



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

ALEX LOBATO POTIGUAR

**IGUALDADE E LIBERDADE: a luta pelo reconhecimento da
igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio**

**Brasília - DF
2009**

ALEX LOBATO POTIGUAR

**IGUALDADE E LIBERDADE: a luta pelo reconhecimento da
igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio**

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

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa

Brasília - DF
2009

ALEX LOBATO POTIGUAR

**IGUALDADE E LIBERDADE: a luta pelo reconhecimento
da igualdade como direito à diferença no Discurso do
Ódio**

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

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa

Aprovado em 24 de abril de 2009.

Banca Examinadora

Dr. Alexandre Bernardino Costa
Orientador – Universidade de Brasília

Ph. D. Daniel Antonio de Moraes Sarmiento
Membro – Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Dr. Argemiro Martins
Membro – Universidade de Brasília

À minha Avó Telínia, único amor puro que tive em toda a vida. Não que seja melhor ou maior que os outros amores, mas simplesmente puro. Puro porque foi um amor em que nunca pedi nada em troca. Dos meus pais sempre pedi atenção e compreensão. Dos irmãos, paciência e amizade. Da namorada, companheirismo e fidelidade. Da minha avó, a única coisa que pedia era que continuasse ali para que eu pudesse amá-la cada dia mais, da forma mais sublime e pura possível.

Aos meus Pais, a quem sempre dediquei todas as minhas conquistas, até mesmo porque sei a dificuldade que é ficar distante de uma família tão próxima e unida como a nossa.

AGRADECIMENTOS

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

Ao meu orientador e amigo Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa, famoso ABC, por quem possuo enorme admiração e agora tenho, também, grande amizade, por sua infundável ajuda na construção desta pesquisa e na vivência do cotidiano em Brasília. Agradeço-lhe também pelo apelido que me deu desde o primeiro dia na UnB, o qual deve me seguir ainda por muito tempo: cerpinha!

Aos professores da pós-graduação em Direito da UnB, pelo enorme suporte e pela permanente disposição em ajudar: Menelick de Carvalho Netto, Cristiano Araújo, Gilmar Ferreira Mendes, Alejandra Pascoal e Marcos Faro.

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

Aos meus irmãos Guto e Amanda, pela dedicação a minha família durante todo o tempo em que morei longe de casa. Peço desculpas, desde já, por estar ausente e não poder acompanhá-los e ajudá-los nesses momentos da vida, embora tenha certeza de que sempre estive por perto, mesmo estando longe.

Aos meus amigos da UnB, que sempre estiveram a meu lado, ajudando-me na discussão de textos, na revisão da dissertação e, principalmente, na adaptação à vida em Brasília: Paulo Blair, Evandro Pizza, Leonardo Barbosa, Eduardinho, Scott, Janaína, Tiago Mega, Vanessa, Vitão, Jorge, Aline, Gabriel Laender, Ramiro, Jã, Cristina Peduzzi, Mauro.

Aos meus amigos, sempre dispostos a me acolher e me ajudar em todos os momentos, Dan, Luisinho, Taís, Fernanda, Zé Henrique, Xandy, Vitinho, Daniel Perinha, Liz, Fernanda, Serginho, Otavinho, Leo, Alberto, Camila, Fabiana, Ana Luiza, Bel e, em especial, Bruna.

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

Às meninas da secretaria, amigas e fiéis companheiras, que sempre se preocupavam em ligar só pra saber como eu estava, em especial, Helena, Euzilene, Lia, Carlinha, Tereza, e também aos meninos, Diogo, João, Carlinhos. A elas, prometo “todo” o bombom de cupuaçu que eu puder comprar!

Aos meus professores da Universidade Federal do Pará, principalmente a Antônio Maués e José Cláudio, que me deram toda a força para conseguir entrar no mestrado da UnB, sempre me ajudando a crescer no conhecimento e na vida.

José Tiago Reis Filho

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

(Negritude e sofrimento psíquico. *Pulsional*. Revista de psicanálise, São Paulo, ano XIX, n. 185, p. 151, março 2006).

RESUMO

A presente dissertação dedica-se à análise dos princípios da Igualdade e da Liberdade como complementares no Estado Democrático de Direito, procurando demonstrar que o discurso de incitação ao ódio é uma forma de abuso do direito, pois pretende entender a Liberdade de forma antagônica à Igualdade. Na verdade, os princípios constitucionais devem ser entendidos por meio de uma concepção do direito como integridade, afeito ao novo paradigma Democrático em sua leitura discursiva. Assim, os ofendidos utilizam-se do Direito para lutar pelo reconhecimento de direitos, mais especificamente, o da igualdade como diferença. Neste contexto, a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso HC 82.424/RS, conhecido como caso Ellwanger, vai demonstrar a impossibilidade de se utilizar uma pretensa liberdade para ferir a igualdade, ainda que a Suprema Corte tenha utilizado a ponderação de valores que coloca em confronto os dois princípios fundamentais. Essa sentença abriga a noção de proteção jurídica contra o racismo e demonstra a necessidade de uma identidade constitucional aberta, que deve permanecer sempre em construção para atender àquilo que o próprio constitucionalismo desencadeia: o surgimento da codependência entre esfera pública e esfera privada.

Palavras-chave: igualdade, liberdade, discurso do ódio, integridade, luta por reconhecimento.

ABSTRACT

This dissertation analyzes both principles, Equality and Freedom, as complementary in the Democratic State of Law, trying to demonstrate that the Hate Speech is a kind of abuse of rights, because it considers Liberty as opposite of Equality. Correctly, the constitutional principles must be understood as an understanding of the Law as integrity in the new paradigm, in its discursive form. This way, the offended use the Law to struggle for recognition of rights, specifically, the right of equality as a right to be different. In this context, the analyze of the decision of the Brazilian Supreme Court in the HC 82-424/RS, known as the Ellwanger case, will demonstrate the impossibility of using a pretense liberty against equality, notwithstanding Supreme Court ruling used de technique of ponderation that understands both constitutional principles as opposite. This decision holds the notion of juridical protection against racism and shows the necessity of the identity of the constitutional subject been always open and that it must remain in construction to attend what the constitutionalism arouses the co-dependence between the public sphere and the private sphere.

Key-words: equality, freedom, hate speech, integrity, struggle for recognition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	p.11
1 LIBERDADE E IGUALDADE. A LUTA PELO RECONHECIMENTO DA IGUALDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	p. 22
2 A LIBERDADE E A IGUALDADE NO CASO ELLWANGER.....	p. 88
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	p.131
REFERÊNCIAS.....	p. 134

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à liberdade de expressão, previsto e protegido por quase todas as democracias liberais em documentos formais¹, constitui selo distintivo das atuais sociedades democráticas², um fetiche do mundo global³, um patrimônio cultural da sociedade cosmopolita⁴, um dos grandes baluartes da liberdade⁵.

Ocorre, no entanto, que essas democracias constitucionais têm enfrentado um problema complexo, um paradoxo⁶, qual seja, o de assegurar o mais amplo fluxo de pensamentos, ideias, opiniões e fatos na vida social e, ao mesmo tempo, resguardar os cidadãos de abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão⁷. O discurso do ódio é um desses intrincados temas limítrofes no direito constitucional contemporâneo.

O discurso do ódio ou *hate speech* é definido por Michel Rosenfeld como o discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade⁸ e podemos acrescentar ainda, gênero ou opção sexual⁹.

Ele é o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-

¹ SCHAUER, Frederick. *The exceptional first amendment*. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=668543>>. Acesso em: 13 nov. 2008.

² FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

³ STEVANIM, Luiz Felipe Ferreira. As charges do profeta: dilemas da liberdade de imprensa na era da globalização. In: XXIX CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, Brasília. *Anais*. Brasília: INTERCOM, 2006, p. 1.

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

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

⁶ Ver: POPPER, Sir Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998.

⁷ FARIAS, 2004, p. 18.

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

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

os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outros.¹⁰

Segundo Elizabeth Thweatt, o ódio é a desvalorização do outro, a falta de reconhecimento dos valores e da própria razão do ser individual e da coletividade¹¹. Não “é um acidente nem um erro de percurso. É uma sede fundamental de destruir que revela um abismo à superfície da terra, à flor da pele, que não existe atrás de nós, mas em nós mesmos e ao nosso redor”.¹² Assim, o discurso de incitação ao ódio é considerado como uma forma de discurso “repugnante”.¹³

Não se deve confundir, todavia, o *hate speech* com uma mera discordância ou uma argumentação em desfavor de determinadas concepções ligadas aos grupos acima identificados, a exemplo da defesa de ideias contrárias à implementação das 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.

O discurso do ódio pode surgir tanto na forma explícita, óbvia, evidente e, portanto, teoricamente fácil de ser combatida, como também pode vir mascarado por sutilezas que transmitem sua mensagem de intolerância e desprezo de forma indireta. Se o ódio é claro numa passeata neonazista¹⁴, o que dizer de trabalhos “científicos” ou literários?¹⁵ E sobre a publicação de charges sobre Maomé, quando se sabe que a religião islâmica não permite representações do seu profeta através de figuras?¹⁶ Ou, ainda, o que se diz quando um pastor, tentando demonstrar que sua religião não admite o culto a

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

¹¹ THWEATT, Elizabeth. Bibliography of hate studies materials. *Journal of hate studies*, Spokane, WA, vs. 1, p.167, 2001-2002.

¹² GLUCKSMANN, André. *O discurso do ódio*. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007, p. 49-50.

¹³ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito público*, Porto Alegre, vs. 4, n. 15, jan-mar 2007, p. 1.

¹⁴ The Skokie Case. 432 U.S. 43 (1977).

¹⁵ O caso Ellwanger. Habeas Corpus 82.424-2/RS.

¹⁶ Sobre o tema ver: STEVANIM, Luiz Felipe Ferreira. As charges do profeta: dilemas da liberdade de imprensa na era da globalização. In: XXIX CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, Brasília. *Anais*. Brasília: INTERCOM, 2006; KAHN, Robert A. Why There was no cartoon Controversy In The United States. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008997# >. Acesso em: 14 nov 2008.

imagens, chuta a imagem de uma santa católica, fonte de fé e devoção para outras pessoas?¹⁷

A experiência mundial mostra que a percepção em relação à diferença entre discurso de ódio passível de proibição e discurso protegido pela liberdade de expressão não é uniforme¹⁸, uma vez que as democracias ocidentais ora convergem, ora se distanciam, no entendimento deste tema.

O combate ao *hate speech* pode variar de uma tendência mais liberal, que visa estender ao máximo a liberdade de expressão, como é o caso da jurisprudência norte-americana¹⁹, que nem sequer enxerga, na maioria dos casos discutidos, o direito à igualdade, até à rigorosa tendência alemã que pune a mera opinião nos casos de antissemitismo e de negação do Holocausto. Em outras palavras, do *laissez-faire* americano à vigilância alemã²⁰. Michel Rosenfeld e Andreas Sajo assim se pronunciaram acerca da liberdade de expressão norte-americana: “A liberdade de expressão norte-americana é o exemplo máximo de um direito liberal e, como um direito

¹⁷ O caso, de 1995, ficou conhecido como “o chute da santa”. Em um programa de televisão, o Bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, Sérgio Von Helde, explicava que sua religião não permitia a adoração a imagens de santos e, para enfatizar sua ideologia, chutou uma imagem de Nossa Senhora (ver: GIUMBELLI, Emerson. O “chute da Santa”: blasfêmia e pluralismo religioso no Brasil. In: Birman, P. (Ed.) *Religião e espaço público*. São Paulo: Attar, 2003, p. 169-200).

¹⁸ Sobre o tema, ler: VILLANUEVA, Ernesto. *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*. Madrid: Editora Fragua, 1997; COLIVER, Sandra. *Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

¹⁹ Alguns autores expressam o entendimento internacional sobre o tema e sobre como pode e deve ser a liberdade de expressão restringida. Frederick Schauer, por exemplo, considerou excepcional a abordagem norte-americana da primeira emenda (SCHAUER, Frederick. The exceptional first amendment. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=668543>>. Acesso em: 13 nov. 2008.). Para Lee Bollinger, a sociedade americana é uma “sociedade tolerante” (BOLLINGER, Lee. *The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986). Kevin Boyle escreveu o artigo “Discurso do ódio: os Estados Unidos contra o resto do mundo?” (BOYLE, Kevin. Hate Speech: the United States versus the rest of the world? *Maine law review*, vs. 53, n. 2, 488-502, 2001). Robert A. Sedler também escreveu um artigo que leva o mesmo subtítulo (SEDLER, Robert A. An essay on freedom of speech: The United States versus the rest of the world. *Michigan State Law Review*, Wayne State University Law School vs. 2006:2, 2006). Quanto à jurisprudência norte-americana, ver: *Beauharnais vs. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *R.A.V.S. vs. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia vs. Black et al.*

²⁰ ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, vs. 24, n. 4, p. 3, abril 2003. Glyn Morgan também utiliza essa expressão em *Mill's liberalism, security, and group defamation*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1088405>>. Acesso em: 15 jun 2008.

supremo dentro da constelação dos direitos constitucionais, ele tanto ancora como serve de símbolo sublime da mais liberal das sociedades liberais.”²¹

Kevin Boyle comenta a relutância em trabalhar a temática, tendo em vista que o discurso do ódio não possui um único objetivo, puro e simplesmente, como a questão racial, trata-se, antes, de uma oposição de inúmeros direitos previstos como fundamentais na atual sociedade democrática.²²

A questão a ser analisada é, pois, saber se palavras, expressões ou atitudes consideradas ofensivas, direcionadas a minorias e grupos historicamente explorados e vitimizados, deveriam ser proibidas ou permitidas de acordo com o ideal de um Estado Democrático de Direito. Em outros termos, deve a liberdade de expressão ser restringida nos casos em que for utilizada para difamar grupos com base na religião, raça ou etnia? A utilização de palavras para atingir especificamente determinados grupos com a intenção de diminuí-los ou desprezá-los não estaria ferindo o direito de igualdade? Não deveriam essas formas de expressão sequer serem consideradas expressão?

O problema de quanta intolerância²³ uma democracia liberal deve tolerar tem preenchido o debate internacional há anos²⁴. No entanto, são raros os textos em português sobre o assunto. Pouco se tem estudado sobre essa temática no Brasil, talvez por causa do mito da miscigenação racial e inexistência de racismo que existe em nosso país. Inúmeros países proíbem o discurso de incitação ao ódio direcionado a grupos religiosos, raciais ou étnicos²⁵. Ao contrário, os Estados Unidos tem sustentado uma forte e longa

²¹ ROSENFELD, Michel; SAJO, Andreas. Spreading liberal constitutionalism: an inquiry into the fate of free speech in new democracies. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870444>. Acesso em: 13 novs. 2008.

²² BOYLE, Kevin. Hate speech: the United States versus the rest of the world? Heinonline, *Maine Law Review*, vs. 53, n. 2, 2001.

²³ Sobre o tema da intolerância ver: CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2003; MINOW, Martha. Tolerance in a Age of Terror. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, vs. 16, n. 3, p....., 2007; OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. Preconceito, estigma e intolerância religiosa: a prática da tolerância em sociedades plurais e em Estados multiculturais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE*, Recife, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2007.

²⁴ LAWRENCE, Frederick M. The hate crimes/hate speech paradox: Punishing bias crimes and protecting racist speech. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], v. 68, p. 673-721, 1993.

²⁵ WALKER, Samuel. *Hate speech: the history of an american controversy*. Lincoln: University of Nebraska, 1994, p. 4. Sobre o tema, ler: VILLANUEVA, Ernesto. *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*. Madri: Editora Fragua,

tradição de proteção da liberdade de expressão, a tal ponto que chegam a proteger as formas mais ofensivas de expressão.

Essa forte tradição de proteger a liberdade de expressão é resultado de uma série de decisões da Suprema Corte norte-americana e também do posicionamento de grupos e entidades civis visando proteger a liberdade e os direitos civis dos norte-americanos²⁶. Entretanto, esta opção tem um preço. A defesa da liberdade de expressão protege tanto as formas de expressão consideradas importantes para a sociedade, como também as formas ofensivas de discurso²⁷. Na jurisprudência norte-americana, a balança está manifestamente pendendo em favor da liberdade de expressão. Nenhum outro país defende de forma tão enfática o direito garantido na primeira emenda²⁸.

Verifica-se que o *hate speech* não é apenas um problema de excesso de liberdade de expressão, mas também, e, principalmente, fruto de injustiças raciais, religiosas e étnicas. A liberdade de expressão é atingida de modo indireto pela ineficiência dos meios para reduzir ou acabar com o problema das desigualdades e do racismo. Até mesmo porque, como lembra Anthony Skillen, o primeiro cidadão preso sob a “United Kindom’s Race Relations Law”, que criminalizou o discurso do ódio na Inglaterra, foi um negro que proferiu um discurso agressivo contra um policial branco²⁹.

Afirma-se, por um lado, que a liberdade de expressão deve proteger quaisquer formas de expressão, ainda que sejam ideias minoritárias e desprezadas pela maioria, para que se possa alcançar um amplo, plural e robusto debate, desde que não incentivem a violência³⁰; por outro lado, aduz-se que a liberdade de expressão não se estende a atos de manifestação de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivados por

1997; COLIVER, Sandra. *Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

²⁶ Sobre o papel das entidades protetoras dos direitos civis dos Estados Unidos no discurso do ódio, como a ACLU e a NAACP, ver: WALKER, Samuel. *Hate speech: the history of an american controversy*. Lincoln: University of Nebraska, 1994.

²⁷ WALKER, Samuel. *Hate speech: the history of an american controversy*. Lincoln: University of Nebraska, 1994, p.2.

²⁸ BOYLE, Kevin. Overview of a dilemma: censorship versus racism. In: COLIVER, Sandra. *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 1-9.

²⁹ SKILLEN, Anthony. Freedom of Speech. In: GRAHAM, Keith (Ed.). *Contemporary political philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 139-159.

³⁰ Mesmo os Estados Unidos da América, que defendem a possibilidade do discurso do ódio, proibem a liberdade de expressão quando servir de incitação à prática de atos violentos. Esta posição surgiu com o julgamento do caso *Bradenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

preconceitos ligados a etnia, religião, gênero, deficiência física e orientação sexual, entre outros, pois trata-se de atos que ferem o direito de igualdade e não discriminação.

O problema torna-se ainda mais complicado com o encurtamento das distâncias e o desaparecimento das fronteiras. Atualmente, com a fácil possibilidade de acesso à internet, uma pessoa no Brasil, na África do Sul ou na China, pode acessar sítios baseados em outros países, como os Estados Unidos, por exemplo, e que transmitem mensagens de ódio e desprezo por todo o mundo.

Grupos de pessoas se reúnem na internet e criam sítios, blogs, ou comunidades em sítios de relacionamento, como o Orkut, o mais conhecido no Brasil, a fim de disseminar o ódio a determinados grupos. O fato de o Orkut estar sediado nos Estados Unidos dificulta a atuação do governo brasileiro no combate a essa prática.

Recentemente, inúmeros casos atraíram os “holofotes da mídia mundial”³¹, como o caso da charge do profeta Maomé divulgada por um jornal dinamarquês, o *Jyllands Posten*, em 30 de setembro de 2005. Sabe-se que a religião islâmica não permite representações do seu profeta através de figuras. Rapidamente, a polêmica espalhou-se mundo afora, com exceção dos Estados Unidos, onde a discussão não prosperou.³²

O tema, no dizer do Ministro Gilmar Mendes, “é um tanto paradigmático, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso”.³³

Neste trabalho, pretende-se repensar os argumentos utilizados tanto na defesa quanto na proibição do discurso de incitação ao ódio para que não se corra o risco de deslizar em uma “rampa escorregadia”.³⁴ Esse é o problema do

³¹ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e iguais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 208.

³² KAHN, Robert A. Why there was no cartoon controversy in the United States. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008997# >. Acesso em: 14 nov. 2008.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> >. Acesso em 18 nov. 2008.

³⁴ Trata-se de *slipery slope*, termo bastante utilizado pela doutrina norte-americana. Segundo Gates Jr., “This leaves us with the armchair absolutists’ Old Reliable: the slippery-slope argument. Perhaps racist speech is hurtful and without value, they will concede, but tolerating it is the price we must pay to ensure the protection of other, beneficial, and valuable speech. The

paradoxo do discurso do ódio³⁵, como referiu Frederick M. Lawrence. Karl Popper, por sua vez, refere-se ao “paradoxo da tolerância”, segundo o qual tolerar os intolerantes leva à intolerância³⁶.

Objetiva-se demonstrar a necessidade de proibir o discurso do ódio, incompatível com um Estado Democrático de Direito. Não se tem a pretensão de abordar o tema de forma exaustiva, muito menos o assunto da liberdade de expressão e suas inúmeras facetas. Deixa-se esta finalidade para os manuais de direito constitucional.

Contrariamente ao que se tem visto na maioria dos artigos nacionais e internacionais, que visam explicar as razões da diferença entre o tratamento dado ao tema pelos Estados Unidos e pelos outros países, neste estudo pretende-se repensar os argumentos utilizados nas decisões acerca do discurso do ódio e abordar o papel dos princípios constitucionais da liberdade e igualdade.

Nessa perspectiva, acredita-se que a melhor forma de lidar com o *hate speech* é proibindo-o. Para fundamentar tal assertiva, é imprescindível termos em mente a existência de um Estado Democrático de Direito no qual a produção de uma identidade constitucional inclusiva e aberta³⁷, ocorre levando-se em conta à tensão entre facticidade e validade, garantindo as autonomias pública e privada, aberto a concepções ético-políticas e culturais diversas, sobre o pano de fundo de uma cultura política pluralista³⁸.

Dessa forma, a evasividade e abertura dessa identidade constitucional não devem ser um problema a ser resolvido, mas sim a ser incorporado à prática interpretativa dos direitos fundamentais da igualdade e da não-

picture here is that if we take one step down from the mountain peak of expressive freedom, we'll slide down to the valley of expressive tyranny. But a more accurate account of where we currently stand is somewhere halfway up the side of the mountain; we already are, and always were, on that slippery-slope. And its very slipperiness is why First Amendment jurisprudence is so strenuous, why the struggle for traction is so demanding” (GATES JR., Henry Louis. War of words: critical race theory and the first amendment. In: GATES JR, Henry Louis. et al. *Speaking of Race, Speaking of Sex: hate speech, civil rights, and civil liberties*. New York: New York University Press, 1994).

³⁵ LAWRENCE, Frederick M. The hate crimes/hate speech paradox: punishing bias crimes and protecting racist speech. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], vs. 68, p. 673-721, 1993.

³⁶ POPPER, SIR Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998.

³⁷ ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardoso Law Review, New York, January, 1995, p. 1049-1109*.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

discriminação. A negação, a metáfora e a metonímia são modos pelos quais construímos e reconstruímos as noções sobre nós mesmos, dando-lhes sentidos que, em última análise, não são inatos, porém construídos e que deste modo permanecem abertos. Esses três elementos combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar sua identidade³⁹. Nesse sentido, a noção de igualdade constitucional somente pode ser percebida como uma incorporação da diferença, entendendo-se a igualdade justamente como o respeito à diferença. É por este motivo que os discursos de ódio são tão ameaçadores ao constitucionalismo, especialmente quando buscam usar a constituição contra ela mesma, invocando o direito de expressão como autorizador de um discurso que nega a própria igualdade constitucional⁴⁰.

É de se notar que uma identidade constitucional aberta e evasiva não é capaz de solver em definitivo as questões relativas à inclusão e à igualdade constitucional. Porém, essa abertura infinita, ao contrário, permite que a cada caso seja dada a solução que lhe é específica.

Exemplo disso foi a afirmação de igualdade ante o conceito sociológico de raça estabelecido na decisão do que se tornou conhecido como o Caso Ellwanger⁴¹, no qual a discussão sobre a cientificidade do conceito de raça é ultrapassada pela decisão da maioria do Supremo Tribunal Federal em identificar o problema como, em síntese, uma hipótese na qual a igualdade constitucional estava em jogo e que, como acontece frequentemente nos discursos de ódio racial, o agressor buscou articular a constituição contra ela própria, tomando refúgio para sua prática discriminatória no mando da liberdade de expressão.

Essa decisão abriga a noção de que a proteção jurídica contra o racismo toca, ao fim, o sentido de igualdade e uma identidade constitucional que deve permanecer sempre em construção para atender ao que o próprio constitucionalismo desencadeia como signo da modernidade: o surgimento

³⁹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 50.

⁴⁰ ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, vs. 24, n. 4, p. 63, abr. 2003.

⁴¹ HC 82.424-2/RS.

codependente e complementar da esfera de autonomia do indivíduo e da esfera pública.

Nesta acepção, o tratamento jurídico do discurso do ódio dá-se por intermédio de um diálogo entre a tradição e os princípios constitucionais contemporâneos e uma concepção de direito como integridade afeta ao paradigma do Estado Democrático de Direito, onde a existência de um procedimento democrático propicia a troca de ideias divergentes, possibilitando que os indivíduos sejam seus autores e destinatários, ao mesmo tempo.⁴²

É de se notar que o Direito é, há muito, um dos meios de realização da luta por reconhecimento, justamente em função da possibilidade de alcance de validade social mediante a afirmação da incidência de determinados direitos a determinados sujeitos.

Dessa maneira, conforme ensina Axel Honneth, é por meio do reconhecimento e da garantia de direitos individuais que se gera um autorrespeito pelo indivíduo, uma autoconsciência do sujeito que tem o poder de colocar legitimamente suas pretensões, que se permite constatar assim o respeito dos demais⁴³.

Todavia, as condições e as perspectivas de reconhecimento propiciadas pelo Direito não são suficientes sem a identificação de suas formas de negação, da ofensa, de atitudes que conduzem a formas de reconhecimento recusado, geradoras do impulso para a resistência social e para uma luta por reconhecimento.

Essa negação de direitos conduz à perda de autorrespeito, à perda da capacidade de se referir a si mesmo como um igual dentro da interação social, de sorte a ferir o exercício tanto de uma autonomia privada, na medida em que limita o campo de atuação do particular do sujeito, como de autonomia pública, ao se rotular o negro, o judeu, ou um grupo determinado como inferior.

Honneth situa o seu projeto na tradição que não enfatiza a luta pela autopreservação, mas sim a luta pelo estabelecimento de relações de reconhecimento mútuo como uma pré-condição para a autorrealização.

⁴² DWORCKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴³ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

Como defensor da política da diferença, Honneth considera as lutas por reconhecimento, nas quais a dimensão da estima é central, como tentativas de colocar fim a padrões sociais degradantes, no sentido de tornar possível novas formas de identidade distintivas. A sua tese é a de que não se apreende a gramática moral desses conflitos se se deixa de ver que as pretensões a reconhecimento nelas levantadas só podem ser satisfeitas mediante uma maior inclusão, cuja extensão lógica é algo como o estado de sociedade enfocado pela teoria da vida ética. Desse modo, Honneth argumenta que a teoria normativa e a lógica interna das lutas sociais esclarecem-se mutuamente, uma à outra.

Como dito antes, o tratamento jurídico do discurso do ódio se dá através de um diálogo entre a tradição e os princípios constitucionais contemporâneos com uma concepção de direito como integridade⁴⁴ em que os conflitos sociais são baseados numa luta por reconhecimento social, motor das mudanças sociais e, conseqüentemente, do processo de evolução da sociedade.

A luta por reconhecimento pode ser construída na medida em que se amplia o espaço de convivência no conflito das diferenças. Porém, o discurso do ódio, a pretexto de utilizar a liberdade de expressão, constitui um abuso que ataca o próprio espaço de liberdade. Nesse caso, liberdade pressupõe igual respeito. Nas palavras de Kathleen Mahoney,

usar a doutrina da liberdade de expressão como um instrumento para permitir que os grupos vulneráveis e em desvantagem sejam seriamente ofendidos e atacados pelos grupos mais poderosos, é entender de forma errada o próprio papel e finalidade da liberdade de expressão.⁴⁵

É preciso compreender, portanto, que Igualdade e Liberdade no Estado Democrático são princípios complementares. A preservação da liberdade ou de um espaço institucional para sua manifestação é que permite a denúncia de pretensões abusivas que violam a igualdade.

Ultrapassa-se, assim, o ideal promovido nos paradigmas do Estado Liberal ou de Direito e do Estado Republicano ou Social, que colocavam em confronto e contradição a ideia de liberdade e de igualdade, a existência de um

⁴⁴ DWORCKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁵ MAHONEY, Kathleen. *Hate vilification legislation and freedom of expression. Where is the balance?* Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/1994/1.html>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

falso antagonismo. Não se deve entender tais princípios como uma exclusão, como a necessidade de um ceder para que o outro possa se afirmar. O exercício de um depende do exercício do outro. A liberdade é dependente do exercício da igualdade em um grau abstrato, uma igualdade que considera todos os sujeitos sociais como merecedores de igual consideração, não porque se ignore as diferenças fáticas entre eles existentes, mas exatamente porque se reconhece que elas existem, até mesmo porque toda inclusão gera uma exclusão.

Dessa forma, não há como entender o discurso do ódio como uma luta entre a liberdade de expressão e a igualdade racial, pois esses dois argumentos não podem ser analisados de forma isolada, mas estão sempre caminhando juntos. É nesse sentido que o presente trabalho - Igualdade e Liberdade no Estado Democrático de Direito: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no discurso do ódio – visa demonstrar que o discurso do ódio é completamente inaceitável e incompatível com uma visão inter-relacional dos princípios constitucionais da Igualdade e da Liberdade no atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

1. LIBERDADE E IGUALDADE: A LUTA PELO RECONHECIMENTO DA IGUALDADE COMO DIFERENÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

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

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

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

A liberdade e a igualdade são os preceitos por meio dos quais um Estado Constitucional se afirma, de tal forma que o próprio constitucionalismo se entrelaça com o passado de afirmação desses dois preceitos basilares do ordenamento jurídico na sociedade moderna. Impossível negar, desta forma, a

simbiose existente entre liberdade e igualdade e o Estado Democrático de Direito.⁴⁶

Na tentativa de superar o ideal promovido nos paradigmas do Estado Liberal ou de Direito e do Estado Republicano ou Social que colocavam em confronto e em contradição a ideia de liberdade e de igualdade, o atual paradigma do Estado Democrático de Direito possui como finalidade a conciliação entre o respeito às garantias individuais e a possibilidade de participação pública do cidadão.⁴⁷

A liberdade que era entendida no Estado Liberal como o direito de se fazer tudo aquilo que não fosse proibido por um mínimo de leis, no Estado Social pressupõe a existência de leis sociais e coletivas que possibilitem o reconhecimento das diferenças materiais. O que antes era tido como igualdade meramente formal passa, posteriormente, a ser entendido como tendencialmente material e equitativo.⁴⁸ O princípio da liberdade, na primeira concepção, implicava igual proteção formal, satisfazendo as expectativas por meio da delimitação de esferas da liberdade individual por intermédio de garantias negativas.⁴⁹ Ele consistia no direito de cada pessoa ter a sua própria

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 18 nov. 2008.

⁴⁷ A expressão paradigma é utilizada em dois sentidos diversos, seja para indicar toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada, seja para denotar um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal. Sobre o tema, ver: KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006; HABERMAS, Jürgen. *Paradigms of law*. *Cardozo Law Review*, New York, vs. 17, n. 4-5, p. 771-784, mar.1996; HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, J. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004; CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

⁴⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

⁴⁹ HABERMAS, J. *Paradigms of law.*, 1996, p. 771-784. A ideia de liberdade negativa vincula-se a Benjamin Constant em seu texto de 1818 “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”. Ele identificou esse “novo” tipo de liberdade negativa peculiar aos modernos. Com a vivência da Revolução Francesa, e como liberal que era, passou a pregar a possibilidade de uma esfera de atuação exclusiva da individualidade humana, uma esfera no âmbito da qual essa individualidade possa, sem impedimentos sociais e políticos de qualquer espécie, realizar o que lhe apeter. Uma espécie de reivindicação de um direito à privacidade. Ver: CAVALCANTE DE GUSMÃO, Luis Augusto Sarmiento. *Constant e Berlin: a liberdade negativa*

concepção de bem e estabelecer o sentido da sua vida sem interferências externas.⁵⁰ Essa esfera privada era vista como a esfera dos egoísmos e não poderia ser tolhida pelo Estado.⁵¹ Essa concepção de “liberdade dos modernos” estava fundamentada no ideal de uma liberdade do cidadão, pois dizia respeito a sua necessidade de participação na sociedade.⁵² Já a concepção republicana não garantia liberdade somente em relação à coação externa, mas à participação em uma *práxis* comum por meio de cujo exercício os cidadãos se tornam sujeitos politicamente responsáveis em uma comunidade de pessoas livres e iguais.⁵³ No paradigma vigente, entretanto, 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, além de coautores das leis que regem suas vidas em comum.⁵⁴ Desse modo, possibilitou-se um pensar reflexivo acerca do direito, além do que se passou a problematizar modelos sociais que estariam inscritos no próprio direito.⁵⁵ Assim, a liberdade não se resume à ausência de constrangimentos externos à ação do agente. Ela é a possibilidade real de agir; do mesmo modo, a igualdade não deve ser interpretada como a homogeneização forçada, pois ela implica o

como a liberdade dos modernos. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 39-62; BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 293-383.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 293-383.

⁵¹ MEDAUAR OMMATI, José Emílio. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 69.

⁵² BOBBIO, Norberto, *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, p. 62.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: HABERMAS, J. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004, p. 272.

