com *Lüth* é assustador. Lüth, conforme afirmamos, deturpou os fatos a respeito da absolvição de Veit Harlan pela Corte em seu discurso pelo boicote do filme *Immortal Beloved*. A Corte Constitucional simplesmente tratou superficialmente essas imprecisões sustentada no argumento de Lüth embasado no artigo 5 (1). David Irving e o NDP não receberam a mesma consideração. Por que? Porque o governo alemão concorda com visões e atitudes como a expressada por Lüth, e detesta e rejeita as visões expressadas pelo Sr. Irving e o NDP. É um simples caso de discriminação de ponto de vista determinada pelo Estado" (KROTOSZYNSKI, 2004, p. 1594).

¹⁴² No que concerne à importância das contingências culturais para a formação do pensamento alemão acerca da liberdade de expressão, Schauer pontua que "nazistas simplesmente não ocupam a mesma categoria de entendimento, na lei ou fora da lei, ocupada pelo Verdes, social-democratas, comunistas, ou qualquer outro. Para a maioria dos alemães, e não surpreendentemente graças à história, nazistas são apenas nazistas, habitantes de sua própria categoria social, cultural e histórica, e, com efeito, para muitos alemães e outros as categorias 'nazistas' e 'política' não se sobrepõem" (SCHAUER, 1993, p. 878).

¹⁴³ A doutrina nacional, timidamente, indica a influência do contexto histórico na formação da jurisprudência alemã. Conforme Potiguar, a restrição ao discurso de ódio na Alemanha "ocorre até pela própria história alemã" (POTIGUAR, 2012, p. 82). Para Meyer-Pflug, "isso ocorre em grande parte devido à história da Alemanha, que passou pela 2ª Guerra Mundial e pelo regime nazista" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 180), enquanto Sarmento admite que o "modelo germânico" pode também ser explicado pela forte influência do "trauma do Nacional-Socialismo" (SARMENTO, 2009, p. 75). São frases rápidas, que, apesar de parcialmente corretas (porque entendemos, conforme demonstrado, que a influência do contexto histórico é central), seus autores não se preocupam em embasá-las, tampouco em explorar a efetiva influência desse ambiente na formação dessa jurisprudência. Essa postura tímida é reflexo do fundacionismo em nossa doutrina constitucional, e da importação do modelo alexyano de solução de conflitos, pois, há, ainda, a necessidade de embasamento da opinião doutrinária em alguma

na Alemanha, assume contornos de alta complexidade, relativos à história de sofrimento daquele país.

Observa-se, assim, que a construção da realidade jurisprudencial americana e alemã demonstram como é difícil reconhecer a existência de sistemas jurídicos relacionados ao discurso do ódio, pois, em suma, são produto da experiência vivenciada por cada país¹⁴⁴. Conforme pontua Schauer acerca da influência do contexto, "para um grande grupo de categorias constitucionais, as categorias não vêm de uma provisão textual linguisticamente determinada, mas sim de construtos culturais que determinam quais eventos serão considerados de determinada classe" (SCHAUER, 1993, p. 867). Nesse grupo se insere a liberdade de expressão.

Ademais, é possível ir mais além, e afirmar, como faz O'Neil, que, pragmaticamente, não há a tão defendida diferença entre a posição norte-americana e a alemã: ambas são produto do seu tempo, de seu contexto, de sua história¹⁴⁵. Ambas as posições – ainda que discrepantes – são resultado de uma mesma forma de abordar o problema complexo do discurso do ódio e de suas consequências para a sociedade: a abordagem pragmática, com o foco no impacto que a decisão trará para aqueles que foram e que porventura possam ser atingidos pela decisão.

teoria de interpretação constitucional. O apelo ao contexto desnaturaria a exigida objetividade do intérprete. Na visão de Kaufmann, "existe também concordância, dentro da lógica do discurso constitucional, de que o próprio conteúdo dos direitos humanos é variável e seu significado se vincula de alguma forma a elementos culturais e sociais. Além disso, as fronteiras exatas desse conteúdo somente podem ser bem abstraídas pelo intérprete na compreensão do caso concreto e na valoração dos elementos de fato. É dizer que não há um conteúdo *a priori* dos direitos humanos, o que, intuitivamente, parece bem consuetâneo com a crítica pragmatista ao discurso universal. Entretanto, o que parece uma evolução da perspectiva jusprivatista acaba por cair em suas próprias amarras ao não ter a coragem de enfrentar, com imaginação, o novo ambiente normativo de direitos humanos que existe e convive sob a perspectiva do relativismo e do contextualismo. Nesse momento parece faltar aos juristas algo que lhes dê sustentação, que agregue conteúdo, que unifique a hermenêutica dos direitos, fazendo-os parte de algo maior que tenha coerência e unidade e ofereça segurança" (KAUFMANN, 2011, p. 269).

¹⁴⁴ "Nos Estados Unidos, a Suprema Corte transformou a famosa declaração de Martin Luther King Jr. 'Eu tenho um sonho' em um comando constitucional, enquanto na Alemanha, a Corte Constitucional abarcou o *slogan* dos judeus pós 2ª Guerra 'Esquecer, jamais' como o mais previdente princípio condutor do direito constitucional. Ambas as Cortes tem usado estas frases retóricas para construir e reafirmar uma imagem nacional particular. Como resultado, as atuais doutrinas do Supremo dos Estados Unidos e da Corte Constitucional alemã são ambas definidas por uma miopia temporal: a Suprema Corte dos Estados Unidos está continuamente focada no futuro, enquanto que a Corte alemã está continuamente focada no passado. Em ambos os casos, essa falta de visão limita a abrangência de normas anti-racismo, minando a efetividade da intervenção jurídica contra o racismo e, ironicamente, criando barreiras substanciais para a satisfação dos sentimentos e fins expressos por essas frases retóricas familiares" (MINSKER, 1998, p. 117).

¹⁴⁵ "Sejamos francos acerca do contraste entre essas soluções claramente diferenciadas a respeito da liberdade de expressão. Em um nível filosófico, cada visão reflete premissas e preceitos profundamente diversos. Mas em um nível mais pragmático, devemos recordar as diversas idas e vindas dessa estrada dos séculos vinte e vinte e um acerca da liberdade de expressão e de imprensa" (O'NEIL, 2012-2013, p. 495-496).

Entretanto, a produção jurídica de ambas as nações sente a necessidade de fundamentar sua posição acerca do tema em grandes teorias constitucionais: o "livre mercado de ideias" e os argumentos daí decorrentes; e a ponderação de princípios.

4 FUNDACIONISMO, TEORIAS CONSTITUCIONAIS E A ABORDAGEM PRAGMÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS

4.1 O fundacionismo

A doutrina e a jurisprudência relativas à questão do discurso do ódio refletem, na sua tentativa de apresentar algum método de controle da aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais normalmente invocadas nesse assunto, aquilo que Posner sintetiza como os três elementos da concepção de Direito do jurista ortodoxo: "o de que o direito é razão, e não arbítrio; que é um tipo especial de razão, e não apenas senso comum, filosofia moral aplicada ou análise política; e, outro aspecto relevante, que só os advogados o conhecem" (POSNER, 2007, p. 15). A produção jurídica, assim, busca fundamento a suas opiniões em teorias de interpretação constitucional¹⁴⁶, de modo a tornar essa opinião o mais afastado possível do autor, envolvendo-a, assim, em um manto teórico que a cientificiza e respalda. Trata-se de uma postura fundacionista, "nome dado ao sonho dos antigos filósofos de que o conhecimento deve estar calcado em um conjunto de crenças fundamentais e indubitáveis" (GREY, 1989, p. 799). É o que Posner chama de "raciocínio de cima para baixo":

No raciocínio de cima para baixo, o juiz, ou outro analista jurídico, inventa ou adota uma teoria sobre algum campo do direito, quiçá sobre o direito em geral, e a utiliza para organizar, criticar, aceitar, rejeitar ou distinguir os casos decididos, bem como para inventar justificativas para estes; ou, ainda, para ampliar seu alcance e fazer com que se encaixem na teoria, gerando-se, assim, em cada novo caso que surja, um resultado coerente com a teoria e com os casos por esta revestidos de autoridade. A teoria não precisa - talvez nunca possa - ser extraída "do" direito, e certamente não precisa ser articulada em jargão jurídico (POSNER, 2009, p. 184)

O pensamento acerca do discurso do ódio importou da jurisprudência americana e alemãs duas teorias de interpretação constitucional que são comumente utilizadas pelos juristas nacionais: o livre mercado de ideias (e a sua adoção por Ronald Dworkin fundada no Direito como integridade)¹⁴⁷, e a teoria dos direitos

¹⁴⁶ "A teoria constitucional não tem o poder de impor a concordância a quem já não esteja predisposto a aceitar o programa político do teórico" (POSNER, 2012, p. 228).

¹⁴⁷ "Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade" (DWORKIN, 2007, p. 272). A integridade,

fundamentais de Robert Alexy, principalmente em relação à ponderação de princípios¹⁴⁸.

Entretanto, conforme será demonstrado, essas teorias são insuficientes para a solução do problema do discurso do ódio. Contradições e discordâncias com as próprias teorias são alguns dos elementos identificados na produção doutrinária e jurisprudencial, além da possibilidade de se fazer uma crítica pragmatista às próprias teorias constitucionais utilizadas, aplicáveis também quando estas são adaptadas à discussão sobre o discurso do ódio.

4.1.1 O livre mercado de ideias teorizado e sua adoção acrítica na prática constitucional brasileira

Verifica-se do relato da jurisprudência americana acerca da liberdade de expressão e do discurso do ódio a tentativa de transformar uma questão extremamente complexa, ligada às contingências políticas, sociais, culturais de cada época, em um problema solucionável por meio de teorias gerais e abstratas, que revelariam a resposta indicada pela Primeira Emenda da Constituição americana para o tema.

O argumento do “livre mercado de ideias” é antigo, tendo sido defendido por John Milton, em seu discurso intitulado *Areopagítica*, de 1644 (MILTON, 2000), John

portanto, é uma virtude política. “De início, Dworkin apresenta a integridade como um ‘ideal’ ou ‘virtude’ política que encerra a exigência geral de que os poderes públicos se conduzam não de modo caprichoso ou arbitrário, mas de forma coerente, ou seja, de acordo com um único sistema coerente de pautas de correção e de retidão, que o próprio autor caracteriza como os princípios da justiça, da equidade e do devido processo, ainda quando na comunidade política existam desacordos mais ou menos profundos a propósito de quais são precisamente as exigências da justiça, da equidade e do devido processo” (PEREZ, 1989, p. 15-16)

¹⁴⁸ A possibilidade de que princípios contrapostos incidam em situações concretas revela uma “relação de tensão que não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres” (ALEXY, 2012, p. 95). Assim, parte-se para a ponderação de princípios, cujo objetivo “é definir qual dos interesses - que *abstratamente estão no mesmo nível* - tem *maior peso no caso concreto*. (...) A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (*Ibidem*, p. 95-96). Fixam, assim, condições, enunciadas na lei de colisão, aplicável aos demais casos semelhantes. Alexy é claro ao estabelecer a identidade entre princípios e valores, sendo que a tese da ponderação de princípio se refere, em suma, a uma hierarquização de valores: “Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. A única diferença consiste em que, na colisão entre princípios, se trata da questão do que é devido de maneira definitiva, enquanto que a solução a uma colisão de valores se refere ao que é definitivamente melhor. Princípios e valores são, portanto, a mesma coisa, contemplado em um caso sob um aspecto *deontológico*, e em outro sob um aspecto *axiológico*. Isso mostra com clareza que o problema das relações de prioridade entre princípios se refere ao problema de uma hierarquia de valores” (ALEXY, 1988, p. 145).

Stuart Mill, em sua obra *On Liberty*, de 1859 (MILL, 2001, p. 18-51)¹⁴⁹, e introduzido na jurisprudência norte-americana pelo Justice Holmes. Em *Abrams v. United States*, de novembro de 1919, a Suprema Corte apreciou a questão envolvendo quatro radicais, refugiados da tirania da Rússia czarista, que protestaram contra a decisão do Presidente americano de enviar tropas à Rússia após a Revolução Bolchevique, arremessando panfletos do topo de um prédio em Nova Iorque, e incitando por uma greve geral. Coube a Holmes relatar o caso. “A teoria de nossa Constituição”, declarou Holmes, “é a de que o melhor teste para a verdade é o poder de uma ideia ser aceita na competição do mercado de ideias” (*Abrams v. United States*, 1919)¹⁵⁰.

Inicialmente, é importante frisar que o argumento do mercado de ideias não é, propriamente, uma teoria constitucional, capaz de resolver todas as questões relacionadas à liberdade de expressão, e, principalmente, o problema do discurso do ódio¹⁵¹. É, justamente, o contrário: a negação de que a teoria constitucional seja capaz de fundamentar uma resposta pronta e acabada para a solução de casos concretos:

A metáfora de Holmes para a liberdade de expressão - o mercado de ideias - baseia-se no ceticismo quanto à possibilidade de decidir controvérsias intelectuais por meio da razão, o que poderia então ser incorporado ao direito. Trata-se da mesma visão conjectural do conhecimento que encontramos em Popper e nos pragmatistas, e que enfatiza o teste do tempo enquanto método para decidir questões polêmicas (POSNER, 2007, p. 296-297).

Do ponto de vista filosófico, Holmes extraiu das ideias pragmatistas a concepção do teste da verdade¹⁵². Ademais, o contexto político da época influenciou muito a mudança de posição do juiz, que, em três casos semelhantes no mesmo ano, havia se posicionado pela restrição à liberdade de expressão (ver item 3.2.2, *supra*).

Essa concepção contextualista e antifundacionista de Holmes não é bem compreendida pela própria doutrina americana, que insiste em enquadrar sua posição em uma teoria. Conforme observa Schauer,

¹⁴⁹ É interessante o texto em que Hylton defende, com base na teoria de John Stuart Mill, exatamente o oposto: a possibilidade de regulação e punição de discursos de ódio, o que demonstra a maleabilidade das teorias constitucionais e a sua imprestabilidade para a questão (HYLTON, 1996).

¹⁵⁰ "Esta teoria defende que um processo de robusto debate, desinibido de qualquer interferência governamental, levará à descoberta da verdade, ou, ao menos, às melhores perspectivas ou soluções para os problemas sociais" (INGBER, 1984, p. 3).

¹⁵¹ O argumento do mercado de ideias foi utilizado em um caso de discurso político, contra o governo, e não em um caso de discriminação e preconceito a um grupo específico.

¹⁵² "A dissensão de Holmes no caso *Abrams* faz eco ao famoso ensaio de Peirce, 'The fixation of belief' [A fixação da crença]" (POSNER, 2010, p. 288).

Documentos específicos – *On Liberty*, de John Stuart Mill, *Areopagitica* de John Milton, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, de Alexander Meiklejohn, e o voto dissidente do Justice Holmes em *Abrams v. United States* - receberam uma importância canônica, certos casos e doutrinas se entrencharam nesses textos, estilos de argumentos passaram a se tornar dominantes, e, talvez, com o passar do tempo, a preservação desses casos e doutrinas começaram a ser tratadas como um fim em si mesmas ao invés de um instrumento para um fim maior (SCHAUER, 1993, p. 876).

