

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS – UFAL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENADORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DE
ALAGOAS
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

CAROLINE MARIA COSTA BARROS

**A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE ASPECTOS MORAIS NO DIREITO
FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA
POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO ELLWANGER.**

MACEIÓ/AL, JANEIRO DE 2015.

CAROLINE MARIA COSTA BARROS

**A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE ASPECTOS MORAIS NO DIREITO
FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA
POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO ELLWANGER.**

Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas – UFAL, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Dr. Adrualdo de Lima Catão.

MACEIÓ/AL, JANEIRO DE 2015.

Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecário: Roselito de Oliveira Santos

B277i Barros, Caroline Maria Costa.
A interpretação e aplicação de aspectos morais no direito fundamental à liberdade de expressão: uma análise crítica da posição do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger./Caroline Maria Costa Barros. – Maceió, 2015.
189 f.

Orientador: Aduardo de Lima Catão.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito. Maceió, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Normas morais . 2. Liberdade de expressão . 3. Limites dos direitos fundamentais. I. Título.

CDU: 342.7



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

CAROLINE MARIA COSTA BARROS

"INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE ASPECTOS MORAIS NO DIREITO
FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA
POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO ELLWANGER"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como
requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Adrualdo Catão

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro,
submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e o julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Andreas Krell

Julgamento: aprovada

Assinatura: [assinatura]

Prof. Dr. Marcos Ehrhardt

Julgamento: APROVADA

Assinatura: [assinatura]

Prof. Dr. Fernando Amorim

Julgamento: APROVADA

Assinatura: [assinatura]

[assinatura]
Sara Regina A. França
Secretária do Mestrado - FDA/UFAL
SIAPE 1940798

Maceió, 10 de Fevereiro de 2015.

RESUMO

É crescente o apoio à teoria que considera a ligação necessária entre Direito e Moral, particularmente quando falamos dos Direitos Humanos Fundamentais – enquanto um ideal a ser atingido por todos os povos e por todas as nações. Discute-se a existência de valores suprapositivos necessários para a validade do ordenamento jurídico, remetendo aos questionamentos até onde pode os preceitos morais influir do ordenamento jurídico. O presente trabalho busca estudar o diálogo existente entre as normas morais e as normas jurídicas, além da utilização dos ditames morais como instrumento para limitação do direito fundamental à liberdade de expressão, quanto à divulgação do discurso do ódio. Os sistemas jurídicos norte-americano e alemão apresentam soluções muito diferentes para casos em que se discute a manifestação de ideias racistas, discriminatórias e hostis a determinados grupos, por conta de raça, cor, religião, sexo, etc. Todavia, como se revela o tratamento brasileiro para tal assunto tão delicado de modo concreto? De fato, é fazendo a análise do julgamento do HC nº 82.424-2/RS no Supremo Tribunal Federal que se pretende verificar se os ministros se utilizam de argumentos morais para limitar o direito à liberdade de expressão e se tais restrições são legítimas, afinal, se de um lado temos a proteção à dignidade humana, não sendo “moralmente aceitável” o discurso hostil e preconceituoso contra grupos de minorias, como ocorreu com a comunidade judaica, de outro lado, também teríamos a liberdade de manifestar opiniões e de possuir certa ideologia. Nesse sentido, é possível uma conciliação? É na investigação das correntes filosóficas, doutrinárias, no direito comparado e nos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal que se buscará esclarecer o tratamento dos referidos direitos constitucionais. .

Palavras-Chave: Normas morais – Liberdade de Expressão – Discurso do Ódio – Limites dos Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

It is growing the support to the theory that considers the necessary connection among Right and Moral, particularly when we spoke about the Fundamental Human Rights - while an ideal to be reached by all the people and for all the nations. The existence of other values is discussed for the validity of the juridical system, referring to the doubts up to where it can the moral precepts to influence of the juridical system. The present work search to study the existent dialogue between the moral norms and the juridical norms, besides the use of the moral precepts as instrument for limitation of the fundamental right to the freedom of expression, with relationship to the popularization of the speech of the hate. The systems juridical North American and German present very different solutions for cases in what the ideas racists' manifestation, prejudices and hostile to certain groups, due to race, color, religion, sex, etc. Though, as the Brazilian treatment is revealed for such a such delicate subject in a concrete way? In fact, it is making the analysis of the judgment of HC nº 82.424-2/RS in the Supreme Federal Tribunal that she intend to verify the ministers they are used of moral arguments to limit the right to the freedom of expression and if such restrictions are legitimate, after all, if on a side we have the protection to the human dignity, not being "morally acceptable" the hostile speech and prejudice against groups of minorities, as it happened with the Jewish community, on another side, we would also have the freedom of manifesting opinions and of possessing certain ideology. In that sense, is a conciliation possible? It is in the investigation of the philosophical currents, doctrines, in the compared right and in the votes of the ministers of the Supreme Federal Tribunal that it'll look for to clear the treatment of the referred constitutional rights.

Key-words: Moral norms - freedom of expression - "hate speech" - Limits of the Fundamental Rights.

Dedico este trabalho aos meus pais e irmãos, pelo carinho, fé e apoio,
Ao meu querido noivinho Joaquim, pelas discussões entusiásticas sobre o tema,
A minha amada amiga Carol Castro, de todas as horas e momentos,
Aos amigos do mestrado Anderson, Davi, Milton e Georgina, pelas risadas acadêmicas.

AGRADECIMENTOS

Meus maiores e sinceros agradecimentos: à Universidade Federal de Alagoas, à Faculdade de Direito de Alagoas e à CAPES, por toda assistência fornecida – e indispensável – ao longo do meu curso de mestrado; ao meu orientador e eterno professor Adrualdo Catão, por acreditar em meu potencial e apoiar nas pesquisas em filosofia do direito; aos professores Andreas Krell e Manoel Cavalcante, pelo aprendizado na graduação e na pós-graduação; a todos os professores do curso de pós-graduação do mestrado em Direito Público da UFAL; à Sarinha e a sua paciência e eficiência na secretaria do mestrado; enfim, a todos os meus colegas da turma 9.

“– Como a senhora é convencional, disse ele com algum respeito.
– Convencional? Repetiu ela. Não, explicou-lhe devagar, é que sempre precisei de uma forma
de viver. Porque também sou uma pessoa tão livre que procuro uma ordem onde aplicar
minha liberdade.”

(A paixão segundo G.H. Clarice Lispector)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. O CONTEÚDO E OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DA INTERFERÊNCIA DA MORAL NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS.....	14
2.1. A controvérsia em torno da liberdade e seus limites: a tradicional separação entre liberdade negativa e liberdade positiva e suas implicações.....	14
2.2. A configuração constitucional brasileira da liberdade de expressão e seus limites éticos.....	21
2.3. A liberdade de expressão e sua relação com a moral: a dignidade humana como instrumento limitador do conteúdo e exercício do direito fundamental à liberdade.....	30
2.3.1. A relação conturbada (e necessária?) entre Direito e Moral: algumas linhas sobre a influência da moral no processo de formação da norma jurídica.....	30
a. As ideias jusnaturalistas.....	41
b. As ideias juspositivistas.....	45
c. O grupo do Pragmatistas jurídicos.....	52
d. O grupo dos pluralistas éticos.....	57
2.3.2. A fundamentação ética dos Direitos Humanos: a estipulação de limites e dos limites aos limites para identificação dos direitos fundamentais no cenário constitucional.....	61
3. O DISCURSO DO ÓDIO E SUA LIGAÇÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A CONTROVÉRSIA SOBRE A (I) MORALIDADE DO DISCURSO.....	75
3.1. Preconceito, discriminação ou racismo: qual o conteúdo do discurso do ódio?.....	75
3.2. O sistema americano de proteção da Liberdade de Expressão: o pragmatismo jurídico e as limitações morais ao “free speech”.....	88
3.2.1. O papel do Estado americano na regulamentação do direito à liberdade de Expressão.....	95
3.3. O sistema alemão de proteção da liberdade de expressão: a liberdade de expressão e o discurso do ódio no Tribunal Constitucional alemão.....	101