⁵⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

⁵⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. A teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189-225.

reconhecimento de que todos possuem a igual liberdade de ser diferentes.⁵⁶ Não é acurado nem útil conceber a liberdade *versus* a igualdade.⁵⁷

Verificada a insuficiência da garantia formal da autonomia privada e, logo em seguida, da intervenção social através da lei, a solução consistiu na conexão, na vinculação, na interligação entre as formas de comunicação que garantem, simultaneamente, a autonomia pública e privada.⁵⁸ Desta feita, a antiga concepção de público não é mais a mesma, deixando de reduzir-se apenas ao estatal e passando a ser compreendido como um espaço de atuação e organização da sociedade. Este é o conceito do discurso público, por meio do qual participantes livres e iguais pretendem um acordo acerca de quais direitos devem reciprocamente ser reconhecidos. Necessário, para isso, a compreensão de indivíduos que se reconhecem como livres e iguais e a ideia de autolegislação, segundo a qual os autores são, ao mesmo tempo, destinatários do direito. Sendo assim, impossível se conceber a autonomia pública sem a respectiva autonomia privada, bem como o contrário. As duas autonomias são necessárias e reciprocamente se pressupõem.⁵⁹

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

A razão prática, tida como uma faculdade subjetiva do indivíduo, determina a autonomia do sujeito que provê e se subordina às regras de conduta de caráter transcendental. Em outras palavras, essa razão tem uma função normativa de regulação de conduta para guiar o indivíduo com base em um ordenamento de validade absoluta. Por essa perspectiva, o direito seria, portanto, resultado dessa razão, sujeitando-se a postulados transcendentais.

Diante da inconsistência dessa ideia em uma sociedade moderna que se pretende emancipada e plural, é que se acredita em uma racionalidade de base

⁵⁶ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 59-108.

⁵⁷ SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 54.

⁵⁸ HABERMAS, J. Paradigms of law. *Cardozo Law Review*, New York, vs. 17, n. 4-5, p. 771-784, mar.1996.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. Remarks on erhard denninger's triad of diversity, security, and solidarity. *Constellations*, Oxford, vs. 7, n. 4, p. 522-528, 2000.

discursiva ao invés de em uma razão prática. Assim, os pressupostos da filosofia da consciência dão espaço a uma comunidade baseada na comunicação. Dessa forma, “as condições de constituição dos objetos, quer dizer, seu significado, não mais são compreendidas a partir das funções da razão, mas sim pelo contexto do mundo da vida”.⁶⁰

As consequências dessa virada lingüística estão longe de se limitar a uma mera alteração de rótulos ou etiquetas.⁶¹ Essa nova racionalidade com bases comunicativas tem como finalidade a luta para conseguir a igualdade dos cidadãos participantes do processo de comunicação, possibilitando a livre manifestação de ideias, bem como pretensões de validade por meio das quais se objetiva chegar a um consenso das ideias debatidas. Assim, é necessário a existência de condições que levem ao reconhecimento entre os indivíduos e que garantam a igualdade e a liberdade de cada participante do discurso, pressupondo, portanto, uma situação ideal de fala. Esta “Pasárgada”⁶² seria um lugar onde qualquer pessoa pudesse manifestar suas ideias, ter acesso a iguais meios de comunicação, expressar opiniões, ainda que minoritárias, desde que respeitando o conceito de indivíduos livres e iguais.

Nesse sentido, Habermas assevera:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no *telos* lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras. Qualquer um que se utilize de uma linguagem natural, a fim de entender-se com um destinatário sobre algo no mundo, vê-se forçado a adotar um enfoque performativo e a aceitar determinados pressupostos. Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticável, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso. E o que está embutido na base da validade pela via do agir comunicativo. A racionalidade comunicativa manifesta-se num contexto descentrado de condições que impregnam e formam estruturas

⁶⁰ MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da comunicação* – Para uma crítica da modernidade. Brasília: Plano, 2002, p. 208-209.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 19.

⁶² Referência a “Vou-me embora pra Pasárgada”, poema de Manuel Bandeira.

transcendentalmente possibilitadoras; porém, ela própria não pode ser vista como uma capacidade subjetiva, capaz de dizer aos atores o que devem fazer.⁶³

Também o professor Daniel Sarmiento:

Este ambiente é uma idealização contrafática que não se reproduz integralmente em nenhuma sociedade, mas que, como idéia regulativa, deve orientar a práxis política que tenha como objetivo chegar a resultados mais justos e aceitáveis por todos.⁶⁴

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

A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em princípio criticável.⁶⁵

Importante perceber que o processo de comunicação parte do pressuposto basilar da aceitabilidade e do acordo acerca de pretensões de validade demonstradas pela própria comunicação. A linguagem não existe sem a existência do outro.⁶⁶ É neste sentido que a igualdade toma uma enorme importância no paradigma democrático e procedimental, visto que ela garante a

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 20.

⁶⁴ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e iguais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 236.

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 165.

⁶⁶ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 84.

inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos como uma garantia e mesmo como um substrato da legitimidade do Estado Democrático de Direito.⁶⁷

O consenso a que se refere Habermas é eminentemente procedimental, pois pretende, na verdade, o reconhecimento de pretensões de validade criticáveis através da igualdade. Todo indivíduo deve pressupor o outro como igual e livre quando for se expressar.⁶⁸ Desse modo, não se deve entender consenso como o reconhecimento, por um participante do discurso, da verdade de uma manifestação. Não se espera dos indivíduos que deixem de sustentar suas ideias e passem a adotar outras opiniões. Assim, não é aceitável a ingênua, porém muito difundida, interpretação do consenso habermasiano, segundo a qual ele demandaria a adesão incondicional dos participantes do discurso às assertivas levantadas pelos colocutores, abandonando as suas próprias como sendo inválidas ou errôneas.

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

É nesse sentido que Marcelo Neves escreve:

Diante do exposto, pode-se concluir que o Estado democrático de direito, ao pressupor reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito político-jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso conteudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação.⁶⁹

Para a liberdade de expressão é muito importante lembrar que apesar das possibilidades de “livre” manifestação de pensamentos, ideias e opiniões, a racionalidade comunicativa implica em limitações balizadas pelas próprias condições de comunicação e pelo contexto em que é realizada. Logo, a universalidade é fruto não da mera aceitação, mas sim da aceitabilidade

⁶⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 206.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. ¿Como es posible la legitimidad por vía de legalidad?. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988.

⁶⁹ NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001a, p. 111-163.

racional, no sentido de que todos os argumentos são passíveis de serem reconhecidos pela completude dos integrantes, efetivos ou em potencial, do discurso.

É seguindo este entendimento que se percebe o erro da doutrina que pretende fundar uma ampla aceitação da liberdade de expressão na busca de uma verdade.

Essa teoria entende que a verdade surge com a livre discussão ou o livre debate entre visões diferentes e divergentes sobre determinados temas, pois, entre os vários argumentos, a verdade prevalecerá. De acordo com essa perspectiva, a liberdade de expressão é vista não como um fim em si, mas como um meio para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade.⁷⁰

A doutrina, idealizada por John Milton e retomada e fortalecida no século XIX pelo filósofo liberal britânico John Stuart Mill⁷¹, tomou como base as ideias liberais de Locke, Montesquieu e outros pensadores influentes que ajudaram a escrever o “Bill of Rights”.⁷² Mill baseava sua doutrina na falibilidade humana, pois tinha o ideal de que o ser humano não é infalível. Sendo assim, tornar-se-ia incorreto sustentar de forma absoluta que uma ideia seja totalmente errada.

Portanto, seria errado proibir a manifestação de ideias, opiniões, ideologias e crenças que não se adequassem aos ideais considerados corretos pelo governo ou pela maioria da época, pois nenhuma doutrina particular ou princípio seria certo o bastante para que se proibisse discussão a respeito. É que, não raramente, o erro apresenta-se como verdade, procurando, ao mesmo tempo, representar a verdade como erro.⁷³ Stuart Mill entendia que uma ideia, inicialmente considerada como reprovável, poderia, posteriormente, ser tida como certa pela maioria; ou, ainda que essa manifestação estivesse realmente errada, seria bem provável que tal ideia tivesse pelo menos algum resquício de correção e, portanto, a sua supressão privaria a sociedade do acesso a algo verdadeiro. Assim, a verdade permanece no horizonte como algo

⁷⁰ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e iguais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 78.

⁷¹ MILL, John Stuart. *A Liberdade: utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁷² HEUMANN, Milton; CHURCH, Thomas. *Hate speech on campus: cases, case studies, and commentary*. Boston: Northeastern University Press, 1997, p. 251.

⁷³ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 238.

inatingível, perfilando-se, negativamente, como o estatuto provisório de uma proposição ainda não refutada.

Nos dizeres de Jónatas Machado, a “supressão da livre expressão individual, longe de constituir uma forma paternalista de proteger as pessoas da contaminação pelo erro, apresenta-se como um modo de silenciamento da verdade ou de partes importantes da mesma”.⁷⁴

Derrick Sington lembra que a liberdade de expressão é demasiadamente importante, porque

a voz do gênio solitário, e inortodoxo, deve ser salvaguardada. Mesmo a crítica e a opinião divergentes, que se revelam infundadas, têm geralmente um efeito estimulante. A crítica faz com que as autoridades, ou aqueles que expressam pontos de vista, examinem de novo a base de suas ideias. Isso conserva-os atualizados.⁷⁵

Nesse sentido, afirma Stuart Mill:

Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade. [...] Mas o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana – à posteridade, bem como à geração existente, mais aos que discordam de tal opinião do que aos que a mantêm. Se a opinião é correta, privam-nos da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errada, perdem, o que importa em benefício quase tão grande, a percepção mais clara da verdade, produzida por sua colisão com erro.

É preciso considerar essas duas hipóteses separadamente, porque a cada uma delas corresponde uma ramificação distinta da argumentação. Nunca podemos ter certeza de que seja falsa a opinião a qual tentamos sufocar; e, se tivéssemos certeza, sufocá-las seria, ainda sim, um mal. [...]

Nenhum sábio jamais adquiriu sua sabedoria por outro modo que não este; tampouco reside na natureza do intelecto humano tornar-se sábio por alguma outra maneira. O hábito constante de corrigir e completar a própria opinião cotejando-a com a de outros, longe de gerar dúvidas e hesitações ao pô-la em prática, constitui o único fundamento estável para que nela se tenha justa confiança. Pois, por tomar ciência e tudo que se pode, ao menos obviamente, dizer contra si, e por assumir posição contra todos os contestadores - sabendo que buscou objeções e dificuldades em vez de as evitar, e não impediu que de nenhuma parte se lançasse alguma luz sobre o assunto –

⁷⁴ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 238.

⁷⁵ SINGTON, Derrick. *Liberdade de comunicação*. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1966, p. 12.

tem direito de pensar que seu juízo é melhor que o de qualquer pessoa ou multidão que não tenha passado por semelhante processo.⁷⁶

Esse viés também foi adotado por um dos mais influentes juízes da Suprema Corte norte-americana, Oliver Wendell Holmes, que dissertou acerca do livre mercado de ideias⁷⁷ em voto dissidente no caso *Abrahams vs. United States*⁷⁸. Ele afirmou que o “melhor teste para a verdade é o poder do pensamento de se fazer aceito na competição do mercado”.⁷⁹ Seria arrogante para o Governo interferir nesse processo, pois isto somente poderia ocorrer caso se assumisse a veracidade da afirmação segundo a qual as verdades absolutas podem ser determinadas

Holmes, em seu voto, dissente:

Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition.... But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution.⁸⁰

O argumento de Stuart Mill baseava-se em uma forte crença otimista acerca do progresso social baseado no livre debate de ideias. De acordo com sua visão, a verdade sempre venceria a mentira desde que o espaço para discussão permanecesse aberto. Dessa forma, até mesmo os discursos potencialmente capazes de incutir o ódio deveriam ser tolerados, pois através do debate alcançar-se-ia a verdade e poder-se-ia chegar à conclusão de que aquele discurso era um discurso ruim.

O que Mill gostaria que acontecesse é o que escreveu Edwin Baker. A pessoa que não gostasse das opiniões contrárias, por mais absurdas que fossem, deveria dizer: “não, sua visão é inteiramente inaceitável, é errada pelos

⁷⁶ MILL, John Stuart. *A Liberdade: utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 29.

⁷⁷ No original: “free marketplace of ideas”.

⁷⁸ 250 U.S. 616 (1919).

⁷⁹ BARENDT, Eric. *Freedom of speech*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 8.

⁸⁰ 250 U.S. 630 (1919) (Holmes, J. dissenting).

seguintes motivos, e eu farei tudo que estiver em meu poder legal para prevenir que isto se realize”.⁸¹ Todas as concepções, boas ou ruins, deveriam estar aptas a competir no mercado de ideias e o remédio para discursos ruins é mais discurso e não forçar o silêncio.⁸² Nesse sentido, também a Suprema Corte norte-americana já decidiu que existe um princípio básico e fundamental na primeira emenda, que é o fato de o governo não poder proibir a expressão de um pensamento simplesmente porque a sociedade acha o conteúdo em si ofensivo ou desagradável.⁸³

Ao contrário de Mill, Holmes era um pessimista e baseava sua teoria do livre mercado de ideias não na justificativa de o discurso trazer sempre a verdade à tona, mas sim no pragmatismo de que as limitações à liberdade de expressão ocorreriam em termos incorretos e injustos⁸⁴ e, portanto, deveria o

⁸¹ BAKER, C. Edwin. *Hate speech*. Disponível em: <<http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/207>>. Acesso em: 20 novs. 2008. No original: “No, your view is entirely unacceptable, it is wrong for the following reasons, and I will do everything within my (legal) power to prevent it from being realized”.

⁸² SEDLER, Robert A. An essay on freedom of speech: the United States versus the rest of the world. *Michigan State Law Review*, Wayne State University Law School, vs. 2006:2, p. 382, 2006.

⁸³ Texas vs. Johnson, 491 U.S. 397, 414 (1989).

⁸⁴ Nos EUA, a doutrina identifica duas formas de o Governo intervir na liberdade de expressão: antes mesmo de o discurso se concretizar, ou depois, sob a forma de punição. A restrição prévia - *Prior Restraint* - ocorre quando o governo intervém para prevenir, evitar que um ato se complete. É o que acontece, por exemplo, quando se instituem comissões para analisar trabalhos antes de serem publicados. No Brasil, durante a ditadura militar, os chamados censores punham em prática esse tipo de intervenção. Já a intervenção subsequente - *Subsequent punishment* - ocorre depois que a comunicação foi completada, ou seja, depois que a ação foi transmitida e recebida pelos interlocutores. Ocorre geralmente sob a forma de punição prevista em leis que disciplinam determinadas formas de discurso. Observe-se, no entanto, que as restrições prévias à liberdade de expressão não são vistas com bons olhos pela Suprema Corte para quem trata-se de uma ameaça mais séria à liberdade de expressão e ao estado democrático de direito. A inclinação contrária à restrição prévia é fundada em grande parte no fato de que a expressão não chega a entrar no mercado de ideias. No caso da intervenção subsequente, pelo menos é dada ao público a oportunidade de escutar e julgar o discurso em controvérsia (BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law in a nutshell*. [S.l.]: Thomas West, 2004. p. 359). Nos Estados Unidos, a Suprema Corte considera, geralmente, as restrições do governo como não protegidas pela constituição como se vê nas decisões dos casos *Near vs. Minnesota* 0 283 U.S. 697 (1931), e *New York Times vs. United States*, 403 U.S. 713 (1971), o chamado caso do Pentágono. No primeiro caso, o jornal *The Saturday Press* publicou uma série de artigos difamatórios, acusando a polícia e os governantes locais de inúmeros delitos, incluindo corrupção. A corte de primeira instância proibiu que o jornal continuasse a produzir, editar, publicar, ou fazer circular seu produto. A Suprema Corte reverteu o julgado considerando que a decisão da primeira instância não se adequava à Constituição por basear-se na restrição prévia. No segundo caso, o governo norte-americano tentou impedir o *The New York Times* e o *Washington Post* de publicarem o conteúdo de um estudo intitulado *History of U.S. Decision-making Process in Vietnam Policy*. Na época, a guerra do Vietnã estava longe de terminar e por isso o governo norte-americano, invocando a segurança nacional, queria impedir a publicação do documento. A Suprema Corte, ao contrário, acreditou que o governo não conseguira alcançar o grau de necessidade para que se pudesse fazer uso da restrição prévia e permitiu que os textos continuassem a ser

próprio povo poder escolher o caminho que desejava seguir. Holmes era um forte proponente do livre mercado de ideias, pois temia que a regulamentação governamental do discurso não possuísse padrões confiáveis na busca da verdade contra a luta da mentira, o que, inevitavelmente, traria mais problemas do que soluções.⁸⁵

O que ambos, Mill e Holmes, não toleravam era o discurso que trouxesse perigo claro e iminente.⁸⁶ Vale lembrar que, até mesmo nos Estados Unidos, o discurso do ódio que conclame à violência e representar, assim, perigo para a sociedade é proibido. Assim, no final de contas, Mill e Holmes são dois lados da mesma moeda.⁸⁷

publicados. Existem casos, no entanto, que fogem à regra da Suprema Corte às restrições anteriores, como se vê no caso *Nebraska Press Assn. vs. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976), em que um juiz ordenou que não fossem publicadas confissões do acusado para que ele pudesse ter um julgamento justo.

⁸⁵ ROSENFELD, Michel; SAJO, Andreas. Spreading liberal constitutionalism: an inquiry into the fate of free speech in new democracies. Disponível em : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870444>. Acesso em: 10 novs. 2008.

⁸⁶ A teoria do *clear and present danger* permite restrições ao discurso, quando necessário, para proteger um interesse público e somente quando o perigo apresentado pelo discurso é tamanho que o governo não tem outra opção a não ser restringir o direito à liberdade de expressão (IDES, Allan; MAY, Christopher N. *Constitutional Law – individual rights: examples and explanations*. New York: Aspen Publishers, 2004, p.319). O primeiro caso a utilizar a doutrina do perigo claro e iminente, ainda que de forma tímida, e não tão científica e fundamentada, foi *Schenck vs. Estados Unidos*, 249 U.S. 47 (1919). Os réus foram acusados de infringir o *Espionage Act* por terem distribuído panfletos com ideias contrárias ao governo. Eles alegavam que estavam dentro do seu direito de liberdade de expressão. A Suprema Corte condenou-os, alegando que as condutas dependem de cada circunstância. A liberdade de expressão não pode proteger quem sai gritando de dentro de uma sala de cinema que está pegando fogo, ou que irá atirar em todos. A questão colocada é que as atitudes dependiam de suas circunstâncias e de suas naturezas a ponto de criar um perigo claro e iminente. Algum tempo depois, no caso *Abrams vs. Estados Unidos*, 250 U.S. 616 (1919), a teoria do perigo claro e iminente solidificou-se, fortalecendo, portanto, a liberdade de expressão. O juiz Holmes, acompanhado do juiz Brandeis, discordou da decisão e em seu voto dissertou acerca da importância da liberdade de expressão e de como ela somente poderia ser restringida caso o perigo fosse iminente de tal forma que se tornasse necessária uma intervenção imediata. Com base nessa nova perspectiva, o discurso de defender conduta ilegal será protegido, a não ser que ele seja uma ameaça imediata de intervenção. O voto dissidente afirmava que a liberdade de expressão deveria ser defendida eternamente contra as restrições, a não ser que o discurso em questão causasse uma ameaça iminente e, portanto, uma interferência imediata. Em outras palavras, a liberdade de expressão deve prevalecer a não ser que traga dano iminente e perigo imediato. Outro caso bastante importante cuja decisão pode servir de precedente para casos atuais é *Whitney vs. Califórnia*, 274 U.S. 357 (1927). Na ocasião, o juiz Brandeis propôs um teste altamente protecionista da liberdade de expressão, posteriormente aplicado pelas cortes em outros casos: para justificar a supressão da liberdade de expressão deveria existir o temor, em grau razoável, de que um mal pudesse resultar do discurso em questão; deveria existir, em grau razoável, razões para acreditar na ocorrência de um perigo iminente e no fato de que o mal dele resultante seria realmente sério.

⁸⁷ ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, vs. 24, n. 4, p. 18, abr. 2003.

Com base nessa teoria, Edwin Baker afirma que existem razões e motivos para acreditar que a restrição ao discurso do ódio provavelmente contribuiria mais para a ocorrência dos genocídios e dos eventos envolvendo violência racial do que, propriamente, para reduzi-los.⁸⁸ Outro argumento utilizado para uma ampla proteção ao discurso do ódio, levando em consideração a doutrina liberal de Mill e Holmes, é que a liberdade de expressão é importante para as minorias que desejam expressar suas opiniões, vistas, em geral, pela maioria como absurdas e ofensivas.⁸⁹

No entanto, não há como acreditar que o espaço público aberto a todo tipo de ofensa, desprezo e diminuição do outro possa servir como um cenário propício para a tomada de decisões. Ele exige respeito mútuo entre debatedores, que devem reconhecer-se reciprocamente como livres e iguais.⁹⁰ Atualmente, vários autores rejeitam o liberalismo de Mill como uma doutrina sectária, mal qualificada para servir à filosofia em uma moderna sociedade multicultural.⁹¹

Habermas observa que o Estado Democrático de Direito é entendido como uma associação de pessoas livres e iguais, estruturada por relações de reconhecimento mútuo em que cada indivíduo espera ser respeitado por todos como livre e igual.⁹²

Para que possa existir e permitir a liberdade, a igualdade deve acompanhar de uma maneira aberta as reconstruções e ressignificações, a fim de permitir a inclusão de diferentes opções de vida autodeterminadas livremente.

Sobre o tema, escreveu Dworkin :

a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que as pessoas realmente dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe dêem ou não mais valor do que a todo o resto, é

⁸⁸ BAKER, C. Edwin. Hate speech. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105043>. Acesso em: 15 novs. 2008.

⁸⁹ BRUGGER, Winfried. The treatment of hate speech in German Constitutional Law. *German Law Journal*, [S.l.], n. 12, p. 19, dez. 2002.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 236.

⁹¹ MORGAN, Glyn. Mill's liberalism, security, and group defamation. Harvard University. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1088405>>. Acesso em 18 fevs. 2008.

⁹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 25.

essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida.⁹³

Ocorre, no entanto, que esse cenário é simplesmente inviabilizado pelo *hate speech*, que está muito mais próximo de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões.⁹⁴ O discurso do ódio é a negação do reconhecimento, é a impossibilidade de um debate racional.

Além do mais, essa teoria parte da premissa de que todos possuem igual acesso à informação e iguais oportunidades de se informar, de ser informado e de informar. Uma crítica bastante atual é a que diz respeito ao domínio da mídia por oligopólios e grandes empresas.⁹⁵ Não há como competir com o forte papel das emissoras de rádio e televisão. A realidade de hoje é que os modernos meios de massa alteraram o conceito de comunicação tal como era entendido no século XIX pelos liberais que desenvolveram a metáfora do livre mercado de ideias.⁹⁶ A hegemonia dos meios de massa levou ao quadro, que logo se tornou evidente, de ser a empresa jornalística, na maioria esmagadora dos casos, a iniciadora e impulsionadora desses meios de massa, a começar pelo rádio, culminando com a televisão. Gera-se, portanto, o conglomerado empresarial, agrupando jornal, revista, e emissora de rádio e televisão.

O poder da imprensa é tamanho que Nelson Werneck Sodré nos lembra de que, no Brasil, entre outros fatos, ele deu causa ao suicídio do Presidente Getúlio Vargas, ao exílio de Goulart, sem citar, em 1989, o último debate na TV entre Luiz In cio Lula da Silva e Fernando Collor de Mello, na disputa pela presidência que levou este último a assumir o cargo.⁹⁷ Era nesse sentido que

⁹³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 160-161.

⁹⁴ SARMENTO, 2006, p. 236.

⁹⁵ Sobre o tema, ver: FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informa o: m dia, globaliza o e regula o*. São Paulo: Editora Pillares, 2005; FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunica o: teoria e prote o constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁹⁶ MAHONEY, Kathleen. *Hate vilification legislation and freedom of expression. Where is the balance?* Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/1994/1.html>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

⁹⁷ "No Brasil, para passar ao particular, a diferença pode ser aferida por casos concretos relativamente recentes: em 1954, jornais e rádio, habitualmente consorciados empresarialmente, montaram uma opera o que levou o presidente Vargas ao suicídio, praticamente já deposto, em três semanas, entre 5 e 24 de agosto; em 1964, dez anos depois, jornais, rádio e televisão, trabalhando unidos para a tarefa, levaram o presidente Goulart ao

Assis Chateaubriand, magnata do jornalismo, utilizava o bordão: “Quem quiser ter opinião, que compre um jornal”.⁹⁸

O discurso do ódio contradiz fundamentalmente o princípio básico da igualdade e os valores de uma sociedade livre e democrática. Quanto mais a sociedade acredita na falsidade do discurso, mais fraca se torna a justificativa da busca da verdade.⁹⁹ Assim, a teoria do mercado de ideias é pura ficção legal.¹⁰⁰

Owen Fiss, ao tratar do problema do *hate speech*, chega inclusive a afirmar que não serve como fundamento a necessidade de mais argumentos contra as opiniões impróprias, pois “o medo é que este discurso tornará impossível para estes grupos desfavorecidos até mesmo participar da discussão”.¹⁰¹ Como afirmou Kevin Boyle: “existem circunstâncias nas quais outros interesses devem prevalecer sobre a liberdade de expressão sem ser inconsistentes com o forte compromisso com o valor da liberdade de expressão”.¹⁰²

Como afirma Glyn Morgan, Mill está errado quanto ao seu entendimento de que, na sociedade, em um espaço público amplo e aberto às discussões e todos os pontos de vista, a busca da verdade ocorreria com um senso de respeito mútuo e segurança mediante mecanismos não coercitivos. Para ela só podemos coexistir em uma sociedade multicultural diversa, por meio de uma

exílio, já deposto, em operação realizada em menos de um mês. Os dois editoriais de primeira página do Correio da Manhã, do Rio de Janeiro, assinalaram, nos últimos dias de março, os termos finais da ofensiva. A imprensa, acolitando o rádio, no primeiro caso, e acolitando o rádio e televisão, no segundo, foi a alavanca que destruiu dois presidentes eleitos. Apelidar de democrático um regime em que isso se tornou possível é, evidentemente, perigoso eufemismo” (SODRÉ, Nelson Werneck. *História da imprensa no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p. XIV). Sobre o debate na campanha presidencial de 1989 entre Luis Inácio Lula da Silva e Collor de Mello, ver: NOVAES, Adauto (Org.). *Rede imaginária: televisão e democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁹⁸ MORAES, Fernando. *Chatô - O rei do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994, p. 327.

⁹⁹ MAHONEY, 2008, p. 6.

¹⁰⁰ BILFORD, Brian J. Harper’s Bazaar: The market place of ideas and hate speech in schools. *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, Stanford, vs. 4, p. 104, June 2008.

¹⁰¹ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. e Prefácio de Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 47.

¹⁰² BOYLE, Kevin. *Overview of a dilemma: censorship versus racism*. In: COLIVER, Sandra. *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 1-9.

política interventiva ativa do Estado contra o discurso do ódio, que garanta que todo grupo tenha seu autorrespeito apoiado por decreto governamental.¹⁰³

Kathleen Mahoney também acredita que os argumentos da busca da verdade e do livre mercado de ideias são falhos, pois vários argumentos são antigos e podem ser questionados do ponto de vista teórico e prático, além do fato de que ignoram o mal causado aos grupos atingidos. Ela afirma, por exemplo, que essa doutrina se baseia em uma proposição segundo a qual o governo é uma constante ameaça à liberdade dos cidadãos e que, uma vez na posse de poderes, ele restringiria os direitos dos indivíduos; porém, no contexto das democracias ocidentais do século XXI, esse argumento está ultrapassado.¹⁰⁴

Como escreveu Jeremy Waldron, a verdade nunca se manifesta *in própria persona*, surgindo sempre mediada por crenças controversas.¹⁰⁵ Herbert Marcuse argumenta que o livre mercado de ideias que defende a liberdade de expressão não é um mercado livre. Suas regras são rigorosas em favor dos poderosos e ricos. Ele argumenta que a pura tolerância sustentada pelos liberais como Stuart Mill leva à repressão e à perpetuação da desigualdade. Nesse sentido, sustenta que a tolerância indiscriminada seria justificada apenas em debates inofensivos, conversas e discussões acadêmicas. Já na sociedade, onde a liberdade e a felicidade estão em jogo, “algumas coisas não podem ser ditas, certas ideias não podem ser expressas, certas políticas não podem ser propostas, certos comportamentos não podem ser permitidos sem fazer da tolerância um instrumento para a continuação da servidão”.¹⁰⁶

Owen Fiss resume muito bem o embate entre liberdade e igualdade, em que alguns autores pretendem “preferir” a liberdade à igualdade:

Muitos participantes dos debates reconhecem prontamente a força da igualdade, mas recusam render-se a ela. Eles honram o contravalor, porém resolvem o conflito entre liberdade e

¹⁰³ MORGAN, Glyn. *Mill's liberalism, security, and group defamation*. Harvard University. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1088405>>. Acesso em: 18 fevs. 2008.

¹⁰⁴ MAHONEY, Kathleen. *Hate vilification legislation and freedom of expression. Where is the balance?* Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/1994/1.html>>. Acesso em: 20 jun. 2008.

¹⁰⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 111.

¹⁰⁶ MARCUSE, Herbert. *Repressive tolerance*, 1965, apud HEUMANN, Milton. CHURCH, Thomas. *Hate speech on campus: cases, case studies, and commentary*. Boston: Northeastern University Press, 1997, p.263.

igualdade em favor da liberdade. A Primeira Emenda deve ter precedência, dizem eles. Tal posição tem apelo à concepção mais clássica do liberalismo e, talvez por essa mesma razão, ela alcança uma situação privilegiada nos debates atuais. Não obstante, ela me parece vulnerável, porquanto não oferece nenhuma razão para preferir liberdade à igualdade – para preferir a Primeira Emenda à Décima Quarta. A precedência da Primeira Emenda aparenta ser pouco mais que uma afirmação ou um slogan. Aqueles que favorecem a liberdade frequentemente se referem ao papel que a liberdade de expressão desempenhou assegurando igualdade nos anos 1960, sugerindo que o debate aberto e livre é uma pré-condição para alcançar uma igualdade verdadeira e substantiva. Mas certamente o contrário pode também ser verdade: que uma política verdadeiramente democrática não será alcançada até que condições de igualdade tenham sido inteiramente satisfeitas.¹⁰⁷

No mais, a partir do giro hermenêutico-pragmático da filosofia e da moderna teoria dos princípios promovida por Gadamer, a verdade passa a ser datada, histórica e mutável. É sempre uma verdade que se sabe precária, passível de ser falsificada e modificada.¹⁰⁸

Nesse sentido, diz Heidegger:

A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, se apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo o princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já põe, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.¹⁰⁹

Correta, portanto, a visão procedimental do direito que é, além do mais, resultado de uma disputa de paradigmas e parte da premissa segundo a qual o modelo liberal do direito e o modelo do estado social interpretam a evolução jurídica em termos excessivamente concretistas e ocultam a conexão que se

¹⁰⁷ FISS, Owen M. *A Ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. e prefácio de Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 42.

¹⁰⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, vs. 8, p. 542-587, 2008.

¹⁰⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, vs. 8, p. 542-587, 2008.

dá entre autonomia privada e autonomia pública, a qual necessita ser interpretada caso a caso.

Assim, o modelo de democracia que Habermas sugere baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo.¹¹⁰ Esse conceito adota elementos dos paradigmas liberal e republicano, integrando-os, porém, num conceito de procedimento ideal de deliberação e decisão que se imiscui em qualquer racionalidade prática assente na garantia de direitos subjetivos negativos contra o Estado, consoante apregoam os liberais, e em um *ethos* social concreto de uma dada comunidade, a refletir um acordo ético-político a ser respeitado, segundo defendem os republicanos. A teoria do discurso que associa ao processo democrático as conotações normativas mais fortes, o que o faz o modelo liberal, mas mais fracas, o que o faz o modelo republicano, recebe elementos de um e de outro modelo para recompô-lo de uma maneira nova.¹¹¹

Essa ação comunicativa, ou essa razão comunicativa, baseia-se em uma racionalidade não solipsística de um poder não opressor, mas universalista, na busca de um consenso que, no direito, ocorre através da política deliberativa. Dessa forma, a legitimidade do direito só poderia advir da relação da facticidade da imposição coercitiva do Direito pelo Estado, conectada a um processo de normatização racional do direito, pois a coerção e a liberdade são componentes essenciais à dupla dimensão da validade jurídica.

112

Sendo assim, os princípios do Estado Democrático de Direito giram em volta do conceito de auto-organização de uma comunidade que, através do *médium* do direito, constitui-se como uma associação de membros livres e iguais. A esse respeito, observa ser possível desenvolver o modelo de Estado Democrático de Direito a partir de princípios segundo os quais o Direito legítimo é gerado por um poder fundado na comunicação, sendo este transformado em poder administrativo no meio do Direito legitimamente criado. Dessa forma, o

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Mota. Ed. Loyola: São Paulo, 2004, p. 277.

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004, p. 280.

¹¹² SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 130.

direito produzido de forma democrática seria uma maneira de integração social que possibilitaria e deveria diminuir a probabilidade de dissenso, permitindo a estabilização de expectativas de comportamento e, ao mesmo tempo, garantir legitimidade, de tal maneira que os “destinatários das normas jurídicas, fossem os seus autores, sobre o pano de fundo de uma crescente distinção e autonomização da antiga esfera normativa ontologizada em um acentuado processo de diferenciação social”.¹¹³

Nesse diapasão, o discurso racista viola o reconhecimento de cada pessoa como livre e igual e, conseqüentemente, da regra do respeito mútuo, tornando impossível a prática da deliberação democrática.¹¹⁴

Não se deve interpretar, portanto, os princípios democráticos de forma excludente. Tem esse sentido a crítica de George Orwell em “A revolução dos bichos”, em que os animais da Granja do Solar, cansados do péssimo tratamento, revoltam-se contra o dono da fazenda com o objetivo de instituir um sistema cooperativo e igualitário sob o slogan “Quatro pernas bom, duas pernas ruim”. Ocorre que, tempos depois, os porcos e os cachorros passam a usufruir dos privilégios, instituindo um regime de opressão sob o lema: “Todos os bichos são iguais, mas alguns bichos são mais iguais que outros”. É assim que a democracia pode ser utilizada de forma a justificar a nova tirania.¹¹⁵

A utilização da razão comunicativa como ponto de apoio construtivo tem o mérito de sugerir o caráter intersubjetivo e relacional dos direitos fundamentais, por vezes esquecido por abordagens excessivamente individualistas.¹¹⁶

A liberdade de expressão só ganha verdadeiro sentido em uma sociedade aberta e plural, num espaço público que possibilite o livre intercâmbio de opiniões, desde que garantidos pelos princípios da igualdade e

¹¹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. A teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 189-225.