A importação do modelo de solução americano para a questão do discurso do ódio, sem atentar para as complexidades da questão, levaram a doutrina nacional pelo mesmo caminho. Potiguar afirma que a decisão de Holmes é um exemplo da “teoria democrática”, que visa a “assegurar um robusto, aberto e livre debate público” (POTIGUAR, 2012, p 54). Samantha Meyer-Pflug coloca Holmes ao lado de Dworkin, como um teórico criador de argumentos capazes de fundamentar uma posição geral a respeito da Primeira Emenda (MEYER-PFLUG, 2009, p. 142;144).

O "livre mercado de ideias", portanto, não se trata de uma teoria geral, aplicável a todos os casos que envolvam a liberdade de expressão¹⁵³. Holmes jamais pretendeu isso¹⁵⁴. Ele tinha de resolver o problema concreto que se apresentava à sua frente, e, assim, lançou mão de um argumento – não de uma teoria – que não convenceu os juízes naquele momento, mas acabou sendo utilizada para resolução de outra controvérsia mais de uma década depois.

Outro ponto de destaque a respeito do mercado de ideias é a exceção à liberdade de expressão que o argumento apresenta: nos casos em que houver incitação à violência, a expressão não pode ser permitida. A incitação à violência, na hipótese, atentaria contra a própria noção de mercado livre de ideias. Essa distinção

¹⁵³ Segundo Posner, "porém, a despeito do exemplo de Holmes, cuja influente defesa da liberdade de expressão, em seu voto divergente no caso *Abrams*, guarda uma inegável afinidade com um famoso ensaio de Peirce, seria um erro imaginar que exista uma *doutrina* pragmatista da liberdade de expressão, ou seja, que seja possível usar o pragmatismo para dizer a um juiz como decidir um determinado caso que envolva a liberdade de expressão" (POSNER, 2009, p. 418). Esse erro também é cometido por Rosenfeld, quando afirma que o pragmatismo sempre levará a decisões que privilegiem a liberdade de expressão e permitam discursos de ódio (Ver ROSENFELD, 1997).

¹⁵⁴ "Ainda assim, esses dois pareceres de Holmes [nos casos *Schenk* e *Abrams*], apesar de imperfeitos como toda inovação legal, são o germe das leis modernas que tratam da liberdade de expressão. Seu prestígio e influência sugerem que o balanceamento pragmático é parte da tradição interpretativa da Primeira Emenda, e isso é tranquilizador, porque, como insisti muitas vezes neste livro, uma das consequências sistêmicas da tomada de decisão legal à qual um bom pragmatista prestará atenção é o efeito perturbador sobre os direitos e deveres legais do povo, e o estímulo ao cinismo acerca do processo judicial, produzido por juízes que fazem um esforço escasso para manter a continuidade com os entendimentos estabelecidos do direito e para observar limites correlatos da criatividade judicial" (POSNER, 2010, p. 280).

artificial é comum na jurisprudência norte-americana¹⁵⁵, na qual a restrição à liberdade de expressão somente se justifica quando se observa que, em decorrência da ideia manifestada, há o "perigo claro e iminente de que esta cause malefícios que o Congresso tem o direito de prevenir" (*Abrams v. United States*, 1919); há "fundadas razões para se temer que sérios males ocorrerão se a liberdade de expressão for praticada" (*Whitney v. California*, 1927); "verdadeira ameaça de violência" (*R.A.V. v. City of Saint Paul*, 1992); ou, ainda, quando se trata de "palavras beligerantes, capazes de provocar reações violentas" (*Cohen v. California*, 1971) e de "infligir danos ou tendentes a incitar a imediata quebra da paz" (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 1942).

O Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, tratou da questão do discurso do ódio nos termos propostos pelo "livre mercado de ideias". No julgamento do HC n.º 82.424/RS, a Corte debateu as consequências jurídicas diversas em face do conteúdo do texto discriminatório, a partir da ocorrência ou não de incitação à violência. O ministro Maurício Correa atentou para o fato de que as teorias antissemitas propagadas nos livros do paciente, "se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio" (BRASIL, 2004, p. 628); O ministro Celso de Melo salientou que as publicações objeto da impetração não mereciam a proteção da liberdade de expressão porque "extravassam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus" (*Ibidem*, p. 628). O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, também faz uma distinção entre escritos de "simples discriminação" e os textos do impetrante, "que estimulam o ódio e a violência contra os judeus" (*Ibidem*, p. 670). O ministro Carlos Velloso defendeu que as publicações não estariam protegidas pelos princípios constitucionais examinados, pois "não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância, (...) preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica" (BRASIL, 2004, p. 688).

Seguindo na análise do que foi decidido pelo Supremo, destaca-se o debate surgido após o voto do ministro Carlos Britto. Este votou pelo deferimento do *Habeas Corpus*, ao fundamento de que "não é crime tecer uma ideologia" (*Ibidem*, p. 841),

¹⁵⁵ A formação dos precedentes norte-americanos a respeito da liberdade de expressão e discurso do ódio foi objeto do capítulo 3.

argumentando que não encontrou na obra do paciente nenhuma incitação ao extermínio físico de quem quer que seja, concluindo que se tratava de "uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política" (*Ibidem*, p. 848). O ministro Marco Aurélio, na mesma linha, se embasou em Mill para defender que “somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo seus fragmentos” (*Ibidem*, p. 881). A partir desse pressuposto, distinguiu os efeitos jurídicos advindos da mera exposição de uma ideia, ainda que racista, e a incitação à violência:

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. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morte aos judeus", "vamos expulsar esses judeus do país", "peguem as armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com os elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações (*Ibidem*, p. 883).

Novamente, o ministro Carlos Velloso registrou que os livros “não veiculam simplesmente teses ideológicas, o que, se fosse assim, não implicaria prática de um crime” (*Ibidem*, p. 946)¹⁵⁶. Em seguida, o ministro Jobim destacou que os escritos “não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam ideias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. (...) Quer, isto sim, impor condutas anti-igualitárias de extermínio, ódio e linchamento” (*Ibidem*, p. 973-974). Iniciou-se, assim, um debate ente os ministros Carlos Britto e Nelson Jobim a respeito do conteúdo dos textos, revelando, portanto, a importância que o STF deu à diferença entre uma mera exposição de ideias e as suas consequências fáticas:

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO: Não. Há prova de que ele [o paciente] é um político; transitou por área política. Sou um ideólogo, quero levar avante um ideal, disse ele. Isso confirma o propósito político-ideológico.

¹⁵⁶ Segue o ministro Velloso: “Ao contrário, como acentuei no meu voto, pregam o preconceito contra os judeus e estimulam o ódio contra estes, como bem demonstrou, nesta assentada, o eminente Ministro Celso de Mello” (*Ibidem*, p. 946).

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM: Nada. Ele quer matar judeu (BRASIL, 2004, p. 986)¹⁵⁷.

Observa-se das transcrições dos votos e dos debates dos ministros do STF que, no julgamento do HC n.º 82.424/RS, os membros da Corte consideraram o conteúdo da obra em análise em relação aos efeitos que ela poderia produzir no mundo fático. Apesar de não ser possível afirmar com segurança que este elemento compõe a definição do STF quanto ao discurso do ódio – pois não houve debate específico em torno deste termo –, pode-se defender que o tribunal considerou como protegida pela cláusula constitucional da liberdade de expressão o discurso político, a defesa de uma ideia, de uma ideologia, rechaçando textos que incitem ao ódio e à violência. Trata-se, observa-se, de um debate muito semelhante ao produzido pela jurisprudência norte-americana, sob a égide da teoria do livre mercado de ideias. O problema, entretanto, está na definição e na possibilidade de manipulação da diferença entre simples ideia e ação¹⁵⁸.

Stanley Fish rejeita a ideia de que a liberdade de expressão e o embate entre pontos de vista diversos no livre mercado de ideias promova a verdade, a democracia e o auto-desenvolvimento individual. O pragmatismo de Stanley Fish defende uma concepção de sujeito inserida em um contexto. O sujeito, portanto, é constituído de seus vários compromissos, crenças, valores, categorias de pensamento, adquiridos por ter sido socializado em uma comunidade local particular. Não há sujeito apartado da interpretação que a comunidade proporciona. A restrição é parte do sujeito e de suas ações¹⁵⁹, e portanto, de sua expressão. Logo, a limitação à liberdade de

¹⁵⁷No que o ministro Carlos Britto rebate: "No livro de Siegfried Ellwanger, não há uma só referência ao arianismo, não há uma só propaganda do arianismo. Ele nunca defendeu o holocausto; se o defendesse, eu seria o primeiro a condená-lo" (*Ibidem*, p. 988).

¹⁵⁸ A doutrina nacional também importa de forma acrítica a distinção artificial entre discurso/ação, que simplifica a problemática do discurso de ódio. Thiago Carcará defende a "proibição do discurso do ódio, mas as manifestações que buscam guarnecer o mercado de ideias sem propensão de incitar violência são asseguradas pela liberdade de expressão" (CARCARÁ, 2014, p. 138).

¹⁵⁹ "Não estou afirmando que nunca somos livres para agir, mas que nossa liberdade é fruto de - no sentido de ser dependente de - algumas estruturas de restrição sem a qual ações de nenhum tipo seriam possíveis. Isso pode parecer contraintuitivo para aqueles que identificam a liberdade como a *ausência* de restrições, mas, de fato, tal estado, se pudesse ser alcançado, não produziria ações livres, mas *nenhuma* ação. Uma ação somente é concebível em face de um contexto de caminhos alternativos, um contexto que já é uma restrição que, por determinar quais são as ações possíveis, define outras como inviáveis, que podem emergir como possíveis em um diferente contexto. Imaginar um mundo sem o contexto como determinante, sem articulação prévia das direções que alguém pode tomar, é imaginar um mundo onde literalmente não haveria para onde ir, pois, sendo todos os caminhos o mesmo caminho, a noção de estar fazendo isso ao invés daquilo - de agir livremente - seria vazia" (FISH, 1989, 459).

expressão é algo bom, pois é o que torna inteligível o discurso¹⁶⁰. Além disso, a importância que se dá à liberdade de expressão somente faz sentido porque o discurso produz consequências às quais se atribui valor.

Ou seja: o livre mercado de ideias seria importante porque, acredita-se, produz consequências valiosas como mais verdade, melhor democracia e mais auto-desenvolvimento individual. Mas isso significa que todo princípio relacionado à liberdade de expressão traz consigo um compromisso de restringir discursos que destruam essas consequências. Colocado alternativamente, um compromisso com a liberdade de expressão necessariamente traz consigo um compromisso com a censura¹⁶¹.

Logo, a liberdade de expressão só é importante por causa de suas consequências, mas as consequências que são consideradas necessariamente refletirão as crenças dos grupos e as visões particulares da comunidade que institui o regime de liberdade de expressão¹⁶². Assim, não há como considerar um princípio neutro a respeito da liberdade de expressão, como no caso do argumento do mercado de ideias e da distinção entre discurso e ação¹⁶³. A restrição está lá, na proibição de

¹⁶⁰ "Portanto, 'limites' é a palavra errada pois sugere que a expressão, como uma atividade e um valor, tem uma forma pura que está sempre a perigo de ser comprometida pelos impulsos de interesses especiais de uma comunidade; mas independente de um contexto comunitário informado pelo interesse (isto é, propósitos), a expressão seria a um só tempo inconcebível e ininteligível. Ao invés de ser um valor ameaçado por limitações e restrições, a expressão, em qualquer forma, é um *produto* das limitações e restrições, das pressuposições já-colocadas que dão às asserções seu significado particular. Assim, o próprio ato de pensar em algo a dizer já é restringido - tornado impuro, e porque é impuro, é comunicável - pelo contexto no qual o pensamento toma forma (FISH, 1994, p. 108).

¹⁶¹ "Isto não é uma inevitabilidade empírica, mas lógica; pois se você defende o que vem sendo chamado de visão consequencialista da Primeira Emenda - uma visão que valoriza a liberdade de expressão por causa dos bons efeitos que esta provoca - então você necessariamente tem de estar atento às formas de ação, incluindo a ação de expressar ideias, que ameaçam subverter esses efeitos... E, para continuar a lógica, no momento em que você discernir tal ameaça e agir contra ela, você não estará comprometendo a Primeira Emenda; você a estará honrando ao realizar um ato de censura que estava implícito na sua concepção desde o começo" (FISH, 1999, p. 115).

¹⁶² "Liberdade de expressão somente pode ser considerado um valor primário se não nos importarmos com o que for dito, não nos importarmos no sentido de que ninguém dá a mínima, mas apenas gosta de ouvir palavras... Em contextos comuns, palavras são expressadas com o intuito de tentar mover o mundo em uma direção ao invés de outra... Você declara, em suma, porque você dá a mínima importância, não a respeito da declaração - como se essa tivesse um valor em si mesma - mas sobre aquilo que a sua declaração trata. Pode parecer paradoxal, mas liberdade de expressão pode ser um valor primário se o que está sendo valorado é o direito de fazer barulho. Mas se você está engajado em alguma finalidade que será produzida a partir do discurso, mais cedo ou mais tarde você chegará ao ponto em que deverá decidir que algumas formas de expressão não favorecem, mas ameaçam os seus propósitos" (FISH, 1994, 106-107).

¹⁶³ Segue o autor: "O argumento dos benefícios futuros, os quais a Primeira Emenda protege, tem um grande apelo, em parte porque mantém, de uma forma secular, a celebração Puritana das esperanças milenares, mas impõe uma exigência tão severa que alguém poderá exigir mais argumentos para essa conclusão do que os usualmente apresentados. A exigência é a de aguentarmos qualquer sofrimento imposto pelo discurso racista e de ódio, em prol de um futuro cujo surgimento nós podemos apenas

discursos que incitem à ação violenta, termo que pode ser manipulado de modo a enquadrar discursos indesejáveis. O que é mera opinião, e o que é violência ou ameaça de violência, depende do contexto e das forças políticas que assumiram para seu lado o discurso da liberdade de expressão. Assevera o autor que

Não há discurso livre de consequências – não há discurso cujo impacto possa ser confinado à atmosfera esterilizada e sem gravidade de um seminário filosófico (assumido como um modelo para o mundo todo pelos ideólogos da liberdade de expressão). E porque não há expressão livre de consequências, uma teoria baseada na identificação dessa categoria de discurso – uma teoria fortemente investida em alguma forma, de certo modo qualificada, de distinção entre discurso e ação – será fatalmente confusa e comprometida em atividades da qual é incapaz de conhecer ou mesmo reconhecer. Está protegendo algo que não existe, e, portanto, não estará fazendo o que pensa e diz que faz (FISH, 1999, p. 94).

Fish conclui que, sendo a diferença entre discurso/ação inerentemente maleável, serve não para separar o discurso da ação, mas para conciliar as restrições ao discurso. Os discursos que se desejam restringir são classificados como capazes de gerar consequências indesejáveis, enquanto que as expressões que interessam autorizar são abstraídas de suas consequências e categorizadas como puras ideias¹⁶⁴.