4. O TRATAMENTO DO DISCURSO DO ÓDIO E DE TEORIAS REVISIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: AS CONSEQUÊNCIAS DAS LIMITAÇÕES MORAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO ELLWANGER.....	112
4.1. O cenário brasileiro para a análise do discurso do ódio: discorrendo sobre a fundamentação do Supremo Tribunal Federal perante a discriminação, a liberdade de expressão e o “hate speech”	112
4.1.1. A discriminação anti-semita pode ser considerada um crime de racismo? Algumas linhas sobre a indeterminação do conceito de “raça”.....	114
a. A adoção de um sentido estrito de raça: o exercício legítimo da liberdade de expressão e a não ofensa aos valores morais.....	117
b. O entendimento extensivo de raça: o “hate speech” como uma ofensa aos princípios éticos da Constituição.....	125
4.2. As consequência da adoção de um conceito extensivo de raça: destrinchando os argumentos morais e jurídicos utilizados pelos ministros da Corte Brasileira.....	134
4.2.1. A defesa do “discurso livre”: a ausência de ofensividade das publicações de obras por Siegfried Ellwanger.....	139
4.2.2. A carência de legitimidade de expressões de ódio: os limites éticos do discurso.....	141
4.3. A moral como elemento limitador no exercício do Direito fundamental à liberdade de expressão e os valores tutelados pela Constituição Federal.....	146
4.4. A democratização do debate e a liberdade: as consequências da publicidade às teorias revisionais e ao discurso do ódio, com base no HC nº 82.424-2/RS.....	156
5. CONCLUSÃO.....	164
6. REFERÊNCIAS.....	170

1. INTRODUÇÃO

Muito embora uma das pautas mais discutidas da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito da atualidade seja a discussão sobre a relação entre Direito e Moral, as perquirições sobre o tema remontam ao período clássico, com os gregos, denotando que as dúvidas da participação da moral no direito e a participação do direito na moral são mais complexas do que podemos imaginar.

Caso afirmássemos que para a formação das normas jurídicas, necessariamente, se faria preciso a observância de valores e princípios morais, até para se garantir a eficácia social das normas, como se daria o limite dessa influência para que o direito não virasse uma mera reprodução das normas morais e assim não viesse a atingir seu objetivo maior que é moldar a conduta dos indivíduos para se garantir a convivência pacífica na sociedade, uma vez que nem sempre atos “moralmente reprováveis” devem ser também banidos do mundo jurídico?

Pois bem. Conforme teoria de Robert Alexy, o direito precisa de um argumento de correção, afinal não bastariam que as normas para serem consideradas jurídicas fossem produzidas pela autoridade competente, dentro de um procedimento previsto pela lei, se elas fossem “extremamente injustas”, isto é, se não revelassem os princípios morais fundamentais da sociedade, como dignidade, justiça e igualdade. Normas “extremamente injustas” não possuiriam validade jurídica.

Essa teoria não promoveria a retomada de um direito natural, mas sim na adoção de uma “teoria do consenso”, conforme ensina Andreas Krell, “cujo conceito de verdade se orienta pela capacidade de as proposições normativas constituírem um consenso ou uma concordância potencial dos sujeitos envolvidos.”¹ O referido consenso estaria em uma “realidade moral predeterminada”, relevante no processo de adaptação e convivência social, de maneira que conceitos como de justiça, paz social e outros valores básicos apareceriam dentro de um discurso coerente, com argumentação jurídica bem fundamentada e dotada de critérios de racionalidade.²

Por sua vez, como poderíamos conciliar as diferentes concepções de “moralmente correto” ou de “moralmente incorreto” dentro de uma sociedade tão plural e complexa para dizer se uma norma é ou não jurídica? Hans Kelsen levanta essa questão ao defender o

¹ KRELL, Andreas Joachim. “As dificuldades de Teorias pré-hermenêuticas com o Direito do Estado Social Moderno”. In: **Revista do Mestrado em Direito** - Universidade Federal de Alagoas. V. 2, n.3, dez (2006 -) Maceió: Edufal, 2008, p. 31-32.

² KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito constitucional e administrativo. In: **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Fredie Didier Jr. e Marcos Ehrhardt Jr. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

relativismo ético e da necessidade de se separar, metodologicamente falando, o direito da moral. É dizer, a validade do direito não dependeria de determinado conteúdo axiológico, mas sim de critérios formais.

Por óbvio que o estudo da moral passa por nossas pré-compreensões e definir a “moral” envolve nossos juízos particulares, adquiridos consciente ou inconscientemente, e seria por conta disso que, quando tentamos construir (ou desconstruir) um conceito de moral, acabamos por preestabelecer certos princípios fundamentais e certas conclusões que tendem a não sofrer alterações.³

Ainda que seja tarefa árdua a tentativa de se eximir de juízos prévios como a corrente mais ou menos razoável ou a linha teórica mais coerente com a sociedade moderna, o trabalho buscará expor analiticamente as principais teorias a respeito das normas morais, até pelo propósito democrático de divulgar não apenas a linha teórica utilizada com mais enfoque no trabalho, mas também outras igualmente importantes para o enriquecimento do debate jurídico, até porque não há pretensões de julgar determinada teoria como “a” correta, afinal, cada uma pertence a um modelo teórico diferente, proposto em momentos históricos diferentes.

A questão que se levanta é a seguinte: se encararmos os ditames morais intimamente ligados ao princípio da dignidade humana e, assim, também ligados aos direitos fundamentais, não caberia ao direito servir de instrumento para a proteção e o exercício do fundamento maior da Constituição? Com certeza sim, porém, haveria a compatibilidade dessa proteção com todos os direitos fundamentais envolvidos?

O presente trabalho buscará investigar, além da relação entre as normas jurídicas e as normas morais, a utilização de argumentos morais, na prática jurídica, os quais passam a servir de limitadores do exercício da liberdade de expressão, de modo específico.

Vamos em partes.

A discussão da pesquisa aqui exposta objetivará delimitar em seu primeiro capítulo a complexidade do exercício da liberdade, a iniciar pela variação de seu próprio sentido, se tomado como liberdade positivo ou se tomado como uma liberdade negativa. A liberdade representa uma das maiores conquistas da humanidade, principalmente quando falamos da

³ É o que diz Jacques Leclercq, *in verbis*: “O pensador que começa a tratar de moral é um adulto a quem a vida já impregnou profundamente duma porção de juízos *a priori*, que impõem atitudes de toda espécie. (...) Eles [os juízos] se impõem ao espírito, pela influência social, bem como pelo juízo espontâneo do senso moral, e, para os aceitar, não se espera ter formulado um sistema de moral. Pelo contrário, geralmente está o moralista de tal modo convencido da exatidão desses juízos que já está, consciente ou inconscientemente, decididos a incorporá-los na sua síntese.” *In*: LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. Trad. Cônego Luiz de Campos. São Paulo: Editora Herder, Editora da Universidade de São Paulo, 1967, p. 20.

liberdade de expressão, mas ela assume vestes de direito absoluto? Por óbvio que não e tanto é assim que se procura iniciar o discurso dos limites ao exercício da liberdade, inclusive de limites morais, principalmente quando se dá uma fundamentação ética aos direitos humanos, tese essa também destrinchada ao longo do trabalho.

A relação das normas morais com as normas jurídicas pode se dar de várias formas a depender da corrente teórica adotada, como jusnaturalistas, juspositivistas, pragmáticos jurídicos ou os pluralistas éticos contemporâneos. Todas elas apresentam fundamentos que buscam justificar e delimitar o próprio conceito de direito. A relevância deste questionamento é evidente, quando encaramos como a moral pode influenciar na formação da regra jurídica e na tomada de decisão do caso concreto.