¹¹⁴ MANETTI, Michela. L'incitamento all' ódio razziale tra realizzazione dell' egualianza e difesa dello Stato. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/index.html>. Acesso em: 13 fevs. 2009.

¹¹⁵ ORWELL, George. *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. São Paulo: Companhia das letras, 2007, p. 106.

¹¹⁶ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 150.

liberdade, em que o exercício dos direitos de uns depende das possibilidades do exercício dos direitos de outros. Portanto, a liberdade de expressão só se manifesta em sua totalidade quando os indivíduos estão munidos de uma igual liberdade.¹¹⁷

Ocorre, assim, uma releitura dos direitos fundamentais, direitos esses oponíveis contra o próprio Estado, omisso e privatizado, releitura que vem exatamente consolidar a superação da dicotomia público *versus* privado em sua concepção clássica.

O público deixa de ser entendido como estatal e gera uma modificação do privado, não mais concebido como mero amparo do individualismo, o que resulta em novas realidades processuais e jurídicas. Organismos que eram antes considerados privados passam a realizar atos de interesse coletivo da sociedade, em um contexto no qual o público não apenas deixa de ser estatal, mas pode inclusive ser contraposto ao estatal.

A autonomia privada refere-se a uma esfera de reconhecimento de direitos aos indivíduos que lhes permite traçar projetos individuais de vida. A autonomia pública, por sua vez, reporta-se a um espaço público de debates a todos acessível em pé de igualdade. A garantia de uma autonomia privada ajuda a assegurar as condições de uma autonomia pública, da mesma forma que o exercício apropriado da autonomia pública ajuda a assegurar as condições da autonomia privada.¹¹⁸ A codependência entre ambas reside, portanto, no fato de que, uma vez superada a clássica concepção de direitos naturais, o reconhecimento da autonomia privada opera-se num espaço público, enquanto que o reconhecimento do espaço privado afigura-se essencial, tanto para a formação da subjetividade, quanto para a expressão do indivíduo, repercutindo, portanto, na formação pública de opinião e de vontade. Para Habermas,

a conexão interna entre democracia e Estado de Direito consiste em que, por um lado, os cidadãos só podem fazer um adequado uso de sua autonomia pública se, graças a uma autonomia privada simetricamente assegurada, são suficientemente independentes e, por outro, em que só podem alcançar um equilíbrio ao usufruir de sua autonomia privada se,

¹¹⁷ MACHADO, 2002, p. 151.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Paradigms of Law. *Cardozo Law Review*, New York, vs. 17, n. 4-5, p. 771-784, mar.1996.

como cidadãos, fazem um adequado uso de sua autonomia política.¹¹⁹

Incorreta, portanto, a assertiva segundo a qual o discurso do ódio deveria ser permitido, visto estar fundado no direito de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. As justificativas da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade baseiam-se na convicção de que a autonomia individual requer uma proteção irrestrita da liberdade de se exprimir. E, nesse caso, o direito deveria proteger todo e qualquer tipo de expressão. Nesse sentido, a liberdade de expressão em sentido amplo constitui um pressuposto essencial da autenticidade do sujeito.¹²⁰

A liberdade de expressão faz ressaltar a importância, para a realização pessoal, da faculdade, inerente à pessoa humana, de manifestar as próprias ideias, bem como a possibilidade de contestar as dos outros. Um representante dessa corrente teórica é Thomas Scanlon que, ao defender a livre manifestação das opiniões como um bem de promoção pessoal, posiciona-se contra qualquer interceptação estatal na liberdade dos cidadãos de manifestar seus pensamentos, salvo em casos extremos.¹²¹

Há ainda uma teoria acerca da autonomia e autoexpressão da liberdade de pensamento. Como o próprio nome diz, a autonomia significa a autodeterminação da pessoa humana para pensar por si mesma sem estar submetida à dominação intelectual de outrem. A autoexpressão pressupõe a liberdade de expressão e comunicação, porque pensamento e linguagem estão intimamente ligados. Portanto, a supressão da crença, da opinião, ou outras formas de expressão seria uma afronta à dignidade do homem, seria a negação da essência natural do ser humano.¹²²

Nesse sentido, a teoria da autorrealização define a importância da manifestação pessoal ou individual, da faculdade reconhecida ao ser humano de expor suas próprias ideologias, bem como a de refutar as dos outros. Nessa base, o ordenamento jurídico deveria respeitar a autonomia até mesmo do

¹¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós, 2000, p. 152-153.

¹²⁰ MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 286.

¹²¹ FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 67.

¹²² EMERSON, Thomas I. *The system of freedom of expression*. New York: Editora Random House, 1970, p. 6.

indivíduo que nega respeito aos outros dentro da sociedade. A lei deveria respeitar a liberdade dos racistas para expressar suas opiniões.¹²³

Não há dúvida de que a liberdade de expressão exerce um enorme e importante papel no desenvolvimento da personalidade humana. Ocorre que o argumento da permissão da liberdade de expressão, tendo em vista salvaguardar o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, esbarra em si mesmo quando utilizado para permitir o discurso do ódio, pois 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. É o efeito silenciador do discurso.

Percebe-se, portanto, que o discurso do ódio não respeita o cenário delineado para uma correta discussão. O espaço público aberto e plural no qual pessoas se reconhecem como livres e iguais é destruído em seu âmago pelo *hate speech* que não consegue enxergar em seu discurso o “outro” como um igual, participante de uma comunidade com base na comunicação. A partir do momento em que o outro é previamente excluído da possibilidade de manter um diálogo, não se pode conceber essa atividade como liberdade de expressão. Tal espaço pressupõe que cada indivíduo esteja aberto a ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados pelos outros. Exige-se respeito mútuo entre os participantes.

Segundo Daniel Sarmento, este ambiente é simplesmente inviabilizado pelo *hate speech*, que está muito mais próximo de um ataque do que de uma participação num debate de opiniões, pois 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, e nenhum deles contribui minimamente para a busca da verdade.¹²⁴

Habermas afirma que a comunicação possui uma estrutura dupla baseada em dimensões proposicional e performativa, sendo a primeira vinculada ao objeto da comunicação e a segunda, ao caráter intersubjetivo do discurso, em que locutor e ouvinte consideram-se mutuamente.

¹²³ BAKER, C. Edwin. Hate Speech. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1105043>. Acesso em: 15 nov. 2008.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e iguais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 236.

O discurso do ódio é, na verdade, um desrespeito à estrutura performativa da comunicação, pois aquele que faz afirmações que menosprezam e atingem determinados grupos, não os reconhece como iguais e se refere à postura do locutor frente a grupos determinados e não à coerência, em si, do conteúdo do discurso.

Desta forma, o *hate speech* não possui a universalidade das pretensões de validade. E, por isso, não deve ser reconhecido como liberdade de expressão.

Atualmente, surge uma nova ideia de cidadania, haja vista que o espaço público é entendido como uma esfera de atuação do indivíduo na coletividade. Isso conduz à uma ideia de legitimidade baseada também na igual consideração da autonomia pública e privada, sem privilegiar uma em detrimento da outra.

Dessa maneira, não se pode entender, como antes, a autonomia pública e a autonomia privada como institutos distintos e antagônicos. Eles tornam-se, na verdade, interdependentes.

Esta mesma leitura influencia a visão dos direitos de igualdade e liberdade: antes entendidos como inconciliáveis e excludentes, devem ser lidos como necessários um à existência do outro. Para que se possa existir e permitir a liberdade, a igualdade deve acompanhar de uma maneira aberta as reconstruções e ressignificações, a fim de permitir a inclusão de diferentes opções de vida autodeterminadas livremente.

Nesse mesmo caminho, afirmou Joaquín Herrera Flores:

La igualdad es una condición de la libertad, pues sin condiciones sociales, económicas y culturales de poco vale 'gozar' de derechos que no van a poder ser puestos en práctica; pero sin ésta, sin la libertad, es decir, sin las condiciones que permiten ejercer la política democrática, el debate permanecerá, bien en el terreno estéril de las formas o, en el no menos angustiante circuito de la rebelión sin estructuras institucionales.¹²⁵

¹²⁵ FLORES, Joaquín Herrera. *La Construcción de las garantías. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad*. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 111-145.

Vê-se, pois, que a liberdade de expressão não pode ser tida como exclusivo exercício da liberdade ou exclusivo exercício da igualdade, mas necessariamente como o exercício de ambas, ao mesmo tempo.

Amartya Sen também escreveu sobre o tema:

À luz da discussão nas seções anteriores, é preciso sustentar que este modo de ver a relação entre igualdade e liberdade é completamente falho. Os libertários precisam considerar importante que as pessoas devam ter liberdade. Dado isso, imediatamente surgem perguntas relativas a: quem, quanta, distribuída como, quão igual? Por isso o problema da igualdade aparece imediatamente como um complemento da afirmação da importância da liberdade. A proposta libertária tem de ser complementada passando-se a caracterizar a distribuição de direitos entre as pessoas envolvidas. De fato, as exigências libertárias de liberdade incluem tipicamente características importantes de 'liberdade igual', p. ex., a insistência na igual imunidade da interferência de outros. A crença de que a liberdade é importante não pode, portanto, estar em conflito com a visão de que é importante que os ordenamentos sociais sejam dispostos para promover a igualdade de liberdade que as pessoas têm.¹²⁶

Esse ponto de vista permite um livre exercício do pluralismo de concepções inerentes à própria ideia de constitucionalismo a que se refere Rosenfeld, sendo necessário um processo de inclusão que considere a diferença e permita um tratamento contra-fático a essa diferença, ou seja, que respeite como iguais essas visões, exatamente por serem diferentes.

Tal assertiva provém da ideia de um sujeito constitucional aberto e evasivo, capaz de dialogar com as diferentes identidades existentes na sociedade sem, contudo, adotar uma delas como dominante, pois a constituição de um sujeito assim compreendido implica a ideia de um processo de reconstrução, contínuo e incompleto, orientado para a obtenção de um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição de outras identidades relevantes. Esta definição não pode ser entendida como algo estanque, na medida em que Rosenfeld reconhece o caráter de contínua transformação do constitucionalismo e a conseqüente impossibilidade de uma definição fechada, acabada. Essa interpretação baseia-se no conceito da abertura da identidade, da constante transformação de quem é o sujeito protegido e reconhecido pela Constituição.

¹²⁶ SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 53.

Por isso mesmo, em razão dessa evasividade é que o próprio Rosenfeld afirma que é mais fácil determinar o que a identidade constitucional e o sujeito constitucional não são, do que determinar o que eles são. Ele é mais uma ausência que uma presença¹²⁷. Essa indeterminação leva a uma necessidade de constante reconstrução da identidade, que nunca se torna definitiva ou completa. Assim, a identidade do sujeito constitucional deve ser esculpida em pleno confronto com outras identidades. Não se pode abdicar dessas outras identidades, mas deve-se tentar incorporar e transformar alguns elementos emprestados. Assim sendo, a identidade do sujeito constitucional é suscetível apenas de uma determinação parcial, por meio de um processo de reconstrução orientado para o alcance de um equilíbrio entre assimilação e rejeição das outras identidades relevantes.¹²⁸

Menelick de Carvalho Netto ressalta:

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

O constitucionalismo, ao lançar na história a afirmação implausível de que somos e devemos ser uma comunidade de homens, mulheres e crianças livres e iguais, lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda inclusão é também uma nova exclusão. E os direitos fundamentais só poderão continuar como tais se a própria Constituição, como a nossa expressamente afirma no § 2.º do seu art. 5.º, se apresentar como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais. Aquisições que não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções dos direitos fundamentais.¹²⁹

Em outros termos, o que se propõe é a interpretação da Constituição com base em um contínuo processo de abertura e ressignificação, para que não haja um domínio que, ao consolidar uma identidade constitucional estanque, acabe por excluir todas as demais. Assim, ao lidar com as diferentes

¹²⁷ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 3.

¹²⁸ ROSENFELD, 2003, p. 3.

¹²⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

identidades, o processo de reconstrução da identidade constitucional acaba por abranger a reconstrução da ideia de cidadania e titularidade de direitos, com reflexos em diversos ramos do Direito.

Nesse sentido, Rosenfeld afirma que “para estabelecer uma autoidentidade constitucional viável, o real deve ser suplementado pelo ideal ou, em outros termos, os fatos devem ser enriquecidos por uma imaginação contrafactual”.¹³⁰

Rosenfeld baseia-se, na verdade, na incorporação de uma tensão permanente, imprescindível à atual abordagem constitucional, entre um enfoque sociológico e desconstrutivo, crítico das possibilidades de abuso sempre presentes no Direito Constitucional, e a perspectiva intra e reconstrutivista, capaz de garantir a inafastabilidade dos princípios da igualdade e da liberdade reciprocamente reconhecidos a si mesmos por todos os membros da comunidade política.¹³¹

Essa identidade constitucional aberta e evasiva é propensa a se alterar com o tempo, sendo necessário à sua construção um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro.¹³²

As constituições escritas tornam evidentes as necessidades de alteração, pois a incompletude do texto constitucional e a sua impossibilidade de abarcar todos os assuntos possíveis de forma completa, fazem com que devam permanecer abertas a interpretações, ainda que conflitantes, que pareçam igualmente defensáveis. Do mesmo modo, um dado texto constitucional jamais será capaz de contemplar todos os temas pertinentes às questões oriundas tanto do constitucionalismo quanto da própria Constituição, tornando a apreensão da identidade constitucional uma tarefa sempre carente de complementação e, portanto, sempre necessariamente aberta à interpretação.¹³³

¹³⁰ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 43.

¹³¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 10.

¹³² ROSENFELD, 2003, p. 17.

¹³³ Para Rosenfeld, a questão atinente às emendas constitucionais é um mau aspecto da problemática relação entre a identidade constitucional e o texto constitucional. Questiona em que medida a ampla utilização de emendas constitucionais não significaria, de fato, uma quebra de continuidade entre uma dada identidade constitucional e uma nova identidade constitucional em construção, fulcrada nas emendas. Cita, como exemplo, a Hungria onde

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

Nesse sentido, afirma Rosenfeld:

Baseado nas observações precedentes, podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão ¹³⁴.

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

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

quase toda a Constituição foi alterada por meio de emenda constitucional durante a transição do socialismo para o capitalismo.

¹³⁴ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 23.

facilmente identificada no caso da liberdade de expressão e a proibição do discurso do ódio. A forma como a Alemanha¹³⁵ interpreta, hoje, os absurdos cometidos pelo nazismo na 2ª Guerra Mundial levou o país a proibir, através de lei, o revisionismo histórico. Posição inversa têm os Estados Unidos ao defender uma interpretação liberal da liberdade de expressão, não criminalizando o discurso do ódio¹³⁶.

Rosenfeld afirma:

¹³⁵ A Lei Fundamental de Bonn possui um dispositivo, art. 22.2, que prevê a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade para partidos que, segundo seus objetivos ou a finalidade de seus membros, tenham como meta prejudicar ou extinguir a ordem fundamental democrática livre ou pôr em risco a existência da República Federal da Alemanha. O Código Penal alemão em seu art. 130 criminaliza o ato de incitação ao ódio ou violência contra partes da população além de ataques à dignidade humana e a proibição de distribuição e publicação de mensagens de ódio. Esse artigo também penaliza a negação do Holocausto, isto é, a denegação e diminuição dos atos nazistas cometidos durante a segunda guerra mundial. (v: LIPSTADT, Deborah E. *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory*. New York: Editora Plume, 1994). Esta atitude enquadra-se entre os casos de proibição do discurso do ódio. A Corte Constitucional já afirmou que “a proibida afirmação de que não houve perseguição aos judeus durante o Terceiro Reich é uma descrição factual que já foi provada mentirosa de acordo com inúmeras testemunhas oculares e inúmeros documentos, para as decisões de vários casos criminais e para conclusões históricas. Levando isso em conta, um pronunciamento tendo esse conteúdo não desfruta da proteção da liberdade de expressão”. (BVerfGE 90, 241, 249.) Ao contrário dos alemães, os americanos mostram-se assombrados com a ideia de que pessoas possam ser presas por negarem o holocausto (KAHN, Robert A. *Hate Speech and the national identity: the case of the United States and Canada*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870444. Acesso em 11 nov. 2008). Os europeus ficam perplexos escutando quão longe vão os Estados Unidos para proteger a primeira emenda (SEDLER, Robert A. *An essay on freedom of speech: the United States versus the rest of the world*. *Michigan State Law Review*, Wayne State University Law School vs. 2006:2, 2006, p. 1). Em *Irving vs. Baviera*, 90 BVerfGE 241, o estado condicionara a autorização da realização de um evento ao fato de não poder David Irving, um dos palestrantes, falar sobre a tese da inexistência do Holocausto. A lei que se tomou como base permitia a proibição de reuniões em que houvesse violação da lei penal. A violação aqui era o insulto ao povo judeu. A suprema corte decidiu pela constitucionalidade da lei e pela autorização à restrição da palestra do prof. Irving, por entender que a negação da existência do Holocausto não é manifestação de opinião, mas afirmação inverídica acerca de fatos. Em outro caso, “Verdade para Alemanha” 90 BVerfGE 1 (1994), discutiu-se a constitucionalidade da inclusão de um livro no rol dos livros considerados imorais ou perigosos. O livro negava a ocorrência do Holocausto, mas através da ideia de que a eclosão da 2ª Guerra Mundial havia sido culpa dos adversários da Alemanha. A corte decidiu pela prevalência da liberdade de expressão, pois se discutia no livro não a mera afirmação da inexistência de um fato, mas sim da opinião do autor. Ver também: *Tucholsky I*, 21 EuGRZ 463 (1994) e *Tucholsky II*, “*The Titanic*”.

¹³⁶ Os Estados Unidos são tão arraigados a uma interpretação liberal da primeira emenda que deixaram reserva com respeito ao Artigo 4º da Convenção pela Eliminação de todas as normas de Discriminação Racial e, mais recentemente, recusaram-se em termos constitucionais a assinar o Protocolo para a Criminalização dos Atos de Racismo e Xenofobia, que faz parte do apenso à Convenção do Conselho Europeu de Crimes Cibernéticos de 2001, do qual são signatários. Robert A. Sedler explica que, nos Estados Unidos, a forte proteção constitucional da liberdade de expressão está arraigada na cultura americana do século XXI e que a interpretação expansiva da Suprema Corte acerca da garantia de liberdade de expressão da primeira emenda serve para implementar os valores da sociedade americana de hoje (SEDLER, Robert A. *An essay on freedom of speech: the United States versus the rest of the world*. *Michigan State Law Review*, Wayne State University Law School vs. 2006:2, 2006).

o conflito que há entre as efetivas constituições e o constitucionalismo, quanto à incorporação de determinadas prescrições normativas é, em um determinado sentido, um confronto entre a facticidade de uma certa Constituição em particular e as normas que prescrevem o que uma democracia constitucional deveria ser. Esse conflito, no entanto, pode ser visto também como o confronto entre normas distintas, mais especificamente, como a inconsistência das normas promovidas por uma Constituição efetiva com as normas inerentes ao constitucionalismo. Lidar com tais inconsistências, como veremos, é uma das tarefas que a reconstrução pode melhor realizar.¹³⁷

Para que se possa estabelecer uma autoidentidade, necessário pensar na relação entre facticidade e validade, fatos e normas, real e ideal. Desse modo, construção e reconstrução foram pensadas para erguerem pontes entre o real e o ideal, entre os fatos e os contrafatos.¹³⁸

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

A negação, a metáfora e a metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar sua identidade. A negação é crucial à medida que o sujeito constitucional só pode emergir como um “eu” distinto por meio da exclusão e da renúncia. A metáfora ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com sua ênfase na contigüidade e no contexto, é essencial para evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas a ponto de aplinar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro.¹³⁹

A negação exerce um papel de enorme importância na reconstrução da identidade do sujeito constitucional. Ela é, na verdade, a própria rejeição, repúdio, repressão, exclusão, enfocando aquilo que o sujeito não é, sem revelar o que é.¹⁴⁰ É a ausência em si, o hiato.

¹³⁷ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 42.

¹³⁸ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 43.

¹³⁹ ROSENFELD, 2003, p. 50.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 51.

Ela ocorre em três estágios, baseados na lógica dialética do sujeito de Hegel. O primeiro estágio representa a emergência do sujeito como negação. O sujeito constitucional nega o sujeito pré-constitucional. Ele se diferencia dos sujeitos já constituídos anteriormente. É a identidade puramente negativa mediante o repúdio a todo o passado e a todas as identidades tradicionais. Nesta primeira fase, o sujeito constitucional é a pura negatividade, a carência.

Invariavelmente, surge uma necessidade de preencher tal vazio. Essa busca por uma identidade positiva é o segundo estágio. Aqui, o sujeito recorre a todas as identidades que foram anteriormente descartadas e seleciona-as, incorporando-as em seu próprio benefício. Isso ocorre porque os objetivos do constitucionalismo não podem ser perseguidos no vácuo. Eles requerem o estabelecimento de um aparato institucional viável que deve, necessariamente, se assentar na história, nas tradições, no patrimônio cultural da comunidade política pertinente.¹⁴¹ Não ocorre uma volta ao passado pré-constitucional anteriormente descartado. Ao contrário, trata-se de uma incorporação seletiva de elementos das identidades repudiadas, em consonância com os objetivos e interesses do próprio sujeito constitucional.

Por fim, o terceiro momento é o da negação da negação, ou seja, nega-se a proposição segundo a qual a busca da identidade envolve a perda da subjetividade, o que permite ao sujeito constitucional alcançar um ponto de vista a partir do qual é capaz de perceber a sua própria identidade positiva em desenvolvimento como sendo moldada, em última instância, por sua vontade mesma e não por forças externas fora de seu controle.¹⁴²

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

Ela é o equivalente discursivo do conceito de condensação de Freud. Segundo Freud, a condensação é um processo psíquico mediante o qual similaridades são reunidas e enfatizadas à custa das diferenças.¹⁴³

Rosenfeld assevera:

¹⁴¹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 53.

¹⁴² ROSENFELD, 2003, p. 57.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 61.

A metáfora também comparece no famoso *dictum* norte-americano *the Constitution is colorblind* (a Constituição é cega à cor das pessoas). Se se concentra nas qualidades metafóricas desse *dictum*, revela-se que ele resulta da ênfase dada às similaridades entre raças, ou seja, àquilo que elas compartilham em detrimento das diferenças entre elas, associado ao desprezo pelas diferenças raciais e pelo que se deveria estimar alcançar como uma conseqüência dessas diferenças.¹⁴⁴

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

De um ponto de vista normativo, a doutrina constitucional apoiada pela metáfora da indiferença à cor tem a virtude de vedar o uso das diferenças raciais como um meio de juridicamente se colocar em desvantagem as minorias raciais oprimidas. Do mesmo modo, no entanto, essa doutrina jurídica pode também inibir a marcha em direção à justiça racial. Por exemplo, se estritamente aplicada, a doutrina jurídica fundada no princípio da indiferença/cegueira à cor proibiria qualquer medida conscientemente racial destinada a integrar as escolas públicas racialmente segregadas.¹⁴⁵

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

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

¹⁴⁴ Ibid., p. 65.

¹⁴⁵ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 65. Um dos casos utilizados por Rosenfeld para a explicação da metáfora como utilização das similitudes foi o caso *Bowers vs. Hardwick* (478 U.S. 186 (1986)). Foi julgado se o direito à privacidade deveria proteger as relações homossexuais. A Suprema Corte, por 5x4, decidiu que a privacidade não alcançava a relação entre homossexuais por ela tradicionalmente proibida e criminalizada. Já os juizes que votaram a favor da ampliação da privacidade para o caso, sustentaram a similaridade entre os heterossexuais e os homossexuais e, por meio do pensamento metafórico, conseguiram caracterizá-las como essencialmente similares.

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

Assim, por exemplo, por meio da contextualização metonímica, torna-se possível a superação da dificuldade da exigência da indiferença à cor na consecução da justiça racial. Contra os brancos que buscam colocar em desvantagem os afro-americanos em razão de sua raça, o princípio da indiferença à cor continua a ser uma barreira, Mas essa barreira não pode ser erigida para impedir a reabordagem das persistentes ofensas decorrentes do racismo. Uma vez que tenhamos seguramente em mente a diferença entre curar e o agravar ainda mais as feridas decorrentes do racismo, o rígido acolhimento do princípio da indiferença à cor parece ser tanto indesejável quanto desnecessário.¹⁴⁶

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

A contribuição da função metonímica para a delimitação dos direitos constitucionais torna-se manifesta na implementação desses direitos. Todos, em abstrato, deveriam gozar da mesma igualdade ou direitos de liberdade de crença religiosa. Na prática, no entanto, esses direitos não podem ser igualmente gozados a menos que sejam adequadamente moldados às diversas necessidades e circunstâncias com que se defrontam os seus beneficiários. Exatamente porque a igualdade requer mais a proporcionalidade do que a simples similaridade de tratamento, é necessário contextualizar e levar determinadas diferenças em conta. Assim, por exemplo, a igualdade para as mulheres requer mais do que serem tratadas do mesmo modo que os homens. A liberdade de culto ou de exercício de religião de alguém concretamente considerada, do mesmo modo, requer contextualização uma vez que as leis gerais aplicáveis podem não ter o mesmo impacto sobre distintas práticas religiosas. Uma lei que determine o fechamento do comércio aos domingos, por exemplo, provavelmente seria onerosa para os membros de religiões que guardam os sábados (*sabbatarians*), pois os força a fechar seus negócios por dois dias, enquanto seus competidores fechariam os seus por apenas um dia sem violar suas convicções religiosas.¹⁴⁷

Um exemplo da utilização da metonímia no Brasil é a implementação de políticas de cotas para negros em universidades e no serviço público. *A priori*,

¹⁴⁶ ROSENFELD, 2003, p. 71.

¹⁴⁷ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 74.

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

É a relação e combinação entre esses três elementos que permite a construção e a permanente reconstrução de uma identidade constitucional. Veja-se, por exemplo, a construção e reconstrução do sentido de igualdade pela Suprema Corte dos Estados Unidos quando dos casos *Plessy vs. Ferguson* e *Brown vs. Board of Education*. A Corte decidiu, em 1894, no primeiro caso, que a cláusula da *equal protection* deveria ser entendida sob a teoria dos iguais, mas separados. Já em 1954, a Suprema Corte revê sua decisão afirmando o direito dos negros estudarem nas mesmas salas de aula que brancos, impondo, inclusive, ao Estado que propiciasse os meios necessários à integração das duas raças. Somente uma Constituição aberta a essa variável de sentidos permite que, em cinquenta anos, um país mude por completo o sentido de igualdade.

De uma forma geral, a negação assume uma função primordial no dever de construir e reconstruir uma identidade constitucional, delimitando este sujeito ao realizar a mediação entre identidade e diferença. Ela é o principal mecanismo que cria o hiato que caracteriza a identidade constitucional, por meio do repúdio de visões consideradas inadequadas e de situações anteriormente aceitas como legítimas. Em outras palavras, a negação estabelece os significados vedados à metáfora e à metonímia, assim como determina quais sentidos e significados precisam ser substituídos pelo trabalho reconstrutivo. Cabe, então, à metáfora e à metonímia o papel da reconstrução ao fornecer conteúdo e formas determinadas dessa identidade e da diferença. Evidentemente, em discursos específicos, ora prevalecerão argumentos de ordem metafórica que levam em conta as similitudes, ora prevalecerão elementos de ordem metonímica. Comumente, a argumentação constitucional que pretende a expansão da aplicação de direitos recorre aos procedimentos metafóricos, enquanto que a argumentação que visa à limitação da aplicação de direitos lança mão de recursos metonímicos.

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

Essa igualdade constitucional requereria que as identidades e as diferenças fossem adequadamente levadas em conta. Nesse sentido, tanto a identidade como a diferença podem ser tomadas, quer para tornar os direitos de igualdade mais inclusivos, quer mais excludentes. Essa concepção reconhece a diferença não como uma exceção, mas sim como uma regra que deve ser tratada pelo direito por meio da política da igualdade.¹⁴⁸

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

A evolução dos direitos à igualdade pode ser, em geral, reconstruída como se desenvolvendo em três estágios distintos. O primeiro desses estágios é marcado por uma forte ênfase sobre a correlação entre a desigualdade e as diferenças. Essa correlação pode ser retrojetada, sobretudo, em um passado pré-constitucional – tal como o feudalismo pré-revolucionário – ou derivada metonimicamente em contraposição a uma equivalência puramente formal da igualdade com a identidade. O segundo estágio é dominado pela correlação entre identidade e igualdade, e ele é alcançado mediante uma imensa confiança nos processos metafóricos. A evolução do primeiro para o segundo estágio é marcada pela passagem da subordinação fundada na raça para a indiferença à cor, e da tutela das mulheres à igualdade dos sexos independentemente das diferenças de gênero. Finalmente, o terceiro estágio por uma igualdade mais envolvente e finamente sintonizada que leva em conta as diferenças sem explorá-las para padrões de dominação ou subordinação. Típico desse terceiro estágio é o tipo de igualdade fundado no mote “a cada um segundo as suas distintas necessidades” [...]. Assim o processo metonímico, que leva à igualdade como diferença, pode se afastar da identidade metafórica, que se encerra na igualdade do segundo estágio, mas somente à

¹⁴⁸ FLORES, Joaquín Herrera. *La Construcción de las garantías. Hacia una concepción Antipatriarcal de la libertad y la igualdad*. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 111-145.

medida que ele não perca de vista completamente essa identidade; ou, para dizê-lo de um outro modo, desde que ele não escape da seara de influência circunscrita pela identidade em questão. Em suma, a igualdade como diferença se apóia na influência mútua das formas da identidade metafórica e da diferença metonímica.¹⁴⁹

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

Sendo assim, supera-se a visão que entendia a igualdade e a liberdade como valores contraditórios ou antagônicos. Um não exclui o outro. A igualdade não deve ceder para que a liberdade possa se afirmar. Ao contrário, uma depende do exercício da outra. A liberdade depende de uma igualdade que reconhece todos como sujeitos de igual consideração, não ignorando as diferenças existentes entre eles. A liberdade depende da igual consideração como cidadão.¹⁵⁰ É o que Marcelo Galuppo chama de igualdade aritmética, pois

qualquer outra forma de igualdade implicaria reconhecer maior ou menor importância às pessoas que, no entanto, o Estado Democrático de Direito tem de conceber como detentoras da mesma possibilidade de intervir nos discursos jurídicos, o que seria impossível se fossem concebidas como geometricamente (des)iguais.¹⁵¹

Se o Estado Liberal pressupunha que todos são idênticos e o Estado Social, que todos podem ser identificados por meio de uma intervenção política, o Estado Democrático de Direito pressupõe, ao contrário, que é constitutiva do ser humano a diversidade e a diferença.¹⁵²

¹⁴⁹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 88.

¹⁵⁰ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008, p. 31.

¹⁵¹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 208.

¹⁵² GALUPPO, Marcelo Campos. *Tolerância e exclusão: um impasse para a democracia contemporânea*. In: BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de. M. (Org.). *Temas de Filosofia do Direito: novos cenários, velhas questões*. Barueri: Manole, 2004, p. 221-236.

Assim, “ninguém é igual a ninguém. Todo ser humano é um estranho ímpar”¹⁵³. É assim que Richard Sennett discorrendo sobre a distribuição desigual de talento reconhece que mesmo em um mundo idealizado em oportunidades e chances, as diferenças permaneceriam.

Neste sentido:

Estas são algumas das complicações que a desigualdade suscita na experiência do respeito, complicações criadas particularmente por talentos desiguais. Como igualitaristas realistas têm sido os primeiros a admitir, a natureza distribui desigualmente a inteligência, assim como a beleza ou a arte. A questão é o que a sociedade faz desta realidade. ‘Carreiras abertas ao talento’ era uma forma de honrar esta desigualdade; surgiu em uma época em que o talento podia ser enquadrado e definido. Os conceitos modernos de capacidade potencial depreciam a definição, mas não a desigualdade.¹⁵⁴

Também, R. H. Tawney declara:

[...] criticar a desigualdade e desejar a igualdade não é, como às vezes se sugere, alimentar a ilusão romântica de que os homens são semelhantes em caráter e inteligência. É sustentar que, embora seus dotes naturais difiram profundamente, é característica de uma sociedade civilizada objetivar eliminar tais desigualdades em sua origem, não nas diferenças individuais, mas na organização social [...].¹⁵⁵

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

¹⁵³ DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. Igual-Desigual. In: *A paixão medida*. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 77.

¹⁵⁴ SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 115.

¹⁵⁵ TAWNEY, R. H. *Equality*. Londres: Alien & Unwin, 1931, p. 101 apud SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 296.

discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão”.¹⁵⁶ Portanto, a proibição do preconceito e da discriminação em si não gera a inclusão das minorias; seria necessária a adoção de medidas que promovessem a inclusão, capazes de propiciar a tão almejada igualdade material e o reconhecimento de que todos são igualmente merecedores de direitos.

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

Nesse sentido, a legitimidade é assegurada por esses procedimentos e pela possibilidade de abertura à transformação e releitura de conteúdos, o que garante a participação democrática. Assim, enfatiza-se a enorme importância de se promover uma abordagem equiprimordial da proteção à esfera privada e à possibilidade de atuação pública do cidadão, de modo a permitir a garantia de desenvolvimento de suas convicções acerca do mundo e acerca do bem, possibilitando, assim, uma livre formação da identidade individual desse cidadão, ao mesmo tempo em que é reconhecido como um igual agente moral, apto a atuar publicamente. Somente garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode se compreender como uma sociedade democrática.