Assim, para Fish, a política é o local adequado para o embate a respeito do discurso do ódio:

Penso que as pessoas se apegam à Primeira Emenda porque não desejam encarar o que corretamente tomam como mera alternativa. Essa alternativa é a *política*, a concepção (à qual eu já havia sugerido) de que decisões acerca do que é ou não é protegido no domínio da expressão repousará não em

levar fé" (*Ibidem*, p. 109). Waldron também aponta para o fato de a teoria do mercado de ideias não levar em conta as consequências fáticas do discurso: "Penso que já passamos do estágio no qual nós necessitaríamos de um debate robusto sobre os grupos minoritários que devem suportar os custos de certa quantidade de ataques à dignidade e à reputação - ou, ainda mais importante, *dos indivíduos e das famílias que devem suportar esses custos* de ataques humilhantes em sua dignidade e posição social - no interesse do discurso público e da legitimidade democrática. Acredito que já passamos do ponto do qual devemos sacrificar a legitimidade de nossa legislação antidiscriminação ou das leis proibindo a violência racial para não permitir pessoas sendo difamadas nesses termos e com esses efeitos" (WALDRON, 2010, p. 1649).

¹⁶⁴ "A Primeira Emenda tem sido sempre letra morta se alguém entender que sua 'vida' depende da identificação e da proteção do domínio da 'mera' expressão, distinto do domínio da conduta regulável; a distinção entre discurso e ação tem sido sempre apresentada como princípio, embora na prática possa tomar qualquer forma que as condições políticas prevaletentes determinarem; nós nunca tivemos nenhum guia normativo para definir o discurso protegido e o não protegido; ao invés, o guia que temos tem sido sempre definido (e redefinido) nas disputas políticas. Em suma, o nome do jogo é política, ainda quando (com efeito, especialmente quando) é jogado pela política estigmatizante como uma área a ser evitada (FISH, *op. cit.*, p. 111).

princípios ou doutrinas firmes, mas sim na habilidade de algumas pessoas de interpretar - recharacterizar ou reescrever - princípios e doutrinas de modo que levem à proteção do discurso que elas querem ouvir, à regulação da expressão que querem ouvir e à regulação da expressão que querem silenciar. (...) Quando a Primeira Emenda é invocada com sucesso, o resultado não é a vitória da liberdade de expressão em face de um desafio da política, mas sim uma *vitória política* vencida pela parte que soube envolver sua agenda no manto da liberdade de expressão (FISH, 1994, p. 110).

Richard Delgado e Jean Stefancic (representantes da *Critical Race Theory*), também apresentam sérias críticas ao mercado de ideias, e à concepção de que o amplo debate é capaz de viabilizar o fim do *hate speech*, pois no mercado de ideias seriam apresentados os argumentos convincentes para sua extinção. Para os autores, "o argumento simplifica a história das relações entre minorias raciais e a Primeira Emenda" (DELGADO; STEFANCIC, 1996, p. 479). As narrativas, utilizadas pelos autores da *CRT* (ver item 4.2), demonstram as dificuldades de se modificar opiniões relacionadas ao discurso de ódio:

A teoria narrativa nos mostra como isso acontece: nós interpretamos novas histórias nos termos das antigas que nós já internalizamos e forma nossa realidade. Quando novas histórias se desviam drasticamente daquelas que formam nosso entendimento presente, nós as rejeitamos como falsas e perigosas. Liberdade de expressão, portanto, serve para resolver pequenos problemas, disputas claramente limitadas; é mito menos útil para modificar maldades sistêmicas, como o racismo, que está profundamente enraizado em nosso paradigma corrente. Linguagem requer um conjunto de significados compartilhados com os quais o grupo concorda para juntar a palavras e termos. Se o racismo está profundamente enraizado neste paradigma - incorporado em milhares de escritos, histórias, piadas e papéis - ninguém poderá falar contra isso sem parecer incoerente ou ridículo (*Ibidem*, p. 479).

O livre mercado de ideias assume um papel de simplificador da complexa questão do discurso do ódio, das suas consequências, e das lutas históricas que efetivamente envolve o problema da discriminação e do preconceito. Neutralizar a discussão em torno de categorias como ação/discurso é uma forma de encobrir as mais diversas nuances do tema, atraindo para o Direito e, portanto, para o jurista, o monopólio da decisão e da solução correta. O que se percebe, entretanto, é que as discussões em torno de casos de discurso de ódio exigem amplo debate, com a participação dos atores envolvidos, de modo a evitar a classificação artificial de expressões na categoria do *hate speech* e a consequente solução por meio da via fundacionista da teoria constitucional.

4.1.2 Alexy e a ponderação de princípios: mesma teoria, resultados diversos

Outra teoria da interpretação constitucional adotada para a solução do problema do discurso do ódio é a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, principalmente em relação à tese da colisão de princípios e a necessidade de sua ponderação. O Tribunal Constitucional alemão é a fonte desse tipo de abordagem judicial, conforme apontado nos casos relatados relativos ao discurso de ódio.

A doutrina nacional do discurso do ódio importou esse método simplificado de lidar com a questão. Daniel Sarmiento se refere à ponderação como um "caminho do meio" entre a liberdade e a igualdade, "pautada pelo princípio da proporcionalidade" (SARMENTO, 2006, p. 100)¹⁶⁵, que "confere maior transparência e controlabilidade intersubjetiva ao processo" (*Ibidem*, p. 102)¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Seguindo a característica do deslocamento da questão principal para a teoria (estudada no item 4.1.3), Sarmiento argumenta que "a metodologia da ponderação parece-nos muito superior para o enfrentamento desta questão do que a técnica da categorização. Esta última, aplicada ao nosso caso, buscaria definir os 'limites internos' à liberdade de expressão, de forma a excluir do seu âmbito de proteção qualquer ato comunicativo que pudesse ser enquadrado como, digamos, uma 'manifestação de preconceito, ódio ou intolerância motivada por raça, cor, religião, nacionalidade, gênero, orientação sexual ou deficiência física e mental'. Pela categorização, se determinado ato expressivo se subsumisse a esta definição de *hate speech*, ou a alguma outra semelhante, isto já bastaria para excluir a incidência do princípio da liberdade de expressão sobre o caso" (*Ibidem*, p. 101).

¹⁶⁶ Entretanto, essa pretensa controlabilidade se desfaz quando o autor elenca "limites materiais" à ponderação, pré-definindo, de modo arbitrário, subjetivo e não-transparente, quais decisões poderão ou não ser tomadas pelo intérprete: Mas seria muito pouco afirmar que a questão do *hate speech* resolve-se através de uma ponderação de interesses. É preciso ir além, indicando alguns parâmetros materiais para esta ponderação, que possam servir de guia para o intérprete, conferindo ao processo mais segurança e previsibilidade, e reduzindo as margens de arbítrio do julgador. Sugeriremos abaixo algumas destas pautas, reconhecendo, desde já, num *mea culpa* contrito, que elas mereceriam um desenvolvimento e uma discussão mais aprofundados, que se tornaram impossíveis em razão dos limites de tempo e de espaço deste estudo" (*Ibidem*, p. 103). O autor propõe limites às possibilidades interpretativas, ou seja, rejeita, de plano, algumas decisões que poderiam ser tomadas na questão do *hate speech*, a fim de reduzir as margens de arbítrio do julgador. Ocorre que tais limites já se apresentam arbitrários, subjetivos, moldados a partir daquilo que o próprio autor entende e defende acerca da regulamentação do discurso do ódio. Dentre esses parâmetros destacamos, por exemplo: a) deve haver maior tolerância quando o discurso de ódio parte de minorias que tradicionalmente sofrem discriminação; b) teses científicas que defendam a superioridade racial devem ser permitidas; c) somente manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito merecem restrição; d) a liberdade de expressão tem peso maior quando relacionada à liberdade religiosa. O autor, ao elencar limites à ponderação, expõe a subjetividade de seu pensamento, que tenta mascarar a partir da indicação de parâmetros que, segundo afirma, decorrem dos princípios da liberdade de expressão e da igualdade. A mera leitura da lista indicada pelo jurista já expõe o grau de subjetividade e de desnecessidade de uma teoria constitucional como a de Alexy para a solução da questão, já que a preferência por algumas formas de expressão se dá exclusivamente a partir da importância que o próprio autor dá a certos segmentos da sociedade, que, legitimamente, defendem uma maior liberdade para expressar ideias de ódio. A ausência de uma solução livre de subjetivismos, como desejava Sarmiento, fica mais bem demonstrada na conclusão de seu texto, após defender o acerto da jurisprudência nacional no sentido da restrição ao *hate speech*: "Contudo, num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto" (SARMENTO, 2006, p. 105). O autor,

No âmbito jurisprudencial, o problema se mantém. Conforme já mencionado, o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito da liberdade de expressão de discurso antissemita, por meio da edição de livros com o referido conteúdo. Para o presente capítulo, interessam os votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, que, expressamente, reconheceram uma colisão de princípios na questão do discurso do ódio, e buscaram a solução do problema na ponderação alexyana.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, reconheceu que o caso concreto expressava uma verdadeira colisão de princípios, a ser solucionada mediante o juízo de proporcionalidade¹⁶⁷. No mesmo sentido posicionou-se o ministro Marco Aurélio Mello, ao reconhecer que “estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação de valores”¹⁶⁸.

Entretanto, apesar da identidade metodológica, as decisões foram proferidas em sentido oposto. O Min. Gilmar Mendes entendeu que a condenação é adequada para se alcançar a salvaguarda de uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância; é necessária, pois não há outro meio menos gravoso e eficaz para se alcançar o fim almejado, pois a própria Constituição impõe a criminalização do racismo e o qualifica como crime imprescritível; e a decisão atende à proporcionalidade em sentido estrito, já que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o

portanto, faz uma referência ao seu contexto social, histórico, cultural. Apela para a "cautela" e "equilíbrio", o que, a nosso ver, deve ser característica de toda atividade judicial (inclusive a pragmática, como demonstrado), independentemente de qualquer teoria. Por fim, alerta para o argumento consequencialista que os americanos chamam de *slippery slopes*, segundo o qual "um ato específico, aparentemente inocente quando tomado isoladamente, pode nos levar a um futuro de eventos similares mas cada vez mais perniciosos" (SCHAUER, 1986, p. 361-362).

¹⁶⁷ "É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos" (BRASIL, 2004, p. 657-658). O princípio da proporcionalidade, conforme explica Barroso, decompõe-se em três subprincípios: "(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas para atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão" (BARROSO, 1996, p. 142).

¹⁶⁸ "Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela" (BRASIL, 2004, p. 869-870).

estímulo à violência (BRASIL, 2004, p. 669-670). De outro lado, em seu voto, o Min. Marco Aurélio Mello afirmou que a) condenar o paciente e proibir a divulgação de suas obras não é o meio adequado para acabar com a discriminação do povo judeu, pois a mera transmissão de seu pensamento não implica a concordância do leitor, nem significa que passarão a discriminar judeus; b) já que não é possível a aplicação de outro meio menos gravoso, deve o STF conceder a ordem; c) a restrição não é proporcional, pois não há indícios de que as publicações incitarão práticas de violência contra judeus.

A aplicação do mesmo método de interpretação constitucional, no mesmo caso concreto, levou a duas soluções antagônicas. Esse resultado revela a insuficiência da teoria constitucional para a definição da questão do discurso do ódio, bem como expõe que a teoria apenas restou manipulada para se adequar às opiniões dos julgadores que, por motivos diversos¹⁶⁹, se convenceram acerca da correção de uma das teses apresentadas à apreciação. Conforme expõe Virgílio Afonso da Silva, "a invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático" (SILVA, 2002, p. 31)¹⁷⁰. Trata-se de um recurso fundacionista, necessário para encobrir os elementos que levaram o julgador à decisão, bem como distanciar a discussão daqueles que efetivamente têm interesse na solução da controvérsia.

¹⁶⁹ Conforme será demonstrado no item 4.2.

¹⁷⁰ É importante ressaltar que, apesar de concordarmos com a constatação do autor, Silva faz uma crítica no sentido da aplicação equivocada, no Brasil, da teoria alexyana, de modo que, para o autor, caso fosse corretamente aplicada e fundamentada a decisão em seus pressupostos, não haveria problema em sua utilização.

4.1.3 Fundacionismo, o deslocamento da discussão e a importância do contexto na formação das teorias constitucionais

É interessante observar a crítica que a doutrina nacional tradicional faz a respeito dessas teorias constitucionais na questão do *hate speech*. No âmbito da grande teoria do livre mercado de ideias, é a posição de Ronald Dworkin a respeito do discurso do ódio que sofre críticas, já que o eminente jusfilósofo americano adere à essa concepção de liberdade de expressão, a partir de sua famosa teoria do Direito como integridade. Ao comentar um caso que seria julgado pela Suprema Corte, relativo à queima de uma cruz em um quintal de uma família negra¹⁷¹, Dworkin afirmou que "é muito importante que a Suprema Corte confirme que a Primeira Emenda protege até mesmo essas formas de expressão; que ela protege, como disse Holmes, até mesmo as expressões que odiamos" (DWORKIN, 2006, p. 327)¹⁷². Especificamente quanto ao discurso do ódio, Dworkin afirma, com base na ideia de democracia¹⁷³, que

A democracia justa requer o que nós podemos chamar de fundamentos democráticos: requer que, por exemplo, todos os adultos capazes tenham direito a voto e a decidir acerca da vontade da maioria. E requer, além disso, que cada cidadão não tenha apenas o direito a voto, mas o direito a voz (...). Nós podemos e devemos proteger mulheres, homossexuais e membros de grupos minoritários das consequências danosas do sexismo, intolerância e racismo. (...) Mas não podemos intervir proibindo qualquer expressão de atitudes ou preconceitos que consideramos que alimente a injustiça ou a desigualdade, porque se interviermos cedo demais no processo por meio do qual a opinião coletiva é formada, prejudicamos a única justificação democrática que nós temos para insistir que todos obedeçam tais leis, mesmo aqueles que as odeiam (DWORKIN, 2009, p. 4).

O pensamento nacional do discurso do ódio importou a teoria dworkiniana sem

¹⁷¹ Trata-se do caso *R.A.V. v. St. Paul*, que versa sobre uma regulamentação da cidade de St. Paul que proibia a exposição de símbolos que pudessem causar raiva, medo ou ressentimento em outras pessoas em virtude de sua raça, cor, crença, religião ou gênero. A Corte anulou a norma, com base na Primeira Emenda, que veda o controle de discursos baseados em seu conteúdo (*R.A.V. v. City of Saint Paul*, 1992)

¹⁷² Segue o autor: "Isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificação constitutiva da liberdade de expressão: porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e *nenhuma* censura de conteúdo é compatível com esse compromisso" (*Ibidem*, p. 327).