O discurso do ódio contra minorias e a publicidade de teorias revisionais denotam atitude reprovável moralmente, porém, juridicamente, devem ser elas tidas como máculas do discurso? Tais conteúdos devem ser afastados do alcance da liberdade de expressão? A dignidade humana como preceito indubitavelmente moral e também jurídico, por estar positivado na Carta Magna, é capaz de limitar o exercício de manifestação de ideias e opiniões por serem essas ofensivas e hostis a determinadas pessoas?

Bem, são esses questionamentos que pretendem ser respondidos em nosso segundo capítulo, ao se analisar os contornos, limites e conteúdos do direito à liberdade de expressão dentro do contexto do discurso do ódio, além da diferença de perspectiva das Supremas Cortes norte-americana e alemã.

O terceiro capítulo, por sua vez, avaliará como o ordenamento jurídico brasileiro se posiciona no tratamento do “hate speech”, através da análise do julgamento do HC nº 82.424-2/RS, ocorrido no Supremo Tribunal Federal, que abordou a prática de crime de racismo contra a comunidade judaica, em razão da conduta fomentadora de ódio público do paciente Siegfried Ellwanger, ao produzir e editar livros de conteúdo anti-semita. A referida decisão judicial foi escolhida como o objeto principal de nosso estudo, em razão do seu papel reconhecidamente de destaque no cenário jurídico e de sua repercussão social.

É claro que ela não foi a única manifestação judicial sobre o discurso do ódio no Brasil, mas tendo em vista a necessidade de um corte metodológico no objeto de investigação e de ser o STF a cúpula do judiciário brasileiro, é que se justifica a escolha por este julgado especificamente. Nele, foram levantados alguns questionamentos, como: Os judeus seriam uma raça, merecendo a extensão e proteção do art. 5º, XLII, da CF/88? Seria o discurso exposto nos livros de autoria e de edição de Ellwanger efetivamente capazes de produzir uma manifestação social de ódio contra os judeus? Ainda que fosse moralmente reprovável a

discriminação social e racial, a produção de livros ou a exposição de ideias de ódio, será que elas não corresponderiam ao exercício da liberdade de expressão e, também, não mereceriam proteção constitucional?

São estes questionamentos que permeiam o desenvolvimento do trabalho e as inquietações da pesquisadora, uma vez que o tema se mostra bastante complexo e com diversos imbricamentos.

A nosso ver, a análise da aferição concreta de argumentos morais em julgamentos que tratem de direitos fundamentais tem sua importância reconhecida, por se afastar de questionamentos meramente metafísicos e partir para dados históricos e concretos⁴, como as consequências da utilização dessa espécie de argumento.

O ideal é conferir meticulosamente qual foi o posicionamento adotado pelos ministros do STF, haja vista que as razões de seus respectivos votos podem servir tanto para a (s) linha (s) teórica (s) seguida (s) pelos ministros, quanto para seu uso em julgamentos posteriores, de *causa decidendi* semelhantes. Ainda que o Direito brasileiro continue a adotar uma concepção positivista, de uma forma geral, baseando-se na supremacia da lei, é fato a crescente utilização de jurisprudências como forma de melhor justificar, embasar e compreender o tratamento aos direitos fundamentais.

⁴ Por isso falamos de “os Direitos”, mediante ser o sistema jurídico aberto o suficiente para possuir ordem axiológica de princípios gerais, “entendidos esses princípios não com resultantes de abstrações, senão como construções sociais que se manifestam diversamente, em cada direito concretamente tomado”, isto é, “princípios jurídicos forjados historicamente” e não amparados na metafísica.⁴ Seria por conta disso que o legislador, na produção do Direito posto, não está livre do próprio processo histórico-cultural que condiciona a formulação do sistema positivo, isto é, há que se diferenciar direito posto pelo Estado das manifestações do Direito pressuposto na sociedade civil. GRAU, Eros Roberto. O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. *In: O que é filosofia do direito?* Alaôr Caffé Alves, Celso Lafes, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Goffredo da Silva Telles Junior, Tércio Sampaio Ferraz Junior. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 40.

2. O CONTEÚDO E OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DA INTERFERÊNCIA DA MORAL NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS HUMANOS.

2.1. A controvérsia em torno da liberdade e seus limites: a tradicional separação entre liberdade negativa e liberdade positiva e suas implicações.

O estudo da moral sempre se mostrou complexo pelas imbricações que seu objeto possui para a formação de valores sociais, políticos e jurídicos. É justamente na área jurídica que encontramos grandes questionamentos sobre a sua influência e necessária ligação para a formação de um sistema que se coadune com ditames de justiça e igualdade.

O termo liberdade também carrega sua complexidade, uma vez que, como já dizia Montesquieu, se há uma palavra que tenha recebido as mais diferentes significações e que tenha inquietado tanto o homem no decorrer dos tempos é a palavra “liberdade”, na medida em que, para alguns diz respeito ao direito de exercer a violência, para outros o direito de se amar ou ainda a “faculdade de eleger aquele a quem deveriam obedecer”, enfim, “cada um chamou liberdade ao governo o que se adequava aos seus costumes ou às suas inclinações”.⁵

Nesse viés, como se daria a relação, objeto de análise do presente trabalho, entre liberdade e moralidade? A moral pode ser tomada como um instrumento que limita o exercício da liberdade? Discursos “imorais” podem ser tomados como uma forma legítima de se expressar?

Tais questionamentos são necessariamente difíceis de serem respondidos, mas não impossíveis de serem investigados, principalmente quando partimos para uma análise prática do tema, mediante a apreciação do que os tribunais dizem e decidem acerca da relação entre liberdade e moralidade, isto é, de como tal relação se dá na prática jurídica.

Em primeiro momento, devemos abordar o papel da liberdade, particularmente da liberdade de expressão, diante do papel de destaque que ocupa dentro do Estado Democrático de Direito. Dizemos isso porque a liberdade de expressão representa, inegavelmente, um

⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. v. XXI. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editor Victor Civita, 1973, p. 155. Nesse sentido, ver também o que disse Abraham Lincoln sobre a difícil definição do termo liberdade: “Nunca houve uma boa definição da palavra liberdade e, neste momento, o povo americano tem necessidade urgente de uma definição. Todos nos proclamamos a favor da liberdade: mas, embora usemos a mesma palavra, não lhe atribuímos o mesmo significado... Eis duas coisas não só diferentes, mas incompatíveis, que têm o mesmo nome, liberdade.” LINCOLN, Abraham. *In*: HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. Introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p.3.

direito típico das democracias. Sua ideia aparece de modo explícito no art. 4º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁶. Tal dispositivo veio consagrar, conforme assevera Ingo Sarlet, o direito fundamental de liberdade, baseada nos ideais liberais, segundo o qual, todo ser humano possui liberdade pessoal “que não pode ser de qualquer modo violadas e na qual pode desenvolver suas faculdades e vontades naturais livres de qualquer interferência externa”⁷.

Tradicionalmente, o termo “liberdade” pode ser tomado em dois sentidos: o de liberdade negativa e o de liberdade positiva. A primeira, para Norberto Bobbio, diz respeito à “possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros sujeitos”. Transportando a realidade da liberdade negativa para o mundo jurídico, temos que ela é condicionada pelas determinações normativas (sejam normas legislativas, consuetudinárias),⁸ já que se poderia fazer tudo aquilo que elas não proibam ou tudo aquilo que elas permitam, pois “se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.”⁹ Já a liberdade positiva representa atitude do indivíduo de tomar suas próprias decisões, é a autodeterminação do ser para fazer aquilo que melhor lhe aprouver sem que seja determinado por outros.¹⁰

Dessa forma, se a liberdade negativa está ligada à ação (“sou livre porque não há qualquer ação que sirva de obstáculo a minha conduta”), a liberdade positiva, de outra via, está ligada à vontade (“sou livre porque o meu querer é determinado apenas por minha vontade e não pela vontade alheia”). Bobbio nos alerta, porém, que a liberdade positiva se relacionaria com a liberdade negativa, uma vez que posso até ser livre para escolher, por exemplo, minha religião (ato de vontade), mas posso não poder exercê-la, mediante o constrangimento realizado pelo Estado, ao proibir a prática da religião escolhida por mim.¹¹

Se de um lado temos a liberdade negativa como a liberdade do indivíduo (liberdades civis) – “produto das lutas pelas defesas do indivíduo, considerado ou como uma pessoa

⁶ Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais em espécie”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 445.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 48-49.