Jürgen Habermas escreveu:

Não há direito algum sem autonomia privada de pessoas do direito. Portanto, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria tampouco um médium para a institucionalização jurídica das condições sob as quais eles mesmos podem fazer uso da autonomia pública ao desempenharem seu papel de cidadãos do Estado. Dessa maneira, a autonomia privada e pública pressupõem-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquele.¹⁵⁷

A participação pública só é possível quando se tem a garantia à autonomia privada de seus direitos de liberdade e igualdade. Isto acaba por conduzir a uma configuração intersubjetiva do Direito, calcada na função de geração de integração social por meio de aquisições de entendimento mútuo

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 183.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro – estudos de teoria política*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004, p. 301.

entre os cidadãos livres e iguais e, também, na gestão contra-factual de expectativas generalizadas.

A formação democrática baseia-se, portanto, na possibilidade de exprimir livremente opiniões e vontades políticas diferentes, através de procedimentos institucionalizados. A existência de um procedimento democrático que propicia o debate entre diferentes visões acerca do mundo e a obtenção de um entendimento, que se sabe precário, contingente e passível de futura modificação, que ocasione uma ação voltada ao entendimento mútuo, é o que permite que diferentes coassociados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus atores e destinatários. São esses procedimentos e não seus conteúdos que asseguram a legitimidade, por garantirem a participação no jogo democrático e possibilitarem a transformação desse poder comunicativo, oriundo da esfera pública e da sociedade civil, em um poder administrativo, por meio da passagem por filtros legislativos institucionalizados.

É também nesse sentido que o próprio resultado do discurso do ódio não se coaduna com o ideal democrático de proporcionar a todos a possibilidade de exprimir suas opiniões, vez que ele resulta em um efeito silenciador.¹⁵⁸

O que a maioria das pessoas ignora é o efeito que o discurso de incitação ao ódio tem sobre outros indivíduos. Muitas vezes, aquele discurso sem voz pode acabar se tornando mais alto e atrair um maior número de adeptos que percebem ali uma forma de serem apreciados por seus conceitos entre os amigos. Afinal, o ódio e o racismo não são inatos, mas aprendidos.¹⁵⁹ Há quem diga que os atos praticados pelos ofensores no discurso do ódio são movidos pelo desejo de fama e reconhecimento entre aqueles que compartilham da mesma ideologia.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Esse termo tem sido bastante utilizado pela doutrina para designar um dos efeitos negativos do discurso do ódio. Este efeito que silencia as vítimas foi tratado por Owen Fiss como efeito silenciador do discurso. Sobre o tema, consultar: FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. e Prefácio de Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 33; FISS, Owen. El efecto silenciador de la libertad de expression. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/iso03.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2007.

¹⁵⁹ VAN DIJK, Teun A. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 15.

¹⁶⁰ DHARMAPALA, Dhammika; MCADAMS, Richard H. Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior (with particular reference to hate speech). *Journal of Legal Studies*, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=601368>>. Acesso em: 17 ago. 2008.

Esta teoria descreve que a estima dos outros é uma motivação intrínseca no cometimento do crime. Além disso, acredita-se que o discurso e o comportamento possuam uma conexão inevitável. Assim, a necessidade de estima entre aqueles que partilham do mesmo pensamento leva à renovação do discurso do ódio que frequentemente afeta a própria conduta do indivíduo. Dhammika Dharmapala e Richard H. MacAdams começam seu artigo “Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior” descrevendo diversas situações ocorridas nos Estados Unidos em que determinados indivíduos acordaram um dia e resolveram “sair matando” pessoas de grupos desprotegidos.¹⁶¹

Glyn Morgan define pelo menos três maneiras através das quais o discurso do ódio pode causar danos à segurança de outras pessoas. A primeira forma é o dano específico e direto às vítimas dos grupos difamados. A segunda ocorre quando o discurso deixa de ser meramente controvertido e, em determinados contextos, funciona como combustível levando à violência e à quebra da paz. Por fim, a terceira forma de ferir a segurança pública ocorre frente aos custos sociais indiretos outros que não a violência, como por exemplo, a cultura, o pensamento nacional e a forma de julgar as outras pessoas.¹⁶²

José Tiago Reis Filho, em “Negritude e Sofrimento Psíquico”, relata brevemente a história de sua paciente negra e de seu sofrimento psíquico:

¹⁶¹ “In the summer of 1999, a former Indiana University undergraduate named Benjamin Nathaniel Smith embarked on a series of drive-by shootings, targeting minorities in Illinois and Indiana. He began by firing on a group of Orthodox Jews in Chicago, injuring several. Then, he drove to Evanston, IL, shot, and killed Ricky Byrdson, an African-American coach at Northwestern University. He proceeded from there to Urbana, IL, and, eventually, to Bloomington, IN. There, he shot and killed Won-Joon Yoon, a Korean doctoral student at Indiana University, who was about to enter church for morning services. Subsequently, Smith committed suicide following a police chase. The same summer, Buford O’Neal Furrow, Jr., drove from his home on the Idaho-Washington border to Los Angeles, and opened fire on a Jewish community center, injuring several children (an act that he described as a “wake-up call for Americans to kill Jews”). Later, he shot and killed Ismael Ileto, a Filipino-American mailman, before fleeing to Nevada, where he gave himself up to police. In the spring of 2000, another gunman (a lawyer of Latvian descent named Richard Scott Baumhammers) targeted minorities in the Pittsburgh area. His victims (five of whom died) were of African-American, Jewish, Chinese, Indian, and Vietnamese origin” (DHARMAPALA, Dhammika; MCADAMS, Richard H. *Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior (with particular reference to hate speech)*. Journal of Legal Studies, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=601368>>. Acesso em: 17 ago. 2008).

¹⁶² MORGAN, Glyn. *Mill's liberalism, security, and group defamation*. Harvard University. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1088405>>. Acesso em: 18 fevs. 2008.

Inicialmente, descrevia-me seus ataques, que se davam em casa, geralmente à noite, na solidão do seu quarto ou no banheiro. Depois, associou-os à questão racial, lembrando algumas cenas: as muitas vezes em que foi xingada de macaca na escola ou na rua. Certa vez deixaram uma banana em sua carteira, fazendo alusão ao apelido. As inúmeras referências ao 'cecê', como sendo um cheiro típico das pessoas negras, os estágios e empregos que perdeu, ou deixou de buscar: em um deles, enviou o currículo, foi chamada para uma entrevista e, quando a viram, disseram já ter preenchido a vaga, não lhe dando a chance de se apresentar. Cresceu tendo vergonha e rejeitando o próprio corpo, com todas as marcas de negritude que este porta: a cor preta, os cabelos crespos, os lábios grossos, as ancas largas. É sobre este corpo que a pulsão fará uma descarga agressiva: mutilar, arrancar os cabelos até a raiz sangrar, doer.¹⁶³

A importância da luta contra a discriminação é muito bem entendida. A história humana é repleta de incidentes de racismo e intolerância que culminaram em genocídios e crimes contra a humanidade. Assim é que a comunidade internacional identificou a discriminação e o racismo como um abuso contra a dignidade humana e a igualdade e como a maior causa de outras formas maciças de violência, incluindo o genocídio.¹⁶⁴

Os membros de grupos vitimizados são humilhados e degradados em sua dignidade. A autoestima desaparece. O discurso do ódio não é somente ofensivo, mas também constitui um sério ataque psicológico, causando um dano emocional enorme. Tratando os grupos atingidos, não como pessoas, mas como seres inferiores que podem ser oprimidos ou exterminados, o discurso do ódio pode causar sérios problemas e traumas em vários membros dos grupos. É o que Daniel Solórzano, Miguel Ceja e Tara Yosso chamam de

¹⁶³ REIS FILHO, José Tiago. Negritude e sofrimento psíquico. *Pulsional*. Revista de psicanálise, São Paulo, ano XIX, n. 185, p. 151, mar. 2006.

¹⁶⁴ CALLAMARD, Agnes. Expert meeting on the links between articles 19 and 20 of the ICCPR: freedom of expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/experts_papers/Callamard.doc ->. Acesso em: 16 jun. 2008.

microagressões.¹⁶⁵ Mesmo sem causar os problemas referidos, ainda assim constitui um ataque fundamental ao direito à dignidade humana.¹⁶⁶

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

Afirma-se que o discurso de incitação do ódio tende a diminuir a auto-estima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando estas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem.¹⁶⁷

Segundo o autor, há discursos que, quando proferidos, silenciam outros discursos por conterem discriminação. E esses discursos silenciadores devem ser silenciados para permitir que todos participem do debate. O *hate speech* tende a diminuir o valor das vítimas, impedindo, assim, a sua participação plena em muitas das atividades da sociedade civil.¹⁶⁸

Do mesmo modo, Kathleen Mahoney assevera que os indivíduos que são atingidos pelos discursos que incitam o ódio acabam retirando-se do debate na sociedade. As pessoas atacadas sofrem humilhação e degradação e têm sua autoestima minada. Essas vítimas são silenciadas e a sua credibilidade é desgastada. “Algumas largam seus empregos, outras deixam seus estudos e a universidade. Algumas sofrem de doença de stress pós-traumático, outras cometem suicídio”.¹⁶⁹ Como a própria Suprema Corte do Canadá descreveu, o discurso do ódio não é somente ofensivo, mas constitui

¹⁶⁵ SOLÓRZANO, Daniel; CEJA, Miguel; YOSSO, Tara. Critical Race Theory, Racial Microaggressions, and Campus Racial Climate: The Experiences of African American College Students. *Journal of Negro Education*, vs. 69, n. 1/2, inverno 2000. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3626/is_200001/ai_n8894484/?tag=content;col1. Acesso em: 19 set. 2008.

¹⁶⁶ HEYMAN, Steven J. *Hate speech, public discourse, and the First Amendment*. In: HARE, Ivan; James WEINSTEIN. *Extreme speech and democracy*. Oxford University Press, Forthcoming. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1186262>>. Acesso em: 18 jun. 2008, p. 10.

¹⁶⁷ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. e Prefácio de Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 47.

¹⁶⁸ FISS, Owen. *El efecto silenciador de la libertad de expression*. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/is_o03.pdf. Acesso em: 16 ago. 2007.

¹⁶⁹ MAHONEY, Kathleen E. Hate speech: affirmation or contradiction of freedom of expression. *Illinois Law Review*, n.3, p. 789-808, 1996.

um sério ataque à saúde psicológica e emocional¹⁷⁰ das pessoas, que passam a se sentir invisíveis.¹⁷¹

Mesmo os defensores do discurso do ódio admitem a existência de um efeito moral sobre as vítimas. Não há como negar que essa consequência é devastadora e impede a continuação de um debate livre, aberto e amplo. Impossível, hoje, alguém afirmar, como fez Flemming Rose,¹⁷² que expor uma pessoa a um discurso ofensivo é uma “coisa boa”.¹⁷³

Nas palavras de Elizabeth Tweatt, a desvalorização do outro está na

raiz do ódio. Além do que, pode ser através da raça, cultura, orientação sexual, gênero, pobreza, ou outras características que são alvos do ódio, mas sempre é o indivíduo que se torna a vítima e experimenta o mal causado pelo ódio.¹⁷⁴

É verdade que as palavras “não perfuram, não cortam, nem explodem, portanto, nem ferem nem matam”, mas, como no texto de Cecília Meirelles, elas podem muito bem significar “estrelas de chumbo, rochedos de chumbo, a cegueira da alma, o peso do mundo”.¹⁷⁵ Assim, servem perfeitamente para realizar ações de outros tipos, igualmente erradas como ofender, ameaçar e humilhar. E se ofender e humilhar não são o mesmo que explodir e machucar, fazem igualmente parte dos atos nocivos que os humanos podem acabar praticando uns contra os outros.¹⁷⁶

Deve-se esclarecer, no entanto, que o ódio não se resume meramente a incitação moral e emocional, pelo contrário, ele é a própria prática discursiva do desrespeito. Assim foi construído o mito ariano, uma representação simbólica de valores pessoais e sociais que se inseriram em níveis consciente e

¹⁷⁰ R vs. Zundel. 95 DLR (4th) 202, 228.

¹⁷¹ SOLÓRZANO, Daniel; CEJA, Miguel; YOSSO, Tara. Critical Race Theory, Racial Microaggressions, and Campus Racial Climate: The Experiences of African American College Students. *Journal of Negro Education*, vs. 69, n. 1/2, winter 2000. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3626/is_200001/ai_n8894484/?tag=content;col1. Acesso em: 19 set. 2008.

¹⁷² Flemming Rose é o editor do jornal dinamarquês *Jyllands Posten*, responsável pela publicação de 12 charges do profeta Maomé em um sentido negativo, publicação que deu margem a toda a discussão acerca da intolerância religiosa e do discurso de incitação ao ódio.

¹⁷³ KAHN, Robert A. Why There was no cartoon Controversy In The United States. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1008997# >. Acesso em: 14 novs. 2008.

¹⁷⁴ THWEATT, Elizabeth. Bibliography of hate studies materials. *Journal of Hate Studies*, Spokane, WA, vs. 1, p.167, 2001-2002.

¹⁷⁵ MEIRELES, Cecília. *Palavras*.

¹⁷⁶ GOMES, Wilson. Opinião política na internet. Uma abordagem ética das questões relativas à censura e à liberdade de expressão na comunicação em rede. In: ENCONTRO ANUAL DA COMPÓS, 9º, Porto Alegre. *Anais*. São Paulo: Compós, 2000, p. 7.

inconsciente. Leon Poliakov demonstra como este mito fora introduzido na sociedade alemã através de relatos da arte, da cênica e da literatura. Foi a partir desse discurso que foi se criando uma realidade subjetiva e objetiva, na qual é flagrante a prática de desrespeito, de negação de direitos, do não reconhecimento do semita como um igual. O mito ariano foi construído em bases filosóficas e científicos que corroboraram para sua fixação no inconsciente da população européia. É assim que tal doutrina passa das “mãos dos cientistas às dos demagogos, para tornar-se finalmente a doutrina oficial do III Reich, quando homens, decretados não-arianos, foram oferecidos em holocausto aos deuses da raça.”¹⁷⁷

Em, “The Language of the Third Reich”¹⁷⁸, Victor Klemperer faz uma análise sobre a construção da mentalidade nazista, que apresenta o poder manipulatório da linguagem do Terceiro Reich, bem como sua estrutura, de maneira sistemática e completa.

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

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

Nesse sentido Sennett afirma:

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

Quando uma sociedade trata a grande maioria das pessoas desta forma, julgando apenas alguns poucos dignos de reconhecimento, é criada uma escassez de respeito, como se não houvesse o bastante desta preciosa substância para todos. Como muitas formas de escassez, esta é produzida

¹⁷⁷ POLIAKOV, Léon. *O mito ariano: ensaio sobre as fontes do racismo e dos nacionalismos*. São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 327.

¹⁷⁸ KLEMPERER, Victor. *The Language of the Third Reich: A Philologist's Notebook*. London: Continuum, 2002.

pelo homem; ao contrário da comida, o respeito nada custa. Por que, então, haveria uma crise de oferta.¹⁷⁹

E mais, hoje em dia, estamos todos em movimento¹⁸⁰, sempre em contato com novos conhecimentos e com novas vivências, mesmo que não queiramos. O mundo quebra fronteiras e a globalização faz as pessoas pensarem de forma diferente acerca do tema da localidade. É nessa modernidade líquida¹⁸¹, como afirmou Bauman, que turistas e vagabundos¹⁸² vivem a era da ilimitada transferência de informação e da comunicação instantânea em que todos somos afetados pelos símbolos, rótulos e utilidades globais.¹⁸³

O problema advindo da discussão acerca da proibição ou permissão do discurso do ódio atinge um grau maior de importância quando pensamos em nível de internet, esse grande instrumento de comunicação “jamais imaginado pelo mais profético dos futuristas.¹⁸⁴” A rede de computadores interconectados, criada, nos anos sessenta, através de um programa militar chamado ARPANET, possui, hoje, um conteúdo vasto e quase ilimitado, de fácil acesso e poucas formas de controle, o que torna a difusão de informações muito mais ampla, rápida e perigosa. A conexão em redes digitais ampliou a abrangência do discurso liberal, transformando o mundo na preconizada realidade global.¹⁸⁵ A internet globalizou o conhecimento, permitiu uma maior interação e um acesso muito mais fácil às informações. Por outro lado, também

¹⁷⁹ SENNETT, Richard. *Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 18.

¹⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 85.

¹⁸¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

¹⁸² Termo utilizado pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman para dar título ao capítulo 4 do livro *Globalização: as conseqüências humanas*. Ele explica o paradoxo dessa realidade pós-moderna do mundo consumista, desregulamentado, privatizado, do mundo globalizante e localizante, que só encontra um pálido reflexo unilateral e grosseiramente distorcido na narrativa pós-moderna.

¹⁸³ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 110.

¹⁸⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2.

¹⁸⁵ STEVANIM, Luiz Felipe Ferreira. As charges do profeta: dilemas da liberdade de imprensa na era da globalização. In: XXIX CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, Brasília. *Anais*. Brasília: INTERCOM, 2006, p. 1.

tem sido manipulada por forças cínicas, que procuram criar uma divisão social e desigualdade.¹⁸⁶ A globalização tanto divide como une.¹⁸⁷

É nesse mundo repleto de sinais confusos, propensos a mudar com rapidez e de forma imprevisível que a internet surge, possibilitando inúmeras formas de troca de informações, como grupos de discussões, páginas interativas, serviço de e-mail, sítios de relacionamento, sítios de difusão de ideias, entre outros. A audiência é muito grande. Tanto as pessoas que desejam discutir política e o avanço da sociedade como as que desejam espalhar o ódio podem difundir seu discurso com certa magnitude. Qualquer pessoa pode ter acesso aos sítios de qualquer lugar do mundo com apenas algum conhecimento básico e alguns cliques. Não há, também, como saber qual o público que pode acessar esse tipo de informação. Basta que uma criança, pesquisando para um trabalho na escola, digite, em um site de busca, palavras como 2ª Guerra Mundial, ou “negros”, ou qualquer outra expressão que possa levar a um sítio que dissemina ideias antissemitas ou racistas, por exemplo. Os conteúdos polêmicos são, evidentemente, todos materiais opinativos. A extensão que eles recobrem é imensa e inclui desde as formas de expressão de posições ideológicas tidas como desumanas, antissociais, lesivas da honra e da dignidade de grupos, instigadoras do ódio racial ou de classe, extremistas ou fundamentalistas, até materiais considerados ofensivos à moral de determinados grupos ou subculturas, como os materiais relacionados à pedofilia.¹⁸⁸ Por um lado, a internet facilita e torna mais eficiente a educação, a pesquisa e o debate. Por outro lado, é uma nova ameaça para as democracias, pois fornece acesso a fóruns nacionais e internacionais de discurso do ódio, muito mais do que antes.¹⁸⁹

Em verdade, a regulamentação da internet tem sido feita somente de acordo com os interesses do país que o faz, não importando se essa regulamentação terá efeito em outros lugares do mundo. Nesse aspecto, países como os Estados Unidos, a Alemanha, o Canadá e o Brasil têm tentado

¹⁸⁶ KANG, Jerry. *Cyber-Race*. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 1131, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=631725>>. Acesso em: 20 set. 2008.

¹⁸⁷ BAUMAN, 1999, p. 8.

¹⁸⁸ GOMES, Wilson. Opinião política na internet. Uma abordagem ética das questões relativas à censura e à liberdade de expressão na comunicação em rede. In: ENCONTRO ANUAL DA COMPÓS, 9º, Porto Alegre. *Anais*. São Paulo: Compós, 2000, p. 6.

¹⁸⁹ TESIS, Alexander. Hate in cyberspace: regulating hate speech on the Internet. *San Diego Law Review*, San Diego, Summer, 2001, p. 818-873.

seguir na internet a linha de julgamento que vêm adotando nos casos não virtuais. Os norte-americanos, por exemplo, permitem que se criem sítios que demonstrem ódio contra determinados grupos, e que podem ser acessados de qualquer lugar do planeta. Em sua página na *web*, *Stormfront* promove a supremacia ariana e o nacionalismo, inclusive recomendando inúmeros outros sítios na internet de incitação ao ódio, e vendendo artigos antissemitas, camisetas e vídeos.¹⁹⁰ A conhecida *Nação Ariana* utiliza passagens bíblicas para justificar seu dogma racista.¹⁹¹ No que concerne à intolerância religiosa, o grupo da Igreja Universal do Criador conclama as pessoas para a “Guerra Racial Sagrada” contra os não brancos.¹⁹² O Movimento Nacional Socialista põe em destaque uma suástica logo no início de sua página na internet.¹⁹³ E mais, sítios, como o *Youtube*, mostram vídeos de brancos proferindo palavras de ódio e algumas vezes, inclusive, incitando o internauta a juntar-se ao grupo dos que disseminam esse ódio.

Ativistas do ódio¹⁹⁴ foram rápidos em perceber a oportunidade oferecida por esse novo meio de comunicação. Nos Estados Unidos, por exemplo, os neonazistas começaram a disseminar sua ideologia pelo mundo através da internet nos anos oitenta. Eles preparam sítios explicando como se tornar membro do grupo e rapidamente conseguiram seguidores de vários países, principalmente da Alemanha, onde essa atividade é considerada crime.¹⁹⁵ Esses grupos acharam nos Estados Unidos o paraíso para seus sítios, pois a Suprema Corte tem limitado significativamente o poder do governo de proibir a distribuição de materiais provocativos.¹⁹⁶

Como afirma Renata Machado, “embora as condições tecnológicas sejam favoráveis para uma melhor comunicação mundial, o diálogo parece estar se tornando pior, pois o fanatismo e a intolerância diminuem as chances

¹⁹⁰ Ver : <<http://www.stormfront.org>>

¹⁹¹ <http://www.nidlink.com/aryanvic/index-e.html>

¹⁹² <http://www.rahowa.com>

¹⁹³ <http://nsm88.com>

¹⁹⁴ Tradução de uma expressão comumente usada nos Estados Unidos: *hate activists*.

¹⁹⁵ TIMOFEEVA, Yulia A. Hate speech online: restricted or protected? Comparison of regulations in the United States and Germany. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, FL, vs. 12, n. 2, primavera 2003. Disponível em: <http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol12_2/timofeeva.pdf>. Acesso em: 12 set. 2008.

¹⁹⁶ TESIS, Alexander. *Hate in Cyberspace: Regulating Hate Speech on The Internet*. San Diego Law Review, Summer, 2001, p. 818- 873.

do mesmo”.¹⁹⁷ É preciso se perguntar se a humanidade conseguiu perenizar a palavra ou, ao contrário, a palavra tornou-se cada vez mais efêmera.¹⁹⁸

De acordo com o Protocolo Adicional da Convenção Internacional de Crimes Cibernéticos, material racista e xenófobo, isto é, qualquer representação de pensamento e teorias que advoguem, promovam ou incitem ódio, discriminação ou violência contra indivíduos ou grupos de indivíduos com base em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica. Obviamente, o foco desta definição não é a vítima em particular, mas sim a disseminação de atitudes racistas na internet.

Visto de uma outra perspectiva, o discurso de incitação ao ódio na internet é especial, pois ele normalmente não implica em nenhuma ofensa física e é improvável que cause um dano imediato ou violência, razão pela qual os Estados Unidos qualificam-no como um dos menos perigosos. Por outro lado, a ideia de que mensagens pela internet podem ser uma força propulsora de crimes tem sido aceita em algumas cortes. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, foi mantida a decisão da corte inferior no caso *Paladin Enterprises, Inc. vs. Rice*¹⁹⁹, que recusou estender a proteção da primeira emenda ao livro *Hit man on-line: a technical manual for independent contractors*, que era comprado de forma digital na internet. O livro dava instruções sobre como esconder um triplo homicídio.

Em 1997, surgiu na Alemanha a Lei Multimedia cuja intenção é manter material ilegal fora da internet. A lei proíbe que conteúdo tipificado como crime no Código Penal alemão seja transmitido pela internet e também estipula critérios para a responsabilidade do serviço de provedor. Geralmente, os provedores não são responsáveis pela transmissão de conteúdo ilegal de terceiros, a menos que iniciem, selecionem ou modifiquem a informação. É uma tentativa de responsabilizar pessoas por atos ocorridos na internet.

Infelizmente, essa lei não tem sido tão eficaz. No caso *Felix Somm*, o diretor de uma companhia subsidiária da CompuServe na Alemanha foi processado por distribuição ilegal de pornografia na internet. De acordo com o

¹⁹⁷ SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. 2007. 130 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007, p. 82.

¹⁹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 2.

¹⁹⁹ 128 F.3d 233

indiciamento, ele deveria ter filtrado o conteúdo ilegal originário dos Estados Unidos que era colocado à disposição dos alemães. Em 1999, foi decidido que Felix Somm não possuía responsabilidade por conteúdos de terceiros, além de que ele não teria como filtrar as informações de conteúdo pornográfico.

A controvérsia no caso Yahoo! Inc. vs. Liga Contra o Racismo e Antisemitismo é um exemplo excelente para demonstrar a controvérsia acerca do discurso do ódio na internet. O caso ocorreu na França quando uma Corte francesa achou que a empresa Yahoo!, sediada na Califórnia, através de seus serviços de leilão pela internet, violou o Código Penal francês que proíbe a exibição de propaganda e venda de artefatos nazistas. A Yahoo! foi condenada a eliminar o acesso dos cidadãos franceses ao seu site de leilões, além do pagamento de multa de 100 mil euros por dia em que deixasse de cumprir tal ordem.

A empresa restringiu mais o acesso das pessoas a conteúdos de disseminação do ódio, mas se opôs à decisão francesa nos Estados Unidos através da justiça norte-americana, alegando que tal decisão feria o direito previsto na primeira emenda. A Corte Distrital norte-americana fez referência à natureza global da internet e afirmou que não existe dúvida de que os usuários norte-americanos comumente utilizam a internet em seu direito à liberdade de expressão de forma que viola, por exemplo, as leis chinesas contra expressão religiosa e as leis de várias outras nações.

É neste sentido que a abertura desse sujeito constitucional necessita de um diálogo entre os princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, de tal forma que devem ser entendidos em sua concepção de integridade quando do processo de interpretação dos direitos.

O ideal do Direito como integridade apresentado por Ronald Dworkin parte da premissa de que se deve entender o passado através do presente, a fim de permitir uma leitura coerente e completa do sistema jurídico no futuro. O direito como integridade é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração.²⁰⁰ Assim, devem-se estabelecer critérios e princípios jurídicos que possibilitem a continuidade das

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 273.

decisões judiciais em consonância com o sistema jurídico vigente e assegurem o sentimento de justiça em cada caso.

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo realismo.²⁰¹

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

Dworkin compara o direito como integridade a um romance escrito em série ou em cadeia, em que cada escritor interpreta o capítulo que recebeu e escreve uma nova parte dele da melhor maneira possível, de tal maneira que a história possa ser compreendida como uma única obra, sem que sejam geradas incompreensões ou incompatibilidades.²⁰²

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes

²⁰¹ DWORKIN, 2003, p. 274.

²⁰² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 276.

porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.²⁰³

A responsabilidade de se escrever um novo capítulo exige que o escritor leve em consideração os capítulos anteriores, respeitando a integridade e a coerência da história como um todo, de tal sorte que a sua contribuição não seja dissonante, nem do conteúdo, nem da forma previamente existentes. Ou seja, o escritor acaba, em parte, alterando e escrevendo mais um capítulo da história, respeitando o previamente escrito, mas também acrescenta sua contribuição rumo ao deslinde do romance.

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

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

Sendo objetivo, o magistrado exerce uma atividade que é tanto crítica quanto criativa, tanto interpretativa, quanto inovadora. Vera Karam de Chueri ensina:

A idéia da qual se parte é a da *chain of law* que, analogamente ao exercício literário de construção de um romance, pretende edificar uma decisão jurídica. Assim, os juízes deveriam encarar a sua decisão (o ato de criação) como um capítulo a mais de uma história já iniciada por outros e, portanto, levar em conta o que já foi escrito (ato de interpretação), no sentido de não romper com a unidade e coerência da história. Cada juiz (ou escritor) deve fazer da sua decisão (ou texto), naquele momento, a (ou o) melhor possível. Judges, however, are authors as well as critics. A judge deciding Mc Loughlin or Brown adds to the tradition he interprets; future judges confront a new tradition that includes what he has done.²⁰⁴

²⁰³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 238.

²⁰⁴ KARAM DE CHUERI, Vera. *Filosofia do direito e modernidade*. Curitiba: J.M., 1995, p.98.

Ainda que se aplique o direito como integridade, seria impossível obter uma uniformidade total das sentenças judiciais. E é justamente isso que Dworkin tenta mostrar. O ponto central da integridade não é a uniformidade, somente e em si, mas sim o princípio da integridade e da coerência. “O direito estagnaria, acabaria naufragando de um modo diferente, se caísse no tradicionalismo que imaginei como o destino último da cortesia.”²⁰⁵

Desta forma, resume Dworkin:

Sem dúvida, nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os juizes de todos os tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes, assegurar decisões que você aprove ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista *ad hoc* de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história.²⁰⁶

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

O juiz Hércules é a figura de um magistrado ideal que teria a capacidade de desenvolver as mais complexas teorias na busca pela decisão correta. Ele não só tem o conhecimento de todo o sistema jurídico como, para cada caso concreto, desenvolve teorias que harmonizam a vasta gama de princípios, políticas e leis em um todo suficientemente coerente que lhe sirva de orientação sobre qual é a melhor decisão possível para o caso, tendo em vista tanto a reafirmação quanto à inovação do direito.

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

O próprio Dworkin descreve o modo como um magistrado ideal persegue habilidades hercúleas:

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 110-111.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 205.

Deve considerar provisórios quaisquer princípios ou métodos empíricos gerais que tenha seguido no passado, mostrando-se disposto a abandoná-los em favor de uma análise mais sofisticada e profunda quando a ocasião assim o exigir. Serão momentos especialmente difíceis para qualquer juiz, exigindo novos juízos políticos aos quais pode ser difícil chegar. Seria absurdo imaginar que ele sempre terá à mão as convicções de moral política necessárias a tais ocasiões. Os casos muito difíceis vão forçá-lo a desenvolver, lado a lado, sua concepção do direito e sua moral política, de tal modo que ambas se dêem sustentação mútua. Não obstante, é possível que um juiz enfrente problemas novos e desafiadores como uma questão de princípio, e é isso que dele exige o direito como integridade. Deve admitir que, ao preferir finalmente uma interpretação à outra de uma série de precedentes muito contestada, talvez depois de uma reflexão que o leve a mudar de opinião, ele está desenvolvendo sua concepção aplicável do direito em uma direção, e não em outra. Esta deve parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente.²⁰⁷

Assim, tendo em mente o direito como integridade, os princípios constitucionais devem ser entendidos como direitos decorrentes do pluralismo constitutivo das sociedades contemporâneas, que não podem ser nem enumerados previamente em uma situação específica, nem hierarquizados em qualquer circunstância.²⁰⁸

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

De fato, esse posicionamento dá margem à discussão sobre quem é portador de quais direitos. O “Direito se constitui como um dos lugares de realização da luta por reconhecimento, ou seja, exatamente em virtude da possibilidade de alcance de validade social por meio da afirmação da

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 308.

²⁰⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 189.

pertinência de determinados direitos a determinados sujeitos”.²⁰⁹ É por isso que Gisele Cittadino chega a afirmar que o direito é a única via, em um mundo marcado pelo pluralismo e pela conflituosidade, para que se assegurem os direitos fundamentais do homem e se realize algum tipo de justiça social.²¹⁰

No caso específico do discurso do ódio, o que se percebe é que o direito estaria permitindo que se utilizasse o próprio direito para gerar uma diferença no *status* jurídico, gerando uma rotulação, uma diferenciação que reduz a igual consideração das minorias discriminadas. O discurso do ódio provoca a própria negação do reconhecimento das minorias como minorias. No dizer de Habermas, essa luta pelo reconhecimento é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra os casos concretos de desrespeito e menosprezo.²¹¹

Pensar a igualdade significa trabalhar as diferenças e as peculiaridades humanas em todos os seus aspectos. Ela impõe a igual consideração do outro em suas particularidades e idiossincrasias. Numa sociedade plural, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças, expressando uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.²¹²

A teoria desenvolvida por Axel Honneth em a “Luta pelo reconhecimento” traduz uma íntima relação com os valores da igualdade e da liberdade no Estado Democrático de Direito, por utilizar uma acepção intersubjetiva da consciência, segundo a qual só é possível entender a si mesmo como livre e igual quando da concretização de uma ideia de igual consideração, de forma a efetivar uma postura de respeito de um “outro generalizado”.

Afirma Honneth:

Nós estamos aqui lidando com a negativa de direitos e com a exclusão social, em que seres humanos sofrem em sua dignidade na medida em que a eles não são outorgados direitos fundamentais e as responsabilidades que caracterizam uma pessoa reconhecida pelo direito em sua própria

²⁰⁹ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A constitucionalidade do casamento homossexual*. São Paulo: LTr, 2008, p. 83.

²¹⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 142.

²¹¹ HABERMAS, Jürgen. Paradigms of law. *Cardozo Law Review*, New York, v. 17, n. 4-5, p. 771-784, mar.1996.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira. A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 18 nov. 2008.

comunidade. Conseqüentemente, esse tipo de desrespeito tem de ter, como sua relação correspondente, o reconhecimento recíproco pelo qual os indivíduos vêem a si próprios como iguais portadores de direitos a partir da perspectiva de seus pares.

[...]

Eles tornam-se aptos a considerar a si próprios como dividindo, com todos os outros membros de sua comunidade, os atributos de um ator moralmente competente. Relações legalmente baseadas, em contraste com as relações de reconhecimento baseadas em relações primárias, permitem a generalização desse característico meio de reconhecimento, nas duas direções das extensões material e social dos direitos. No primeiro caso, o conteúdo material amplia a ordem legal, então, às diferenças, nas oportunidades disponíveis aos indivíduos de perceber suas liberdades intersubjetivamente garantidas, pode ser dada consideração legal. No segundo caso, relações legais são universalizadas, na medida em que são outorgadas a grupos que até aqui eram excluídos ou encontravam-se em situação de desvantagem em suas comunidades, os mesmos direitos que todos os outros membros da sociedade possuem.