¹⁷³ "A doutrina do mercado de ideias, porém, uma vez enraizada na jurisprudência americana, desenvolveu-se. Em adição à sua utilidade em busca da verdade e conhecimento, o mercado de ideias passou a ser entendido pela doutrina e jurisprudência como essencial à efetiva participação popular no governo. A fim de que o regime democrático funcione adequadamente, os cidadãos devem ser bem informados. Sob esta teoria, a qualidade da troca de informações propiciada pelo livre mercado de ideias permite o avanço da qualidade do governo democrático" (INGBER, 1984, p. 3-4).

atentar para as condições nas quais foi formada, o que implica a produção de opiniões que contradizem Dworkin. Potiguar e Ommati, por exemplo, se alicerçam em Dworkin para defenderem a proibição do discurso do ódio. Ommati, atento à concepção dworkiniana (contrária à sua) a respeito da liberdade de expressão, critica o jurista americano, desenvolvendo uma discussão acerca da melhor interpretação da teoria constitucional do próprio Ronald Dworkin¹⁷⁴.

Quanto à ponderação de princípios, e à discrepância entre os votos do STF que se utilizaram dessa técnica no caso *Ellwanger*, há diversas críticas doutrinárias. Marcelo Cattoni de Oliveira não aceita a ideia de que uma conduta possa ser "meio ilícita", ou seja, protegida pela liberdade de expressão, mas vedada pelo princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁵, defendendo que a jurisdição constitucional deve articular as questões políticas e jurídicas presentes na Constituição "de um ponto de vista normativo, constitucionalmente adequado ao Estado Democrático Direito, de tal modo que a proteção de direitos não fique prejudicada por razões de Estado" (OLIVEIRA, 2008, p. 271)¹⁷⁶. Ommati se baseia em Habermas¹⁷⁷ para criticar a ideia de identidade entre princípios e valores, e, portanto, a subjetividade da ponderação

¹⁷⁴ "É justamente aqui que me parece haver uma incongruência na perspectiva de Dworkin. Parece-me que o autor americano, nesse ponto, não conseguiu compreender corretamente a própria história institucional de seu país e as exigências da integridade. (...) 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" (OMMATI, 2014, p. 97-98).

¹⁷⁵ "Várias críticas podem ser feitas ao raciocínio da ponderação. 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 à 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? (...) A questão, no Caso *Ellwanger*, não deveria ter sido compreendida como uma colisão entre valores, em que se julga se a liberdade de expressão é melhor ou pior do que, ou para, a promoção da dignidade humana; mas sim julgar se houve, afinal, em face do caso concreto, crime de racismo ou não, à luz das pretensões normativas, defendidas na argumentação sustentada pelos envolvidos, e que poderiam ser reputadas abusivas ou não. E, assim, é possível chegar à conclusão, neste caso, de que houve racismo sim, sem que para isso tenhamos de renunciar ao caráter normativo, deontológico, do Direito" (OLIVEIRA, 2008, p. 263-265).

¹⁷⁶ Em regra, verifica-se na doutrina nacional que "constitucionalmente adequado" é sempre o ponto de vista do autor que utiliza esse tipo de expressão. Streck, por exemplo, analisa sete decisões judiciais e define em quais houve a "decisão constitucionalmente adequada" (STRECK, 2012, p. 591-617).

¹⁷⁷ "Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. (...) Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira" (HABERMAS, 1997, p. 258, 316-317).

destes¹⁷⁸, encontrando em Dworkin a melhor explicação para a interpretação das normas supostamente em conflito. Streck, em obra na qual critica a teoria habermasiana¹⁷⁹, opõe-se à discricionariedade que o método da ponderação proporciona, adotando a hermenêutica gadameriana e o seu foco na tradição¹⁸⁰.

Essas contradições entre o pensamento de Dworkin e a sua versão importada ao Brasil a respeito do discurso do ódio, entre os votos dos ministros do STF que adotaram a ponderação alexyana para o julgamento de um caso de *hate speech*, e as críticas da doutrina a tais posicionamentos, reveladas consequências do pensamento fundacionista: (que demonstram a sua inutilidade para a questão do discurso o ódio): o deslocamento do problema e a inobservância de que a teoria constitucional é contextualizada.

¹⁷⁸ “Para autores do porte de Jürgen Habermas, Ingeborg Maus e Friedrich Müller, tratar os direitos como valores leva a um enorme subjetivismo judicial e irracionalidade das decisões, de modo que o ‘muro de fogo’ dos direitos fundamentais cai, não possibilitando a defesa do cidadão contra possíveis arbítrios estatais. Tratar direitos fundamentais como valores pode levar, paradoxalmente, à sua desvalorização” (OMMATI, 2014, p. 131).

¹⁷⁹ É interessante observar que a crítica de Streck a Habermas, bastante fundamentada na hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, é uma escolha do autor calcada no contexto histórico e social do país: “Assim, entendo difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como o Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição; Dito de outro modo: parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de *zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania*, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental” (STRECK, 2012, p. 82-83). A nosso ver, a demonstração clara da influência do contexto e da necessidade de busca de soluções para os problemas concretos da nação brasileira são as verdadeiras justificativas para a adoção, pelo autor, de uma teoria ao invés da outra.

¹⁸⁰ “Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (teoria da argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do HC n. 82.424, em 17-09-2003, que ficou conhecido como *caso Ellwanger*. Nele, argumentos baseados na ponderação proporcionaram votos discrepantes, o que demonstra a irracionalidade da fórmula. Registre-se, entretanto, que a ponderação que vem sendo utilizada – e que foi utilizada no caso em comento – longe está da ‘fórmula original’ presente na teoria da argumentação alexyana. Na verdade, o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade” (*Ibidem*, p. 50). Referindo-se à “resposta constitucionalmente adequada” nesse caso, Streck entende que o voto do ministro Moreira Alves foi “constitucionalmente inadequado”, pois baseado “em argumentos de política” (*Ibidem*, p. 598), enquanto o voto do ministro Gilmar Mendes foi constitucionalmente adequado, pois “lembrou outra obviedade: as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (*hate speeches*), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia” (*Ibidem*, p. 599). Trata-se de argumento que não se sustenta empiricamente, pois, como já visto no item 4.1.1, os Estados Unidos permitem o discurso de ódio assentados exatamente no princípio democrático. Streck ainda critica os votos dos ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, que concederam a ordem, pois, por terem se embasados em juízos de ponderação, “bem demonstram os perigos que se corre com a teoria da argumentação alexyana. O recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade” (*Ibidem*, p. 600). Porém, conforme já demonstrado, o voto do min. Mendes, elogiado pelo autor, também se embasou na ponderação alexyana.

O deslocamento da discussão se dá no momento em que o jurista deixa de lado o problema real que está enfrentando, e passa a discutir aspectos da teoria constitucional utilizada para fundamentar as mais diversas posições. Ommati, por exemplo, critica a ideia de colisão e ponderação de princípios¹⁸¹, no intuito de substituir a teoria alexyana por uma "melhor", qual seja, a dworkiniana¹⁸². Porém, o autor se depara com a insuficiência da integridade no Direito para a solução do problema do discurso do ódio (insuficiente para a solução que Ommati pretende adotar), e passa a criticar a aplicação que Dworkin faz de sua própria teoria nos casos de discurso de ódio. O problema do discurso do ódio, suas consequências, as consequências de sua restrição, perdem espaço para o debate estéril a respeito do que Dworkin efetivamente pensa (ou deveria ter pensado) sobre a liberdade de expressão, em virtude de sua teoria constitucional. Quanto à ponderação, demonstramos também que Streck, Ommati e Oliveira pretendem substituir o referido método por seus próprios critérios e teorias constitucionais. Discute-se a "correta" aplicação da teoria, seus conceitos¹⁸³, ou a sua substituição por uma teoria "melhor". O discurso do ódio não é mais o problema, mas, sim, a teoria aplicável para a sua solução que efetivamente prende a atenção dos juristas. Stanley Fish faz esse alerta quanto à questão do deslocamento da discussão, dos fatos para a teoria: "o uso de uma teoria despreza as circunstâncias históricas reais e leva a discussão rapidamente a níveis de generalização e abstração tão altos que os fatos históricos não conseguem mais ser vistos e considerados" (FISH, 1996, p. A27).

A inobservância de que o contexto vivenciado pelo autor da teoria influencia na própria teoria constitucional também revela a inutilidade da fundamentação calcada nesses pressupostos, quando entendidos como universais. Nas palavras de Posner,

Não apenas o nosso conhecimento é local, como também é perspectivo, sendo moldado pelas condições históricas e outras condições nas quais é produzido. No entanto, nossas mentes correm na frente de nós mesmos, nos inclinamos a universalizar nossos *insights* locais limitados. Escritores

¹⁸¹ Ver OMMATI, 2014, p. 129-155.

¹⁸² "O pragmatismo rejeita a máxima de que apenas se pode derrotar uma teoria com outra melhor" (GREY, 1989, p. 814).

¹⁸³ "O pragmatismo se mantém como um antídoto para o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas podem ser respondidas mediante a investigação da relação entre conceitos e, portanto, sem necessidade de mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos, é tão antipragmática quanto antiempírica. Nesse contexto, não se pergunta o que funciona, mas sim que regras e decisões forma vínculos em uma cadeia lógica que aponte a uma fonte jurídica revestida de autoridade, como o texto da Constituição ou uma doutrina inquestionada do *common law*" (POSNER, 2009, p. 421).

influentes que tratam de jurisprudência, tais como H. L. A. Hart, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, todos dão a entender que descrevem o direito em abstrato, mas Hart está na verdade falando do sistema jurídico inglês, Dworkin do americano e Habermas do alemão (POSNER, 2010, p. 4).

O próprio Dworkin alerta para o fato de que sua teoria é a descrição de uma prática local, quando propõe que "teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial" (DWORKIN, 2007, p. 489)¹⁸⁴.

Assim, ao contrário do que afirma Ommati¹⁸⁵, Dworkin, ao defender uma ampla interpretação da Primeira Emenda, reflete a história institucional de seu país e o contexto no qual está inserido e produziu a sua teoria. Conforme já foi demonstrado no item 3, a história da jurisprudência norte-americana acerca da liberdade de expressão sofreu influências políticas, sociais e culturais bastante fortes, não se consistindo em um sistema coerente, mas, sim, em respostas específicas a problemas que surgiam ao longo da história. Por isso, não nos surpreende a posição de Dworkin, que abraçou a teoria dominante em sua comunidade. O que surpreende é a tentativa de adaptar a sua teoria geral do Direito a uma questão específica, buscando-se fundamento para opiniões na teoria.

O recurso às teorias constitucionais, na doutrina e na jurisprudência do discurso de ódio, revela um círculo vicioso no qual os juristas se enredam, distanciando-se dos elementos que efetivamente importam para a solução dos casos que se apresentam. O jurista parte de uma concepção a respeito do *hate speech*, a partir de suas

¹⁸⁴ "Uma concepção do direito é, em geral, uma interpretação sumária da prática jurídica como um todo. Propõe-se mostrar essa prática em sua melhor luz, desenvolver algum argumento que explique por que, em tal concepção, o direito oferece uma justificativa adequada para a coerção" (*Ibidem*, p. 169). Para Posner, "a jusfilosofia de Dworkin é uma descrição estilizada e elucidativa dos métodos dos juízes liberais da Suprema Corte" (POSNER, 2012, p. 154). Especificamente no que toca à liberdade de expressão, é interessante a passagem de John Milton, no seu clássico discurso ao Parlamento britânico, denominado *Areopagítica*, em que celebra a tolerância e a desregulamentação de qualquer forma de expressão, "e é usada em qualquer discussão relativa à liberdade de expressão e à Primeira Emenda" (FISH, 1994, p. 103): "Não entendo que se tolere o papismo e outras superstições declaradas, que, pois extirpa todas as religiões e supremacias civis, deverá ser extirpado" (MILTON, 2000, p. 96). Nota-se que a exceção, aberta não apenas ao papismo, mas a "outras superstições", é fruto da sua concepção relativa aos valores centrais da sociedade na qual estava inserido, que, no seu entender, admitiria atos de extirpação em defesa da verdade e da liberdade de expressão.

¹⁸⁵ Em sua crítica à posição de Dworkin, Ommati aponta que "se, nos Estados Unidos, Dworkin poderá afirmar que a integridade do Direito exigirá praticamente uma não intervenção estatal em relação aos discursos proferidos pelos cidadãos norte-americanos, em virtude da própria redação da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, embora me pareça, como demonstrei anteriormente, que nem mesmo essa interpretação do autor norte-americano seja consistente tanto com o ideal de integridade, seja com a própria história jurídica e institucional de seu país vista à sua melhor luz, no Brasil, ao contrário, não se pode afirmar em qualquer hipótese que a liberdade de expressão pode ser entendida hoje como a possibilidade de se proferir discurso de ódio quando, posteriormente ao proferimento, ficar provado que se trata de um discurso racista e discriminatório" (OMMATI, 2014, p. 99-100).

experiências, do contexto, da história, da comunidade na qual se encontra. Avalia, assim, as consequências do discurso do ódio. Entretanto, o campo jurídico exige um distanciamento dessas questões na fundamentação de sua posição - distanciamento este que serve também para afastar o não-jurista, interessado no tema e vítima da liberação ou restrição do discurso de ódio. Essa objetividade é buscada na teoria constitucional, que se apresenta universal, neutra, capaz de solucionar todas as controvérsias constitucionais com a resposta correta. Porém, a própria teoria é fruto do contexto no qual foi produzida, e das pré-compreensões que cercam o seu autor¹⁸⁶. Como afirmou Dworkin, as grandes teorias são descrições de práticas datadas, contextualizadas. Forma-se, assim, um círculo no qual o intérprete, ao adotar a teoria constitucional para objetificar sua posição, não escapa do subjetivismo e das questões relativas ao contexto e às consequências da decisão que expressa.

4.2 A abordagem pragmática dos direitos humanos e as narrativas de dor e sofrimento: neopragmatismo de Richard Rorty e a *CriticalRaceTheory*

A utilização de métodos de interpretação constitucional, de teorias jurídicas relativas à aplicação dos direitos fundamentais e de concepções filosóficas preocupadas com a verdade absoluta e com a resposta correta na questão do discurso do ódio, além dos problemas apontados nos itens anteriores, apresenta uma forte confiança na "razão" (o que afasta a emoção, o contexto, a história, as consequências) como guia para a solução dos casos concretos. O pragmatismo de Rorty, com o seu antifundacionismo, rejeita as concepções filosóficas centradas na racionalidade como meio para o conhecimento dos valores e dos direitos humanos. Para o filósofo, "outro significado de 'racional' é, de fato, acessível. (...) É o nome que se dá a uma série de virtudes morais: tolerância, respeito pela opinião dos outros, disposição a ouvir, confiança na persuasão e não na força" (RORTY, 1987, p. 40)¹⁸⁷. Não há, portanto, o

¹⁸⁶ Para Dewey, "os sistemas científicos elaborados nascem não da razão, mas de impulsos vacilantes, de primeiras impressões; impulsos de busca, de caça, de descoberta, de misturar coisas separadas e dividir as combinadas, de falar e de ouvir. Método é a organização efetiva desses impulsos, em uma disposição contínua à investigação, desenvolvimento e testagem. Isso ocorre após estes atos e por causa de suas consequências. Razão, a atitude racional, é o resultado, não uma ideia antecedente já pronta e acabada que possa ser invocada" (DEWEY, 1922, p. Kindle 2434).