⁹ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondatt. **O espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. v. XXI. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editor Victor Civita, 1973, p. 156.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 51-52.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 53-54.

moral (e, portanto, tendo um valor em si mesmo) ou como sujeito de relações econômicas, contra a intromissão de entes coletivos como a Igreja e o Estado”¹² –, de outro, teremos a liberdade positiva como a liberdade da coletividade¹³ – ela não seria apenas a autodeterminação do indivíduo, mas sim do corpo social a qual ele pertence.¹⁴

Clássico defensor da liberdade negativa, John Stuart Mill, em seu “Ensaio sobre a liberdade”, defende a necessidade de expressão das opiniões, uma vez que a diversidade delas deve ser vista com naturalidade na sociedade; os seus integrantes não são perfeitos, justamente porque passaram por diferentes experiências, isto é, “o valor de diferentes modos de vida deve ser provado de forma prática, quando qualquer pessoa ache adequado experimentá-los”, desde que não cause danos aos demais.¹⁵

Por conta disso é que o Estado não está autorizado a “decidir oficialmente com propósitos de repressão ou punição” quando a conduta aferida diz respeito apenas à individualidade do ser, mas poderia, ao revés, regular os comportamentos sociais se estes forem considerados danosos e ruins para os demais indivíduos, devendo exercer um “controle vigilante sobre o exercício” destas ações.¹⁶

Hayek nos diz que liberdade em seu sentido mais individual possível seria a ausência de coerção sobre o homem pela vontade arbitrária de outrem. Para ele o surgimento do homem ocidental se daria em duas categorias distintas: a do homem livre e a do homem não livre. Ainda que seu conteúdo tenha variado no tempo, mas o seu núcleo duro permaneceu, qual seja, “a possibilidade de um indivíduo agir de acordo com seus próprios planos e resoluções, em contraposição à condição do indivíduo que estava irrevogavelmente sujeito à vontade de outrem, cuja decisão arbitrária poderia coagi-lo a agir de determinada maneira.” Esse sentido seria de uma típica liberdade negativa? Para Hayek sim, se a tomássemos como a

¹² Idem, p. 57.

¹³ BERLIN, Isaiah. “Two concepts of liberty”. In: **Four Essays on Liberty**. United States of America: Oxford University Press, 1971, p. 123-124. Disponível também em: <<http://spot.colorado.edu/~pasnau/seminar/berlin.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

¹⁴ Essa segunda espécie de liberdade, inclusive, é defendida por Rousseau, quando diz, *in verbis*: “O que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e que pode alcançar. O que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo aquilo que possui. Para que não haja engano nessas compensações, é necessário distinguir muito bem a liberdade natural, que só tem por limites as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade geral e a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante, da propriedade, que só pode ser baseada num título positivo.” In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, nº 13. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, p. 32-33.

¹⁵ MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, nº44, Tradução Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Escala, p. 83-84.

¹⁶ Idem, p. 138 e p. 144.

“ausência de um obstáculo determinado – a coerção do homem pelo homem”, somente se tornando positiva pelo uso que dela fazemos, nas circunstâncias que nos encontramos.¹⁷

Benjamin Constant, ao falar das liberdades dos antigos e da liberdade dos modernos, nos diz que haveria duas formas de liberdade. A primeira corresponderia ao direito de usufruir de alguns bens fundamentais privados, como de se submeter somente às leis, de se expressar, de dispor de sua propriedade, de influir na administração do governo, enfim, todas elas se referindo ao pleito da liberdade dos modernos (liberdade negativa); enquanto isso, a segunda, ao direito de participar do poder político e de exercer diretamente parte da soberania, em que “todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância”, enfim, referindo-se ao pleito da liberdade dos antigos (liberdade positiva).¹⁸

Se a liberdade dos antigos era marcada pela “participação ativa e constante no poder coletivo”, a liberdade dos modernos se basearia na possibilidade do indivíduo usufruir de sua independência frente ao poder. Constant busca consolidar a separação entre espaço público, típico da liberdade dos antigos, e espaço privado, típico da liberdade dos modernos, tão “marcante” na Modernidade. Ele passa a defender, assim, uma superação da liberdade dos antigos pela liberdade dos modernos, diante do desenvolvimento econômico, o qual necessitaria da mínima intervenção do Estado para o desenvolvimento completo da liberdade do indivíduo e do seu comércio.¹⁹

Bobbio destaca que a distinção histórica entre liberdade dos antigos (positiva) e a liberdade dos modernos (negativa) explicitava uma preferência de Constant, na medida em que a liberdade negativa seria a verdadeiramente positiva (no sentido de valor “bom”), enquanto a liberdade positiva seria a verdadeiramente negativa (no sentido de valor “mau”); a primeira seria o progresso, o moderno, enquanto a segunda, o retrógrado, o antigo. Porém, o que Bobbio destaca é que se encararmos a liberdade positiva como “a participação da maior parte dos cidadãos no poder político, uma participação que se realiza gradualmente até o sufrágio universal masculino e feminino, longe de ser antiga, [a liberdade positiva] é ainda mais moderna”.²⁰

¹⁷ HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade**. Introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p. 4-5 e 15.

¹⁸ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Departamento de História. Disciplina: História Contemporânea. Prof. Luiz Arnaut. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2014.

¹⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 95.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 64.

Esta distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva também pode ser encontrada nos escritos de Sir Isaiah Berlin, em sua obra *Two Concepts of Liberty* (1958), que depois passou a integrar a obra *Four Essays on Liberty* (1969), para em seguida ser tomada, simplesmente, por *Liberty* (2002). Berlin nos diz que a “liberdade negativa”²¹ seria a ausência de interferência dentro da esfera de ação de uma pessoa, diferentemente da “liberdade positiva”²², que não se refere a liberdade nenhuma, mas ao poder efetivo de um indivíduo sobre si mesmo ou sobre seu ambiente.

Na medida em que Berlin discorre sobre a liberdade negativa, ele mesmo tece críticas a sua condição de possível “valor primário ou valor absoluto” à liberdade negativa, pois ele se questionava do seguinte: como é que pessoas que não teriam acesso a bens primários como saúde, educação e alimentação poderiam usufruir do valor verdadeiro de “liberdade”?²³ Berlin nos diz que “liberdade é liberdade, não equidade ou justiça ou cultura ou felicidade humana ou uma consciência tranqüila”, e seria por conta disso que caso o ser humano decida perder um pouco de sua liberdade para diminuir a “vergonha da desigualdade”, a recompensa seria um “ganho em justiça ou em felicidade ou na paz”, mas, em contrapartida, a perda da liberdade social ou econômica será aumentada.²⁴

Todavia, tal posicionamento é criticado por Murray N. Rothbard ao dizer que Berlin apresenta um conceito confuso de liberdade negativa e acaba por cair no campo da “liberdade positiva”. Para Rothbard, toda pessoa é a proprietária de seu próprio corpo físico, de modo que todos os recursos que ela coloca em uso antes dos outros indivíduos passa a lhe pertencer e pode ela usufruir dele até o ponto que isto afete a integridade física da propriedade de outro. Seriam a autopropriedade e a apropriação original verdadeiras leis éticas e direitos humanos absolutos. Seria por isso que Rothbard diz haver uma usurpação da liberdade individual e da propriedade pelo Estado, quando vemos os casos do pagamento compulsório de impostos, do monopólio dos serviços policiais e militares, da edição de leis, da produção de dinheiro pela casa da moeda, do uso “legítimo” da força física, do controle da educação e, por conseguinte, das “mentes dos súditos” (mediante o financiamento de escolas e universidades), entre várias outras condutas que só denotam o caráter arbitrário do Estado.²⁵

²¹ BERLIN, Isaiah. “Two concepts of liberty”. In: **Four Essays on Liberty**. United States of America: Oxford University Press, 1971, p. 121. Disponível também em: < <http://spot.colorado.edu/~pasnau/seminar/berlin.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

²² Idem, p. 122.