213

Aqui, procura-se construir uma teoria social de teor normativo com base no modelo conceitual hegeliano de uma luta por reconhecimento com o propósito de esclarecer os processos de mudança social, reportando-se às pretensões normativas estruturalmente inscritas na relação de reconhecimento recíproco.²¹⁴ Deixa-se de lado a tradição atomística da filosofia de Hobbes e Machiavel e situa-se o projeto na tradição que não enfatiza a luta pela autopreservação, mas sim a luta pelo estabelecimento de relações de reconhecimento mútuo, como uma pré-condição para a autorrealização.

O autor alemão ressalta a importância das relações sociais para o desenvolvimento e a manutenção da identidade de uma pessoa. Com base nesse nexos entre os padrões sociais de reconhecimento e os pré-requisitos individuais para a autorrealização, desenvolve-se tanto um quadro para se interpretar as lutas sociais quanto uma avaliação normativa das pretensões levantadas nessas lutas. É dessa forma que se consegue fugir da armadilha de um estudo sociológico solitário, como fez André Glucksmann em “O Discurso

²¹³ HONNETH, Axel. Recognition or redistribution? Changing perspectives on the moral order of society. *Theory, Culture & Society*, SAGE, London, Thousand Oaks and New Dehli, v. 18, n. 2-3, p. 43-55, jun. 2001. Disponível em: < <http://tcs.sagepub.com/content/vol18/issue2-3/>>. Acesso em: 19 set. 2008.

²¹⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 155.

do Ódio”,²¹⁵ sem pretensões de mudança por meio do direito. O autor narra o florescer do ódio de uma forma tão fragmentada, que se estrutura como um discurso que responde a tudo e a todos. Mas não passa disso. É exatamente nesse ponto que o direito surge como forma de dar reconhecimento a uma minoria afetada por um discurso discriminatório, atribuindo-lhe direitos.

Celso Lafer lembra que os direitos não traduzem uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate.²¹⁶

Quanto a essa tarefa normativa, as bases de sua teoria encontram-se no modelo da luta pelo reconhecimento criado por Hegel nos primeiros anos de Jena. Honneth apreende a ideia de que o desenvolvimento do indivíduo depende da existência de relações “éticas” bem estabelecidas, em especial, do amor, do Direito e da “vida ética”, podendo apenas ser determinadas por meio de um processo conflitivo, que ocorra através de uma luta pelo reconhecimento. Buscando fugir à natureza especulativa e metafísica do projeto de Hegel, Honneth volta-se para o pragmatismo naturalista de Mead e o trabalho empírico em psicologia, sociologia e história no sentido de identificar condições de intersubjetividade para a autorrealização individual.²¹⁷

Hegel desenvolve, em seus primeiros trabalhos, uma análise importante sobre as condições normativas de eticidade, contestando claramente a tradição filosófica política de sua época ao afirmar que as lutas por reconhecimento estão na base de todo o conflito social, por meio de uma releitura do contrato social. Ele entendia que as relações éticas de uma dada sociedade representavam as formas de uma intersubjetividade prática, sendo a existência de contradições entre os próprios indivíduos assegurada por um movimento de reconhecimento recíproco; na medida em que se sabe reconhecido por outro sujeito em algumas capacidades e propriedades, e nisso está reconciliado com ele, um sujeito sempre virá a conhecer, ao mesmo tempo, as partes de sua

²¹⁵ GLUCKSMANN, André. *O discurso do ódio*. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007.

²¹⁶ LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. XXII.

²¹⁷ ANDERSON, Joel. Translator's introduction. In: HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Cambridge: MIT Press, 1996, p. XX.

identidade inconfundível e, desse modo, também estará contraposto ao outro novamente como um particular.²¹⁸

Honneth chama a atenção para duas tarefas fundamentais, resultantes da situação teórica que se deslocou em relação a Hegel. Em primeiro lugar, Hegel afirma que a formação do “EU” está vinculada ao reconhecimento recíproco entre dois sujeitos, pois só quando duas pessoas se vêem reconhecidas em sua autonomia elas podem compreender-se completamente enquanto um “EU” autônomo. Assim é que Honneth vai reconstruir a tese hegeliana à luz de uma psicologia social empiricamente sustentada. Em segundo lugar, existiriam formas diversas de reconhecimento que se diferenciariam pelo grau de autonomia possível ao sujeito.

Nesse contexto, a identidade deve ser compreendida como possibilidade de autorrealização e não como autoconservação ou autopreservação como pensava Maquiavel²¹⁹ e, posteriormente, Hobbes²²⁰. Assim, surge o autorrespeito por meio desse reconhecimento de direitos individuais. Concebe-se o próprio sujeito como tendo o poder de expressar legitimamente suas pretensões, permitindo-lhe constatar, assim, o respeito de todos os demais, conforme afirma Axel Honneth:

Um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de “autorrespeito”.²²¹

A construção da identidade de um indivíduo depende crucialmente do desenvolvimento da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima. Essas três formas de relacionar-se com o outro apenas podem ser realizadas

²¹⁸ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 47.

²¹⁹ Em “O príncipe”, Maquiavel apresenta a suposição de um estado permanente de luta entre os sujeitos pela ambição incessante de realizar seus desejos com êxito. Nesse estado, os sujeitos encontram-se num permanente estado de desconfiança e receio. O objetivo de Maquiavel era traçar as principais diretrizes para o sucesso do governante num estado de incessante conflito, melhor dizendo, os pressupostos estruturais da ação bem sucedida por poder (MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000).

²²⁰ SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 98.

²²¹ HONNETH, Axel. *A luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 197.

intersubjetivamente. É assim que essa pessoa também se reconhece. Como resultado, as condições de autorrealização revelam-se dependentes do estabelecimento de relações de reconhecimento mútuo.

Nesse sentido, Joel Anderson escreve:

Essas relações não são ahistoricamente dadas, mas devem ser estabelecidas como conflitos acerca de interesses. A gramática de tais lutas é oral no sentido de que os sentimentos de ultraje e de indignação que as guiam são gerados pela rejeição das pretensões ao reconhecimento e assim importam em juízos acerca da legitimidade dos arranjos sociais. Desse modo é que as lutas históricas por reconhecimento confirmam empiricamente o ideal de uma sociedade justa. [...]

Para Honneth, eles representam três espécies distintas de relação prática consigo mesmo. Estas auto-relações não são nem puras crenças acerca de si mesmo, nem puros estados emocionais, mas envolvem um processo dinâmico no qual os indivíduos chegam a se experienciar como detentores de uma determinada condição, seja como um foco de preocupação e cuidado, seja como um sujeito responsável, uma pessoa confiável, ou como um valioso colaborador para os projetos compartilhados. Seguindo a Hegel e a Mead, Honneth enfatiza que para que se chegue a se relacionar consigo mesmo desse modo é imprescindível experienciar o reconhecimento dos outros. A relação de alguém consigo mesmo, portanto, não é uma questão de um ego solitário se avaliando, mas um processo intersubjetivo, no qual a postura de alguém para consigo mesmo emerge no seu encontro com a postura do outro em relação a ele.²²²

Honneth parte do princípio de que o conflito é intrínseco tanto à formação da intersubjetividade como dos próprios sujeitos. Ele destaca que esse conflito não é conduzido apenas pela lógica da autoconservação dos indivíduos. Trata-se, sobretudo, de uma luta moral, visto que a organização da sociedade é pautada por obrigações intersubjetivas. Nesse sentido, o autor adota a premissa de Hegel, para quem a luta dos sujeitos pelo reconhecimento recíproco de suas identidades gera uma pressão intrassocial para o estabelecimento prático e político de instituições garantidoras da liberdade. A doutrina hegeliana é a de que os indivíduos se inserem em diversos embates através dos quais não apenas constroem uma imagem coerente de si mesmos, mas também tornam possível a instauração de um processo em que as relações éticas da sociedade seriam liberadas de unilateralizações e

²²² ANDERSON, Joel. *Translator's introduction*. In: HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Cambridge: MIT Press, 1996, p. xii.

particularismos. Esses embates dar-se-iam, na visão de Hegel, nos âmbitos da família, do direito e da eticidade.

Honneth atualiza o pensamento hegeliano por meio da psicologia social de George H. Mead, que possibilitou uma inflexão materialista.²²³ Assim como Hegel, o psicólogo norte-americano defende a gênese social da identidade e vê a evolução moral da sociedade na luta pelo reconhecimento.

Com base nesses *insights*, Honneth sistematiza uma teoria do reconhecimento, afirmando que

são lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades.²²⁴

Escreve ainda:

O ponto de partida dessa teoria da sociedade deve ser constituído pelo princípio no qual o pragmatista Mead coincidiria fundamentalmente com o primeiro Hegel: a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma auto-relação prática quando aprendem a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus destinatários sociais. No entanto, uma tese relevante para a explicação disso só resulta dessa premissa geral se nela é incluído um elemento dinâmico: aquele imperativo ancorado no processo da vida social opera como uma coerção normativa, obrigando os indivíduos à deslimitação gradual do conteúdo do reconhecimento recíproco, visto que só por esse meio eles podem conferir uma expressão social às pretensões de sua subjetividade, que sempre se regeneram. Nesse sentido, o processo da individuação, discorrendo no plano da história da espécie, está ligado ao pressuposto de uma ampliação simultânea das relações de reconhecimento mútuas.²²⁵

Três formas de reconhecimento, amor, direito e solidariedade tecem os requisitos formais para as condições de interação dentro das quais os seres humanos podem sentir-se seguros de sua dignidade e integridade.²²⁶

A primeira forma de reconhecimento materializa-se através das relações de amor²²⁷ e seriam as principais e mais importantes para a criação da

²²³ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 155.

²²⁴ HONNETH, 2003, p. 156.

²²⁵ *Ibid.*, p. 156.

²²⁶ HONNETH, Axel. Integrity and disrespect: principles of a conception of morality based on the Theory of Recognition. *Political Theory*, [S.l.], v. 20, n. 2, maio 1992, p.195.

personalidade dos sujeitos. Apoiando-se na psicanálise do inglês Donald W. Winnicott, Honneth analisa as relações entre mãe e filho, indicando que elas passam por uma transformação que vai da fusão completa ou dependência absoluta à dependência relativa. Nos primeiros meses de nascimento, existe uma relação simbiótica entre mãe e filho: o filho, por depender absolutamente dos cuidados da mãe como uma simples extensão do seu próprio corpo e a mãe, por identificar-se completamente com o filho, deseja atender a todas as demandas dessa criança indefesa que não sobrevive sem os seus cuidados. Esse momento é caracterizado por uma dependência absoluta. Eles dão a entender como se constitui na relação entre mãe e filho aquele “ser-si-mesmo em um outro”, o qual pode ser concebido como padrão elementar de todas as formas maduras de amor²²⁸. A seguir, a mãe começa a se distanciar do filho por ter que voltar ao trabalho. A criança, então, começa a perceber a distinção entre o seu corpo e o ambiente. Como resultado, a criança resolve essa modificação por meio de dois mecanismos que Winnicott chamou de destruição e fenômenos transicionais. Primeiramente, o bebê realiza atos agressivos contra a própria mãe como resultado do afastamento dela. A finalidade da criança é saber se a mãe consegue lidar com essa situação sem revidar a violência e se continua amando o filho como antes; então, a criança torna-se capaz de amá-la verdadeiramente. Assim sendo, a criança está tanto mais em condições para essa primeira forma de equilíbrio entre autonomia e simbiose quanto menos distorcido é o desdobramento de um segundo mecanismo de elaboração: Winnicott o apresenta com base numa concepção teórica marcada pelo conceito de objeto transicional.²²⁹ Caso não ocorra nenhum problema nessas primeiras relações, as crianças adquirem um sentido de confiança em seus próprios corpos.

Com base nesses conflitos, um aprende com o outro a se diferenciar, a se ver como autônomos. Para Honneth, em cada relação amorosa atualiza-se o jogo de dependência/autonomia oriundo dessa fusão originária, dele

²²⁷ Deve-se entender aqui a palavra “amor” não apenas no sentido de relação íntima sexual, mas de uma forma mais neutra possível, no contexto de relações primárias: ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo o padrão de relações eróticas entre dois parceiros, de amizade e de relações pais e filhos.

²²⁸ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 168.

²²⁹ HONNETH, 2003, p. 170.

dependendo a confiança básica do sujeito em si mesmo e no mundo. A atitude positiva que o indivíduo é capaz de assumir através de si mesmo quando experimenta esse tipo de reconhecimento se dá pela autoconfiança. Essa relação bem-sucedida entre mãe e filho permitiria uma resolução satisfatória da complexa balança entre simbiose e autonomia na vida social futura do adulto.

230

The positive attitude which the individual is capable of assuming toward himself If He experiences this type of emotional recognition is that of self-confidence. I am referring, in other words, to the underlying layer of an emotional, body-related sense of security in expressing one's own needs and feelings, a layer which forms the psychological prerequisite for the development of all further attitudes of self-respect²³¹.

Já as relações jurídicas tomam como base os princípios morais e universalizáveis dos indivíduos de uma dada sociedade, não permitindo privilégios e vantagens. É através do direito que os cidadãos se reconhecem como indivíduos merecedores de iguais direitos.

Honneth afirma:

Para o direito, Hegel e Mead perceberam uma semelhante relação na circunstância de que só podemos chegar a uma compreensão de nós mesmos como portadores de direitos quando possuímos, inversamente, um saber sobre quais obrigações temos de observar em face do respectivo outro: apenas da perspectiva normativa de um "outro generalizado", que já ensina a reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de direitos, nós podemos nos entender também como pessoa de direito, no sentido de que podemos estar seguros do cumprimento social de algumas de nossas pretensões.²³²

Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa, hoje, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno; entretanto, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário.²³³ É

²³⁰ SOUZA, Jessé. A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 117.

²³¹ HONNETH, Axel. *Integrity and disrespect: principles of a conception of morality based on the Theory of Recognition*. Political Theory, [S.l.], v. 20, n. 2, p. 187-202, maio 1992.

²³² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 179.

²³³ HONNETH, 2003, p. 193.

este reconhecimento de identidades e do direito à diferença que conduzirá a uma sociedade emancipada e igualitária.²³⁴

As relações jurídicas geram o autorrespeito, a consciência de o indivíduo poder respeitar-se a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros.²³⁵ Honneth assinala que o que caracteriza essa igualdade humana é algo construído historicamente, sendo a modernidade marcada pela extensão dos atributos universais. Recorrendo às clássicas proposições de T. H. Marshall, o autor demonstra as lutas por reconhecimento travadas para a construção dos direitos civis, políticos e sociais, todos voltados para a configuração de cidadãos com igual valor.

Honneth resume:

assim como no caso do amor, a criança adquire a confiança para manifestar espontaneamente suas carências mediante a experiência contínua da dedicação materna, o sujeito adulto obtém a possibilidade de conceber sua ação como uma manifestação da própria autonomia, respeitada por todos os outros, mediante a experiência do reconhecimento jurídico. Que o auto-respeito é para a relação jurídica o que a auto-confiança era para a relação amorosa é o que já se sugere pelo logicidade com que os direitos se deixam conceber como signos anonimizados de um respeito social, da mesma maneira que o amor pode ser concebido como a expressão afetiva de uma dedicação, ainda que mantida à distância: enquanto este cria em todo ser humano o fundamento psíquico para poder confiar nos próprios impulsos carenciais, aqueles fazem surgir nele a consciência de poder se respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros.²³⁶

A terceira, e última, dimensão do reconhecimento dá-se no domínio das relações de solidariedade, que propiciam algo além de um respeito universal.

Honneth afirma:

para poderem chegar a uma auto-relação infrangível, os sujeitos humanos precisam além da experiência da dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas²³⁷.

²³⁴ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 50.

²³⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 195.

²³⁶ HONNETH, 2003, p. 195.

²³⁷ *Ibid.*, p. 198.

É no interior de uma comunidade de valores, com seus quadros partilhados de significação, que os sujeitos podem encontrar a valorização desses quadros, dada a revisibilidade destes:

nas sociedades modernas, as relações de estima social estão sujeitas a uma luta permanente na qual os diversos grupos procuram elevar, com os meios da força simbólica e em referência às finalidades gerais, o valor das capacidades associadas à sua forma de vida.²³⁸

Esse reconhecimento recíproco está ligado também à pressuposição de um contexto de vida social, cujos membros constituem uma comunidade de valores orientada por concepções de objetivos comuns.²³⁹

A posição de Honneth pode ser útil comparada às visões culturalmente orientadas dos grupos subalternos que influenciam os recentes debates sobre multiculturalismo, o feminismo e a identidade gay e lésbica. Como os defensores da política da diferença, ele considera as lutas por reconhecimento, nas quais a dimensão da estima é central, como tentativas de colocar fim a padrões sociais degradantes, no sentido de tornar possível novas formas de identidades distintivas.

Honneth afirma:

Como tínhamos visto, diferentemente do reconhecimento jurídico em sua forma moderna, a estima social se aplica às propriedades particulares que caracterizam os seres humanos em suas diferenças pessoais: por isso, enquanto o direito moderno representa um *medium* de reconhecimento que expressa propriedades universais de sujeitos humanos de maneira diferenciadora, aquela segunda forma de reconhecimento requer um *medium* social que deve expressar as diferenças de propriedade entre sujeitos humanos de maneira universal, isto é, intersubjetivamente vinculantes.²⁴⁰

Sob essas novas condições, de par com a experiência da estima social vai uma confiança emotiva na apresentação de realizações ou na posse de capacidades que são reconhecidas como “valiosas” pelos demais membros da sociedade; com todo o sentido, nós podemos chamar essa espécie de autorrealização prática, para a qual predomina na língua corrente a expressão

²³⁸ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 207.

²³⁹ HONNETH, 2003, p. 200.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 199.

“sentimento do próprio valor”, de “autoestima”, em paralelo categorial com os conceitos empregados até aqui de “autoconfiança” e “autorrespeito”.²⁴¹

Honneth escreve:

These three patterns of recognition: Love, legal order and solidarity, appear to provide the formal conditions for interaction, within which human beings can be sure of their ‘dignity’ and integrity. Integrity is here only meant to indicate that subjects are able to rest secure in the knowledge that the whole range of their practical self-orientation finds support within their society. Whenever they participate in a social lifeworld in which they encounter those three patterns of recognition, in whatever form, they can then relate to themselves in the positive modes of self-confidence, self-respect and self-esteem.²⁴²

Ocorre, no entanto, que o estudo da luta pelo reconhecimento pede a análise de suas formas de negação, ou seja, as atitudes que conduzem a formas de reconhecimento recusado, geradoras do impulso para a resistência social e para uma luta por reconhecimento. É o que Honneth designa como “invisibilidade”, ou seja, uma forma de expressar a indiferença social.²⁴³ É assim que, partindo do pressuposto de que o reconhecimento configura as identidades, na ausência deste reconhecimento, indivíduos e grupos são levados a estabelecer representações aviltantes de si próprios, como resultado de sentimentos que são automutiladores.²⁴⁴ Ser reconhecido ou não implica a internalização de uma consciência de si determinante. Quando um grupo ou pessoa é objeto de um falso reconhecimento, a tendência é a internalização de uma imagem distorcida, pejorativa de si mesma.²⁴⁵ Esta autodepreciação torna-se um dos meios mais eficazes da própria opressão.²⁴⁶

Charles Taylor escreve:

A tese é que nossa identidade se molda em parte pelo reconhecimento ou pela falta deste: frequentemente, também,

²⁴¹ Ibid., p. 210.

²⁴² HONNETH, Axel. Recognition or redistribution? Changing perspectives on the moral order of society. *Theory, Culture & Society*, London, Thousand Oaks and New Dehli, v. 18, n. 2-3, p. 43-55, jun. 2001. Disponível em: < <http://tcs.sagepub.com/content/vol18/issue2-3/>>. Acesso em: 19 set. 2008.

²⁴³ HONNETH, Axel. Invisibility: on the epistemology of recognition. *The Aristotelian Society*, London, supplementary volume 75, 2001, p. 112.

²⁴⁴ CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 160.

²⁴⁵ NIGRO, Rachel. Considerações sobre a identidade nacional. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 255-278.

²⁴⁶ CITTADINO, Gisele. *Igualdade e invisibilidade*. In: *Ciência hoje*. Vol. 37. n. 221. p. 30.

pelo falso reconhecimento de outros e , assim, um indivíduo ou um grupo de pessoas podem sofrer um verdadeiro dano, uma autêntica deformação se as pessoas ou a sociedade que o rodeiam lhe mostram, como reflexo, um quadro limitativo, ou degradante ou depreciativo de si mesmo. O falso reconhecimento ou a falta de reconhecimento podem causar dano, podem ser uma forma de opressão que aprisione alguém em um modo de ser falso, deformado e reduzido.²⁴⁷

A negação pode ocorrer em três níveis. No nível do direito ela aparece pela própria privação do acesso aos direitos, conduzindo à perda de autorrespeito, ferindo, assim, o exercício tanto de uma autonomia privada, na medida em que limita um campo de atuação particular do sujeito, como de autonomia pública.

Aos três reinos do reconhecimento, Honneth associa, respectivamente, três formas de desrespeito: 1) aquela que afeta a integridade corporal dos sujeitos e, assim, sua autoconfiança básica; 2) a denegação de direitos, que mina a possibilidade de autorrespeito, à medida que inflige ao sujeito o sentimento de não possuir o status de igualdade; 3) a referência negativa ao valor de certos indivíduos e grupos, que afeta a autoestima dos sujeitos.

Para Honneth, todas essas formas de desrespeito impedem a realização do indivíduo em sua integridade. A diferença entre elas é mensurada pelo grau de degradação de uma relação prática da pessoa consigo mesma através da restrição pela pessoa do reconhecimento de determinadas *claims* da identidade.²⁴⁸

O autor afirma:

De acordo com esta teoria, a individualização humana é um processo em que o indivíduo pode abrir-se ou revelar uma identidade prática ao passo que seja capaz de reafirmar-se com reconhecimento através de um crescente círculo de comunicação com parceiros. Sujeitos capazes de linguagem e de ação são constituídos como indivíduos somente por meio do aprendizado, utilizando a perspectiva do outro que oferece aprovação para se autocompreenderem enquanto sujeitos que possuem certas qualidades e habilidades positivas.²⁴⁹

Em outro texto, prossegue Honneth:

²⁴⁷ TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y la Política del Reconocimiento. Tradução de Mônica Utrilla de Neria. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 44.

²⁴⁸ HONNETH, Axel. Integrity and Disrespect: principles of a conception of morality based on the theory of Recognition. *Political Theory*, Vol. 20. N. 2, May, 1992, p. 187-201.

²⁴⁹ HONNETH, 1992, p. 187-201.

Se a experiência de desrespeito sinaliza a denegação ou a privação de reconhecimento, então, no domínio dos fenômenos negativos, devem poder ser reencontradas as mesmas distinções que já foram descobertas no domínio dos fenômenos positivos. Nesse sentido, a diferenciação de três padrões de reconhecimento deixa à mão uma chave teórica para distinguir sistematicamente os outros tantos modos de desrespeito: suas diferenças devem se medir pelos graus diversos em que podem abalar a auto-relação prática de uma pessoa, privando-a do reconhecimento de determinadas pretensões da identidade.²⁵⁰

A primeira forma e a espécie mais elementar de desrespeito é aquela que concerne à integridade física de um indivíduo. Essa forma de maus-tratos provoca uma enorme humilhação não apenas física: há principalmente o sentimento de estar subordinado à vontade alheia, sem qualquer forma de proteção. Esse desrespeito fere a confiança aprendida através do amor, a capacidade de coordenação do próprio corpo. O fato de não poder dispor livremente do próprio corpo representa o tipo mais fundamental de degradação, vez que possui um impacto enorme sobre a relação do indivíduo com o “eu” e com a confiança adquirida no estágio de reconhecimento chamado de amor. Honneth alerta que essa forma de desrespeito não pode variar conforme a evolução histórica como as demais formas a serem explicadas. A violência física independe do momento histórico-social.

Hence one of the consequences, wedded to a type of social shame, is the loss of self-confidence and trust in the world, and this adversely affects all practical interaction with others subjects, even at a physical level. Through the experience of this type of disrespect, therefore, the person is deprived of that form of recognition that is expressed in unconditional respect for autonomous control over his own body, a form of respect acquired just through experiencing emotional attachment in the socialization process.²⁵¹

A denegação de direitos, segunda forma de desrespeito, mina a possibilidade de autorrespeito à medida que inflige ao sujeito o sentimento de não possuir o *status* de igualdade. O sujeito permanece estruturalmente excluído da posse de determinados direitos no interior de uma sociedade.

²⁵⁰ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 214.

²⁵¹ HONNETH, Axel. Integrity and Disrespect: principles of a conception of morality based on the theory of Recognition. *Political Theory*, Vol. 20. N. 2, May, 1992, p. 187-201.

Nesse sentido, a experiência de ter direitos negados é tipicamente uma ofensa ao autorrespeito, ao direito de ser reconhecido pelos outros como detentor dos mesmos direitos que os demais indivíduos, negação esta que leva à perda de autorrespeito e da possibilidade de se perceber como um igual dentro da sociedade.

Importante é a distinção utilizada por Honneth entre lutas sociais baseadas em interesses coletivos e aquelas calcadas em lesões a experiências morais. O autor afirma:

Por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos.²⁵²

Por fim, o último tipo de rebaixamento refere-se negativamente ao valor social de indivíduos ou grupos. Aqui, se ofende a honra, a dignidade, o *status* de determinados indivíduos ou de grupos definidos considerando-os de menor valia, ou qualificando-os negativamente. Essa forma de desrespeito fere a autoestima do indivíduo ou dos grupos. Metaforicamente, as formas de desrespeito são descritas da seguinte forma, respectivamente: morte psicológica ou psíquica, morte social e vexação ou degradação cultural de forma de vida.

É assim que Gisele Cittadino chega a afirmar:

É precisamente por isso que, no âmbito das sociedades democráticas já não é possível falar em processo de deliberação pública senão a partir da idéia de reconhecimento igualitário. O exercício democrático pressupõe tratar a todos como iguais, independentemente das múltiplas identidades sexuais, raciais, étnicas ou religiosas. É neste sentido que o compromisso com o princípio da cidadania igualitária envolve a atribuição de iguais direitos a todos e só admite a alteração

²⁵² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 216-217.

desse esquema se a distribuição desigual de direitos vier a beneficiar os mais desfavorecidos.²⁵³

Em seu texto “Da Redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na Era Pós-socialista”²⁵⁴, Fraser chama a atenção para o impacto das questões de reconhecimento sobre a estratégia de movimentos sociais particulares. Sua tese central era a associação da temática do reconhecimento apenas às lutas culturais por proteção à identidade grupal, levando à necessidade da problematização simultânea das questões redistributivas. Ela aponta que a justiça requer tanto a redistribuição como o reconhecimento. Recoloca o campo da economia na construção de conflitos emancipatórios, defendendo, tal como fizera a corrente marxista, a centralidade da esfera de produção na construção de uma sociedade mais justa. De maneira distinta de Taylor, que não trata do problema, e de Honneth, que defende que a redistribuição faz parte do reconhecimento, Fraser afirma que essas lutas têm lógicas muito distintas, ainda que surjam quase sempre imbricadas. A redistribuição buscaria o fim do fator de diferenciação grupal, enquanto o reconhecimento estaria calcado naquilo que é particular a um grupo. Para Fraser, isso gera uma esquizofrenia filosófica²⁵⁵, já que as pessoas afetadas por injustiças materiais e culturais teriam que negar e afirmar sua especificidade ao mesmo tempo.

Buscando resolver esse dilema, Fraser dá continuidade a seu percurso em alguns ensaios, nos quais se afasta, pouco a pouco, da justificativa

²⁵³ CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 153-166.

²⁵⁴ Relembre-se, a propósito, que não faz parte do objeto deste trabalho exaurir o debate acerca da luta por reconhecimento, para o que seria necessária uma nova dissertação. No entanto, julgamos útil tecer um brevíssimo comentário acerca do debate entre Nancy Fraser e Honneth, a fim de melhor demonstrar o modo como a luta pelo reconhecimento está sendo abordada nesta dissertação. Para maiores estudos acerca do tema, consultar: HONNETH, Axel. Recognition or redistribution? Changing perspectives on the moral order of society. *Theory, Culture & Society*, London, Thousand Oaks and New Dehli, v. 18, n. 2-3, p. 43-55, jun. 2001. Disponível em: < <http://tcs.sagepub.com/content/vol18/issue2-3/>>. Acesso em: 19 set. 2008; FRASER, Nancy. Recognition without ethics? *Theory, Culture & Society*, [S.l.], v. 18, n. 2-3, p. 21-42, 2001; FRASER, Nancy. *From redistribution to recognition?* Dilemas of justice in a postsocialist condition. New York: Routledge, 1997; FRASER, Nancy. Rethinking recognition: overcoming displacement and reification. *New Left Review*, [S.l.], n.3, p. 107-20, maio-jun.2000. Disponível em: < <http://www.newleftreview.org/?view=2248>>. Acesso em: 14 nov. 2008. FRASER, Nancy. *Social Justice in the age of identity politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003, p. 30. FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003.

²⁵⁵ FRASER, Nancy. *Recognition without Ethics?* *Theory, Culture & Society*. Vol. 18, No. 2-3, 21-42 (2001), p. 23.

marxista da economia, construindo um modelo que tem como categoria central a ideia de paridade de participação. Nesses textos, a autora critica, sistematicamente, o que chama de paradigma identitário do reconhecimento, cujos expoentes seriam Taylor e Honneth. Fraser julga que pensar o reconhecimento a partir da perspectiva de uma autenticidade identitária é um equívoco não apenas teórico, mas também político. Ela acredita que esse viés geraria dificuldades para a observação empírica e conduziria à reificação de identidades e a uma incapacidade de discernir reivindicações justificáveis das não justificáveis.

Como alternativa, ela propõe um modelo de reconhecimento calcado na ideia Weberiana de *status*. Os termos classe e status denotam ordens de subordinação ligadas e legitimadas socialmente. Dizer que a sociedade possui uma estrutura de classes é dizer que ela institucionaliza mecanismos econômicos que, sistematicamente, negam a alguns de seus membros as oportunidades necessárias para que eles participem junto com os outros da vida social. Já uma estrutura que cria hierarquias de *status* institucionaliza padrões de cultura que negam a alguns de seus membros o reconhecimento necessário para que eles participem da vida social. Nessa perspectiva, o não-reconhecimento não é explicado em termos de depreciação da identidade, mas em termos de subordinação social: o que requer o reconhecimento não é a identidade específica do grupo, mas o *status* de seus membros individuais como parceiros por completo na interação social. Assim, a análise do desrespeito adquire um objeto empiricamente palpável: padrões institucionalizados de desvalorização cultural.

Fraser afirma que a relação de redistribuição e de reconhecimento é uma falsa antítese.²⁵⁶ Para ela, a justiça requer ambas, pois apenas uma delas, tomada isoladamente, não seria o suficiente.

Para integrar as duas ideologias, Fraser promove um giro filosófico entre moral e ética, correto e bom, justiça e vida boa. A autora faz uso do conceito de ética em Hegel e de moral em Kant para tentar conciliar as duas teorias de

²⁵⁶ FRASER, Nancy. Recognition without ethics? *Theory, Culture & Society*, [S.l.], v. 18, n. 2-3, p. 21-42, 2001; FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 168.

forma que a luta pelo reconhecimento seja entendida como justiça, moral e não como ética, apesar de existirem casos onde a ligação entre ética e reconhecimento é inevitável.

In these Standards alignments, both sides agree that distribution belongs to morality, recognition belongs to ethics, and never the twain shall meet. Thus, each assumes that its paradigm excludes the other's. If they are right then the claims of redistribution and the claims of recognition cannot be coherently combined. On the contrary, whoever wishes to endorse claims of both types courts the risk of philosophical schizophrenia.

It is precisely this presumption of incompatibility that I am to dispel. Contra the received wisdom, I shall argue that one can integrate redistribution and recognition without succumbing to schizophrenia. My strategy will be to construe the politics of recognition in a way that does not deliver it prematurely to ethics. Rather, I shall account for claims for recognition as justice claims within an expanded understanding of justice. The initial effect will be to recuperate the politics of recognition for *Moralität* and thus to resist the turn to ethics. But that is not precisely where I shall end up. Rather, I shall concede that there may be cases when ethical evaluation is unavoidable. Yet because such evaluation is problematic, I shall suggest ways of deferring it as long as possible.²⁵⁷

Essa guinada tem quatro consequências imediatas. Primeiramente, não se opta por uma concepção específica de bem em detrimento de outras: o modelo de *status* é deontológico e não sectário.²⁵⁸ Em segundo lugar, o problema do desrespeito é situado em relações sociais e não em estruturas internas dos sujeitos, o que poderia culpabilizar as vítimas pela absorção da opressão ou levar à prática autoritária de policiamento de valores. Em terceiro lugar, ela evita a visão de que todos têm igual direito à estima social.²⁵⁹ Diferentemente de Honneth, ela diz que o que é preciso é que todos possam buscar estima.

A quarta consequência diz respeito à questão que motivou Fraser a construir todo o seu modelo: a guinada moral resolve a esquizofrenia filosófica

²⁵⁷ FRASER, Nancy. Recognition without ethics? *Theory, Culture & Society*, [S.l.], v. 18, n. 2-3, p. 21-42, 2001.

²⁵⁸ FRASER, Nancy. *Social Justice in the age of identity politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003, p. 30.

²⁵⁹ FRASER, Nancy. *Social Justice in the age of identity politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003, p. 32.

causada por tentativas de atrelar as lógicas da redistribuição e do reconhecimento. Segundo Fraser, trata-se de duas dimensões da justiça, cuja integração não pode se dar pela redução de uma à outra.

A chave da guinada de Fraser está, portanto, na ideia de paridade de participação. Este seria o padrão normativo que deveria reger tanto as lutas sociais como as análises desses conflitos e, não, a noção de autorrealização propagada por Taylor e Honneth.

Portanto, essas relações intersubjetivas de consciência são necessárias para o desenvolvimento de uma identidade individual e coletiva. Elas definem o que seria tido como vida ética, ou seja, uma sociedade onde os padrões de reconhecimento possibilitariam às pessoas possuir autoconfiança, autorrespeito e autoestima, ou seja, as lutas por reconhecimento devem ser entendidas como formas de tentar colocar fim a padrões sociais degradantes. Assim é que as pretensões de reconhecimento levantadas apenas serão satisfeitas através de maior inclusão.