¹⁸⁷ Trata-se de concepção próxima à de Dewey: "O termo 'Razão' significa a cooperação feliz de uma pluralidade de disposições, tais como a curiosidade, a simpatia, exploração, experimentação, honestidade, vontade de conhecer, cautela, o olhar acerca do contexto, etc., etc." (DEWEY, 1922, p. Kindle 2434).

método "racional" a ser seguido para se descobrir quais são os direitos humanos, e de que modo devem ser realizados. Assim, propõe a mudança do vocabulário utilizado na solução de problemas relativos aos direitos humanos - como é o caso do *hate speech*:

Nos dois séculos que sucederam a Revolução Francesa, aprendemos que os seres humanos são muito mais maleáveis do que Platão ou Kant sonhavam. Quanto mais nos impressionamos com esta maleabilidade, menos interessados ficamos em questões sobre nossa natureza a-histórica. (...) Isso significa deixar de lado a questão kantiana "O que é o homem?" e substituí-la pela questão "Que tipo de mundo podemos preparar para nossos tataranetos?". (...) Para nos livrarmos de um senso *sui generis* de obrigação moral, seria útil parar de dar a resposta "Nós podemos conhecer e eles podem apenas sentir" à pergunta "O que nos faz diferentes dos outros animais?". Deveríamos substituir essa resposta por "Nós podemos sentir *uns pelos outros* algo em uma extensão muito maior do que eles" (RORTY, 2005, p. 210-211).

O animal racional é, também, sentimental, no sentido de que é capaz de se colocar na situação do outro, de reconhecer no outro também um sujeito que pensa, ama, sofre, ri, chora¹⁸⁸. Daí surge, para Rorty, a noção de direitos humanos, de direitos inalienáveis e iguais para todos. Por certo, essa concepção é fruto do contexto histórico, social, cultural, econômico, enfim, dos fatores que compõem a comunidade na qual está inserido o indivíduo, pois são esses elementos que formam o sujeito e a sua relação com o outro. A empatia por outras pessoas, o colocar-se no lugar do outro, só é possível quando o sujeito tem contato com as histórias de dor e sofrimento dos demais indivíduos, e aprende a entendê-las como fatos que poderiam fazer parte de sua própria história. Diante da pergunta "Por que eu me preocuparia com um estranho?", Rorty afirma, após rechaçar a resposta kantiana de que a obrigação moral advém do fato de sermos todos da mesma espécie:

Uma resposta melhor seria aquele tipo de história longa, triste e sentimental que começa do seguinte modo: "Porque é assim que acontece na situação em que ela se encontra - longe de casa, no meio de estranhos", "Porque algum dia ela pode ser a sua cunhada" ou "Porque a mãe dela sofreria". Essas histórias, repetidas e alteradas ao longo dos séculos, têm feito com que nós, pessoas ricas, poderosas e que vivem em segurança, tenhamos

¹⁸⁸ "Se parece que a maior parte do trabalho de alterar as instituições morais tem sido feita pela manipulação de nossos sentimentos em vez de pelo aumento de nosso conhecimento, então há razão para pensar que não há conhecimento do tipo que filósofos como Platão, São Tomás de Aquino e Kant esperavam obter" (...) Do fato de que o surgimento da cultura dos direitos humanos parece não dever nada a um maior conhecimento moral, mas dever tudo a histórias tristes e sentimentais, nós pragmatistas concluímos que provavelmente não existe o conhecimento como Platão o previu" (RORTY, 2005, p. 206).

tolerância e até mesmo estima para com pessoas menos poderosas, pessoas cuja aparência, hábitos ou crenças inicialmente nos parecem um insulto à nossa própria identidade moral, à ideia que fazemos dos limites da variação humana permissível" (RORTY, 2005, p. 223)¹⁸⁹.

Essa forma de abordar a questão do discurso do ódio é defendida pelos autores da *Critical Race Theory (CRT)*¹⁹⁰. Apesar de esses estudiosos não fazerem relação direta com o pragmatismo de Rorty e a sua defesa das narrativas de dor e sofrimento, é possível contemplar o movimento no amplo espectro do pragmatismo¹⁹¹, principalmente pela sua inspiração nos *Critical Legal Studies*¹⁹². Trata-se de um movimento nascido em meados dos anos 70, que defendia a necessidade de novas estratégias para combater as formas sutis de racismo que ganhavam terreno após as conquistas relativas aos direitos civis nos anos 60. Dentre os fundadores destacam-se Derrick Bell - considerado o "pai intelectual do movimento" (*Ibidem*, p. Kindle 230) -, Alan Freeman e Richard Delgado, organizadores da primeira conferência do grupo, em 1989. Outros autores como Kimberlè Crenshaw, Angela Harris, Charles Lawrence, Mari Matsuda e Patricia Williams¹⁹³ também produziram trabalhos importantes. Suas

¹⁸⁹ A historiadora Lynn Hunt defende a importância das narrativas na formação das ideias iluministas relativas aos direitos humanos. Rousseau, um ano antes de publicar *O contrato social*, ganhou fama internacional com o romance epistolar *Júlia ou A nova Heloísa* (1761), que contava a trágica história de uma moça que sacrifica sua paixão pelo seu tutor por causa das exigências do pai. Outros romances também fizeram sucesso à época. "Romances como *Júlia* levavam os leitores a se identificar com os personagens comuns, que lhes eram por definição pessoalmente desconhecidos. Os leitores sentiam empatia pelos personagens, especialmente pela heroína ou pelo herói, graças aos mecanismos da própria forma narrativa. Por meio da troca fictícia de cartas, os romances epistolares ensinavam a seus leitores nada menos que uma nova psicologia e nesse processo estabeleciam os fundamentos para uma nova ordem política e social. (...) Dessa forma, a leitura dos romances criava um senso de igualdade e empatia por meio do envolvimento apaixonado com a narrativa. Seria coincidência que os três maiores romances de identificação psicológica do século XVIII - *Pamela* (1740) e *Clarissa* (1747-8), de Richardson, e *Júlia* (1761), de Rousseau - tenham sido todos publicados no período que imediatamente precedeu o surgimento do conceito de 'direitos do homem'?" (HUNT, 2009, p. 38-39).

¹⁹⁰ Ver nota de rodapé n.º 42.

¹⁹¹ Posner, ao criticar o formalismo jurídico, pontua: "O antídoto para este conceitualismo é o pragmatismo, uma teoria (ou antiteoria) que derruba qualquer pretensão de construção de um caminho em direção à verdade e que, juntamente com seu irmão gêmeo, o pós-modernismo, subscreve a crítica radical do direito que é conduzida pela teoria feminista do direito, pelos estudos jurídicos críticos e pela teoria crítica da raça (e serve, assim, como exemplo da antiteoria como teoria)" (POSNER, 2009, p. 3).

¹⁹² "Como o leitor poderá ver, a *critical race theory* se construiu nas percepções de dois movimentos anteriores, os *critical legal studies* e o feminismo radical, a ambos os quais deve grande débito. (...) Dos *critical legal studies* o grupo pegou emprestado a ideia de indeterminação do direito - a ideia de que nem toda questão jurídica apresenta uma resposta correta" (DELGADO; STEFANCIC, 2001, p. Kindle222).

¹⁹³ Apesar de as narrativas serem consideradas importantes para estudiosos pragmatistas, como no caso de Rorty e dos autores da *CRT*, Posner critica essa estratégia - o que revela a já mencionada característica do pragmatismo de abarcar diversas tendências do pensamento - ao comentar o livro de Patricia Williams, *The Alchemy of Race and Rights*. Para Posner, "no mínimo, muitas dessas obras não retratam a realidade de maneira matizada, não dão atenção a nuances nem apresentam um julgamento equilibrado das coisas. (...) Aceitamos a unilateralidade na literatura, ademais, porque levamos em consideração que *autre temps, autre mœurs* e porque a descrição acurada dos fatos e o

ideias centrais são: a) o racismo é algo comum, e não extraordinário; b) o nosso sistema, que privilegia a ascendência de brancos sobre negros, serve a determinados propósitos, o que faz com que grandes segmentos da sociedade tenham pouco interesse em erradicá-lo¹⁹⁴; c) a noção de "raças" é um produto das relações sociais, uma categoria que a sociedade inventa, manipula ou descarta quando entende conveniente; d) ninguém possui uma única identidade (o que é chamado de interseccionalidade ou anti-essencialismo): uma feminista branca pode ser judia, trabalhadora, ou mãe solteira; um ativista negro pode ser homossexual, o que torna extremamente complexa a questão da discriminação e da configuração de um grupo; e) a tese da "voz-de-cor": por causa das diferentes histórias e experiências de opressão, autores e pensadores negros, índios, asiáticos, latinos devem ser aptos a comunicar a seus adversários brancos problemas que estes desconhecem. O movimento da narrativa jurídica "exorta os escritores negros e pardos a recontarem suas experiências com o racismo e o sistema jurídico, e aplicar sua própria perspectiva para avaliar as narrativas dominantes do direito" (DELGADO; STEFANCIC, 2001, p. K. 277).

Essa última concepção defendida pela *CRT* alinha-se à proposta rortyana de atribuir força às narrativas de dor e sofrimento na formação das convicções relativas aos direitos humanos. Delgado, da mesma forma, defende que

Muitos que escrevem sobre narrativas focam nas suas funções construtivas para a comunidade: as histórias formam consensos, uma cultura comum de entendimentos compartilhados, e uma ética mais vital e profunda. Contranarrativas, que desafiam o conhecimento pré-concebido, também fazem isso. Elas podem abrir novas janelas na realidade, nos mostrando que há outras possibilidades além daquelas nas quais vivemos. Elas enriquecem a imaginação e ensinam que, ao combinarmos elementos das histórias e da realidade atual, é possível construirmos um novo mundo. Contranarrativas

distanciamento acadêmico não são regras do jogo literário. São, no entanto, regras do jogo acadêmico, e William escreve como estudiosa acadêmica" (POSNER, 2009, p. 400-401).

¹⁹⁴ Um exemplo dessa vertente do *CRT* é o texto de Derrick Bell no qual demonstra, a partir da leitura dos precedentes que se seguiram ao caso *Brown v. Board of Education* (1954), que a decisão da Suprema Corte americana de proibir a segregação racial em escolas públicas só foi possível por existir uma "convergência de interesses: o interesse dos negros em atingir a igualdade racial será acomodado apenas se convergir com os interesses dos brancos" (BELL, 1980, p. 523). Para o autor, essa convergência de interesses se percebe a) na necessidade de os Estados Unidos se apresentarem a outros países, principalmente do terceiro mundo, como uma nação igualitária, angariando a simpatia desses povos, de modo a estancar a ascensão do comunismo; b) na necessidade de se arrefecer a força do discurso dos negros que se consideravam traídos por terem lutado pelos Estados Unidos na Segunda Guerra, em nome da liberdade e da igualdade, mas continuavam sofrendo discriminação em seu próprio país; c) na convicção de brancos da época que consideravam necessário o fim da segregação racial no sul do país para que a região fizesse a transição da economia rural para a industrialização (*Ibidem*, p. 524-525).

podem estimular e engajar consciências. Sua qualidade gráfica pode comover a imaginação de modo que o discurso mais convencional não consegue. Mas narrativas e contranarrativas podem servir igualmente para uma importante função destrutiva. Elas podem mostrar que aquilo em que acreditamos é ridículo, servil apenas a nossos interesses ou cruel. Elas podem nos mostrar a forma de escaparmos da armadilha da exclusão injustificada. Elas podem nos ajudar a entender quando é o momento de realocar o poder. Elas são o outro lado - o lado destrutivo - da dialética criativa (DELGADO, 1989, p. 2414-2415)¹⁹⁵.

Na mesma linha se insere o pensamento de Mari Matsuda, que se refere à *outsider jurisprudence* - algo como uma "teoria do Direito dos excluídos", relacionada ao feminismo e às pessoas de cor:

O que caracteriza essa nova teoria do Direito das pessoas de cor? Em primeiro lugar, é uma metodologia baseada nas particularidades de sua realidade social e experiências. Esse método é conscientemente histórico e revisionista, na tentativa de conhecer a história a fundo. Desde o medo do escravo, dos tratados quebrados com os índios americanos, o desejo de conhecer a história a fundo tem forçado os estudiosos a buscarem informações em fontes antes ignoradas: jornais, poemas, histórias orais, e histórias de suas próprias experiências de vida em um mundo hierarquicamente definido (MATSUDA, 1989, p. 2323-2324)¹⁹⁶.

A utilização de narrativas de dor e sofrimento nos casos de discurso de ódio não é, como pode parecer, uma intenção utópica de autores engajados na luta pela proibição desse tipo de expressão. Os debates no STF no caso *Ellwanger* explicitam o uso dessa ferramenta pragmatista para o convencimento, com argumentos sentimentalistas que se colocam à frente da “razão” na concepção dos direitos humanos¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Em texto de 1991 o autor já percebia a aceitação do uso de narrativas nas questões jurídicas: "Até recentemente, o alvo do direito era a consistência, o 'Estado de Direito'. Hoje começamos a verificar que essa universalidade é falsa, que perpetua a exclusão. Adere-se a ela apenas por causa da ignorância acerca de certas experiências, histórias e pontos de vista. Hoje, essas experiências e pontos de vista estão se movendo da periferia para o centro. A adoção das narrativas é um desses veículos que propulsiona esse movimento" (DELGADO, 1991, p. 328-329).

¹⁹⁶ Segue a autora: Essa metodologia (...) aceita o clássico ensinamento da sabedoria das ruas: o direito é essencialmente política. Aceita tanto o uso pragmático do Direito como uma ferramenta para a transformação social, como o núcleo aspiracional do Direito de busca do sonho da humanidade de uma existência pacífica (*Ibidem*, p. 2324).

¹⁹⁷ Na doutrina, Milena Gordon Baker faz referência à *CRT*, defendendo a necessidade de uma maior reflexão para conscientização da empatia com as vítimas do discurso de ódio (BAKER, 2012, p. 13). Outros autores, timidamente, tratam das consequências do discurso do ódio. Potiguar versa sobre o “efeito silenciador” do *hate speech*. Para o autor, “no momento em que se dá a uma pessoa a possibilidade de proferir palavras que depreciem um determinado grupo, os cidadãos do grupo vitimizado têm o desenvolvimento de sua personalidade atingido” (POTIGUAR, 2012, p. 141). Sarmento afasta o argumento da “busca da verdade”, favorável ao discurso do ódio, com entendimento semelhante, no sentido de que “diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada” (SARMENTO, 2006, p. 81). Esse argumento é inspirado em Cass Sustein, para quem “as

O ministro Maurício Correa utilizou trechos da Bíblia em seu voto, no intuito de narrar a história do povo judeu, desde Abraão, atentando para a "saga trágica de um povo existente desde aquela época" (BRASIL, 2004, p. 549); versa sobre os "repetidos fatos - amargos e terríveis - que denegriram a história, humilhando e martirizando não uma raça - salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas - mas um povo" (*Ibidem*, p. 551); refere que "o povo judeu foi estigmatizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um J como sinal do indesejável, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje..." (*Ibidem*, p. 551); alerta para a "peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos, *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça" (*Ibidem*, p. 553).