²³ Idem, p. 124-125.

²⁴ Idem, p. 125-126.

²⁵ ROTHBARD, Murray N. **A Ética da Liberdade**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 232 e 240.

Seria nesse sentido que o Estado não obedeceria às leis morais, uma vez que praticaria atos de extrema injustiça, desrespeitaria costumes e limitaria o exercício da liberdade individual e da propriedade privada.²⁶ E completa o autor sua forte crítica para com o Estado:

O Estado, portanto, pode ser definido como aquela organização que possui uma ou ambas (na realidade efetiva, praticamente sempre ambas) das seguintes características: (a) adquire seus rendimentos através de coerção física (impostos); e (b) alcança um monopólio compulsório da força e do poder de tomada de decisões finais em uma determinada extensão territorial. Estas duas atividades essenciais do Estado necessariamente constituem uma agressão criminosa e uma devastação dos justos direitos de propriedade privada de seus súditos (incluindo a autopropriedade). Pois a primeira institui e organiza um roubo em uma enorme escala; enquanto a segunda proíbe a livre competição de defesa e de agências de tomadas de decisões dentro de uma determinada extensão territorial – proibindo a compra e venda voluntária de serviços judiciais e de defesa.²⁷

Por óbvio que o posicionamento de Rothbard é radical, uma vez que desconsidera que a liberdade negativa (louvada por ele) e a liberdade positiva (ligada à atuação estatal e, por conseguinte, rechaçada pelo autor) se completam, na medida em que não poderíamos exercer liberdades civis (como a liberdade de expressão e imprensa) se não tivermos acesso às liberdades políticas (controle popular do poder político para conservar as liberdades civis), por isso que a solução dada seria, mais uma vez o equilíbrio: “nem o liberalismo puro, nem o democratismo puro”, conforme diz Bobbio.²⁸

Ainda que procure seguir os passos de Rothbard na defesa do Libertarianismo, Walter Block apresenta uma visão diferente da relação entre liberdade e moralidade, sob o ponto de vista da livre iniciativa do mercado. Para ele, o mercado deve ser visto de modo amoral, isto é, nem moral, nem imoral. Como ele tem o intuito de satisfazer o consumidor, a variação dos interesses do seu destinatário oscila entre o “depravado e imoral até o inteiramente legítimo”, isto é, o mercado produz bens e serviços cuja condição moral é bem questionável, como “o jogo, a prostituição, a pornografia, as drogas (heroína, cocaína etc.), a bebida, o cigarro, os clubes de balanço e a instigação ao suicídio”, de maneira que pela livre iniciativa, o mercado poderia praticar atos virtuosos ou também o seu oposto.²⁹

Block defende a legitimidade de tal manifestação do mercado, com base em ideais libertários, pois não se poderia empreender um ato de violência ou de repressão a essas ações

²⁶ Idem, p. 241.

²⁷ Idem, p. 244. Todavia, ainda que não seja objeto de análise do presente trabalho a legitimidade ou não da cobrança de imposto, indicamos, a fim de apresentar outra perspectiva da temática, a obra: COSTA NETO, Joaquim Cabral da. **Despesa Fiscal (Benefícios Fiscais): Requisitos e Limites Estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal para Sua Realização**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. 2012.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 65-67.

²⁹ BLOCK, Walter. **Defendendo o indefensável**. Tradução de Rosélis Maria Pereira. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p. 17.

imorais, como à prostituta ou ao pornógrafo, se as condutas desses não geram violência a outrem, mas tão somente a si mesmas. Não se poderia, para o autor, punir tais práticas, mesmo que sejam imorais ou viciosas, se são elas escolhas dos próprios consumidores.³⁰

Todavia, os posicionamentos de Rothbard e de Block não ficam imunes às críticas. Primeiramente, quando Rothbard vê defender que as limitações as liberdades seriam verdadeiras agressões à ética, isto é, que também aí se estaria a infringir leis morais, não estaria ele esquecendo que o exercício absoluto da liberdade individual não poderia também gerar agressões a determinados princípios ético-jurídicos, como ocorre no direito fundamental à liberdade de expressão se comparado ao discurso do ódio? Em segundo lugar, quando Block defende a não punição daqueles que praticam atos imorais graças à demanda existente no mercado, como a pornografia³¹, venda de drogas, prostituição, não estaria ele esquecendo que o próprio “mercado” também pode requerer, por exemplo, pornografia e prostituição infantil? Será que essa “não intervenção” ao extremo não geraria a “tolerância do intolerável”, na expressão de Karl Popper? Será que a sociedade está disposta a pagar por todo o “preço” que essa não-punição às demandas do mercado pode gerar?

Não há dúvidas que as questões levantadas acima são polêmicas o bastante a ensejar farta discussão, mas o que se deve destacar, dentro do objetivo de pesquisa proposto, é que, como será melhor abordado no capítulo II, vemos como temerário a proteção absoluta da expressão de opiniões quando elas ferem a dignidade, em sua face moral e, até fisicamente – mediante incitação à violência – a grupos minoritários (ou, em alguns casos, certa maioria, ao menos, numericamente), por questões sexuais, raciais ou de gênero.

Não se quer levantar a bandeira de que a liberdade está em oposição à moralidade ou a dignidade, mas que toda posição extremista, como a de por a liberdade de expressão acima de tudo e de todos, é perigosa, principalmente quando estamos a tratar do bem-estar da sociedade e do respeito mútuo dentre aqueles que pertencem a ela. A liberdade também é uma das faces da dignidade do homem, mas há outras faces que merecem ser conciliadas, como a da igualdade³². Como realizar tal tarefa hercúlea? Onde reside o limite que separa a liberdade de expressão do abuso dessa expressão?

³⁰ Idem, p. 18.

³¹ Sobre está ou não a pornografia abarcada pela proteção da liberdade de expressão, contida na Primeira Emenda da Constituição norte-americana, ver: STONE, Geoffrey R. **Sex, violence and the First Amendment**. The University of Chicago Law Review. Publicado em 18 de outubro de 2007. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/74.posner/74_Special_Stone.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

³² Para Millôr Fernandes essa conciliação entre liberdade e igualdade não é possível e diz isso o autor com seu peculiar e criativo jeito de escrita: “(...) j) Com liberdade total o mais forte domina o mais fraco em nome de sua liberdade, o mais inteligente espezinha o mais ignorante em nome de sua inteligência, o mais belo seduz mais em

Bem, a resposta a essas perguntas vêm sendo objetos de discussão de muitos teóricos, sem que, até o presente momento, se tenha fornecido uma solução pacífica sobre isso. Podemos, na presente dissertação, promover uma “tentativa de solução”, quando analisarmos, de forma mais detida, como a Cúpula do nosso Poder Judiciário se posiciona sobre temas ligados à liberdade de expressão, seja referente aos direitos individuais à liberdade de expressão, como na regulamentação da responsabilidade civil, provinda da relação dos particulares entre si ou até com a imprensa (empresas jornalísticas, no geral), seja no campo dos direitos transindividuais, oportunidade em que se observará, especificadamente, a relação do Estado para com o tratamento do discurso do ódio e de teorias revisionais que afetam diretamente determinados grupos sociais, sob a justificativa de serem faces legítimas da liberdade de expressão.

A partir da análise de casos concretos é que poderemos nos aperceber se, na prática, é possível haver uma conciliação entre liberdade e igualdade e se o ordenamento jurídico oferece as condições necessárias para isso.