Assim, não há como negar que o discurso do ódio, como forma de desprezo, menosprezo, desqualificação e humilhação, deve ser entendido como violador da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima. Ele não compreende a ideia do outro como um semelhante diferente, mas permite uma inferiorização e um desrespeito à dignidade do outro atingido, destituindo-o de seu status de cidadão. É uma forma de limite para a tolerância, não permitindo o diálogo aberto e plural, tendo em vista que não reconhece as opiniões divergentes, o que significa a anulação do outro. É que os participantes do discurso necessitam serem reconhecidos livres e iguais para que então possam buscar em suas opiniões o consenso. É neste sentido que o *hate speech* impossibilita o livre diálogo, vez que aquele que profere palavras com intuito de menosprezar ou diminuir o outro está negando o direito de reconhecimento daquele outro, prejudicando a formação de uma opinião pública livre, que requer o estabelecimento de uma democracia dialógica.

Flávia Piovesan ressalta:

Ao longo da história, as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do 'eu versus o outro', em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era visibilizada para conceber o 'outro' como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado, ermo de

qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo).²⁶⁰

A identidade constitucional contemporânea configurada pelo respeito aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade não pode simplesmente se desligar dos laços e identidades nacionais ou culturais relevantes. É por isso que Boaventura de Souza Santos acredita termos o direito a ser iguais, quando a nossa diferença nos inferioriza, e direito a ser diferentes, quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.²⁶¹ Nesse sentido, o princípio da igualdade só se realiza quando viabiliza respeito recíproco e simétrico às diferenças.²⁶²

Desse modo, somente através do reconhecimento de direitos individuais, por meio da proibição do discurso do ódio, poder-se-á gerar um autorrespeito, uma autoconsciência do sujeito, que pode colocar legitimamente suas pretensões; será possível permitir que o indivíduo constate o respeito de todos os demais, para que todos se reconheçam livres e iguais. Iguais, não como quiseram os “porcos” e os “cachorros” da Granja dos Bichos, no livro “A Revolução dos Bichos” de George Orwell, onde “todos os bichos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros”;²⁶³ ao contrário, nesta sociedade que se pretende emancipada e plural, todos os homens são iguais, exatamente iguais uns aos outros, justamente por serem completamente diferentes.

2. A LIBERDADE E A IGUALDADE NO CASO ELLWANGER²⁶⁴

Ele me humilhou, impediu-me de ganhar meio milhão, riu de meus prejuízos, zombou de meus

²⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 48.

²⁶¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

²⁶² NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001b, p. 334.

²⁶³ ORWELL, George. *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 106.

²⁶⁴ O julgamento do *habeas corpus* 82.424/RS referente ao caso Siegfried Ellwanger, teve todos os votos dos Ministros do STF compilados no livro “Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n 82.424/RS”. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004. Desta forma, para que não tenha que se fazer referência sempre ao *habeas corpus*, far-se-á referência ao livro que contém na íntegra os votos dos Ministros, facilitando assim a pesquisa de quem escreve e de quem lê.

lucros, escarneceu de minha nação, atravessou-se-me nos negócios, fez que meus amigos se arrefecessem, encorajou meus inimigos. E tudo, por que? Por eu ser judeu. Os judeus não têm olhos? Os judeus não têm mãos, órgãos, dimensões, sentidos, inclinações, paixões? Não ingerem os mesmos alimentos, não se ferem com as armas, não estão sujeitos as mesmas doenças, não se curam com os mesmos remédios, não se aquecem e refrescam com o mesmo verão e o mesmo inverno que aquecem e refrescam os cristãos? Se nos espetardes, não sangramos? Se nos fizerdes cócegas, não rimos? Se nos derdes veneno, não morremos? E se nos ofenderdes, não devemos vingar-nos? Se em tudo o mais somos iguais a vós, teremos de ser iguais também a esse respeito. Se um judeu ofende a um cristão, qual é a humildade deste? Vingança. Se um cristão ofender a um judeu, qual deve ser a paciência deste, de acordo com o exemplo do cristão? Ora, vingança. Hei de pôr em prática a maldade que me ensinastes, sendo de censurar se eu não fizer melhor do que a encomenda.
(SHAKESPEARE, William. *O mercador de Veneza*. Ato III, Cena I. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005, p. 84.)

A liberdade de expressão não é absoluta²⁶⁵, ou, no dizer do Min. José Augusto Delgado, ela é de natureza absoluta desde que não fira os direitos e garantias fundamentais e não atente contra outros postulados pétreos, como o da federação, da democracia, da dignidade humana, da valorização da cidadania e da proibição ao racismo.²⁶⁶

A primeira das quatro liberdades de Franklin Roosevelt²⁶⁷ possui algumas restrições. Esses limites surgem quando um determinado sujeito ou grupo, para afirmar sua identidade, depara-se com outras identidades,²⁶⁸

²⁶⁵ “Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (HC 82.424-2, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04).

²⁶⁶ DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 9-42, set./dez 1995.

²⁶⁷ SINGTON, Derrick. *Liberdade de comunicação*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966, p. 9.

²⁶⁸ Sobre o tema da identidade, ver: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000; HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006; BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedito Vecchi*. Trad.

estabelecendo em relação a estas um afastamento, um comportamento de negação do Outro, que se expressa em uma não-aceitação de suas diferenças, o que inviabiliza ao diferente o direito à legitimidade de existir, de não lhe ser semelhante.²⁶⁹ É o que acontece com os discursos racistas, antissemitas e discriminatórios de um grupo determinado.

No Brasil, no que tange ao racismo, Paulo Vinícius da Silva e Fúlvia Rosemberg lembram que o contexto sóciohistórico de produção, circulação e consumo de discursos raciais apresenta uma série de pontos importantes a serem lembrados. Entre eles, o fato de que o Brasil foi o país que mais importou escravos africanos durante o regime escravagista, o último a abolir a escravidão negra (somente em 1888), e que tem a segunda maior população negra mundial com, aproximadamente, oitenta milhões de brasileiros.²⁷⁰

Diferentemente dos Estados Unidos, que experimentaram uma segregação institucionalizada, onde a discriminação racial não ocorria isoladamente por iniciativa de particulares, mas foi promovida pelo próprio governo por meio de medidas executivas, de leis e decisões judiciais²⁷¹, o Brasil teve de lidar, por muito tempo, se não até hoje, com o mito da democracia racial²⁷², injustamente vinculado ao grande Gilberto²⁷³ Freyre e seu livro “Casa-Grande & Senzala”²⁷⁴. Ainda que no livro o negro tenha sido idealizado em demasia, não há como negar o caráter antirracista da obra.²⁷⁵

Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005; CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2006.

²⁶⁹ OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. Preconceito, estigma e intolerância religiosa: a prática da tolerância em sociedades plurais e em estados multiculturais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE*, Recife, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2007.

²⁷⁰ SILVA, Paulo Vinícius Baptista; ROSEMBERG, Fúlvia. Brasil: lugares de negros e brancos na mídia. In: VAN DIJK, Teun A. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 73.

²⁷¹ Ver: Brown vs. Board of Education. 347 U.S. 483 (1954).

²⁷² Florestan Fernandes adotou essa expressão em *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da raça branca*. São Paulo: Ática, 1978. A expressão sintetizaria a ideia de que, no Brasil: o negro não tem problemas, não existe distinção racial, oportunidades e prestígio social são igualmente acessíveis a todos, os negros estão satisfeitos com suas vidas e não existem problemas de justiça social referentes à raça.

²⁷³ ANDRADE, Carlos Drummond de Andrade. A Gilberto Freyre. In: *Viola de bolsa novamente encordoada*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

²⁷⁴ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006. Ver também: BANDEIRA, Manuel. *Casa-grande & senzala*. In: *Estrela da vida inteira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986.

²⁷⁵ CARDOSO, Fernando Henrique. Um livro perene. In: FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006, p. 20. Sobre o tema ver: SOUZA, Jessé. Gilberto Freyre e a singularidade cultural

Depois ocorreu o que Fabiano Silveira chamou de “metamorfose da questão racial”, em alusão ao livro de Franz Kafka, não porque deixou de existir racismo no Brasil, mas porque ele logrou transição do estágio disfarçado para o declarado.²⁷⁶ A pretensa democracia racial que antes mascarava a existência do racismo²⁷⁷ caiu por terra e hoje Brasil pode repensar o conceito de raça e racismo.

O preconceito racial é um fenômeno de grande complexidade, por isso Kabengele Munanga compara-o a um *iceberg*, cuja parte visível corresponde às manifestações do preconceito, tais como as práticas discriminatórias, e a parte submersa corresponde aos preconceitos não manifestos, presentes invisivelmente na cabeça dos indivíduos.²⁷⁸

A escravidão deixou marcas indeléveis na sociedade brasileira, fundas cicatrizes que “providências cosméticas não disfarçam”.²⁷⁹ No ordenamento brasileiro, a Constituição de 1988 deu um grande passo e, pela primeira vez na história brasileira, alçou a nível constitucional a proibição da prática de racismo, tornando-o crime; e mais, inafiançável e imprescritível.²⁸⁰

A par desse contexto é que o discurso de incitação ao ódio ganhou foco no Brasil, nomeadamente à ocasião do julgamento do famoso caso Ellwanger, discutido no *habeas corpus* 82.424-2/RS. É claro que antes desse marco as formas de incitação ao ódio, tal qual o racismo e o antissemitismo, já eram alvo de discussão. Todavia, a decisão proferida nesse julgamento posicionou o tema em lugar de maior evidência e destaque, de sorte a torná-lo objeto de ampla preocupação.

brasileira. In: SOUZA, Jessé (Org.) *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 283-328.

²⁷⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 1.

²⁷⁷ FRY, Peter. Prefácio. In: REZENDE, Claudia Barcellos; MAGGIE, Yvonne (Org.). *Raça como retórica: a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 8.

²⁷⁸ MUNANGA, Kabengele. Prefácio. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007, p. 9.

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de (Coord.) *Ordem Jurídica e igualdade étnico-racial*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 60.

²⁸⁰ Sobre o tema, ver: SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Por esse motivo, o caso logrou tamanha importância, se não se tornou o mais importante,²⁸¹ o que lhe conferiu uma indiscutível transcendência e o revestiu de irrecusável valor simbólico.²⁸²

Siegfried Ellwanger Castan é escritor e sócio de uma empresa editora de livros, a Revisão Editora Ltda. Ele escreveu, editou e publicou obras de sua autoria²⁸³ e da autoria de outros escritores nacionais e estrangeiros²⁸⁴, que, de acordo com o que constava na denúncia, abordam temas antissemitas, racistas e discriminatórios, procurando com isso incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores os sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Em primeira instância, o pedido do Ministério Público foi julgado improcedente pela juíza substituta Bernardete Coutinho Friedrich. Recorrido da decisão, o Tribunal do Rio Grande do Sul reformou o julgado, considerando o réu culpado pelo ato de incitar e induzir a discriminação, de acordo com o disposto no art. 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90: “praticar ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”.

Os advogados de Ellwanger impetraram *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o crime disposto na lei supramencionada não se referia ao crime de racismo, mas sim de discriminação e que, portanto, não cumpria o que dispõe o art. 5º, XLII da Constituição Federal, acerca da imprescritibilidade do crime de racismo. Faziam tal afirmação baseando-se na premissa de que os judeus não constituem uma raça humana e, portanto, a

²⁸¹ Voto do Ministro Marco Aurélio (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 169).

²⁸² Voto do Ministro Celso de Mello. (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 53).

²⁸³ “Holocausto. Judeu ou alemão? - Nos bastidores da mentira do século”, “SOS para a Alemanha”, “A implosão da mentira do século”, “O catolicismo traído”, “Acabou o gás... O fim de um mito”.

²⁸⁴ “O Judeu Internacional”, de Henry Ford; “A história secreta do Brasil”, “Brasil – colônia de banqueiros” e “Os protocolos dos sábios de Sião”, os três de autoria de Gustavo Barroso; “Hitler – Culpado ou inocente?”, de Sérgio Oliveira; “Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”, de Louis Marschalko. O livro “Os protocolos dos sábios de Sião” foi um texto publicado na época da Rússia czarista, que descrevia um projeto de conspiração para que os judeus aniquilassem o cristianismo e atingissem a dominação mundial. Essa obra tornou-se o carro-chefe utilizado pelos nazistas para justificar o genocídio de judeus nos campos de concentração. Apesar de ter sido desmascarado como uma falsificação, ainda constitui uma peça central no arsenal antissemita contemporâneo.

ofensa não constituía crime de racismo, mas mero preconceito ou discriminação que não é abraçado pela imprescritibilidade. Para isso, citaram inúmeros autores de origem judaica para confirmar que os judeus não constituem uma raça, requerendo, em seu pedido, que fosse liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão para que, até o final do julgamento do pedido, fosse suspensa a execução da sentença, além de reconhecer a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o paciente fora condenado à pena de dois anos de reclusão com *sursis* em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.

O impetrante sustentava que essas práticas tinham sido tipificadas de acordo com a nova redação da Lei 8.081/90 e que, no entanto, apenas a prática do racismo estaria abrangida pelo art. 5º, XLII da Constituição como imprescritível.

O STJ quase que por unanimidade negou o *habeas corpus*, com uma única discordância, a do ministro Edson Vidigal.

O paciente impetrou novamente um *habeas corpus*, agora para o Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela denegação do remédio constitucional.

O Parecer do Subprocurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, afirmou que o texto constitucional permite que uma lei inferior defina o racismo. Sendo assim, o art. 20 da Lei 7.716/89, com redação da Lei 8.081/90, abrangia o crime cometido contra o povo judeu, pois abarcou também “religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza”.

Na posição de *amicus curiae*, Celso Lafer afirmou que o crime cometido por Siegfried Ellwanger teria sido de prática do racismo e, como tal, era imprescritível.²⁸⁵ O jurista fundamentou sua decisão em diversos pontos. Em primeiro lugar, ressaltou que o conteúdo jurídico do preceito constitucional discutido, bem como toda a legislação infraconstitucional relativa à discriminação racial, baseia-se nas ultrapassadas teorias que dividem a

²⁸⁵ LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 81.

humanidade em raças, desta forma, é o fenômeno do racismo e não a “raça” que enseja a proteção constitucional. Nesse sentido, portanto, teorias nas quais se afirma a superioridade racial e o ódio deveriam ser consideradas racismo.

Lembrou, ainda, que a história brasileira está repleta de momentos históricos em que o racismo ocorreu não somente contra o negro, mas contra outros destinatários como o cristão-novo, o índio e o próprio judeu.

Um dos pontos de extrema importância discutido pelo Supremo Tribunal no caso Ellwanger foi o sentido a ser atribuído ao termo raça. No *habeas corpus*, os advogados sustentaram o argumento de que o povo judeu não constitui uma raça e por isso não deveria ser o paciente condenado por racismo.

De fato, o Supremo Tribunal Federal preferiu a interpretação de que o povo judeu não constitui uma raça, o que não quer dizer que a discriminação contra esse povo não possa ser tipificada como racismo.

O Ministro Moreira Alves, relator da ementa, defendeu a visão de que o povo judeu não constituía raça, baseando-se no ensinamento de Nicola Abbagnano que considera raça os grupos identificados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são, principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, cor e forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguiam três grandes raças, quais sejam, a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide.²⁸⁶

Além de Nicola Abbagnano, Moreira Alves referiu a lição de inúmeros estudiosos judeus²⁸⁷ para recusar o qualificativo de raça aos judeus. Assim, grupos nacionais, religiosos e geográficos, entre outros, não são considerados raças, daí porque os judeus não constituiriam uma raça. Observe-se que o argumento utilizado pelo Ministro Moreira Alves coincide, em sua conclusão, com o dos demais ministros, no entanto, a fundamentação utilizada é bem

²⁸⁶ ABBAGANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 977/978 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004.

²⁸⁷ O antropólogo judeu Miguel Asheri, o rabino Morris Kertzer, Moacyr Scliar, o rabino Henry I. Sobel, Fred E. Foldvaruy, Eugene B. Bnrowitz, o rabino Samuel M. Stahl e Mordecai M. Kaplan.

diferente. O Ministro afirmou existir, sim, uma classificação de raça para os seres humanos, mas que recobre somente os brancos, negros e amarelos, excluindo-se os judeus. Essa argumentação foi bastante criticada pelos demais Ministros e pela doutrina em geral, uma vez que se sabe não existir uma classificação, com fundamentação científica, baseada no critério raça para a espécie *homo sapiens*. Justificou-se o Ministro por entender que, à época em que a Constituição foi escrita, não havia a conclusão científica, hoje pacificada, da inexistência de raças humanas, e por isso dever-se-ia interpretar o conceito de raças a incluir somente aquelas três categorias.

No mais, o Ministro recorreu ao elemento histórico ou à interpretação histórica da Constituição, buscando nos debates parlamentares a vontade do Constituinte. Apresentou a justificativa do Constituinte Carlos Alberto Caó para a Emenda Aditiva à Constituição, no sentido de que, ainda àquele momento, depois de cem anos da abolição, os negros continuavam a sofrer racismo, daí a necessidade do dispositivo constitucional. E, citando constitucionalistas clássicos brasileiros, como Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Cretella Júnior, concluiu que racismo significava apenas preconceito contra a raça negra.

Correta foi a decisão do Ministro Maurício Corrêa que entendeu que o racismo não deve ser analisado somente através de sua ótica mais usual, ou seja, com relação à discriminação racial, levando-se em conta a acepção biológica do termo raça. Dever-se-ia, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional.²⁸⁸ Ao contrário do entendimento biológico de raça, o que se deve levar em conta ao interpretar o termo raça é a valoração política e sociológica.

Do ponto de vista biológico, é quase um consenso que não existam raças humanas, pois, depois dos avanços científicos obtidos pelo Projeto Genoma Humano, pode-se afirmar que a diferença entre raças humanas não subsiste. Ela é ínfima, mínima, a tal ponto que todos os seres humanos se encontram na mesma raça, a raça humana, independentemente das características físicas. Em 26 de junho de 2000 ficou constatado que o homem

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p.25.

é detentor de 30 mil genes e não de 100 mil como se pensava; além disso, constatou-se que brancos, negros e amarelos são, na verdade, 97% iguais, o que não permite distinguir os seres humanos em raças diferentes,²⁸⁹ até mesmo porque a percepção das “cores” muda no espaço e no tempo. Muitos “brancos” brasileiros seriam considerados “negros” nos Estados Unidos, assim como “hispânicos” na Califórnia seriam “brancos” no México e na Guatemala, enquanto na África do Sul do *apartheid* os chineses eram considerados asiáticos e os japoneses, “brancos”.²⁹⁰ Assim, na essência, somos todos iguais²⁹¹. Portanto, o argumento de que os judeus não são uma raça e de que Ellwanger não teria incidido no crime de racismo é falacioso, pois se é verdade que os judeus não constituem uma raça, também não o são os negros, os brancos e os índios. Assim, acatado tal argumento, o próprio crime de racismo deixaria de existir. Isso porque “por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, [ela converteria a prática de racismo] em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças”.²⁹²

Afirma Guido Barbujani:

a palavra raça não identifica nenhuma realidade biológica reconhecível no DNA de nossa espécie, e que portanto não há nada de inevitável ou genético nas identidades étnicas e culturais, tais como as conhecemos hoje em dia. Sobre isso, a ciência tem ideias bem claras. As raças, nós as inventamos e nós as levamos a sério por séculos, mas já sabemos o bastante para largar mão delas. Hoje em dia sabemos que somos todos parentes e todos diferentes, de acordo com o feliz *slogan* criado pelo geneticista francês André Longaney, e não é preciso ter feito estudos aprofundados para convencer-se disso.²⁹³

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirmou ser, à época, pacífico o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças

²⁸⁹ Sobre o tema, ver: BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças*. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2007.

²⁹⁰ BARBUJANI, 2007, p. 10.

²⁹¹ MEYER-PFLUG, Samantha. HC nº 82.424/RS: Liberdade de expressão ou incitação ao racismo. O voto do Min. Marco Aurélio. *Revista Ibero-Americana de Direito Público, RIADP*, Rio de Janeiro, ano iv, n.16, p. 302, 2004.

²⁹² LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, p. 83.

²⁹³ BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças*. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2007, p. 14.

assentava-se em reflexões pseudocientíficas.²⁹⁴ O racismo, como fenômeno social e histórico, não pode ter seu conceito restringido à interpretação do termo raça. Na ocasião, também o Ministro Carlos Ayres Britto considerou o racismo não na acepção biológica, mas na sociológica.

A unanimidade dos ministros não considerou o povo judeu uma raça, mesmo com a argumentação do ministro Moreira Alves. No entanto, isso não significa que não possa ocorrer o crime de racismo contra esse povo. É, portanto, necessário entender qual o conceito e o alcance do crime de racismo previsto na Constituição de 1988.

Sobre o assunto, o Procurador Geral da República à época, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, pronunciou-se pelo indeferimento do pedido de *habeas corpus*, entendendo que a Constituição, em seu artigo 5º, XLII, parte final (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, *nos termos da lei*”), permitiu que o legislador ordinário definisse a prática do racismo, o que foi feito por meio da instituição das inúmeras figuras citadas na lei 7.716/89, com redação dada pela lei 8.081/90, incluindo assim o preconceito e a discriminação, não somente quanto aos negros, mas quanto à religião, etnia ou procedência nacional.

Ao contrário do que escreveu o Procurador Geral da República, o Ministro Moreira Alves entendeu que a expressão final do artigo 5º, XLII, “nos termos da lei”, não delega à legislação ordinária o poder de dar o entendimento que lhe aprouver ao significado de racismo, mas sim, que cabe a ela tipificar as condutas dessa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.²⁹⁵

De acordo com o Ministro, o crime de racismo não abrange toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, uma vez que não inclui certos tipos de preconceitos como, por exemplo, quanto à idade ou ao sexo. Entende, portanto, que a expressão racismo deve ser interpretada de forma restritiva, haja vista que a imprescritibilidade prevista na Constituição para esse tipo de crime não alcança sequer os crimes considerados hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, que são apenas inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 63.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 14.

Continuando a discorrer sobre as circunstâncias históricas em que foi aprovada a emenda que inseriu o inciso XLII na Constituição, o Ministro demonstrou que a intenção principal era considerar racismo apenas a discriminação praticada contra os negros, pois o constituinte responsável pela edição dessa emenda, Carlos Alberto Caó, baseava-se no preconceito sofrido pela raça negra no Brasil. Assim justificou a importância da emenda o então deputado federal pelo PDT, Carlos Caó:

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, vedada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira construída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime.²⁹⁶

O Ministro Moreira Alves chamou a atenção para a amplitude do sentido que se tentava dar à expressão racismo, de tal forma que chegava a alcançar qualquer grupo com características próprias, correndo-se o risco de ter um tipo de conteúdo aberto, uma vez que são inúmeros os grupos que se encaixam nessa descrição.

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

Ele findou seu voto com a afirmação de que os judeus não constituem uma raça e, por isso, não poderia existir crime de racismo contra esse povo. Inexistindo esse crime contra judeus, o paciente do *habeas corpus* não poderia ser condenado por crime outro que não o de discriminação que não possui a qualidade de imprescritível. Assim, tendo passado o período da prescrição para o crime de discriminação, o Ministro deferiu o *habeas corpus* declarando extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição, o que fez nos seguintes termos:

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

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

²⁹⁶ BRASIL, 2004, p. 15.

absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31-10-96, decorrem mais de quatro anos.

Em face do exposto, defiro o presente *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.²⁹⁷

Ocorre, no entanto, que, ao contrário do afirmado pelo Ministro, um texto não é estático, ele é dinâmico, e enquanto fruto das práticas sociais ele depende delas para ganhar sentidos os mais diversos, tendo em vista a impossibilidade de a linguagem ser controlada. Ela é fluida e não pode ser aprisionada.²⁹⁸ Assim, é normal que o termo racismo tome novos significados, mais amplos, até mesmo com os avanços da Genética, mostrando que raça não existe biologicamente, mas é um conceito social.²⁹⁹ Afinal, não existe objetividade absoluta. Todo intérprete propõe a sua interpretação que, não obstante, não é de modo algum arbitrária, mas pode alcançar ou não um grau definido de propriedade.³⁰⁰

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.³⁰¹

A interpretação é uma atribuição de sentidos que, além de vinculada a uma tradição da qual o intérprete é portador, simultaneamente, ressignifica essa tradição no ato interpretativo,³⁰² ou seja, esta hermenêutica possui um

²⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n. 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 19.

²⁹⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 45.

²⁹⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

³⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 10.

³⁰¹ OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

³⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 482-484.

viés que de maneira alguma é apenas descritivo, mas uma crítica da práxis.³⁰³ Na hermenêutica, é “básico estar-em-movimento do Ser que constitui a sua finitude e a sua historicidade e, por isso, inclui o conjunto da sua experiência no mundo”³⁰⁴, de tal sorte que nossa verdade é sempre datada, histórica e mutável. É sempre uma verdade que se sabe precária, passível de ser falsificada e modificada, o que não a invalida de forma alguma.³⁰⁵

Um texto carrega consigo a pretensão de sintetizar um processo hermenêutico anterior de atribuição de sentidos. No entanto, quando nos dispomos a interpretá-lo, fazemos parte de uma fusão de horizontes interpretativos, sendo impossível nos prendermos somente ao passado sem pensar no presente, o que não permite recuperar a intenção original do autor. Até mesmo porque seria impossível adivinhar a intenção do constituinte para todos os casos postos em dúvida. Assim, o passado somente nos é acessível por meio de um processo de permanente reconstrução hermenêutica do presente, pois não existe um presente que possa ser conectado de forma estritamente causal ao passado.

É nesse momento que toma sentido a noção de direito como integridade. O magistrado e aplicador dos direitos deve atentar para o passado de nossas práticas jurídicas, para os capítulos previamente escritos por outros juristas, nunca se apropriando desse passado de modo inocente, mas sempre interpretando-o com base nos sentidos outros tornados possíveis no presente. Assim, é possível dizer que o Ministro Moreira Alves não soube utilizar o sentido que fora dado no passado ao termo racismo ao aplicá-lo no presente. O voto do Ministro Nelson Jobim deixa isso claro quando disse a “Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000”.³⁰⁶ Assim sendo, o magistrado e intérprete deve se voltar para o passado, não com um propósito último de investigação do sentido original, mas, imerso em um processo

³⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57-58.

³⁰⁴ GADAMER, 1999, p. 15.

³⁰⁵ OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004, p. 36.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 216.

normativo, deve tentar atribuir às práticas passadas seu melhor e mais coerente sentido à luz dos princípios cuja interpretação se pretende fazer no presente.³⁰⁷

Uma interpretação constitucional adequada toma como seu objeto tanto o texto em si como as práticas passadas: advogados e juízes diante de um problema constitucional contemporâneo devem necessariamente tentar construir uma interpretação coerente, principiológica e persuasiva das normas específicas do texto, da estrutura da Constituição como um todo e da nossa história sob o pálio da nossa Constituição – uma interpretação que a um só tempo unifica estas fontes distintas, tanto quanto possível, e direciona os rumos futuros da adjudicação. Isto é, eles devem procurar integridade constitucional.³⁰⁸

É justamente com esse propósito que Rosenfeld afirma a impossibilidade do fechamento do sistema constitucional, sendo necessária uma infinita abertura para que o próprio sujeito constitucional possa sofrer as mutações. A partir dessa perspectiva reconstrutiva, a interpretação da Constituição assume o papel de um contínuo processo de abertura e ressignificação, reconstruindo as ideias de titulares de direitos, para que não se consolide uma identidade constitucional estanque.

Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa afirmou existir racismo na ideologia nazista, não porque os judeus podem ser considerados biologicamente uma raça, mas sim porque a doutrina nazista os vê como uma raça, de tal modo que pregam a superioridade da raça pura, a ariana, sobre a raça judaica. Por isso é possível dizer que o antissemitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor duas raças em sua filosofia.

Assim escreveu o Ministro:

Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção de que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e,

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 127.

³⁰⁸ DWORKIN, 2006, p. 118.

exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.³⁰⁹

Da afirmação do Ministro depreende-se que o racismo ocorre por meio de uma valoração negativa de determinados grupos sociais com características comuns. Esse é o conceito social de raça. É a acepção sociológica de racismo.

Maurício Corrêa também mencionou o sentido antropológico de racismo, apoiando-se na lição da professora Sonia Bloomfield Ramagem para quem as raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais, possuindo o termo um poderoso significado político social. Trata-se de um construto social baseado em valores e crenças criados a partir da visão de mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vice-versa.³¹⁰

Assim se manifestou o Ministro:

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.³¹¹

Segundo o Ministro, o paciente tentou negar a existência do Holocausto, das barbáries cometidas pelos alemães, imputando a culpa de tudo aos judeus que o fizeram como estratégia para obter a simpatia do resto do mundo. Dessa forma, o autor do livro acabou por alterar os fatos históricos de maneira a provocar e incitar uma discriminação contra os judeus, não tendo outra forma de entendê-los se não como a prática do racismo, uma vez que o conceito de raça deve ser analisado de acordo com a acepção político-social.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p.29.

³¹⁰ BRASIL, 2004, p. 30.

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 30.

Já o Ministro Carlos Ayres Britto, após ler todo o livro do paciente, em sua primeira e última edição, chegou à conclusão de que, deixando de lado a má técnica e a leitura penosa sem nenhum deleite intelectual ou agrado literário,³¹² o autor faz uma pesquisa histórica sob a perspectiva revisionista da 2ª Guerra Mundial e do Holocausto; seu erro foi o de sobrepor a sua intenção fixa de revisão da história à neutralidade que se exige de todo pesquisador,³¹³ sustentando, portanto, uma ideologia que, apesar de ir contra a noção da maioria sobre o que é correto, não cometeu o crime de discriminação, haja vista que não agiu de forma direta a incitar o ódio, mas apenas expôs sua opinião quanto a uma realidade histórica.

Assim escreveu Carlos Ayres Britto:

Sucedem que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouro de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).³¹⁴

Por fim, citando Voltaire, “não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las”, o Ministro encerrou seu voto concedendo o *habeas corpus* e absolvendo o paciente por atipicidade da conduta.

Não há como aceitar o conceito de ciência desenvolvido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que entende não ser racista o livro pelo fato de ter sido escrito com base em pesquisas e conter citações bibliográficas. Essa decisão não se adequa ao paradigma do Estado Democrático de Direito, vez que não respeitou a integridade do direito.

Com Gadamer, em “Verdade e Método”³¹⁵ e Thomas Kuhn, em “A estrutura das revoluções científicas”,³¹⁶ aprendeu-se que a ciência necessita de

³¹² BRASIL, 2004, p. 157.

³¹³ Ibid., p. 158.

³¹⁴ Ibid., p. 158.

³¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

conhecimento prévio, de preconceitos, de pré-compreensões. Afinal, “toda compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela seus preconceitos”.³¹⁷ A ciência necessariamente utiliza uma determinada metodologia para tentar alcançar um resultado na busca da verdade. De toda sorte, o método não garante por si só a verdade. Ele necessita de um suporte da comunidade científica. É certo que a verdade se sabe precária e datada. No entanto, constitui um argumento falho basear-se na ideia de que a verdade absoluta inexistente para não aceitar qualquer proposição. Para isso existe ciência, que evolui por paradigmas conforme afirmou Thomas Kuhn. Nessa perspectiva, um texto somente pode ser considerado científico caso tenha sido discutido em uma dada comunidade científica e consiga convencê-la de que o conteúdo acrescenta à comunidade uma forma nova e melhor de resolver os problemas não resolvidos até então. A pesquisa científica sempre busca a verdade, embora esta seja uma “verdade” que se sabe “falível”, mas que só é entendida como tal se aceita universalmente por determinada comunidade científica, em um dado momento histórico, que sempre se modifica.

Assim, não se pode dizer que meras citações ou argumentos de autoridade podem garantir a cientificidade de uma obra; a obra precisa, isto sim, encontrar respaldo nos fatos comprovados e na comunidade científica.³¹⁸

Muito diferente seria a discussão, por exemplo, sobre a discriminação em “O Mercador de Veneza”, de Shakespeare, como uma obra portadora de uma mensagem antissemita, tendo em vista o papel de Shylock, um mercador judeu que empresta dinheiro a Antonio. A obra de Shakespeare é uma obra aberta por abordar temas que se mantêm atuais e, como dramaturgo, não se serviu do teatro para criticar a realidade, pelo contrário, ele a aceitava.³¹⁹

³¹⁶ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

³¹⁷ GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). *O problema da consciência histórica*. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 13.

³¹⁸ OMMATI, José Emílio Medauar. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do Ministro Carlos Britto no HC 82.424/RS. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, n. 2, p. 493-507, 2005.

³¹⁹ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Shakespeare, O Mercador de Veneza e a experiência histórica do direito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.) *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série. N. 9. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2002, p. 225-240.

Na obra de Siegfried Ellwanger, no entanto, há o abuso de uma pretensa cientificidade para tentar demonstrar o indemonstrável, ao contrário da obra shakespeariana em que o ideal e a sociedade de uma época são retratados.

Afora a questão da inclusão da atitude do paciente dentro do conceito de racismo e da discussão acerca do alcance do mesmo, uma terceira discussão veio à tona com o voto do Ministro Maurício Corrêa: a possível violação à liberdade de expressão. O Ministro considerou que o racismo não estaria ferindo o direito de liberdade de expressão, pois este não é absoluto e deve ser exercido de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal.³²⁰

Nesse sentido, o Ministro expressou a antinomia entre os princípios como uma aparente colisão de direito essenciais que encontra, todavia, resposta no próprio ordenamento constitucional, haja vista que não é dado a um direito fundamental salvaguardar uma prática ilícita, ou seja, não é permitido utilizar-se da liberdade de expressão para incorrer em práticas discriminatórias ou racistas. Utiliza, portanto, o conceito da concordância prática. Além disso, fazendo uso da ponderação, afirmou o Ministro que a dignidade, a cidadania e até a própria vida da população atingida pelo livro discriminatório do paciente deve preponderar sobre o direito individual de liberdade de manifestação de pensamento.