Na mesma linha, o ministro Celso de Mello enfatizou alguns marcos temporais¹⁹⁸ relacionados à data do julgamento do *Habeas Corpus*, tais como a ascensão ao poder do Partido Nacional Socialista Alemão, em 1933, que instaurou, nesse país, uma ordem totalitária "sobre a qual se erigiu um sistema de poder absoluto que fez abater sobre todos, notadamente sobre os judeus um tempo de horror e de indescritível torpeza humana" (*Ibidem*, p. 615); o Levante do Gueto de Varsóvia, em 1943, "que representou, naquele momento histórico, o grito de desespero de um povo subjugado pela face sombria e sinistra de um regime de opressão e de um sistema de frontal desrespeito ao gênero humano" (*Ibidem*, p. 616).

Observa-se, portanto, que as narrativas, além de afastarem o fundacionismo na concepção dos direitos humanos e na sua aplicação, apresentam, de certo modo, as consequências que advirão de determinada decisão relacionada ao discurso do ódio. Isso revela a importância da análise das consequências para a solução dos casos concretos, assim como defendido pela abordagem pragmática.

As consequências do discurso do ódio, apesar de não figurarem como argumento central da análise doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, apresentam-se, em nosso sentir, como o elemento crucial para a tomada de posição. O STF, no julgamento do caso Ellwanger, trouxe como referência para a fundamentação de suas decisões as teorias de interpretação das normas

pessoas confrontadas com o discurso de ódio experimentam uma forma de 'efeito silenciador' no sentido de que se sentem relutantes em se expressar e não serem ouvidas" (SUSTEIN, 1995, p. 186).

¹⁹⁸ Nesse ponto o ministro Mello se refere ao *slogan* "lembrar e recordar - jamais esquecer" (*Ibidem*, p. 617) - ver nota de rodapé n.º 144 - para alertar que o Supremo Tribunal Federal não poderia ficar indiferente às advertências impostas pela história.

constitucionais que regem a matéria. Porém, destaca-se no acórdão o papel das consequências do *hate speech*, das histórias de dor e sofrimento causadas pela expressão de ideias preconceituosas e discriminatórias, das vítimas do discurso, dos seus efeitos para a inclusão dos grupos atacados na esfera social - bem como das consequências da sua restrição¹⁹⁹.

Assim, os textos e os debates no STF no *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS explicitam o uso de ferramentas pragmatistas, como as narrativas de dor e sofrimento e argumentos sentimentalistas que se colocam à frente da “razão” na concepção dos direitos humanos. Trata-se da abordagem pragmática, pois para Posner, "melhor seria que descartássemos o termo 'interpretação' e enfocássemos diretamente nas consequências das aplicações propostas dos dispositivos legais e constitucionais e litígios específicos" (POSNER, 2007, p. 611).

4.3 Jurisdição Constitucional, pragmatismo e discurso do ódio

A análise até aqui empreendida propicia o início de um debate a respeito da seguinte questão: mas, afinal, o que é o discurso do ódio? Não em um sentido conceitual, não em busca de uma definição que melhor explique o fenômeno; mas, sim, o que representa esse termo, o que ele traz consigo, e qual carga que ele exerce na futura análise de casos que envolvam discriminação e preconceito de grupos por parte do Supremo Tribunal Federal.

A questão da discriminação e do preconceito não é nova. O discurso de ódio pode ser identificado em diversos momentos da história da humanidade, contra os mais diversos grupos, em virtude da procedência nacional, da religião, da raça, do gênero, da opção sexual. Para o Direito, entretanto, o problema ganha importância a partir do momento em que normas são editadas para regulamentar discursos desse

¹⁹⁹ É importante salientar que não se está aqui defendendo a conclusão tomada pelo STF em virtude da utilização, por alguns ministros, das narrativas de dor e sofrimento. O que se pretende demonstrar é que a abordagem pragmática não se afigura tão absurda como parece, e faz parte da prática de nossa Jurisdição Constitucional em um caso de discurso de ódio. Entretanto, o próprio desconhecimento desse tipo de abordagem fez com que a Corte não avaliasse diversas consequências da sua decisão: a) é possível reconhecer a transformação social do significado de uma expressão em prejuízo ao réu? b) quando se deu essa transformação de significado, um marco importante para a garantia da anterioridade penal?; c) era necessário transformar um caso aparentemente simples (significado da expressão racismo) em uma discussão sobre direitos fundamentais e discurso de ódio?; d) a decisão do STF não é mais um exemplo de “jurisprudência simbólica”, conforme advertiu o ministro Mello na ocasião do julgamento (BRASIL, 2004, p. 911)? São questões que surgem da leitura do acórdão, e a falta de atenção a esses problemas desqualifica a posição tomada pelo STF.

teor, e o Poder Judiciário é chamado a resolver os conflitos que surgem em virtude da aplicação dessas normas.

No Brasil, da mesma forma, o racismo e outras formas de discriminação remontam à época do descobrimento, em relação aos índios, negros, mulheres, judeus²⁰⁰. Atualmente, entretanto, o fenômeno insere-se na categoria do discurso do ódio, e assim foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS e no voto do ministro Barroso no Inquérito n.º 3.590/DF; e, sob tal epíteto, vem sendo debatida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e no Mandado de Injunção n.º 4.733/DF. Saber, portanto, o que significa "discurso do ódio", sob as condições anteriormente elencadas, é verificar o papel da jurisdição constitucional brasileira diante do problema.

Para tanto, foi necessária a investigação acerca das origens do problema para o Direito moderno brasileiro. Ou seja: procurou-se delinear as experiências constitucionais inspiradoras do modelo brasileiro de tratamento do discurso do ódio. Nesse sentido, observou-se que o importa o modo de análise da questão das experiências americanas e alemãs, o que, a nosso sentir, apresenta-se como grave equívoco, pois essa importação se dá de modo acrítico, sem observar os reais elementos que moldaram os contornos dessas experiências.

Os Estados Unidos tiveram uma relação bastante conturbada com a liberdade de expressão. A influência do contexto histórico, político e social de cada época na qual a Suprema Corte era chamada a se posicionar é intensa. Um dos textos constitucionais mais amplos em favor da liberdade de expressão²⁰¹ permitiu restrições a discursos que, atualmente, seria impensável proibir, como a mera crítica política ao governo ou a defesa de uma posição a respeito do papel do país em uma guerra. Além dessa constatação, o que se extrai dessa experiência constitucional é a permanente tentativa dos juristas de providenciarem a construção de teorias gerais, de sistemas, capazes de resolverem todas as questões relativas ao discurso do ódio. O argumento do livre mercado de ideias, de origem pragmatista, e utilizada para a

²⁰⁰ Maria Luiza Tucci Carneiro, na obra *O anti-semitismo na Era Vargas*, defende que "as principais personalidades do governo do Estado Novo e que ocuparam postos de poder, deglutiram uma ideologia anti-semita transplantada do exterior, deixando-a transparecer através dos documentos oficiais" (CARNEIRO, 1988, p. 249).

²⁰¹ Sarmiento se refere à "forma aparentemente absoluta como está redigida a garantia constitucional da liberdade de expressão na 1ª Emenda" (SARMENTO, 2006, p. 57), que assim dispõe, na parte que interessa ao presente trabalho: "O Congresso não pode editar nenhuma lei (...) limitando a liberdade de expressão ou de imprensa" (The U.S. Bill of Rights, 15.12.1791. Disponível em <http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights_transcript.html#text> Acesso em 24/02/2015)

solução de um caso específico de discurso político contra o governo, foi transformada em teoria geral da liberdade de expressão aplicável ao discurso do ódio, concebendo restrições, reformulações e adendos a cada caso de *hate speech* que exigia o pronunciamento da Suprema Corte.

Da mesma forma, o comportamento constitucional alemão a respeito do discurso do ódio, apresentado como diverso da posição americana, também desenvolveu uma relação conflituosa com a sua cláusula garantidora da liberdade de expressão, limitada por outros princípios relativos à proteção da personalidade humana e ao regime democrático. No caso *Lüth*, garantiu-se a manifestação de boicote ao filme de Harlan, enquanto que a decisão relativa à negação do Holocausto foi no sentido da vedação a essa espécie de discurso. A incoerência das decisões, explicitadas por Quint e Brugger, é explicada pelo pano de fundo que acompanhava os casos em análise - o fantasma do nazismo e suas consequências para a nação alemã. O Tribunal Constitucional, entretanto, soube encobrir essa motivação com a construção de teorias constitucionais amplamente utilizadas atualmente, como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a ponderação de princípios.

Quando, entre 2002 e 2004, o STF realizou o julgamento do caso *Ellwanger*, a Corte importou das experiências constitucionais estudadas a noção simplificada de discurso de ódio. Dos Estados Unidos, importou o tratamento, visualizado em alguns votos, embasado em uma teoria constitucional que permite, arbitrariamente, rotular o discurso como passível de causar violência ou não. Da Alemanha, o princípio da proporcionalidade e a ponderação de princípios foi importado, deixando-se de lado o contexto histórico e social que construiu as referidas experiências constitucionais. Essa importação se deveu, sobretudo, à maneira simplificada que o neoconstitucionalismo, amplamente adotado no Brasil, confere às questões complexas que envolvem direitos fundamentais. Qualquer situação que possa ser identificada como um "caso difícil" é rapidamente identificada como um conflito entre direitos fundamentais, capaz de ser solucionado racionalmente pelo método da ponderação de princípios, ou, no caso do mercado de ideias, por meio da definição do conteúdo da cláusula da liberdade de expressão e de seus "limites imanentes", quais sejam, o perigo claro e iminente e a artificial diferenciação entre discurso/ação.

Discurso de ódio, no Brasil, assume estes contornos: é um problema de direitos fundamentais; esses direitos - liberdade e igualdade - estão em conflito; ou, há certos tipos de discursos que não fazem parte da essência da liberdade de expressão; esse

conflito se resolve por meio da ponderação de princípios ou de outra teoria constitucional que forneça o embasamento teórico capaz de garantir, aparentemente, o distanciamento do jurista das demais questões complexas que envolvem o caso, além de alçar a sua tarefa a uma espécie de atividade especial²⁰², inatingível pelos demais interessados em resolver o problema.

Percebe-se, ademais, que além dessas características fundacionistas da produção jurídica do discurso do ódio, é possível encontrar elementos da abordagem pragmática do Direito na solução das controvérsias. No caso Ellwanger, as narrativas de dor e sofrimento foram importantes para a definição dos rumos do julgamento, pois foram apresentadas logo em seguida ao voto do ministro relator, Moreira Alves, que concedera a ordem. No caso Monteiro Lobato, o papel de mediador de um conflito entre direitos fundamentais que o ministro Luiz Fux tentou exercer é uma mostra das possibilidades que o abandono dos métodos clássicos de solução desses litígios apresenta em busca da melhor resposta aos envolvidos na questão.

Nesse panorama, discurso de ódio se apresenta como um problema de alta complexidade ao qual os instrumentos de solução da dogmática jurídica tradicional não são capazes de oferecer uma resposta que inclua os mais diversos interesses em jogo na sua construção. Questões como a proposta na ADO n.º 26 e no MI n.º 4.733/DF - omissão legislativa em virtude da não-criminalização do discurso homofóbico - exige uma atenção aos elementos contextualistas e consequencialistas do problema. É preciso entender a dor e o sofrimento a que se submetem as vítimas do discurso; o histórico de discriminação e preconceito do grupo; e, também, a violência que sofre aqueles que são rotulados de homofóbicos por expressarem uma opinião contrária a um comportamento.

Para tanto, é necessário um novo vocabulário para tratar das questões que envolvem os direitos humanos. Conforme Kaufmann, baseado em Rorty,

Na busca de um Direito mais útil e eficaz, que consiga efetivamente dar conta de problemas concretos e atenuar experiências de humilhação, torna-se prioritária a utilização de um novo vocabulário ou de novas narrativas que consigam alterar nossas referências teórico-jurídicas. Um vocabulário que

²⁰² Posner narra o diálogo entre o rei James I e Sir Edward Coke, em 1607: "No século XVII, encontramos Jaime I perguntando a Edward Coke, presidente do tribunal superior de justiça da Inglaterra, por que razão Jaime não é competente para proferir decisões judiciais: a lei tem por base a razão, e sua capacidade de raciocínio é tão boa quanto a dos juízes. Coke não podia contestar nenhuma das premissas, mas respondeu que a razão de servia de fundamento ao direito era uma espécie de "razão artificial" que só poderia ser exercida por pessoas com formação e experiência jurídicas" (POSNER, 2007, p. 15).

consiga transformar as discussões ontológicas em debates acerca de nossas opções políticas e se essas opções são úteis na construção de uma efetiva democracia liberal. Vocabulário que categorize menos, que crie menos conceitos meramente abstratos, que invente menos critérios técnicos que tente menos prever as situações futuras; enfim vocabulário que conviva melhor com a incerteza do futuro e com os obstáculos naturais de uma democracia em formação. Essa nova referência de linguagem deve se apresentar como mais apta a humanizar nossas experiências de direitos humanos e a desmistificar o momento de solução de controvérsias, o qual não pode ser alcançado apenas por poucos "eleitos", por juristas que dominem uma determinada linguagem técnica ou que bem articulem um conjunto de conceitos, de correntes e de autores. Esse momento é de todos que compartilham entre si essas mesmas experiências, que trazem suas impressões pessoais acerca de determinado evento doloroso vivido ou testemunhado. De fato, no STF, como em qualquer jurisdição constitucional, uma democracia efetiva precisa de menos juristas profundos e estudiosos de sua ciência do que de homens públicos e políticos que, com a articulação dos argumentos e da visão do mundo jurídico desmistificado, tenham a capacidade de valorar situações, sejam sensíveis às experiências concretas e tenham a habilidade de construir soluções médias que alberguem posições majoritariamente contrapostas (KAUFMANN, 2010, p. 331).