Porém, cada coisa a seu tempo.

Antes da discussão mais aprofundada sobre o posicionamento dos ministros do Supremo tribunal Federal, devemos estudar como se configura o direito fundamental à liberdade de expressão no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a fim de criarmos uma base mais sólida para o estudo crítico da liberdade e de suas implicações.

2.2. A configuração constitucional brasileira da liberdade de expressão e seus limites éticos

O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e Informação, consagrado nos textos constitucionais, sem qualquer forma de censura prévia, é tido como uma das características que identificam as sociedades democráticas.

Em verdade, diversas são as leis, Constituições e Tratados Internacionais que tratam da regulamentação e importância da referida liberdade, a qual apareceu pela primeira vez na

detrimento do fisicamente destituído. Franklin, ao fazer o lema da revolução francesa, *Liberdade, Igualdade e Fraternidade*, usou o elemento conciliador e humanístico Fraternidade para sugerir um equilíbrio impossível no paradoxo Liberdade x Igualdade.” In: FERNANDES, Millôr. Orelha do livro de **John Milton, “Areopagítica: Discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra”**. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

Declaração de Virgínia, em 1776, para, em seguida, constar na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América em 1787.³³

Nesse sentido, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789, que igualmente previa a garantia da comunicação de pensamento ou opinião, sem restrições³⁴, além da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)³⁵ que assegura à todos o direito à liberdade de opinião e expressão,³⁶ bem como o “Pacto de San José da Costa Rica” que também busca a promoção e a defesa da liberdade de pensamento e de expressão.³⁷

Nessa esteira, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 normatizou em seu art. 5º, incisos IV, V, IX e X, ser livre a manifestação da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença, assegurando ainda o direito de resposta, proporcional à ofensa, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.³⁸

³³ Assim dispõe a Primeira Emenda, aprovada em 1789 pelo Congresso estadunidense e ratificada em 1791 pelos Estados-membros da Federação norte-americana: *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.*

³⁴ Art. 11. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

³⁵ Art. 19. Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

³⁶ LANER, Vinicius Ferreira. Algumas considerações sobre o direito à informação e à liberdade de expressão no Brasil. In **Revista do Direito**. n.18 (jul/dez 2002). Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2003, p. 77.

³⁷ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

³⁸ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Para além da previsão no rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, a constituinte transportou, através do art. 220 a 224, a Liberdade de Expressão para um capítulo essencialmente direcionado para a Comunicação Social, garantindo a liberdade manifestação do pensamento, da criação e da informação, sem se sujeitarem a qualquer restrição, salvo restrições que não representem um cerceamento, mas uma garantia de que não serão praticados abusivamente.

O direito à liberdade de expressão consiste no direito de expor livremente suas ideias, respeitando a inviolabilidade da privacidade de outrem, enquanto o direito à informação, por sua vez, é o direito de informar e de receber livremente informações sobre dados objetivamente apurados, desde que, comprometidos com a verdade e com a imparcialidade,³⁹ sendo vedado à imprensa o papel de pré-julgador, que condena perante a opinião pública, sem que os próprios órgãos apuradores tenham emitido qualquer opinamento anterior sobre a temática.⁴⁰

Toda tutela da liberdade de pensamento compõe, atualmente, um dos pilares de sustentação da democracia, pois é o seu exercício que possibilita à população condições para a formação de opinião crítica sobre os assuntos que dizem respeito à vida em sociedade e, em consequência, o gozo e exercício conscientes da cidadania.⁴¹

É bem verdade também que tal direito não é anseio apenas da contemporaneidade, mas sua defesa e busca por efetivação advêm de outros tempos, cabendo destacar como um dos primeiros escritos organizados sobre a liberdade de expressão da modernidade o panfleto “Areopagítica”, de autoria de John Milton, feito em 1644, que já denunciava o pleito pela liberdade de expressão e imprensa em uma época em que os donos do poder, simplesmente, queimavam os livros que atentassem contra a Igreja e a Moral social.

Ocorre que John Milton havia anteriormente publicado o livro *The Doctrine and Discipline of Divorce* (1643), no qual defendia o direito ao divórcio, mesmo que não tivesse ocorrido adultério, mas apenas a incompatibilidade de temperamentos entre o homem e a

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 109.

⁴⁰ FERNANDES, Isabelle de Carvalho. **O papel da imprensa na divulgação da crise política e a responsabilidade civil por danos aos direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 751, 25 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7060>>. Acesso em: 22 out. 2010.

⁴¹Idem.

mulher (isso por causa de sua experiência pessoal, mediante o abandono do lar por sua esposa).

Diante de tal realidade, o Parlamento Inglês promulgou uma *Parliamentary Ordinance for Printing*, espécie de lei que proibia a publicação e circulação de livros difamatórios à religião e ao governo. Foi por conta desse fato que John Milton escreveu o seu discurso “Areopagítica: pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra”, em 1644.⁴²

Para o autor, dever-se-ia defender a total liberdade de imprensa, o afastamento da censura e a tolerância religiosa para se alcançar o conhecimento e a verdade. Haveria quatro pontos fundamentais de sua obra: a) a censura está ligada à inquisição católica, desde o Concílio de Trento;⁴³ b) é impossível a seleção prévia entre textos maus e bons, já que caberia ao leitor fazer essa escolha após a leitura de ambos para, só assim, se alcançar o conhecimento e a verdade;⁴⁴ c) a censura seria inútil, já que as ideias más só serão combatidas quando expostas e não quando são censuradas previamente, ferindo-se a razão e a liberdade;⁴⁵ bem como, d) a censura não levaria a prática das virtudes, já que as condutas moralmente virtuosas só ocorrem por nossa faculdade do juízo e da escolha, além de que geraria um ambiente de “perene estupidez” o desestímulo ao estudo.⁴⁶

Se nos idos de 1600, a discussão sobre a liberdade de expressão já se mostrava por demais fértil, imagine nos dias atuais, na chamada “era dos direitos”⁴⁷, onde os valores, a ponderação, os dispositivos legais, a política, o discurso dos direitos fundamentais e a Constituição estão presentes no caldeirão do debate e do exercício da liberdade?

O discurso da liberdade de expressão é bem mais intrincado do que pode aparentar já que é bem verdade que os dispositivos legais até procuram declarar e efetuar o direito à liberdade de expressão, mas são os casos concretos que nos apresentam as dificuldades que os aplicadores do direito enfrentam diariamente quando se questionam sobre os limites desse

⁴² A origem do termo “areopagítica” é muito bem explicada por Felipe Fortuna, escritor do prefácio do referido livro, no qual diz: “O título do panfleto faz referência explícita ao *Areopagiticus* do orador ateniense Isócrates (escrito provavelmente em 355 a. C.). Ironicamente, Isócrates denuncia em seu discurso político o excesso de liberdade usufruído pelos cidadãos de Atenas e prega o retorno a uma democracia em que só poderiam ser eleitos os cidadãos mais qualificados, o que acabaria constituindo uma aristocracia. O orador pedia, enfim, que fosse restaurado o Conselho do Areópago, que no passado exercera poderes ilimitados de guardião das leis, supervisor da educação dos jovens, entre outros. Em seu discurso, porém, John Milton fala *para* o seu areópago, criticando uma decisão; Isócrates, por sua vez, fala *sobre* o areópago, e pede a sua reforma.” *In: MILTON, John. Areopagítica: Discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra*. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 15.

⁴³ Idem, p. 73.

⁴⁴ Idem, p. 89.

⁴⁵ Idem, p. 81.

⁴⁶ Idem, p. 99-101 e p. 109.

⁴⁷ Referência a clássica obra de Norberto Bobbio. *In: BOBBIO, Norberto. A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

direito. Até que ponto podemos considerar uma conduta coberta pela proteção constitucional da liberdade de expressão e pensamento? Quais os limites constitucionalmente permitidos à liberdade de expressão para que não se configure a censura? Como podemos delimitar o conteúdo do direito à liberdade de expressão? Há limites morais referentes a eles?