Disse o Ministro:

Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.³²¹

O Ministro Maurício Corrêa encerrou seu voto indeferindo o *habeas corpus* por entender raça em sua concepção político-social, o que inclui os

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 39.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 41.

judeus, além de fazer uma interpretação teleológica e harmônica da Constituição que considera a discriminação dos judeus crime de racismo. Deste feito, enquadra-se a atitude do paciente dentro do artigo 5º, XLII, que declara o crime de racismo imprescritível.

Nas palavras do próprio juiz:

Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi, mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. [...]

Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são deliberadamente, racistas e, em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

[...]

Ante essas circunstâncias, rogando todas as vênias ao Ministro Moreira Alves, indefiro o *habeas corpus*.³²²

No mais, a maioria das decisões trata o tema como um caso de ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade humana.³²³

A doutrina utilizada nos votos, principalmente, no dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, é a da teoria dos direitos fundamentais de Robert

³²² BRASIL, 2004, p. 43-45.

³²³ CUSTÓDIO GOUVEIA, Mayra Zago de Faria. O conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal – HC 82.424-2 RS. 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=64. Acesso em: 12 jan. 2009.

Alexy, ³²⁴ para quem os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. ³²⁵ Assim, os princípios atuam como mandatos de otimização, ou seja, eles devem ser cumpridos, porém o grau ou a medida dessa satisfação dependeria das possibilidades e das condições de cada caso. Desse modo, os princípios poderiam ser obedecidos em diversos graus, dependendo das circunstâncias em espécie. ³²⁶ Alfonso García Figueroa identifica quatro características fundamentais na doutrina de Alexy, quais sejam, a graduação, a otimização, um “dever ser” ideal e o caráter *prima facie* dos princípios. ³²⁷

Entendendo os princípios como mandatos de otimização, Alexy afirma que a colisão entre eles se daria na dimensão do peso e, sua forma de solução, por meio do princípio da proporcionalidade ante a ponderação do peso através da lei de colisão para uma precedência condicionada dos mesmos princípios, sempre com base no caso concreto.

Em suma, quando dois princípios entram em colisão, ou quando um deles é restringido por outro, deve-se ponderá-los, pesá-los seguindo o princípio da proporcionalidade, segundo o qual quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção. Esse princípio cumpre o respeito a três outros subprincípios ou máximas, que são o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é a

³²⁴ Não nos deteremos, aqui, a explicar a teoria de Robert Alexy como teoria da argumentação jurídica e a diferença entre princípios e regras. Para ele princípios e regras são espécies do gênero “norma”. Para efetuar a distinção entre ambos é importante eleger critérios. O mais comum é a generalidade ou grau de abstração. Enquanto os princípios seriam normas dotadas de um elevado grau de abstração, as regras seriam normas mais “concretas”, cujas possibilidades de aplicação estariam já delineadas. Os demais critérios de distinção podem ser reconduzidos a este, referindo-se, em geral, à importância específica dos princípios para o ordenamento jurídico, à ideia de direito, ao caráter explícito do conteúdo valorativo, entre outros (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

³²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993b, p. 173.

³²⁶ “Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (ALEXY, 1993b, p. 86).

³²⁷ FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y Positivismo Jurídico*. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Ed. CEPC, 1998. O autor utiliza as expressões: “La graduabilidad”, “La optimización”, “El deber ser ideal” e “el carácter prima facie”.

verificação da aptidão do ato para a produção do resultado; em outras palavras, deve-se perquirir se aquela atitude atende ao fim buscado e resulta na condição desejada. A necessidade é a condição de utilização do meio menos gravoso e igualmente eficaz para se alcançar o fim colimado. Por último, a proporcionalidade em sentido estrito, como o próprio nome demonstra, procura ponderar, arrazoar, fazer proporcional a restrição de um dos direitos fundamentais com a realização do outro princípio contraposto.

Assim, apenas diante do caso concreto seria possível dimensionar, pesar ou ponderar diferentes princípios. Ocorreria a precedência de um princípio sobre o outro, sempre levando em conta as condições, a situação e as características específicas de cada caso. Mudadas essas condições, a precedência também poderia mudar. É no caso concreto, portanto, que se definiria o peso de cada princípio, e, portanto, qual deles iria preceder o outro.

Desta forma, escreveu Luis Prieto Sanchís:

Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en plano abstracto; en principio, han de ser todos del mismo valor, pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

[...]

En definitiva, creo que estos conflictos o antinomias se caracterizan: 1) porque o bien no existe una superposición de los supuestos de hecho de las normas, de manera que es imposible catalogar en abstracto los casos de posible conflicto, o bien porque, aun cuando pudieran identificarse las condiciones de aplicación, concurren mandatos que ordenan observar simultáneamente distintas conductas en la mayor medida posible; 2) porque, dada la naturaleza constitucional del los principios en conflicto y el propio carácter de estos últimos, la antinomia no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente a la otra; 3) porque, en consecuencia, cuando la práctica se produce una de estas contradicciones la solución puede consistir bien en el triunfo de una de las normas, bien en la búsqueda de una solución que procure satisfacer a ambas, pero sin que pueda pretenderse que en otros casos de conflicto el resultado haya de ser el mismo. De este modo, en un sistema normativo pueden convivir perfectamente el reconocimiento de la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, la libertad de expresión y el

derecho al honor, la igualdad formal y la igualdad sustancial, el derecho de propiedad y la tutela del medio ambiente o el derecho a la vivienda, la libertad de manifestación y la protección del orden público, el derecho a la tutela judicial y la seguridad jurídica o el principio de celeridad y buena administración de justicia. No cabe decir que entre todas estas previsiones exista una antinomia; pero es también claro que en algunos casos puede entablarse un conflicto que ni puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través de un criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra.³²⁸

Alexy construiu, então, um sistema de condições de prioridade e propôs, na qualidade de método de ponderação, a denominada Lei de Colisões,³²⁹ que pondera qual dos princípios possuiria peso maior. Assim, formar-se-ia uma relação de precedência condicionada³³⁰ entre os princípios. Dito de outro modo, conforme as circunstâncias do caso, um princípio pode ter mais peso que outro. Mudadas as circunstâncias, ou mudado o caso, pode ocorrer uma mudança nessa ordem.³³¹ Isso ocorreria porque nenhum princípio teria preferência sobre o outro de forma absoluta. Se assim fosse, estar-se-ia ante uma ordem (hierarquia) “dura” (abstrata) de princípios. Essa ordem dura não seria possível porque os princípios constitucionais *in abstracto* têm idêntica

³²⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 137-140.

³²⁹ Alexy utiliza dois exemplos para explicar a lei de colisão. O primeiro é o caso Lüth, caso *Lüth*, em 1958. Lüth teria incitado e convocado o povo alemão a boicotar os filmes produzidos por Veit Harlan, uma vez que eles divulgariam idéias nazistas. No caso, haveria uma situação típica do conflito de princípios, em que o princípio da liberdade de expressão, que estaria amparando a divulgação do boicote, estaria se chocando com o princípio constitucional de política pública que permite restrições à liberdade de expressão. O segundo exemplo é o famoso caso Lebach. Tratava-se de um condenado pelo assassinato de um grupo de soldados. Quando estava prestes a abandonar a prisão, uma emissora de televisão exibiria em rede nacional um documentário sobre o caso. Colidem aqui o direito de ressocialização do condenado e a liberdade de imprensa. O Tribunal Constitucional Alemão decidiu que, de forma abstrata, o direito da imprensa de informar a população acerca de um crime ou de um acontecimento novo e importante prepondera sobre o direito individual de ressocialização. No entanto, dadas as condições do caso, entenda-se, notícia repetida, sem interesse atual e que coloca em risco a ressocialização do preso, precede o direito individual do preso ao direito de imprensa. Acerca de exemplos sobre a questão da colisão no tribunal brasileiro, Gilmar Mendes cita os exemplos da proibição da “farra do boi” no Estado de Santa Catarina, ou ainda a submissão de réu, em ação de investigação de paternidade, ao exame de DNA (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 82-106).

³³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b, p. 92.

³³¹ “El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que p1 preceda a p2 bajo las condiciones C dadas en el caso concreto” (ALEXY, 1993b, p. 93).

hierarquia e peso.³³² Produz-se, portanto, uma hierarquia móvel,³³³ uma ordem “frouxa”.³³⁴

No entanto, essa relação de precedência condicionada consubstanciar-se-ia em um processo de ponderação que se operacionaliza por meio da máxima da proporcionalidade.³³⁵

O processo da proporcionalidade é dividido em três etapas, a etapa de adequação, a da necessidade ou exigibilidade e a da proporcionalidade em sentido estrito³³⁶. A adequação exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos, ou seja, a decisão deve alcançar as finalidades perseguidas. O meio deve ser útil para conseguir a intenção final. A necessidade ordena a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atendimento de fins visados. A proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, ou seja, ainda que o meio seja adequado e necessário, não passará no crivo da proporcionalidade se as desvantagens dele decorrentes ultrapassarem as vantagens obtidas.

Quanto à proporcionalidade estrita, Alexy propõe além de um modelo de decisão, um modelo de fundamentação. Explica que a ponderação não consistiria apenas na lei de colisão, mas também em um modelo de fundamentação das decisões, que possa explicar como ocorrem e por que ocorrem de um jeito e não de outro.

Tanto no modelo de decisão como no de fundamentação o resultado é um enunciado de precedência condicionada. No primeiro, o estabelecimento do enunciado de precedência é resultado de um processo psíquico racionalmente

³³² STAINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 34.

³³³ “Dirito mitte, diritto incert” (GUASTINI, R., 1996 apud FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y Positivismo Jurídico*. El no positivismo principialista em las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madri: Ed. CEPC, 1998, p. 191).

³³⁴ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993a.

³³⁵ PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006, p.117.

³³⁶ Os termos são traduções livres deste autor, referentes à expressão *suitability, necessity and proportionality in the narrow sense* (ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003). O princípio da adequação é por vezes denominado princípio da idoneidade ou princípio da conformidade. O princípio da necessidade pode ser chamado de princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade (STAINMETZ, Wilson. Princípio da Proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005).

incontrolável. Já o modelo da fundamentação difere quanto ao processo psíquico que conduz à determinação do enunciado de precedência e sua fundamentação. Essa distinção permitiria afirmar que uma ponderação é racional se um enunciado de precedência puder ser fundamentado racionalmente. Dessa maneira, o problema da irracionalidade da ponderação conduziria à questão da possibilidade da fundamentação racional dos enunciados que estabelecem a precedência condicionada.³³⁷ Essa precedência não poderia, entretanto, significar uma “prioridade sem mais”. Estaria implicado, no processo de ponderação, o dever de tratar proporcionalmente os interesses em jogo por meio de uma harmonização, ou “concordância prática”.³³⁸ Segundo o Prof. Inocêncio M. Coelho, o conflito seria resolvido estabelecendo-se, entre os princípios concorrentes,

uma relação de precedência condicionada, na qual se diz – sempre diante das peculiaridades do caso – em que condições um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa.³³⁹

No entender de Atienza, também vigora o princípio da universalidade no tratamento dado à solução de conflitos entre princípios.³⁴⁰ Liga-se a ele, em segundo lugar, um “sistema de prioridades *prima facie*”, o qual estabelece que aquele que deseja refutar a prioridade estabelecida em prol de um determinado princípio responderá pelo “ônus da prova”, isto é, a responsabilidade por fundamentar de maneira convincente tal pretensão.³⁴¹

Tomando por base as decisões do Tribunal Constitucional Alemão,³⁴² Alexy formulou uma regra para a fundamentação da ponderação. Diz o autor

³³⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b, p. 158–159.

³³⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 131-133.

³³⁹ COELHO, 2003, p. 102.

³⁴⁰ Alexy utilizará este argumento para refutar as acusações de casuísmo lançadas contra a ponderação. Ele se refere a esta tese como aquela “segundo a qual as ponderações conduzem a ‘decisões particulares’” (ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 167). Sem dúvida, a pretensão de universalidade lançada pelas decisões que compõem o sistema de condições de reciprocidade merece discussão.

³⁴¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002, p. 268.

³⁴² “*El derecho de libertad del individuo se manifiesta [...] con tanta más fuerza, cuanto más se cuestiona su derecho a la libre elección de la profesión; la protección de la comunidad s tanto más urgente, cuanto mayores son los inconvenientes y peligros que pudieran resultar para la*

que quanto maior é o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, maior tem de ser a importância da satisfação do outro princípio;³⁴³ em outras palavras, um princípio sofre limitações proporcionais à importância do cumprimento do outro princípio. Esta regra é chamada de Lei da Ponderação.

Para explicar a ponderação nos três planos, Alexy utiliza dois exemplos: o primeiro, o da obrigação das fábricas produtoras de cigarro de apresentar a advertência em seus pacotes quanto aos danos produzidos pelo cigarro; o segundo, uma hipotética proibição aos padeiros de produzirem doces, bolos e tortas pelos possíveis danos que causam à saúde.

No caso das fábricas de cigarros, no primeiro plano, a intervenção no âmbito profissional não seria intensa. A indústria continuaria a produzir e vender o cigarro, assim como a fazer propagandas, competindo somente às fábricas demonstrarem os malefícios advindos do uso do produto. No segundo plano, verifica-se que a importância dos fundamentos que justificariam a intervenção é enorme, pois, como se sabe, o uso do cigarro pode provocar inúmeras doenças respiratórias, além de diversos tipos de câncer. No último plano da ponderação, a intervenção ocorreria especificamente quando o Ministério da Saúde obriga os fabricantes a divulgar, nos maços e nos anúncios de cigarros, advertências quanto aos malefícios provocados pelo uso do cigarro.

Já no caso da proibição aos padeiros, a intensidade da intervenção no direito ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão³⁴⁴ seria muito drástica. A profissão perderia seus principais objetivos. É certo que ainda se poderiam produzir certos tipos de pães, mas a profissão ficaria bastante abalada, diferentemente do que ocorre no caso das fábricas de cigarros. Os fundamentos que justificariam essa intervenção são de média importância. A

comunidad de una libertad total de ejercicio de la profesión. “Cuanto más afecte la intervención legal expresiones elementares de la libertad de acción humana, tanto más cuidadosamente tienen que ponderarse las razones presentadas para su fundamentación frente al derecho fundamental de libertad del ciudadano”. “Además, resulta que [...] la ponderación necesaria tiene, por una parte, que tener en cuenta la intensidad de la intervención en el ámbito de la personalidad a través de una emisión radial de este tipo; por otra, hay que evaluar el interés concreto a cuya satisfacción sirve la emisión y para la que es adecuada...” (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b, p. 160).

³⁴³ “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (ALEXY, 1993b, p. 161).

³⁴⁴ Na Constituição Federal do Brasil, art. 5º, XIII.

ingestão indiscriminada de bolos, pães e tortas pode vir a causar doenças nos dentes, obesidade e algumas outras patologias. Percebe-se que os motivos da intervenção, no caso dos padeiros, seriam muito menos importantes do que no caso dos fabricantes de cigarros, e as consequências causadas pela intervenção seriam opostas, muito maiores para os padeiros do que para os produtores de cigarros.

Em outro exemplo, Alexy utiliza a dicotomia entre a liberdade de expressão e os direitos à imagem e honra. Uma revista satírica, *Titanic*, referiu-se a um oficial de reserva paraplégico, ao ser chamado para a atividade, como “assassino nato”³⁴⁵ e, em outra edição como “aleijado”. Em instância anterior, a revista foi condenada a indenizar o oficial, reparando os danos causados à imagem e à honra do oficial. A revista recorreu e a Corte Constitucional Alemã, utilizando a ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à honra, considerou a decisão anterior como uma séria interferência na liberdade de expressão, pois a indenização poderia afetar a utilização futura de novas expressões. O medo de pagar novas indenizações no futuro poderia restringir em muito a liberdade de expressão da revista.

Levando-se em conta o tipo de revista e as expressões que comumente utiliza para pessoas famosas, a expressão *born murderer* foi considerada como uma interferência moderada, até pequena. Já a expressão “aleijado” foi considerada uma interferência séria ao direito de personalidade, uma vez que é humilhante e desrespeitosa.

Alexy conclui:

O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro se refere ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação.³⁴⁶

³⁴⁵ *Born murderer*.

³⁴⁶ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, dez. 1998, p. 7.

Seguindo o princípio da proporcionalidade acima esboçado, no caso Ellwanger, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser a restrição do direito à liberdade de expressão proporcional e justa, tendo prevalecido o princípio do direito a não ser discriminado. Identificou como adequada a condenação do paciente, pois se conseguiu alcançar o resultado desejado, a proibição de atitudes racistas e discriminatórias, garantindo a dignidade dos judeus e uma sociedade mais pluralista e tolerante.

Considerou necessária a decisão de negar o *habeas corpus*, por entender que não haveria outro meio igualmente eficaz que trouxesse menos prejuízo ao princípio da liberdade de expressão. Por fim, afirmou estar presente o princípio da proporcionalidade estrito senso, uma vez que se fez necessária a restrição da liberdade de expressão para alcançar uma sociedade mais justa e plural.

Assim escreveu o Ministro:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reina a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF), do pluralismo político (art. 1, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art.5, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

[...]

A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário auferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade. Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.³⁴⁷

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, desde o início ressaltou que as principais questões a serem tratadas no caso seriam as referentes à eficácia dos direitos fundamentais, à prática do princípio da ponderação e ao problema de colisão entre a liberdade de expressão e a proteção à dignidade do povo judeu.

O Ministro exaltou a extrema importância do princípio da liberdade de expressão, enquanto sustentáculo eficaz do princípio democrático, assim como de uma sociedade livre e plural, que possibilita a expressão de diversas e distintas ideologias.

Resume o Ministro:

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as idéias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário.

[...]

A importância do princípio vai além. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle de atividade governamental e do próprio exercício do poder. Esta dimensão foi até mesmo fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade para exprimir os seus pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da administração pública.

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por conseqüência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra da sociedade.³⁴⁸

Ressaltou, também, a importância da liberdade de expressão como sustentáculo da democracia, que permite ao ser humano expressar seus pensamentos ainda que de encontro às ideias da maioria. Na realidade, não

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n. 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 77.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n. 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 173.

existiria uma verdade única, imutável no passar do tempo. As opiniões transformam-se e ganham novos adeptos até que a minoria vira maioria e a maioria, minoria. Assim, teria acontecido com o pensamento acerca da escravidão e muitos outros. Desse modo, não existiria uma verdade absoluta capaz de restringir ou limitar a liberdade de pensamento a determinado assunto, até porque as afirmações mais aceitas podem conter pequenos erros e as ideias erradas podem conter elementos corretos.

O ministro Marco Aurélio chegou a afirmar que a única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido.³⁴⁹ O que ele defende é, na verdade, a restrição da liberdade de expressão somente quando a forma ou os meios de comunicar ou difundir suas opiniões forem demasiadamente agressivos, violentos ou arbitrários.

Seguindo o Ministro Gilmar Mendes, Marco Aurélio adota a doutrina de Alexy acerca da colisão dos princípios e sua forma de solução. Ele salienta que o princípio da liberdade de expressão não é absoluto e, como tal, encontra limites nos demais direitos fundamentais, como inclusive dispõe a Constituição Federal.

Entende ele que o autor defendeu uma ideologia que pode causar, e comumente causa, repúdio a muitos, o que não deixa de ser a defesa de uma crença. Em momento algum o livro teria levantado a questão da raça ariana ser superior à raça judaica. Pelo contrário, o autor teria afirmado que a raça judaica pregava a sua superioridade sobre os alemães. Assim, por mais que a maioria da população não concorde com as ideias ali expostas, o paciente deveria ter resguardado seu direito à livre publicação de seus pensamentos, haja vista que o paciente desenvolvera uma pesquisa baseando-se em documentos e fatos históricos verídicos, que permitiriam diversas interpretações. Assim, a atitude de Siegfried Ellwanger estaria situada no campo do livre debate de ideias, estando acobertado pela convicção político-ideológica e a livre manifestação do pensamento.

Ao contrário do que expressou o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio acreditou que a condenação do editor não era adequada a

³⁴⁹ BRASIL, 2004, p. 176.

alcançar tal fim, uma vez que a transmissão de ideias a terceiros não significa necessariamente que estes passem a concordar com as ideias e a discriminar os judeus.

Com relação à necessidade, afirmou o Ministro que, não existindo outro meio menos gravoso para se alcançar o fim desejado, seria melhor que não se aplicasse a restrição e que se desse ao paciente a possibilidade de manifestar seu pensamento.

O Ministro Marco Aurélio afirmou, ainda, que não existiria proporção na restrição da liberdade de expressão, uma vez que seria um meio muito oneroso e gravoso para se obter um resultado que não se saberia se iria ser alcançado.

Analizou, portanto, de forma restritiva o artigo 5º, XLII da CF acerca da imprescritibilidade do racismo. Entendeu que a imprescritibilidade é uma exceção à regra e deveria permanecer como adjetivo somente do racismo em sentido estrito, ou seja, da discriminação com relação à cor.

Assim, ao final de seu voto, resume:

Por tudo isso, a interpretação do inciso XLII do art. 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional penal aberto imprescritível, algo, portanto, impensável em um sistema democrático de direito. As demais condutas discriminatórias são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto.

A interpretação das normas constitucionais não pode ser feita a partir das normas ordinárias. As normas constitucionais, por originarem todo o sistema jurídico, definem o caminho que a legislação ordinária deve seguir. O racismo contra os negros, este sim previsto na Constituição, é tão somente uma das formas de discriminação e, por ser a mais grave delas – tida como enraizada na vida dos brasileiros – surge imprescritível. Do contrário, corre-se o risco de ver solapado o significado do preceito constitucional, ao sabor de mero alvitre do legislador ordinário e, assim, dar-se-á a inadmissível interpretação da Carta a partir da legislação infraconstitucional. Ora, o paciente foi denunciado e condenado como incurso nas penas do artigo 20 da Lei 8.081/90 e, tomados os atos praticados, tem-se, no máximo, a simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a causa da imprescritibilidade, no inciso XLI do artigo 5 da Constituição, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Daí a procedência dos termos da impetração, no que refutada a prática do crime de racismo e pretendido o reconhecimento da prescrição.

Concedo a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo e concludo pela incidência da prescrição da pretensão

punitiva, tal como o fizeram os Ministros Moreira Alves e Carlos Britto.³⁵⁰

É sobre estas considerações que Marcelo Cattoni tece uma crítica correta sobre as decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, tendo em vista que ambos chegaram a soluções opostas pelo fato de possuírem pré-compreensões diversas acerca do que seriam as finalidades e os valores a serem alcançados pela decisão.³⁵¹ Cattoni afirma:

Várias críticas podem ser feitas ao raciocínio da ponderação de valores. Afinal, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, abusiva, criminosa, ou, então, do exercício regular, e não abusivo, de um direito. *Tertium non datur!* Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito a liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita?

[...]

Com o 'HC sobre o racismo', o Supremo Tribunal assume explicitamente a tarefa de empreender uma reflexão sobre o que seria uma 'metódica constitucional' adequada à proteção dos direitos fundamentais. Contudo, a alternativa que se delinea, fortemente influenciada pela 'jurisprudência dos valores', não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, já que, por um lado, submete o exercício desses direitos a um cálculo de custo/benefício e, por outro, faz do tribunal um poder legislativo de segundo grau, a controlar positivamente as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus onze Ministros considerem ser o melhor – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira. E, tudo isso em função da realização de premissas materiais, elas próprias não discutidas, ao longo dos votos.³⁵²

Nesse sentido, a adjudicação de direitos deve ser orientada por um sistema de normas e não de valores. Quando da utilização de um sistema baseado em normas, a decisão leva em consideração aquilo que deve ser feito; no caso de uma jurisprudência de valores, decide-se o que é preferível. Assim,

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 195.

³⁵¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n.º 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203.

³⁵² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n.º 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203.

mesmo que a decisão chegue a um resultado, *a priori*, correto, este correto no mundo dos valores é o comportamento que, ao final, mostre ser o melhor para uma certa cultura ou forma de vida.

A decisão do Supremo, portanto, ou considera que a sociedade, toda ela, comunga os mesmos pontos de vistas, que compartilha dos mesmos costumes e que possui as mesmas visões de mundo, ou decide simplesmente pelo que os próprios Ministros entendem como preferível e de mais bom gosto.

Da leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes, pode-se depreender que ele o baseou na teoria da proporcionalidade e da ponderação, que Alexy descreve como um método para a solução fundamentada de problemas concretos de colisão entre princípios.³⁵³

Entretanto, uma análise mais detalhada revelará que a decisão pode ser vista e interpretada, mais corretamente, conforme a teoria da adequabilidade de Klaus Günther.

Na verdade, em seu voto, o Ministro utilizou um código binário de direito, localizando a atitude de Siegfried Ellwanger dentro de um dos dois direitos pretensamente colidentes, a liberdade de expressão e a igualdade racial. Ou seja, a atitude, no caso concreto, encontra-se protegida por um ou outro direito. Portanto, existe mais de uma norma válida e *prima facie* aplicável ao caso concreto, porém cabe ao juiz determinar qual delas se adéqua às circunstâncias do caso em questão.

Foi exatamente como procedeu o Ministro Gilmar Mendes em sua decisão. Ele delimitou aquilo que se entendia por raça e por racismo, aceitou como válidas e *prima facie* aplicáveis os princípios da liberdade de expressão como pedra angular do sistema democrático e o princípio da igualdade racial como um dos pilares da democracia.

Segundo Mendes, a liberdade de expressão não se afigura absoluta no texto constitucional. Ela encontra limites também no que diz respeito a manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e tolerância entre os diversos grupos.

³⁵³ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993a, p. 160.

Logo, deve-se entender que a liberdade de expressão não se adéqua a todo e qualquer caso em que alguém se expresse pela linguagem: há limites na sua adequação e apenas diante do caso concreto é que se poderá verificar se ela pode ser aplicada ou não. O que não pode ocorrer, como pretende Alexy, é que o princípio da liberdade de expressão seja aplicado como um mandado de otimização. A graduação consiste no fato de que as possibilidades jurídicas e fáticas determinam o maior ou menor grau de satisfação de um princípio. A otimização é consequência deste primeiro aspecto. Um princípio deve ser cumprido na maior medida possível, em outras palavras, o seu grau de satisfação deve ser otimizado.

Ora, isso não pode ocorrer. A questão entre valores e princípios diz respeito à diferença entre o código dos valores, que é gradual, e o código do Direito, que é binário. Se há a possibilidade de preferir um princípio a outro é porque ele é mais atrativo do que o contrário. Em uma perspectiva deontológica, há uma pretensão binária de validade. A norma não é mais ou menos realizada ou ordenada. Ela se submete a uma noção binária. Pela visão de Alexy, um princípio poderia fazer com que não se alcançasse um grau ótimo em sua aplicação, o que corresponderia dizer que a norma fora mais ou menos cumprida. O direito ou é obedecido, ou não é. O direito subjetivo não pode ser mais ou menos: ele não se submete a um peso gradual, que pode ceder tanto perante outros direitos como perante metas coletivas.

Em consequência, adequabilidade não é ponderabilidade material de comandos otimizáveis com base num princípio da proporcionalidade. O Direito, ao contrário do que pretende uma jurisprudência de valores, possui um código binário, e não um código gradual em que normas possam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca do que é justo para todos, mas também acerca do que é bom, no todo e a longo prazo, para nós. Isso não quer dizer que elas sejam ou devam ser tratadas como valores.

As normas, quer como regras, quer como princípios, visam ao que é devido, são enunciados deontológicos: à luz de normas, põe-se decidir qual a ação ordenada. Já os valores visam ao que é bom, ao que é melhor; condicionados a uma determinada cultura, são enunciados teleológicos: uma

ação orientada por valores é preferível. Ao contrário das normas, valores não são aplicados, mas priorizados.

Nesse sentido, o conflito de normas não é resolvido no plano de um conflito de validade, mas no que tende a variações semânticas relacionadas e relacionáveis perante um caso concreto. Esses conflitos de normas são tão invisíveis longe do concreto que sua possibilidade de existência depende da constelação de características da situação. A predeterminação de uma ordem concreta de valores leva a inconvenientes que não permitem uma aplicação apropriada. É o perigo que a teoria de Alexy representa se importada fosse para o seio do processo jurídico de argumentação. A coerência é estabelecida perante cada caso. Mas como responder à questão sobre como se constrói um juízo de adequabilidade coerente em meio a tantas normas aplicáveis? O estabelecimento desse critério procedimental consiste em uma compatibilidade nos termos de qual norma pode ser mais bem justificada em relação a todas as outras aplicáveis *prima facie* em determinada situação.

Basta, portanto, que se releia, agora sob outra perspectiva, o trecho citado do voto do Ministro Gilmar Mendes para que se perceba como a teoria da adequabilidade de Günther se aplica à decisão.

Escreveu o Ministro:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reina a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF), do pluralismo político (art. 1, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art.5, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.³⁵⁴

Aqui, o Ministro afirma que a aplicação do princípio da igualdade é adequada e coerente com o sistema normativo, pois se não existe outro meio

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 77.

menos gravoso, é porque não existe outra norma que seja mais adequada ao caso concreto. Dentre todas as normas *prima facie* aplicáveis, a que melhor se adéqua às particularidades do caso Siegfried é a da igualdade e não a da liberdade.

Assim, não há como aplicar, ao mesmo tempo, de forma otimizada, os dois princípios. É impróprio que se diga que o voto do Ministro aplicou a igualdade racial em maior intensidade que a liberdade de expressão. O que ocorreu foi que, durante o discurso de aplicação, a norma relativa à igualdade racial foi entendida como a que melhor se adequava ao caso concreto, em conformidade e coerência com o sistema normativo. A conduta de Siegfried Ellwanger não poderia ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita e como ilícita, sem quebrar o caráter deontológico ou normativo do Direito. Caso contrário, haveria uma conduta meio lícita, meio ilícita.

Continua o voto do Ministro:

A decisão atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário auferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja, a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcédível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie. Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade. Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.³⁵⁵

Gilmar Mendes afirmou claramente que não se contestava a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão, ou seja, que não se discutia, na ocasião, um problema de validade da norma, mas sim a sua aplicação. A discussão, portanto, não se insere dentro do discurso de justificação da validade da norma, mas sim no discurso de aplicação de Günther. Para Mendes é inegável que a liberdade de expressão não alcança a

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 77.

intolerância racial e o estímulo à violência. Logo, ela não poderia ser aplicada, pois não era a norma mais adequada às circunstâncias do caso Ellwanger.

Günther afirma a necessidade de se distinguir os discursos práticos gerais em discurso de fundamentação e discurso de aplicação, uma vez que os critérios que servem para fundamentar a validade de uma norma não coincidem com aqueles utilizados para indicar a adequação de uma norma válida a uma determinada situação. Sua tese gira em torno, pois, destas duas modalidades: a justificação da validade de uma norma geral e a justificação da pertinência da aplicação de uma norma geral a um caso concreto.

A continuación quiero aclarar la propuesta de que los argumentos de coherencia son esenciales sobre todo para la aplicación imparcial de normas. Para este fin introduciré y justificaré por medio de la ética discursiva la diferenciación entre fundamentación y aplicación de las normas. A continuación explicitaré el principio de la interpretación coherente como aquel principio con el que podemos justificar en los discursos de aplicación la pretensión de una aplicación adecuada de una norma válida. El modo de empleo del principio de coherencia, reconstruido desde la perspectiva de un participante en una argumentación moral, lo aplicaré finalmente a la argumentación jurídica.³⁵⁶

Günter diferencia, portanto, em sua teoria, o discurso de fundamentação ou de justificação e o discurso de aplicação.³⁵⁷

Segundo o autor, uma justificação discursiva de normas válidas tem de assegurar que a observância geral de uma norma representa um interesse geral, universal, em seu seguimento geral. Este interesse universal requer a consideração recíproca dos interesses de cada um:³⁵⁸ “Uma norma é válida se as conseqüências e efeitos secundários (*side effects*) resultantes para os interesses de cada indivíduo de sua observação generalizada sob as mesmas circunstâncias puderem ser aceitos por todos eles”.³⁵⁹ Sendo assim, a norma se justifica se todos os destinatários puderem aceitá-la em função das razões apresentadas.

³⁵⁶ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

³⁵⁷ As traduções do texto de Günther para o espanhol utilizam a expressão “discursos de fundamentación” em contraposição às traduções em português que utilizam “discursos de justificação”. Optamos por utilizar ambas para facilitar o entendimento do texto.

³⁵⁸ GÜNTHER, 1995, p. 278.

³⁵⁹ GÜNTHER, K. *The sense of appropriateness*. Application discourses in morality and law. Trad. John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993, p. 35.

Acontece que para que esse resultado seja alcançado, deveriam existir determinadas condições ideais de argumentação. Essas condições ideais assegurariam a reciprocidade universal da validade da norma. Seriam regras de consistência semântica necessárias para cada tipo de argumentação, regras para a organização de uma conversação e regras assegurando a participação livre e igual de todos os envolvidos.

Deveria existir, ainda, outra condição ideal, segundo a qual os participantes do discurso devem dispor de tempo ilimitado e conhecimento infinito que lhes dê a possibilidade de prever e levar em consideração todas as consequências e efeitos que a observância de uma regra geral pode ter para o seu interesse, em cada um dos possíveis casos de aplicação.