O vocabulário tradicional do discurso do ódio, da caracterização de um discurso como sendo ou não de ódio; a sua proteção em relação ao "núcleo essencial" da liberdade de expressão; o conflito e a necessidade de ponderação em relação ao princípio da igualdade; são, portanto, elementos que sequer se aproximam das questões que envolvem o problema posto, apresentando-se como insuficientes para uma resposta inclusiva que atenda aos interessados. Entende-se necessário, portanto, um novo vocabulário jurídico, que abarque termos como dor, sofrimento, preconceito, discriminação, narrativas de homofobia, narrativas de restrições exageradas a críticas a um comportamento, contexto histórico, contexto atual, consequências institucionais da decisão²⁰³, dados empíricos da violência homofóbica, pesquisas a respeito da opinião popular acerca da criminalização da homofobia e, também, acerca da aceitação do próprio comportamento homoafetivo. Trata-se de elementos que compõem a luta política, como defende Fish, da restrição a discursos de ódio, à qual o jurista deve se posicionar não como refratário dessa luta e das contradições que nela se descortinam, mas como partícipe capaz de contribuir com seu conhecimento acerca das normas jurídicas, dos precedentes e das consequências que eventual decisão pode trazer para as instituições

²⁰³ Cleve, Sarlet, Coutinho, Streck e Pansieri criticam a possibilidade de criminalização de um fato por meio de decisão judicial, por violar o "Estado Democrático" (CLEVE *et al.*, 2014). O pragmatista consideraria essa crítica, mas sob outro viés: o das consequências institucionais de uma decisão do STF que criminaliza condutas, a partir de uma análise, por exemplo, dos efeitos que tal tipo de decisão pode acarretar para a imagem do próprio tribunal e do sistema.

envolvidas e para o próprio Direito. A tarefa a ser empreendida pela jurisdição constitucional nos casos de discurso de ódio, portanto, exige enorme cautela, pois a mera utilização desse termo, o enquadramento de um determinado fato em seu âmbito²⁰⁴, acompanhado das teorias constitucionais que se colocam como resposta à controvérsia, não se apresentam suficientes para suprir a gama de complexidades que exigem um novo vocabulário jurídico para sua resolução.

²⁰⁴ Lembramos, novamente, que o objeto do HC n.º 82.424-2/RS tratava da imprescritibilidade do crime previsto no art. 20 da Lei n.º 7.716/89, tendo sido transformado pelo STF em um caso de discurso de ódio.

5 CONCLUSÃO

É preciso repensar o papel do Direito e do jurista na sociedade contemporânea, e o tema do discurso do ódio revela, com veemência, essa necessidade. A complexidade da questão, que envolve aspectos históricos, culturais, econômicos e sociais atrelados a um determinado contexto de uma comunidade específica, além dos significados que cada tipo de discurso oferece em cada tempo e espaço, são elementos que o Direito, em sua forma tradicional de tratar os problemas, não avalia, não concebe e não problematiza.

Tais elementos, entretanto, são concebidos como de suma importância para a abordagem pragmática do Direito. O pragmatismo jurídico, a partir das críticas de Dworkin e da má compreensão de seus pressupostos e posições diante do fenômeno jurídico, ainda é alvo de desconfiança, como se a sua defesa implicasse uma espécie de desleixo e desrespeito à toda construção teórica e filosófica do Direito, fruto de esforços hercúleos de juristas em busca da “verdade”, da “justiça” e da produção de sistemas coerentes infensos a “decisionismos” ou “subjetivismos” na aplicação do Direito. O que o pragmatismo revela, entretanto, é o arbítrio, o subjetivismo e o contextualismo dessas concepções jurídicas tradicionais, e a impossibilidade de se reconhecer o Direito como uma estrutura “lá fora”, apartada e descolada da vida real, das vivências, das subjetividades e, por certo, do poder político e econômico. Estudar e apontar essa realidade não é desrespeitar o arcabouço teórico clássico do Direito, tampouco diminuir a importância da Constituição, das leis e dos precedentes na busca de soluções para os problemas sociais, mas exatamente o contrário: é inserir, definitivamente, o Direito nas consequências do giro linguístico; é ser efetivamente pós-metafísico, abandonando questões inúteis que faziam sentido à mais de dois mil anos, e que, a partir do reconhecimento de que o “mundo é linguagem”, não se apresentam mais úteis; é mostrar que as construções teóricas podem ser mais arbitrárias e decisionistas que uma abordagem pragmática, que reconhece os limites impostos às decisões judiciais a partir das suas consequências ao ordenamento jurídico, aos interessados e ao futuro da sociedade.

O pragmatismo, assim, revela os problemas que a abordagem tradicional das questões jurídicas traz para o tema do discurso do ódio. A importação dessa controvérsia, ou seja, a importação do modo de tratar a questão da discriminação e preconceito de grupo é um deles, e se observa na própria construção do termo e na

tentativa de enquadrá-lo nas mais diversas formas de expressão, de modo a categorizá-las dentro de um conceito hermético, infenso a outras questões importantes para a solução dos casos que se apresentam. A primeira forma de categorização é a construção de um problema que envolve "conflito entre direitos fundamentais", com todas as chaves teóricas que o neoconstitucionalismo e a teoria dos direitos fundamentais indicam para a sua resolução. O pragmatismo jurídico, a partir da tese da indeterminação do Direito proposta pelos *Critical Legal Studies*, demonstra a possibilidade de manipulação desses termos técnicos, e, portanto, a insuficiência das respostas moldadas a partir de paradigmas como "liberdade de expressão", "dignidade da pessoa humana" e "Estado Democrático de Direito".

Essa deficiência é fruto da simplificação que o formalismo jurídico estabelece ao problema, a partir da necessidade de generalização, universalização e teorização de concepções a respeito da liberdade de expressão e discurso de ódio que foram construídas a partir de determinadas situações históricas específicas. A investigação profunda dos precedentes das cortes americana e alemã revelam as complexidades que envolvem as discussões relacionadas ao discurso de ódio, e a sua íntima relação a uma determinada realidade, eminentemente política, no caso dos Estados Unidos, e política e até psicossocial, no que concerne à Alemanha. Entretanto, também revelam a construção de teorias, dogmas, generalizações e máximas que visam a simplificar e cientificizar o problema, tornando-o o monopólio da ciência jurídica, a partir do conhecimento especial que os juristas têm dessas teorias.

O comportamento jurisprudencial dessas experiências constitucionais foi absorvido pela nossa prática jurisdicional relacionada ao discurso do ódio. Essa importação se deve ao apego do jurista nacional à necessidade de fundamentos teóricos, principalmente produzidos no exterior, que seriam capazes de afastar o subjetivismo do intérprete na definição da solução. Essa postura – à qual o pragmatismo chama de fundacionismo – produziu, no que toca ao discurso do ódio, duas grandes teorias que nossa jurisprudência absorveu. A teoria do livre mercado de ideias - que não é uma teoria, mas assim acabou sendo moldada pelo pensamento jurídico dominante americano - foi utilizada em alguns votos proferidos pelos ministros do STF no julgamento do caso Ellwanger, e é fundamento da opinião de autores nacionais sobre o tema. O pragmatismo de Stanley Fish demonstra como é artificial a diferenciação entre discurso e ação, e como a expressão é, sempre, limitada - o que implica uma análise a respeito do contexto que a limita, dos significados que produz

nesse contexto e dos padrões que aqueles que defendem a plena liberdade de expressar ideias ou a sua restrição pretendem tornar prevalentes. A ponderação de princípios, de matiz alexyana - que já é o recurso mais utilizado pela jurisdição constitucional para a solução de casos que envolvem direitos fundamentais - demonstrou ser um método manipulável, um instrumento manejado pelo jurista de modo a fundamentar a sua opinião prévia sobre o tema. Trata-se de uma teoria complexa, repleta de conceitos que se relacionam e se subdividem, que, como resultado, produz decisões contraditórias sobre o mesmo fato. Outro aspecto interessante de nossa prática doutrinária e jurisprudencial, fruto dessa manipulação teórica, é o deslocamento da discussão, em virtude das contradições oferecidas pela utilização das teorias constitucionais, passando estas a serem as protagonistas do debate, focado na correção ou não de sua aplicação, deixando-se sem análise as questões complexas que efetivamente importam para a resolução da controvérsia.

O discurso do ódio, assim, se revela como um tema complexo, ao qual a simplificação e a categorização delineadas pela teoria jurídica tradicional não são capazes de fornecer respostas. A linguagem que o jurista maneja em torno de questões de direitos fundamentais não alcança a complexidade dos elementos que merecem análise em casos que envolve discriminação ou preconceito de grupo. O jurista tradicional concorda que os direitos humanos são históricos, fruto de lutas, conquistas, construções políticas. Sabe que o Direito é linguagem, e, como tal, é contingente, histórico, contextualizado, e que não faz sentido, após o giro linguístico, defender concepções metafísicas de princípios e valores. Richard Rorty, em seu neopragmatismo, nos mostra como a construção dos direitos humanos é fruto do sentimentalismo, das experiências de dor e sofrimento que atingem determinadas pessoas ou grupos e que sensibilizam os demais seres humanos. São posições que convergem. Entretanto, o Direito não está preparado para o passo seguinte dessa constatação: já que Direito é linguagem, e direitos humanos é sentimento, controvérsias que se relacionem a direitos fundamentais devem ser tratadas a partir de sua linguagem de dor, sofrimento, consequências para o futuro da sociedade e para as instituições jurídicas, narrativas, história, contexto. E tais elementos, certamente, não são do pleno conhecimento do jurista, o que exige a busca dessa informação naqueles que efetivamente sofrem com a questão do discurso do ódio – seja com relação ao preconceito e à discriminação, seja com relação às possíveis consequências de uma restrição a determinados tipos de discurso -, bem como o

reconhecimento de que essa informação tem a mesma importância que uma certa interpretação de um dispositivo constitucional abstratamente considerado.

Esse tipo de abordagem não é estranho na Jurisdição Constitucional. No julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS, o STF se utilizou de narrativas de dor e sofrimento, histórias de perseguição aos judeus e *slogans* sionistas. Casos ainda em tramitação na Corte, que tratam da criminalização do discurso homofóbico, merecem esse tipo de avaliação, mas não apenas sob este prisma. A abordagem pragmática aponta, principalmente, ao exame das consequências da decisão, em seus mais diversos aspectos (para as vítimas do discurso, para quem emite o discurso, para a sociedade, para o Estado, para o ordenamento, para a imagem do tribunal, para a concepção de Direito que a decisão implicará, para os demais casos semelhantes, quanto à reação dos demais Poderes, para a legitimidade da decisão e do próprio tribunal). São questões que provocam o debate com a inserção de diversos atores, com opiniões, pontos de vista e metodologias de análise estranhos ao Direito, mas que, no que toca ao discurso de ódio, se apresentam de suma importância para uma solução adequada dos mais diversos casos que envolvem o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. 7 BVerfGE198, 1958.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE90, 241, 1994.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Tradução de Assis Mendonça. Deustcher Bundestag, 2011.

ALEXANDER, Larry. Banning hate speech. **Constitutional Commentary**. Minneapolis, n.13, p. 71-100, 1996.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho**, vol. 5. Alicante: Espagrafic, 1988.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALTMAN, Andrew. Legal realism, critical legal studies and Dworkin. **Philosophy and Public Affairs**. Princeton, v. 15, n. 3, p. 185-199, 1986.

ATIAH, Patrick. **Pragmatism and theory in english law**. Ondon: Stevens and Sons, 1987.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan/fev/mar 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 15.Dez.2013.

BAKER, Milena Gordon. Reflexões sobre o “*hate speech*” (discurso de ódio). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, n. 236, p. 12-14, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, 5-37, jul/set 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar/abr/mai 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 10/12/2013.

BELL Jr., Derrick. *Brown v. Board of Education* and the interest-convergence dilemma. **Harvard Law Review**, Cambridge, n.93, p. 518-533, 1980.

BENDA, Ernst. The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law). **Southern Methodist University**, Dallas, n. 53, p. 443-454, 2000.

BERLIN, Isiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB, 1981.

BERTMAN, Martin. **Classical american pragmatism**. Tirril: Humanities-Ebooks, 2007.

BLACKSTONE, Willian. **Commentaries on the laws of England**: a facsimile of the first edition of 1765-1769. Chicago: University of Chicago Press, 1979, Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp>. Acesso em 13.Abr.2015.

BOLLINGER, Lee. **Freedom of speech and extremist speech in America**. New York: Oxford University Press, 1986.

BOMHOFF, Jacco. *Lüth's 50th anniversary*: some comparative observations on the german foundations of judicial balancing. **German Law Journal**, Virginia, n. 9, p. 121-124, 2008.

BOYLE, Kevin. Hate speech: the United States against the rest of the world? **Maine Law Review**, Portland, n. 53, 487-502, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 15.155/RS. Relator: Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 18/12/2001, DJ 18/03/2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 13.Set.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n.º 82.424. Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19/03/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20.Ago.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 30.952. Relator: Min. Luiz Fux. Despacho. DJ 15/06/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10.Mai.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3590. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, DJe 177, divulgado em 11/09/2014, publicado em 12/09/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15.Abr.2015.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. **Revista de Direito Público**, Brasília, n. 15, Jan/Mar 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/521/537>>. Acesso em 20.Dez.2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci Carneiro. **O anti-semitismo na era Vargas: fantasmas de uma geração (1930-1945)**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

CARVALHO, Lucas Borges de. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, Ano 16, n. 64, jul/set 2008.

CLEVE, Clèmerson Merlin et al. Senso Incomum. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Acesso em: 10.Set.2014.

DELGADO, Richard. Storytelling for oppositionists and others: a plea for narrative. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, n.87, p. 2411-2441, 1989.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. Ten arguments against hate speech regulation: How valid? **Northern Kentucky Law Review**, Highland Heights, n. 23, p. 475-490, 1996.

_____. **Critical race theory: an introduction**. New York: New York University Press, 2001.

DEWEY, John. **Human nature and conduct**. New York: Henry Holt and Co., 1922.

_____. **Experience and nature**. London: George Allen & Unwin, LTD., 1929.

DHARMAPALA, Dammika; McADAMS, Richard. Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior (with particular reference to hate speech). **The Journal of Legal Studies**, Chicago, n.34, p. 93-136, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

_____. Anotações sobre o neoconstitucionalismo (e sua crítica). **Artigos Direito GV**, São Paulo, n.º 17, mar/2008.

DOWNS, Donald. Skokie Revisited. **Notre Dame Law Review**, South Bend, n.60, p. 629-685, 1985.

DWORKIN, Ronald. Pragmatism, right answers and true banality. In: BRINT, Michael; WEAVER, Williams (Orgs.). **Pragmatism in Law and Society**. Boulder: Westview Press, 1991.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. 2. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Orgs.). **Extreme speech and democracy**. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

EINSENBURG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **DADOS: Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 4, p. 107-121, mar/2002.