As respostas para os questionamentos supracitados dependerão do tipo de Ordenamento Jurídico que estamos a aplicar.

Dizemos isso porque, para aqueles que advêm de uma vertente mais liberal – tipicamente norte-americana – as hipóteses de restrição ao direito de liberdade de expressão são as menores possíveis, por ser ela uma das amostras mais caras da individualidade humana. De outra via, se partimos para a análise do Ordenamento Jurídico brasileiro, será que haveria maiores limitações ao referido direito, quando anunciamos em contrapartida ofensas aos direitos de personalidade, divulgações de teorias revisionais ou proibições ao discurso do ódio?

O Supremo Tribunal Federal vem tratando de questões interessantes sobre esses temas, seja no campo da responsabilidade civil (mediante o julgamento da revogação da lei de imprensa), seja no campo da responsabilidade penal (mediante a criminalização de publicações que promovem o discurso do ódio e teorias revisionais), ambos importantes para a configuração do que realmente se entende por liberdade de expressão e para a fixação dos seus limites.

Faz-se válido destacar que o objetivo principal do presente trabalho é o de investigar o exercício da liberdade de expressão em casos do discurso do ódio e de sua (in) compatibilidade com o sistema, particularmente sob uma perspectiva moral.

Porém, não se olvida a importância da análise da liberdade de expressão sob a ótica da responsabilidade civil e nas relações entre particulares, até para entendermos os limites impostos ao seu exercício no Ordenamento Jurídico brasileiro (e até mesmo a forma confusa como a argumentação dos ministros do STF aparece nos julgamentos).

Nesse sentido, um dos casos que merece destaque no cenário brasileiro fora o julgamento da ADPF nº 130, acerca da necessidade de revogação ou não da Lei nº 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa.

Vejam os. A publicação da lei de imprensa, ocorrida em 10 de fevereiro de 1967, se insere no período da ditadura militar brasileira, que durou desde 31 de março de 1964, até 21 de abril de 1985, e, por conta disso, não resta dúvida que o momento histórico de sua publicação e sua utilização pelos militares para coibir os “atos de subversão”, foram pontos

que favorecem a tese de revogação da lei de imprensa, dentro do Estado Democrático de Direito, previsto na Constituição Federal de 1988.⁴⁸

De fato, mesmo com a nova Constituição Federal de 1988, ela ainda era aplicada, ainda que com cautela, mediante interpretação sistêmica ao se contemplar os princípios que sustentam o Sistema Jurídico vigente. Surge daí o dever de ser interpretada de modo afinado com a Constituição Federal e com as atuais tendências da responsabilidade civil, por exemplo, cujo foco é a vítima do dano, a quem deve sempre corresponder o direito ao melhor ressarcimento possível, seja ele referente a danos morais ou materiais.

Contudo, a partir da consolidação da CF/88, a compatibilidade dessa lei com a Carta Fundamental, e os inúmeros projetos de lei que continuamente eram propostos para a edição de uma nova lei de imprensa, fez com que se chegasse a um momento crucial para resolução desse problema: revogar ou não a lei de imprensa?

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 que retirou a lei de imprensa do cenário jurídico do país, tornou-se o assunto obrigatório em todo e qualquer debate que se queira promover sobre o tema “expressão e informação”.

Ocorre que, “de um dia para o outro”, a Lei de Imprensa se tornou uma das leis mais antidemocráticas do país, que feria de morte a liberdade de expressão e imprensa, caindo tal posicionamento, por óbvio, na vala do exagero. Era explícito que, mesmo a referida lei sendo proveniente da época da ditadura militar, os tribunais vinham-na dando interpretação conforme os novos ditames constitucionais, além de que, na prática jurídica, as diretrizes sobre direito de resposta e valores cabíveis da indenização eram bastantes úteis, sem serem ofensivos a qualquer mandamento da Carta Maior de 1988. É se atentando a essas questões que Lourival Santos nos diz⁴⁹:

Como o entusiasmo quase sempre resvala o exagero, os defeitos da velha lei ganharam projeção geométrica, a ponto de ser transformada, do dia para a noite, por alguns, no celeiro dos mais ignominiosos ranços autoritários, impeditivos do pleno exercício do direito fundamental da pessoa de, livremente, manifestar o seu pensamento e de expressar suas opiniões dentro de uma sociedade livre, o que serviu de justificativa para o seu imediato banimento do cenário jurídico do País.

Porém, o que justificou uma quebra tão abrupta de pensamento acerca da Lei nº 5.250? Houve uma mudança significativa no cenário político, jurídico e social? Estaria vigente uma diversa perspectiva moral da situação?

⁴⁸ MELO, Cíntia de Freitas; COUTINHO, Clara. Um olhar à lei de imprensa: perspectiva histórica, social e constitucional da mídia e da lei 5.250/67. *Revista do CAAP*. 1º semestre- 2009, p. 191-196. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/viewFile/26/25>>. Acesso em: 04 jan 2015.

⁴⁹SANTOS, Lourival J.. *A lei de imprensa no STF*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=100093> Acesso em: 22 out. 2010.

Inicialmente, a referida arguição foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a lei em análise e foi aceita quando o relator, ministro Carlos Ayres Britto, votou pela procedência integral da ação. Decorrido o julgamento foi concedida a liminar pleiteada, para suspender a aplicação de certos artigos da lei de imprensa e, finalmente, sob alentadas discussões no Supremo, ricas em conteúdo, julgada procedente, com a decisão de que a lei de informação, por descumprir preceito superior, era incompatível com a norma constitucional e, portanto, inconstitucional.

A decisão, cujo relator foi o Ministro Ayres Brito, contou com votos parcialmente contrários dos Ministros: Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, ambos com linhas de argumentação coincidentes; do Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, também parcialmente vencido e do Ministro Marco Aurélio Mello, vencido integralmente, uma vez ter este último votado pela improcedência total da Arguição. Enquanto isso, os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130.⁵⁰

À época, o ministro Menezes Direito disse ser a imprensa a única instituição “dotada de flexibilidade para publicar as mazelas do Executivo”, sendo reservada a outras instituições a tarefa de tomar atitudes a partir dessas descobertas. Segundo ele, a imprensa apresenta uma missão democrática, pois o cidadão depende dela para obter informações e relatos com as avaliações políticas em andamento e as práticas do governo. Por isso, essa instituição precisa ter autonomia em relação ao Estado, de modo que “quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias,” completou o ministro, ao citar que a democracia, para subsistir, depende da informação e não apenas do voto.⁵¹

Ricardo Lewandowski concordou que o texto da lei de imprensa, além de não se harmonizar com os princípios democráticos e republicanos presentes na Carta Magna, seria supérfluo, uma vez que a matéria se encontrava regulamentada pela própria Constituição. Diversos dispositivos constitucionais garantiriam o direito à manifestação de pensamento – direito de eficácia plena e aplicabilidade imediata, frisou o ministro.⁵²

⁵⁰ BRASIL – STF - ADPF N° 130, Dje n° 208, Divulgação 05/11/2009, Publicação 06/11/2009. Ementário n° 2381-1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 31 out. 2010.

⁵¹ Idem, p. 91.

⁵² Idem, p. 101.