Assim, haveria uma norma perfeita quando se pudesse prever todas as hipóteses de sua aplicação no futuro, determinando-se, previamente, as consequências e os efeitos de sua observância. Para compreender esta ideia, podemos examinar uma hipotética “norma perfeita”.³⁶⁰ Essa norma distinguir-se-ia das demais por regular sua própria aplicação. Como podemos conceber tal norma? É lugar comum na teoria do Direito que as normas não regulam sua própria aplicação. Que característica ou exigência essa “norma perfeita” deveria possuir ou impor para que tal propriedade lhe fosse outorgada? Günther entende por “norma perfeita” aquela em cuja fundamentação estivessem contidas absolutamente todas as suas possibilidades concretas de aplicação. É precisamente aqui que se revela a força heurística, uma vez que essa condição é “abertamente irrealista”. Não é possível satisfazer essa exigência. E por quê? Porque a complexidade do real exigiria, daquele que fundamenta a validade de uma norma, tempo e conhecimento infinitos. Esta seria a única possibilidade de admitir, ao ajustar a validade de uma norma, o conhecimento exaustivo de todas as situações às quais ela irá ser aplicada.³⁶¹

³⁶⁰ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

³⁶¹ “O ideal de uma norma ‘perfeita’ vai ao encontro de nossas intuições morais, mas resulta problemático por diferentes razões. Por um lado, é abertamente irrealista a hipótese de que os participantes em um discurso possam encontrar-se alguma vez na situação de poder dispor de um saber ilimitado e de um tempo infinito. Apesar de tudo, poderia tratar-se de um requisito suposto que somente é satisfeito de modo contrafático. Pois a hipótese de um saber ilimitado e um tempo infinito, do mesmo modo que as restantes condições idealizadas de argumentação, fariam parte dos requisitos pragmáticos de uma argumentação sobre a pretensão de validade de uma norma. Mas parece questionável – e aqui se encontra o outro problema conceitual –

No entanto, a norma perfeita é flagrantemente problemática e impossível de ser realizada, uma vez que os participantes do discurso não possuem nem tempo ilimitado, muito menos conhecimento infinito, razão pela qual se deve diferenciar o discurso de justificação do discurso de aplicação.

Una norma fundamentada de tal manera sería 'perfect'. Podría regular su propia aplicación, porque todas sus posibles aplicaciones individuales habrían sido tema de discurso y la adecuación de su aplicación pertenecería al significado de su validez.(...) El ideal de una norma perfecta sale al encuentro de nuestras intuiciones morales, pero resulta problemático por diferentes razones. Por un lado es abiertamente irrealista la hipótesis de que los participantes en un discurso puedan encontrarse alguna vez en la situación de poder disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito.³⁶²

A validade de uma norma não consiste na sua perfeição, mas na compatibilização com um interesse universalizável, dada em situações iguais em quaisquer casos de aplicação.³⁶³ Para a verificação da validade não se leva em conta as características do caso concreto, mas o fato de as premissas respeitarem o interesse comum, geral.

Günther cita o exemplo de indivíduo que prometera comparecer à festa de um amigo e que ficou sabendo que outro amigo estava ferido, necessitando urgentemente de sua ajuda. Há duas normas possíveis: a que manda que as promessas devam ser cumpridas e a que exige que se ajude um amigo em caso de emergência. Neste caso, vê-se que ambas as normas são válidas, pois respeitam um interesse geral, apesar de colidirem no caso concreto. Porém a fundamentação ou justificação da validade da norma não toma as características do caso concreto em conta. Ela apenas prevê se as normas são universalizáveis. Ele, o jurista, cuida de saber quais normas no ordenamento são válidas. Segundo o exemplo de Günther, quando a aplicação de uma norma sempre signifique a violação de um interesse universalizável, a norma não é válida. Para o discurso de justificação basta a aferição de validade da

que tal vinculação [entre as condições idealizadas e a validade da norma] seja necessária" (GÜNTHER, 1995, p. 279).

³⁶² GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

³⁶³ LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 507.

norma, isto é, a verificação de que há reciprocidade de interesses em circunstâncias constantes. No discurso de justificação, não se levam em conta considerações sobre hipóteses de conflito aparente em situações concretas de aplicação. Observa-se, no exemplo citado por Günther, que ambas as normas morais representam interesses moralmente universalizáveis, logo, são válidas. Mas dizer que elas são *'prima facie'* aplicáveis não é suficiente, pois permanece a questão de saber qual deve ser aplicada.

Deseo defender la tesis de que con la fundamentación imparcial de la validez de una norma pensamos algo diferente a su aplicación imparcial en un caso particular. Debería señalarse que a nuestra comprensión pragmática de una norma válida no pertenece la adecuación de su aplicación en cualquier caso particular, por lo que tampoco sería necesaria aquella hipótesis irrealista de que debemos estar en la situación de prever todas las colisiones pensables de intereses en todos os posibles casos particulares. Para la adecuación de la aplicación de una norma válida habría que reflexionar si se puede destacar de otra manera el aspecto de razón práctica.

364

Günther deixa claro, assim, que existe uma diferença entre o discurso de justificação ou de fundamentação da norma, que se refere à validade, e o discurso de aplicação da norma considerada válida.

O discurso de aplicação refere-se à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade, sempre pressupondo um 'pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas', a serem argumentativamente problematizadas.

O que importa, aqui, é o modelo de aplicação como argumento de adequabilidade.

O discurso de aplicação não se refere à validade de uma norma, mas à adequabilidade de sua referência a uma situação. Já que cada norma registra somente aspectos específicos de um caso individual, situado no mundo da vida, o discurso de aplicação deve determinar quais são as descrições de fatos relevantes para a interpretação da situação em um caso controverso, bem como determinar qual dentre as normas *prima facies* é a adequada, uma vez que todas as

³⁶⁴ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995, p. 279.

características significativas da situação tenham sido registradas de forma tão completa quanto possível.³⁶⁵

Desta maneira, um juízo singular deve fundar-se no conjunto de todas as razões pertinentes, com vistas a uma interpretação completa da situação. Então, cabe ao juiz desenvolver um senso de adequabilidade. Mesmo que várias interpretações sejam possíveis ou que várias normas sejam válidas, da perspectiva dos discursos jurídicos de justificação, isso não quer dizer que todas elas sejam adequadas ao caso concreto: a colisão de normas não pode ser reconstruída como conflito de pretensões da validade, porque as normas em colisão ou com variantes semânticas concorrentes somente adentram uma relação reciprocamente determinante entre si em uma situação concreta.

Discursos de aplicação referem-se justamente ao complemento que se dá às normas válidas *prima facie* ao se proceder a uma descrição completa da situação. Retomando o exemplo de Günther, ambas as normas são válidas, mas permanece o conflito entre elas. Esse conflito, no entanto, é aparente: na verdade, as normas não estão em choque recíproco; a questão é saber qual delas é adequada àquele caso específico.

Para Klaus Günther, cada caso é um caso e os participantes do discurso argumentativo somente poderão alcançar a resposta correta para a situação, como quer Dworkin, quando as circunstâncias estiverem definidas de maneira clara, em um processo concreto, levado adiante por sujeitos também concretos em condições determinadas. A aplicação adequada de uma norma demanda uma reconstrução discursiva do evento subjacente e do ordenamento para que se descubra qual a norma aplicável.³⁶⁶

Assim, ao tomarmos conhecimento de um fato, podemos tomar as normas como somente *prima facie* aplicáveis. Todo o Direito surge como sendo, em princípio, aplicável em sua totalidade de princípios válidos. Todavia, o juízo de adequabilidade perante essas normas válidas é que permitirá aos envolvidos alcançar, com retidão, aquela norma não meramente aplicável *prima facie*. Entre a consideração das “normas candidatas” (*prima facie*

³⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 271.

³⁶⁶ FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

aplicáveis) e a opção pela norma adequada entremeia-se o discurso que envolve, necessariamente, a reconstrução completa da situação de fato. Conclui-se, pois, que não basta uma descrição 'completa' do fático: ela tem que se relacionar com todas as normas aplicáveis, ainda que de maneira virtual – o que leva, também, a uma reconstrução interpretativa e realizativa do Direito.

Günther considera, portanto, fundamental para uma argumentação apropriada, a coerência do sistema normativo. A leitura da norma como adequada há que ser também coerente com o sistema. Ressalta o autor que o conflito de normas não é resolvido no plano de um conflito de validade, mas no que tange a variações semânticas relacionadas e relacionáveis perante um caso concreto.

Mas, mais do que isso, desde a perspectiva da Teoria do Discurso, Günther acrescenta a necessidade de se assegurar que cada um dos que participam do processo argumentativo possam reciprocamente se colocar na posição do outro, sem ficar numa posição privilegiada, de forma a garantir a inteireza do princípio da universalização. Segundo Günther, as regras dedutivas clássicas são cegas à avaliação dos casos particulares, a partir dos quais serão tomados os dados que permitirão chegar à conclusão. Já que não há uma norma ideal, todas as normas padecem da necessidade de serem complementadas pelos dados do caso concreto para terem condições de aplicação.

Sobre isso, escreve Juan Carlos Velasco Arroyo:

Günther recupera la idea, ya defendida con mayor detalle en su anterior libro de que en los discursos prácticos generales es preciso distinguir entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación, pues los criterios que sirven para dilucidar la validez de una norma no coinciden con los utilizados para indicar la adecuación de una norma válida a una determinada situación. El razonamiento práctico tiene, pues, dos modalidades: la fundamentación de la validez de una norma general y la justificación de la pertinencia de la aplicación de una norma general a un caso particular. El principio de universalidad, característico en el ámbito de la fundamentación o justificación de normas, halla su equivalente

en el principio de adecuación cuando pasamos al terreno de la aplicación de normas.³⁶⁷

Existe, aqui, uma certa identidade com a proposta de Ronald Dworkin. Tanto Günther como Dworkin entendem que os casos concretos colocam em movimento um processo hermenêutico reconstrutivo, por meio do qual se focaliza a convergência coerente de todo o sistema jurídico sobre o momento de aplicação. Com base na teoria discursiva, Günther pressupõe a intersubjetividade como respaldo da tarefa reconstrutiva, orientada pela coerência como uma regra de argumentação a ser respeitada no discurso de aplicação.³⁶⁸ Já Dworkin utiliza a figura de um juiz Hércules que possui conhecimento e tempo infinitos, bem como o “tecido cerrado dos elementos do direito vigente, que ele encontra diante de si ligados através de fios argumentativos”.³⁶⁹

Habermas concorda, em vários momentos, com as conclusões alcançadas por Günther:³⁷⁰

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. [...] Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo de juízos irracionais

³⁶⁷ GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

³⁶⁸ É importante assinalar que a ideia de coerência assume uma dimensão regulativa para Günther, como deixa transparecer o seguinte trecho: “É evidente que nunca poderemos alcançar faticamente esta ideia de um sistema coerente de todas as normas válidas. Em seu estabelecimento, trabalhamos em cada situação de aplicação, cuja descrição completa muda a matriz das normas que potencialmente colidem entre si. Se cada norma válida precisa de um complemento de todas as outras normas aplicáveis em uma situação, então seu significado se altera em cada situação. Deste modo, somos dependentes da *história*, pois somente ela produz situações imprevisíveis, que nos forçam cada vez a uma interpretação diferente do conjunto de todas as normas válidas” (GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995, p. 273, p. 294) (destacamos).

³⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 263.

³⁷⁰ HABERMAS, 1997, p. 314.

porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos.³⁷¹

A decisão final do Supremo Tribunal Federal levou em conta o conceito político social ou cultural de raça para concluir pela possibilidade de se cometer o crime de racismo contra o povo judeu, sem considerar o conceito biológico. A ementa resume a decisão:

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam com espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais³⁷².

Considerou também, que o paciente incidiu no crime de racismo e que, no caso concreto, deveria prevalecer a igualdade racial e a dignidade humana das vítimas sobre a liberdade de expressão.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o Holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que judeus não são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que no caso se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionadas, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a

³⁷¹ IBID., p. 321-322.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus n.º 82.424/RS*. Brasília, DF, 2004, p. 8.

honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.³⁷³

O *habeas corpus* foi, portanto, denegado pela votação de 8 a três, sendo derrotados os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Moreira Alves.

A decisão da maioria foi coerente com um Estado Democrático de Direito, com base em uma racionalidade comunicativa de incorporação da diferença na construção de uma identidade constitucional aberta. No entanto, quanto à forma e à utilização da jurisprudência dos valores, a decisão findou por não considerar o caráter deontológico do Direito, tornando a decisão uma mera escolha de gosto ou preferência individual como bem se pode perceber da comparação entre os votos do Ministro Marco Aurélio e Gilmar Mendes, que chegaram a conclusões divergentes.

A jurisprudência dos valores leva a um julgamento daquilo que seria proporcionalmente melhor à promoção da democracia. Ela não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, pois submete os direitos a um cálculo de custo/benefício.³⁷⁴

A jurisprudência de valores, ao permitir a aplicação gradual das normas, em uma maior ou menor medida, acaba negando o caráter obrigatório deontológico do Direito.

É neste sentido que Cattoni afirma:

Tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desse valores, pois só haveria democracia, nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade política, ou compartilham, ou tenham de compartilhar, de um modo comunitarista, os mesmos pressupostos axiológicos, os mesmos interesses, uma mesma concepção de vida e de mundo. Ou, o que também é incorreto, que os interesses majoritários de uns devem prevalecer, de forma utilitarista, sobre os interesses minoritários de outros, quebrando, assim, o princípio do reconhecimento recíproco de iguais direitos de liberdade a todos.³⁷⁵

³⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: habeas corpus* n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 9.

³⁷⁴ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n.º 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203.

³⁷⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 56.

A Suprema Corte, ao utilizar a doutrina de ordem de valores, usou o direito em um sentido teleológico, transformando a Constituição numa ordem concreta de valores. Nesse caso, o Supremo determinou, por meio de sua preferência, qual direito deveria ser protegido. Utilizou-se de sua visão axiologizante do direito.

Portanto, não se deve interpretar e entender a democracia como regra da maioria, mas, pelo contrário, como um empreendimento político comum. Uma orquestra em que diferentes personagens se unem com a mesma finalidade, respeitando suas diferenças e reconhecendo-se como livres e iguais.

O STF utilizou o Direito e a Constituição para decidir em um caso de preferência. Todos os votos desconsideraram o caráter deontológico do Direito, segundo o qual o Direito deve ser visto como integridade, no sentido de que homens livres e iguais se dão normas para regular suas vidas em comunidade e o ordenamento jurídico deve pretender garantir os direitos de igualdade e liberdade, de forma que todos devem ser tratados como iguais, com a mesma consideração e respeito.³⁷⁶

Quando se consideram os valores como fundamento para a decisão, assume-se uma perspectiva ligada à racionalidade instrumental, vez que se leva em conta não propriamente o que é correto, mas aquilo que é bom. Ocorre que nem sempre o que é bom é correto.³⁷⁷

Os ministros que se posicionaram a favor do deferimento do *habeas corpus* entenderam a liberdade de expressão como incluindo o direito de diversidade de opiniões, ajudando a formar uma convicção soberana e livre, defendendo o seu caráter contra-majoritário. O que não se percebeu, no entanto, é que o discurso do ódio possui em sua essência uma noção de desigualdade impossível de ser aceita, noção que parte do pressuposto de que os judeus e os negros são sujeitos diversos de direitos e/ou sujeitos de direitos diversos. A liberdade de expressão deve servir com caráter contra-majoritário

³⁷⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do Ministro Carlos Britto no HC 82.424/RS. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, n. 2, p. 493-507, 2005, p. 19.

³⁷⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 181.

no momento em que, reconhecendo seus sujeitos como iguais, defende ideias diversas.

O discurso do ódio, ao tentar encontrar justificativa na liberdade, acaba por comprometer um dos pilares da democracia, qual seja, a igualdade. Não há como entender, portanto, a liberdade como o direito de se fazer tudo aquilo que a lei não proíba expressamente. A liberdade somente pode, e deve, ser entendida como o respeito à igualdade e ao direito de sermos diferentes, respeitadas as divergências.

Assim é o antissemitismo que entende o judeu como de natureza inumana, servil, arrogante, ambiciosa, hipócrita. Ele jamais é percebido como um cidadão comum.³⁷⁸ Ele é o “medo da condição humana”³⁷⁹, o “desvelamento de verdades que se tornam delirantes”.³⁸⁰

Todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum tipo de impacto na identidade constitucional e, por isso mesmo, requerem justificação. A reconstrução fornece os meios para se realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a condenação das construções associadas ao processo de tomada de decisão constitucional. Em outros termos, a interpretação e elaboração constitucionais introduzem novos elementos que exercem influência na composição das identidades constitucionais.

E, ao contrário da construção de Kelsen, a existência de uma identidade constitucional permanentemente aberta não obstrui a coerência na adjudicação do direito; ao contrário, permite que a cada hipótese interpretativa seja dada solução que lhe é específica e tão única como sejam igualmente singulares as especificidades do caso e, simultaneamente, o conjunto destas decisões guarde entre si uma coerência narrativa que absorva as mudanças e faça do inesperado um enriquecimento na obra narrada.

O HC 82.424/RS abriga a noção de que a proteção jurídica contra o racismo toca, ao fim, o sentido de igualdade e de uma identidade constitucional que deve permanecer sempre em construção para atender ao que o próprio

³⁷⁸ MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 71.

³⁷⁹ SARTRE, Jean-Paul. Reflexões sobre a Questão Judaica. In: MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 81.

³⁸⁰ MORIN, 2007, p. 75.

constitucionalismo desencadeia como signo da modernidade: o surgimento codependente e complementar da esfera de autonomia do indivíduo e da esfera pública.

Talvez o principal desafio na proteção dos direitos fundamentais esteja no fato de que qualquer inclusão gera, por sua vez, uma exclusão. Por isso é fundamental que a identidade constitucional seja um processo permanente e aberto no qual inclusão e exclusão estejam sempre juntas: é essa tensão que possibilita a luta e a conquista de concepções cada vez mais ricas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e liberdade de todos.³⁸¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, é quase impossível falar de qualquer tema sem fazer uso do termo igualdade. Eleve-se à última potência essa afirmativa quando se trata de minorias, lutas sociais e discriminação. Ao mesmo tempo, é inadmissível negar-se a simbiose existente entre aquele direito e a liberdade. Ambas, liberdade e igualdade, são reinterpretadas como direitos que implicam e possibilitam uma comunidade de princípios, composta por indivíduos que se reconhecem como seres livres e iguais e que são, ao mesmo tempo, autores e destinatários do próprio direito.

Nessa sociedade moderna que se pretende emancipada e plural, por meio de uma perspectiva discursiva da democracia, a autonomia pública e privada tornam-se necessárias e reciprocamente se pressupõem. Assim,

³⁸¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

também a liberdade e a igualdade não podem ser vistas como antagônicas, mas como princípios siameses, uma pressupondo a outra. Uma não pode ceder para que a outra possa se afirmar.

A igualdade é tomada como uma acepção aberta às diferenças, da igualdade com respeito à diversidade. É somente através do reconhecimento da igualdade como diferença que se poderá considerar o “outro” como parceiro igualmente digno em um diálogo moral, jurídico e político. Neste sentido, a noção de igualdade constitucional somente pode ser percebida como uma incorporação da diferença e o papel da adjudicação de direitos fundamentais é precisamente operar de modo contínuo o respeito à diferença e à manutenção de sua existência. Assim, não se deve reduzir os princípios a uma diretriz excludente, o que permite um livre exercício do pluralismo de concepções inerentes à própria ideia de constitucionalismo. É necessário um processo de inclusão que considere a diferença e que aplique a ela um tratamento contrafático, ou seja, que respeite como iguais essas visões exatamente por serem diferentes.

É esse direito à diferença que demanda um sujeito constitucional aberto e evasivo, entendido como um processo sempre contínuo e incompleto de reconstrução, através da negação, da metáfora e da metonímia. A igualdade só pode ser entendida como a incorporação da desigualdade por meio de sua aplicação no direito como integridade.

Nesse sentido, a legitimidade é assegurada por esses procedimentos e pela possibilidade para a abertura à transformação e à releitura de seus conteúdos, por garantirem a participação democrática. Daí a enorme importância de se promover uma abordagem equiprimordial da proteção à esfera privada e à possibilidade de atuação pública do cidadão, de modo a permitir a garantia de desenvolvimento de suas convicções acerca do mundo e acerca do bem, permitindo assim, uma livre formação da identidade individual desse cidadão, reconhecendo-o, ao mesmo tempo, como um igual agente moral, apto a atuar publicamente.

Desta forma, a pretensão de permissão do “hate speech” viola os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, entendendo-os em seus sentidos excludentes, ao pretender um discurso discriminatório que fere o âmago da constituição de um indivíduo, sua própria autocompreensão. A

experiência de rebaixamento, humilhação e degradação constitui recusa ao reconhecimento recíproco, causando um mar de angústias. Assim, não há como negar que o discurso do ódio deve ser entendido como violador da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima. Ele não compreende o outro como um semelhante diferente, mas acaba por permitir uma inferiorização e um desrespeito à dignidade do outro atingido, destituindo-o de seu *status* de cidadão. A ideia, portanto, de uma aceção intersubjetiva da consciência, na qual só é possível entender a si mesmo como livre e igual quando se conduzir a um entendimento de igual consideração para a efetivação de uma postura de respeito de um outro generalizado, é completamente destruída por um discurso que entende o outro como desmerecedor de iguais direitos.

O *hate speech* procura utilizar a constituição contra ela mesma, invocando o direito de expressão como autorizador de um discurso que nega a própria igualdade constitucional, pretendendo tratar todos como iguais, porém uns, mais iguais que outros. Ele não possibilita o diálogo na medida em que despreza o ponto de vista do afetado, o que significa a anulação do outro. Significa tornar-se invisível frente à sociedade.

O exercício democrático pressupõe tratar a todos como iguais independentemente de suas diferenças de gênero, raça, religião ou opção sexual. É nesta perspectiva que o direito de igualdade incorpora a diferença, devendo ser entendido como o direito de ser tratado como um igual e não como o direito a um igual tratamento.

Neste rumo, seguindo o caminho internacional, é que o Supremo Tribunal Federal afirmou a inexistência de raças humanas com base nos trabalhos do projeto Genoma, devendo levar-se em conta para a tipificação do crime de racismo o conceito sociológico de raça. A decisão no HC 82.424/RS abriga a noção de que a proteção jurídica contra o racismo toca, ao fim, o sentido de igualdade e uma identidade constitucional que deve permanecer sempre em construção para atender ao que o próprio constitucionalismo desencadeia como signo da modernidade: o surgimento codependente e complementar da esfera da autonomia do indivíduo e da esfera pública.

O Supremo, salvo os votos vencidos, chegou a uma decisão acertada sobre a impossibilidade de se ocultar atos discriminatórios num pretensão direito à liberdade de expressão. Ressalvados os votos dos Ministros Moreira Alves,

Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, bem como a utilização da jurisprudência de valores, que coloca, justamente, a liberdade e a igualdade como competidores de maior importância, a Corte chega a um resultado que tenta eliminar todas as formas de discriminação existentes.

É assim que, recorrendo a versos de Carlos Drummond de Andrade, em “Verdade Dividida”, conforme meu capricho, minha ilusão, minha miopia, opto pela metade da verdade que me parece mais bela: aquela que afirma que todos os indivíduos são inerentemente iguais, merecedores de tratamento como iguais, justamente por serem absoluta e completamente diferentes. Verdade esta que não permite o discurso do ódio em um Estado Democrático de Direito, mas sim o discurso da igualdade e liberdade, a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003.

_____. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, dez. 1998.

_____. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993a.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ANDERSON, Joel. *Translator's introduction*. In: HONNETH, Axel. *The struggle for recognition: the moral grammar of social conflicts*. Cambridge: MIT Press, 1996.

ANDRADE, Carlos Drummond de Andrade. A Gilberto Freyre. In: *Viola de bolsa novamente encordada*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Shakespeare, O Mercador de Veneza e a experiência histórica do direito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série, n. 9. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2002, p. 225-240.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy, 2002.

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

BANDEIRA, Manuel. Casa-grande & senzala. In: *Estrela da vida inteira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986.

BARBUJANI, Guido. *A invenção das raças*. Trad. Rodolfo Ilari. São Paulo: Contexto, 2007.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*. New York: Oxford University Press, 1996.

BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law in a nutshell*. [S. l.]: Thomas West, 2004.

BAUDRILLARD, Jean. *A violência do mundo*. Rio de Janeiro: Anima Editora, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedito Vecchi*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

_____. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BILFORD, Brian J. Harper's Bazaar: The Market Place of Ideas and Hate Speech in Schools. *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties*, v. 4, June, 2008.

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

BOBBIO, Norberto, *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BOLLINGER, Lee. *The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.

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

_____. *Overview of a dilemma: censorship versus racism*. In: COLIVER, Sandra. *Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 1-9.

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

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p. 117-136, jan-mar 2007.

_____. The treatment of hate speech in German Constitutional Law. *German Law Journal*, [S. l.], n. 12, p. 19, dez. 2002.

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

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. Um livro perene. In: FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci (Org.). *O Anti-semitismo nas Américas: Memória e História*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: FAPESP, 2007.

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

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA,

Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

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

_____. Apresentação In: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC nº 82.424-2. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 191-203.

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

_____. (Coord.) *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAVALCANTE DE GUSMÃO, Luis Augusto Sarmiento. Constant e Berlin: a liberdade negativa como a liberdade dos modernos. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 39-62.

CITTADINO, Gisele. Invisibilidade, estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 153-166.

CITTADINO, Gisele. Igualdade e invisibilidade. *Ciência hoje*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 221, p. 28-33, nov. 2005.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

COELHO, Inocêncio M. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

COLIVER, Sandra. *Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

CUSTÓDIO GOUVEIA, Mayra Zago de Faria. O conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal –

HC 82.424-2 RS. 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=64. Acesso em: 12 jan. 2009.

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

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

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *A Gilberto Freyre*. In: Viola de bolsa novamente encordoada. Rio de Janeiro: José Olympio, 1955.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

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

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

EMERSON, Thomas I. *The system of freedom of expression*. New York: Editora Random House, 1970.

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

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes: o legado da raça branca*. São Paulo: Ática, 1978.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. *Liberdade de expressão: direito na sociedade da informação: mídia, globalização e regulação*. São Paulo: Editora Pillares, 2005.

FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y Positivismo Jurídico*. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Madrid: Ed. CEPC, 1998.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Trad. e Prefácio de Gustavo Binembojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

_____. El efecto silenciador de la libertad de expression. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/iso03.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. *La Construcción de las garantías. Hacia una concepción antipatriarcal de la libertad y la igualdad*. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 111-145.

FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 167-189.

_____. Recognition without ethics? *Theory, Culture & Society*, [S.l.], v. 18, n. 2-3, p. 21-42, 2001.

_____. Rethinking recognition: overcoming displacement and reification. *New Left Review*, [S.l.], n.3, p. 107-20, maio-jun.2000. Disponível em: <<http://www.newleftreview.org/?view=2248>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

_____. *From redistribution to recognition? Dilemas of justice in a postsocialist condition*. New York: Routledge, 1997.

_____. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003.

_____. Social Justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. *The Tanner Lectures on Human Values*, Forthcoming, v. 18, University of Utah Press, abr./maio 1996. Disponível em: <<http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/Fraser98.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2008.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. Londres: Verso, 2003.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Global, 2006.

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

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

_____. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

_____. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999

_____. *A razão na época da ciência*. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

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

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

GATES JR., Henry Louis. War of words: critical race theory and the first amendment. In: GATES JR, Henry Louis. et al. *Speaking of race, speakin of sex: hate speech, civil rights, and civil liberties*. New York: New York University Press, 1994, p. 17-58.

GIUMBELLI, Emerson. O “chute da Santa”: blasfêmia e pluralismo religioso no Brasil. In Birman, P. (Ed.). *Religião e espaço público*. São Paulo: Attar, 2003, p.169-200.

GLUCKSMANN, André. *O discurso do ódio*. Trad. Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007.

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

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. *Doxa*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

_____. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Trad. John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993.

_____. *A inclusão do outro* – estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós, 2000.

_____. Remarks on erhard denninger's triad of diversity, security, and solidarity. *Constellations*, Oxford, v. 7, n. 4, p. 522-528, 2000.

_____. Paradigms of law. *Cardozo Law Review*, New York, v. 17, n. 4-5, p. 771-784, mar.1996.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

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

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HEUMANN, Milton; CHURCH, Thomas. *Hate speech on campus: cases, case studies, and commentary*. Boston: Northeastern University Press, 1997.

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

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

_____. Recognition or redistribution? Changing perspectives on the moral order of society. *Theory, Culture & Society*, London, Thousand Oaks and New Dehli, v. 18, n. 2-3, p. 43-55, jun. 2001. Disponível em: <<http://tcs.sagepub.com/content/vol18/issue2-3/>>. Acesso em: 19 set. 2008.

_____. Invisibility: on the epistemology of recognition. *The Aristotelian Society*, London, supplementary volume, 75, 2001.

_____. Integrity and disrespect: principles of a conception of morality based on the Theory of Recognition. *Political Theory*, [S.l.], v. 20, n. 2, p. 187-201, maio 1992.

IDES, Allan; MAY, Christopher N. *Constitutional Law – individual rights: examples and explanations*. New York: Aspen Publishers, 2004.

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

_____. Hate Speech and the national identity: the case of the United States and Canada. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870444. Acesso em: 11 nov. 2008.

KANG, Jerry. Cyber-Race. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 1131, 2000. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=631725>>. Acesso em: 20 set. 2008.

KARAM DE CHUERI, Vera. Filosofia do direito e modernidade. Curitiba: J.M., 1995.

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

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

_____. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

LAGES, Cíntia Garabini. Processo e jurisdição no marco do modelo constitucional do processo e o caráter jurisdicional democrático do processo de controle concentrado de constitucionalidade no estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 469-515.

LAWRENCE, Frederick M. The Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech. *Notre Dame Law Review*, [S.l.], v. 68, p. 673-721, 1993.

LIPSTADT, Deborah E. *Denying the Holocaust: the growing assault on truth and memory*. New York: Editora Plume, 1994.

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

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

MANETTI, Michela. L'incitamento all' ódio razziale tra realizzazione dell' egualianza e difesa dello Stato. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/odio_razzia/le/index.html>. Acesso em: 13 fev. 2009.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

MEYER-PFLUG, Samantha. *HC nº 82.424/RS: Liberdade de expressão ou incitação ao racismo. O voto do Min. Marco Aurélio*. In: Revista Ibero-Americana de Direito Público, RIADP: Doutrina, Pareceres, Jurisprudência. Ano IV, nº 16 – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

MILL, John Stuart. *A Liberdade: utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da Comunicação – Para uma crítica da modernidade*. Brasília: Plano, 2002.

MINOW, Martha. Tolerance in a Age of Terror. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Los Angeles, v. 16, n. 3, p. 453-494, 2007.

MORAES, Fernando. *Chatô: O Rei do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

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

MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

MUNANGA, Kabengele. Prefácio. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (Org.). *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

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

_____. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001b, p. 13-51.

NIGRO, Rachel. Considerações sobre a identidade nacional. In: MAIA, Antonio Cavalcanti et al. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 255-278.

NOVAES, Adauto (Org.). *Rede imaginária: televisão e democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

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

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

_____. A tensão constitutiva ao direito democrático entre igualdade e liberdade no ordenamento jurídico brasileiro: o voto do Ministro Carlos Britto no HC 82.424/RS. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 840, n. 2, p. 493-507, 2005.

_____. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2006.

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

_____. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 47-76.

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

POPPER, Sir Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiana, 1998.

REIS FILHO, José Tiago. Negritude e sofrimento psíquico. *Pulsional*. Revista de psicanálise, São Paulo, ano XIX, n. 185, p. 151, mar. 2006.

REZENDE, Claudia Barcellos e MAGGIE, Yvonne (Org.) *Raça como retórica: a construção da diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

ROSENFELD, Michel; SAJO, Andreas. Spreading Liberal Constitutionalism: An Inquiry into the Fate of Free Speech in New Democracies. Disponível em : < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=870444>. Acesso em: 13 nov. 2008.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, v. 24, n. 4, p. 2, abr. 2003.

_____. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. The Identity of the Constitutional Subject. *Cardoso Law Review*, New York, January, 1995, p. 1049-1109.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONEL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Madri: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

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

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *Livres e Iguais*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SARTRE, Jean-Paul. Reflexões sobre a questão judaica. In: MORIN, Edgar. *O mundo moderno e a questão judaica*. Trad. Nícia Adan Bonatti. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

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

SEDLER, Robert A. An essay on freedom of speech: the United States versus the rest of the world. *Michigan State Law Review*, Wayne State University Law School v. 2006:2, 2006.

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

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

SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). *Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

SILVA, Paulo Vinícius Baptista; ROSEMBERG, Fúlvia. Brasil: lugares de negros e brancos na mídia. In: VAN DIJK, Teun A. (Org.). *Racismo e discurso na América Latina*. São Paulo: Contexto, 2008, p. 73-117.

SILVEIRA, Renata Machado da. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. 2007. 130 p. Dissertação. (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

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

SINGTON, Derrick. *Liberdade de comunicação*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1966.

SKILLEN, Anthony. Freedom of Speech. In: GRAHAM, Keith (Ed.). *Contemporary political philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 139-159.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da Imprensa no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p. XIV.

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

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SOUZA, Jessé. Gilberto Freyre e a singularidade cultural brasileira. In: SOUZA, Jessé (Org.) *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 283-328.

_____. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

STAINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 11-53.

STEVANIM, Luiz Felipe Ferreira. As charges do profeta: dilemas da liberdade de imprensa na era da globalização. In: XXIX CONGRESSO DA SOCIEDADE

BRASILEIRA DE ESTUDOS INTERDISCIPLINARES DA COMUNICAÇÃO, Brasília. *Anais*. Brasília: INTERCOM, 2006, p. 1.

TAYLOR, Charles. El multiculturalismo y la Política del Reconocimiento. Tradução de Mônica Utrilla de Neria. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

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

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

TIMOFEEVA, Yulia A. Hate speech online: restricted or protected? Comparison of regulations in the United States and Germany. *Journal of Transnational Law & Policy*, Tallahassee, FL, v. 12, n. 2, primavera 2003. Disponível em: <http://www.law.fsu.edu/journals/transnational/vol12_2/timofeeva.pdf>. Acesso em: 12 set. 2008.

TSEISIS, Alexander. Hate in cyberspace: regulating hate speech on the Internet. *San Diego Law Review*, San Diego, Summer, 2001, p. 818-873.

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

VILLANUEVA, Ernesto. *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*. Madri: Editora Fragua, 1997.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999

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