ESPINOSA, Gabriel Rodríguez. **Consecuencia del neopragmatismo: el aspecto crítico de Richard Rorty**. 2002. 353 f. Tese (Doutorado em Filosofia)-Universidad de La Laguna, San Cristóbal de la Laguna, Espanha, 2002. Disponível em:<<http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1123>>. Acesso em 12.11.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Barron v. Baltimore*, 32 US 243, 1833. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 17.Mai.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Lochner v. People of State of New York*, 198 US 45, 76, 1905. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 21.Set.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Patterson v. Colorado*, 205 US 454, 1907. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 12.Fev.2015.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Schenck v. United States*, 249 US 47, 1919. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 14.Abr.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Abrams v. United States*, 250 US 616, 1919. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 13.Jul.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Whitney v. California*, 274 US 357, 1927. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 18.Nov.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *United States v. Schwimmer*, 279 US 644, 645, 1929. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 17.Ago.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 US 568, 572, 1942. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 02.Mar.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *West Virginia State Board of Education et. al. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 1943. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 25.Jan.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Beauharnais v. Illinois*, 343 US 250, 1952. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 14.Dez.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *NAACP v. Alabama*, 357 US 449, 1958. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 16.Abr.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Edward v. South Carolina*, 372 US. 229, 1963. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 16.Abr.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *NAACP v. Button*, 371 US 415,1963. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 16.Abr.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Brandenburg v. Ohio*, 410 US 444, 1969. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 14.Mai.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Gregory v. Chicago*, 394 US 111, 1969. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 16.Abr.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Cohen v. California*, 403 US 15, 20, 1971. Disponível em:<<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 14.Abr.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *Skokie v. National Socialist Party of America*, 439 US 916, 1978. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 17.Feb.2014.

ESTADOS UNIDOS, SUPREMA CORTE, *R.A.V. v. City of Saint Paul*, 505 US 377, 1992. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court>> Acesso em: 13.Jun.2014.

FARBER, Daniel. Legal pragmatism and the constitution. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, n.72, p. 1331-1378, 1988.

FISH, Stanley. Critical self-consciousness, or, can we know what we are doing? In: _____. **Doing what comes naturally: change, rhetoric, and the practice of theory in literature and legal studies**. Durham: Duke University Press, 1989.

_____. Almost pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence. **University of Chicago Law Review**, Chicago, n.57, p. 1447-1475, 1990.

_____. There's no such thing as free speech, and it's a good thing too. In: _____. _____. New York: Oxford University Press, 1994.

_____. When Principles Stand in the Way. **New York Times**, n. 26, 1996.

_____. **The trouble with principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

FISS, Owen. The Supreme Court and the problem of hate speech. **Capital University Law Review**, Columbus, n.24, 281-291, 1995.

_____. **The irony of free speech**. Cambridge: Harvard University Press (edição Kindle), 1996.

FRANK, Jerome. A conflict with oblivion: some observations on the founders of legal pragmatism. **Rutgers Law Review**, Newark, n.9, p. 425-463, 1955.

FRANKEL, Charles. **The golden age of american philosophy**. New York: George Braziller (edição Kindle), 1960.

GEY, Steven. The Brandenburg paradigm and other first amendments. **University of Pennsylvania Journal Constitutional Law**, Philadelphia, n.12, p. 971-1052, 2010.

GHIRALDELLI JR., Paulo. **Pragmatismo e Neopragmatismo**.2011. Disponível em: <<http://www2.unifap.br/borges/files/2011/02/Pragmatismo-e-Neopragmatismo.pdf>>. Acesso em: 24.Mar.2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento critical legal studies**. Porto Alegre: SAFE, 2005.

_____. A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas da dogmática dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, 2015 p. 451-478.

GREY, Thomas. Holmes and legal pragmatism. **Stanford Law Review**, Stanford, n.41, p. 787-870, 1989.

_____. Hear the other side: Wallace Stevens and pragmatist legal theory. **Southern California Law Review**, Los Angeles, n.63, 1990.

_____. What good in legal pragmatism?. In: BRINT, Michael; WEAVER, Williams (Orgs.). **Pragmatism in Law and Society**. Boulder: Westview Press, 1991.

_____. Freestanding legal pragmatism. **Cardozo Law Review**, New York, n. 18,p. 21-42, 1997.

HAACK, Suzan. Viejo y nuevo pragmatismo. **DIÁNOIA**, vol. XLVI, n. 47, p. 21–59, nov/2001.

_____. On legal pragmatism: where does "The Path of the Law" lead us? **American Journal of Jurisprudence**, New York, v. 50, p. 71-105, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade.v. 1.Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

_____. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HARRIS, James. **Legal Philosophies**. London: Butterworths, 2007.

HANTZIS, Catharine Wells. Legal innovation within the wider intellectual tradition: the pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr. **Northwestern University Law Review**, Chicago, n.82, p. 541-595, 1988.

HEALY, Thomas. **The great dissent: how Oliver Wendell Holmes changed his mind – and changed the history of free speech in America**. New York: Metropolitan Books, 2013.

HOLMES Jr., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, Cambridge, n.10, p. 457-478, 1897.

_____. **The common law**. Toronto: University of Toronto Law School, 2011.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Einchenberg. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

HYLTON, Keith. Implications of Mill's theory of liberty for the regulation of hate speech and hate crimes. **University of Chicago Law School Roundtable**, Chicago, n. 3, 1996.

INGBER, Stanley. The marketplace of ideas: a legitimizing myth. **Duke Law Journal**, Durhan, n. 1, 1984.

JAMES, Willian. **Pragmatism: a new name for some old ways of thinking**. (edição Kindle), 1907.

_____. **The meaning of truth: a sequel to 'pragmatism'**. London: Longmans, Green, and Co., 1909.

JENKINS, David. The sedition act of 1798 and the incorporation of seditious libel into first amendment jurisprudence. **American Journal of Legal History**, New York, n. 154, p.171-78,2001.

KARABEL, Jerome. **The chosen: the hidden history of admission and exclusion at Harvard, Yale, and Princeton**. Boston: Houghton Mifflin Company, 2005.

KALVEN, Harry. **The negro and the first amendment**. Chicago: University of Chicago Press, 1966.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

KELLOG, Frederic. Legal scholarship on the temple of doom: pragmatism's response to critical legal studies. **Tulane Law Review**, New Orleans, n. 65, p. 15-56, 1991.

KELMAN, Mark. **A guide to critical legal studies**. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

KELSEN, Hans. The legal status of Germany according to the declaration of Berlin. **American Journal of International Law**, Washington, n.39, p. 518-526, 1945.

KLOPPENBERG, James. Pragmatism: an old name for some new ways of thinking? **The Journal of American History**, Bloomington, v. 83, n. 1, p. 100-138, 1996.

KOMMERS, Donald. The jurisprudence of free speech in the United States and the Federal Republic of Germany. **South California Law Review**, Los Angeles, n. 53, p. 657-695, 1980.

KROTOSZYNSKI, Ronald. First amendment: free speech, militant democracy, and the primacy dignity as a preferred constitutional value in Germany. **Tulane Law Review**, New Orleans, n. 78, p. 1549-1609, 2004.

LASKI, Harold. **Authority in the modern state**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

LLEDÒ, Juan Perez. **El movimiento "critical legal studies"**. Alicante: Universidad de Alicante, 1993.

LEWIS, Anthony. **Make no law: the Sullivan case and the first amendment**. New York: Vintage Books (edição Kindle) 1992.

_____. **Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment**. New York: Basic Books (edição Kindle), 2007.

LUBAN, David. What's pragmatic about legal pragmatism? **Cardozo Law Review**, New York, n. 18, p.43-73, 1997.

MATSUDA, Mari. Public response to racist speech: considering the victim's history. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, n. 87, p. 2320-2381, 1989.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MASSEY, Calvin. Hate speech, cultural diversity, and the foundational paradigms of free expression. **University of California Law Review**, Berkeley, n. 40, p. 103-197, 1993.

MCCONNELL, Michael. America's first "hate speech" regulation. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, n. 9, p. 17-23, 1992.

MENAND, Louis. **The metaphysical club: a story of ideas in America**. New York: Farrar, Strauss & Giroud, 2001.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009.

MILL, John Stuart. **On liberty**. Kitchener: Batoche Books, 2001.

MILTON, John. **Areopagitica**. Tradução de José Carner. Mexico DF: FCE, 2000.

MINSKER, Natasha. "I have a dream - never forget": when rhetoric becomes law, a comparison of the jurisprudence of race in Germany and the United States. **Harvard Blackletter Law Journal**, Cambridge, n. 14, p. 113-169, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. In: NETO,

Francisco José; COUTINHO, Jacinto; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Orgs.). **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: RT, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O'NEIL, Robert. Rights in conflict: the first amendment's third century. **Law and Contemporary Problems**, Durhan, n.65, p. 7-32,2002.

_____. Hate Speech, fighting words and beyond – why american law is unique. **Albany Law Review**, Chicago, n.76, p. 467-498, 2013.

OSÓRIO, Fabio Medina; SCHAFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8.081, de 21-9-1990. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 714, 1995.

PAULA, Rodrigo Francisco de. Liberdade de expressão e discurso de ódio: notas para a proscrição da violência do discurso de ódio no espaço público, a partir de Hannah Arendt e Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). **Constituição e Processo**: a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEIRCE, Charles Sanders. What pragmatism is. In: HARTSHORNE, Charles. **Collected Papers of Charles Sanders Peirce**. v. 5. Cambridge: Harvard University Press, 1934.

_____. **The essential Peirce**. v.1. Bloomington, 1992.

PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, v. 26, p. 5-93, 1989.

POSNER, Richard. What has pragmatism to offer law? **South California Law Review**, Los Angeles, n.63, p. 1653-1670, 1990.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Para além do direito.** Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia.** Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **A problemática da teoria moral e jurídica.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF, 2012.

POST, Robert. Racist speech, democracy, and the first amendment. **William and Mary Law Review**, Williamsburg, n.32, p. 267-327, 1991.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio:** a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença. Brasília: Consulex, 2012.

QUINT, Peter. A return to *Lüth*. **Roger Williams University Law Review**, Bristol, n.16, p. 73-85, 2011.

RIESMAN, David. Democracy and defamation. **Columbia Law Review**, New York, n.42, p. 729-780; 1085-1123; 1282-1318, 1942.

ROBERTSON, Michael. Principle, pragmatism and paralysis: Stanley Fish on free speech. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, London, vol. XVI, n. 2, p. 287-315, 2003.

RORTY, Richard. **Philosophy and the mirror of nature.** Princeton: Princeton University Press, 1980.

_____. Science as Solidarity. In: NELSON, John (ed.). **The rhetoric of the human sciences:** language and argument in scholarship and public affairs. Madison: University of Wisconsin Press, 1987.

_____. The banality of pragmatism and the poetry of justice. **Southern California Law Review**, Los Angeles, n. 63, p. 1811-1819, 1990.

_____. **The linguistic turn: essays in philosophical method.** Chicago: Chicago Press, 1992.

_____. Pragmatism and law: a response to David Luban. **Cardozo Law Review**, New York, n.18, p. 75-83, 1997.

_____. **Verdade e progresso**. Tradução de Denise R. Sales. Barueri: Manole, 2005.

ROSENFELD, Michel. Extremist speech and the paradox of tolerance. **Harvard Law Review**, Cambridge, n.100, p. 1457-1481, 1987.

_____. Pragmatism, pluralism and legal interpretation: Posner's and Rorty's justice without metaphysics meets hate speech. **Cardozo Law Review**, New York, n.18, p. 97-151, 1997.

_____. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. **Cardozo Law Review**, New York, n. 24, p. 1523-1568, 2003.

ROSENFELD, Michel; SAJO, Andreas. Spreading liberal constitutionalism: an inquiry into the fate of free speech in new democracies. **Benjamin Cardozo School of Law**, New York, n. 14, 2005.

ROSENTHAL, Lawrence. First amendment investigations and the inescapable pragmatism of the common law of free speech: **Indiana Law Journal**, Bloomington, n. 86, p. 1-76, 2011.

RUBIN, Edward. Nazis, Skokie and the first amendment as virtue. **California Law Review**, Berkeley, n.74, p. 233-260, 1986.

SANCHIS, Luis Prieto. **Teoria del derecho y filosofia politica en Ronald Dworkin**. 1985. Disponível em: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_del_derecho_en_ronal_dworkin.pdf>. Acesso em 19.Nov.2013.

_____. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 53-105, 2006.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SCHAUER, Frederick. Slippery slopes. **Harvard Law Review**, Cambridge, n.99, p. 361-383, 1986.

_____. Free speech and the cultural contingency of constitutional categories. **Cardozo Law Review**, New York, n.14, p. 865-880, 1993.

_____. The exceptional first amendment. **KSG Faculty Research Working Papers Series**, Cambridge, n. RWP05-21, 2005.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEDLER, Robert A. Freedom of speech: the United States versus the rest of the world. **Wayne State University Law School Legal Studies Research Papers Series**, Rochester, n. 7-21, p. 377-384, 2006.

SHALIN, Dmitri. Legal pragmatism, an ideal speech situation, and the fully embodied democratic process. **Nevada Law Journal**, Las Vegas, n. 5, p. 433-478, 2005.

SHERRY, Suzanna. Speaking of virtue: a republican approach to university regulation of hate speech. **Minnesota Law Review**, Minneapolis, n.75, p. 933-944, 1991.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo ,n. 798, p. 23-50, 2002.

SLATER, Larry. **The pragmatic thought of Peirce, James & Dewey**. [S.l.]: Slater Press, 2011.

SMITH, James Morton. **Freedom's fetter: the alien and sedition laws and American civil liberties**. Ithaca: Cornell University Press, 1966.

SMITH, Steven. The pursuit of pragmatism. **The Yale Law Journal**, New Haven, n. 100, p. 409-449, 1991.

SMITH, Tara. Why originalism won't die - common mistakes in competing theories of judicial interpretation. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy**, Durhan, n. 2, p. 159-215, 2007.

STONE, Geoffrey. The origins of the “bad tendency” test: free speech in wartime. **The Supreme Court Review**, Chicago, n. 2002, 411-453, 2002.

_____. Free speech in World War II: “When are you going to indict the seditionists?”. **International Journal of Constitutional Law**, New York, n. 2,p. 334-367,2004.

STROSSEN, Nadine. Hate speech and pornography: do we have to choose between freedom of speech and equality? **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, n.46, p. 449-478, 1996.

STRECK, Lenio. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coords.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2014. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional>> Acesso em: 03.Abr.2015.

SULLIVAN, Michael. **Legal pragmatism: community, rights, and democracy**. Indianapolis: Indiana University Press, 2007.

SUSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of free speech**. New York: The Free Press, 1995.

TATF, Henry. Freedom of speech and the espionage act. **American Law Review**, Palo Alto, n. 55, 1921.

TILLES, Daniel. "**Jewish decay against British revolution**": the British Union of Fascists' antisemitism and jewish responses to it. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Filosofia)-Universityof London Londres, Espanha, 2011. Disponível em:<https://repository.royalholloway.ac.uk/.../Daniel_Tilles_PhD_Thesis2.pdf> Acesso em 20.Nov.2015.

TUSHNET, Mark. A critical legal studies perspective. **Cleveland State Law Review**, Cleveland, n. 38, p. 137-151, 1990.

UNGER, Roberto Mangabeira. The critical legal studies movement. **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 96, p. 561-675, 1983.

WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation**: the visibility of hate. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 123, p. 1596-1657, 2010.

WALKER, Samuel. **Hate Speech: the history of an american controversy**. Lincoln: University of Nebraska, 1994.

WEAVER, Willian. The “democracy of self-devotion”: Oliver Wendell Holmes Jr., and pragmatism. In: MORALES, Alfonso (ed.). **Renascent pragmatism: studies in law and social science**. Aldershot: Ashgate, 2003.