O ministro Gilmar Mendes, foi um dos ministros que julgou a ação parcialmente procedente, ao votar pela manutenção das regras que disciplinam o direito de resposta presentes na Lei de Imprensa. De acordo com ele, “o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita no plano infraconstitucional de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício”, afirmou.⁵³

Gilmar Mendes disse ver com grande dificuldade a supressão das regras da Lei de Imprensa. O ministro defendeu que a revogação da lei acarretaria em insegurança jurídica, uma vez que tanto os cidadãos, quanto os órgãos da mídia sofreriam com a falta de parâmetros para solução das lides, principalmente, quando envolvessem direito de resposta, assunto esse bem disciplinado pela referida lei.⁵⁴ É dizer, com a revogação da lei, o direito de resposta, antes assegurado no Cap. IV da Lei de Imprensa, fica a critério de determinação do juiz, uma vez que a Lei nº 5.250/67 possuía dispositivos que asseguravam ao cidadão, individual e coletivamente, o contraditório prévio, oportunizando a manifestação das partes interessadas.⁵⁵

Sendo o único a divergir, o ministro Marco Aurélio votou pela total improcedência da ação ajuizada contra a Lei de Imprensa. Segundo ele, a Lei de Imprensa foi “purificada pelo crivo equidistante do próprio Judiciário”, que não aplica os dispositivos que se contrapõem à Constituição Federal, fazendo a chamada “interpretação conforme a Constituição”, de maneira que, o vácuo legislativo sobre a matéria nos levaria “à babel, à bagunça, à insegurança jurídica”.⁵⁶ Disse ainda o Ministro:

Não é o fato de ter-se, no cenário jurídico, diploma editado em pleno regime de exceção que firmará a premissa do conflito com a Constituição Federal. (...) A lei é de 1967, e está em vigor há 41 anos. (...) Mas não houve, nesse período de quase vinte anos, quer a movimentação do Congresso Nacional, objetivando alterar essa lei, porque ela vem sendo observada no que compatível com a Constituição Federal.

Com efeito, é bem verdade que a regulamentação do exercício de liberdade de expressão e imprensa poderia acarretar, numa visão extremista, em uma forma de censura, na medida em que a limitaria. Todavia, Gilmar Mendes alerta que o conteúdo da autorização para intervenção legislativa e a sua formulação podem assumir significado transcendental para a maior ou menor efetividade das garantias fundamentais. Salienta o Ministro que se a falta de

⁵³ Idem, p. 262-263.

⁵⁴ Idem, p. 283.

⁵⁵ MELO, Cíntia de Freitas; COUTINHO, Clara. Um olhar à lei de imprensa: perspectiva histórica, social e constitucional da mídia e da lei 5.250/67. **Revista do CAAP**. 1º semestre- 2009, p. 201. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/26/25>>. Acesso em: 04 jan 2015.

⁵⁶ BRASIL – STF - ADPF Nº 130, Dje nº 208, Divulgação 05/11/2009, Publicação 06/11/2009. Ementário nº 2381-1, p. 134. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 31 out. 2010.

previsão quanto à reserva legal não assegura maior efetividade à garantia fundamental, uma vez que, em muitos casos, o esforço hermenêutico de compatibilização pode levar à redução do âmbito de proteção, ou mesmo legitimar a imposição de restrições, a utilização abusiva dessas reservas pode reduzir ou nulificar a garantia outorgada pela Constituição.⁵⁷

O julgamento em bloco acerca da constitucionalidade ou não da lei de imprensa acarretou em sua revogação total, deixando um vácuo legislativo em questões relevantes, como o direito de resposta, além de nova regulamentação dos direitos e deveres da informação, uma vez que as condutas supostamente ofensivas passam a serem reguladas pelo Código Civil, pelo Código Penal e por seus respectivos códigos processuais, isto é, muito embora a mídia tenha exaltado a decisão da revogação total da lei de imprensa, não deve ela esquecer que isso não implica na sua impunidade, caso transgrediram o texto dimanado dos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal.⁵⁸

Esse julgamento é capaz de demonstrar as reservas que o judiciário brasileiro possui no que concerne à regulamentação do próprio direito à liberdade de expressão e imprensa, uma vez que são sutis os limites entre a regulamentação legítima e a censura.

Uma das razões apontadas para a resistência na regulamentação da liberdade de imprensa seria, justamente, o conteúdo variável que o termo liberdade assume, a depender das circunstâncias históricas, políticas e sociais, e determinadas regulamentações poderiam impedir o próprio exercício do direito.

Todavia, a ideia da intervenção legislativa na regulamentação da matéria não deve diminuir ou restringir o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa, mas sim uma forma de “fortalecer, esclarecer, concretizar e densificar seu conteúdo”.⁵⁹ No caso analisado, não se restou claro os motivos que, de fato, fizeram a Lei de Imprensa ultrapassar os limites do poder de restrição do legislador, principalmente porque ela já vinha sendo aplicada conforme os novos ditames constitucionais, mesmo que adviesse do período da ditadura militar.

Por óbvio que, o que pareceu predominar no presente julgamento foi a forte influência que fatores econômicos e políticos possuiriam para a solução do caso. É dizer, o que estava em debate não era apenas a regulamentação da liberdade de imprensa e a responsabilidade

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. “Limitações dos Direitos Fundamentais”. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 384.

⁵⁸ MORAES, Renato. Revogação da Lei de Imprensa é prejudicial a todos. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 3 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-03/revogacao-lei-imprensa-interesse-todos>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

⁵⁹ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 40.

civil e penal para os que exorbitassem o exercício do direito, mas, principalmente, as consequências pejorativas que a manutenção da regulamentação pela Lei nº 5.250/67 ou de qualquer outra que venha a tratar sobre isso para os poderosos órgãos da mídia.

De fato, a regulamentação de determinado direito não deve servir de instrumento inviabilizador para o seu exercício, mas, de outra via, a ausência de uma regulamentação mínima também pode dificultar o processo decisório e requerer uma argumentação jurídica ainda mais forte (não que essa segunda parte seja de todo ruim).

Ocorre que, no julgamento da ADPF nº 130/2009, o que ganhou destaque foi o desprestígio meteórico que a Lei de Imprensa passou a receber em tão pouco tempo, sem que houvesse razões jurídicas, sociais e/ou morais (por que não?) suficientes que justificassem tal mudança drástica de posicionamento.

De fato, o discurso do ódio, a regulamentação do exercício da liberdade de imprensa, os direitos de personalidade⁶⁰ são exemplos de importantes questões práticas que podem moldar e até limitar o conteúdo o Direito à liberdade de expressão, mas o que se entende por limites que acabam por identificar o próprio direito? A moral pode aparecer como um limite legítimo ao exercício da liberdade de pensamento?

Nesse sentido, é relevante o aprofundamento do estudo do papel da moral no direito (e por que não do direito na moral?), para que possamos discutir a relação que a moral possui com a liberdade de expressão, como sendo um dos aparelhos que também vem definir os limites que caracterizam esta liberdade, mas que também o limitam em prol de outros valores jurídicos.

2.3. A liberdade de expressão e sua relação com a moral: a dignidade humana como instrumento limitador do conteúdo e exercício do direito fundamental à liberdade.

2.3.1. A relação conturbada (e necessária?) entre Direito e Moral: algumas linhas sobre a influência da moral no processo de formação da norma jurídica.

Dentro da filosofia do direito, muito se questiona o sentido e os limites que possuem termos como ética, moral e valores, uma vez que, não raramente, são tratados como

⁶⁰ Vale citar também o magistério de Nelson Hungria que, sobre a liberdade de imprensa, afirmou que “a liberdade de imprensa é o direito de livre manifestação do pensamento pela imprensa; mas, como todo o direito, tem o seu limite lógico na fronteira dos direitos alheios.” *In: HUNGRIA, Nelson apud MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 64.*

sinônimos, impedindo-se uma precisão terminológica e até metodológica para o estudo, por exemplo, da relação das normas morais com as normas jurídicas.⁶¹ Mas o que seriam normas morais? Existe diferença substancial entre moral e ética? O campo moral influencia a formação de um campo jurídico?

Inicialmente, temos que, de forma geral, ética constituiria “a doutrina do bom e do correto, da ‘melhor’ conduta, a teoria do conhecimento e realização desse desiderato.”⁶²

Estendendo o conceito de ética, Miguel Reale defende que ela corresponderia a parte da filosofia que tem como objeto os valores que direcionam o comportamento humano. Encara, assim, a ética em sentido lato, na medida em que ela promove os valores fundantes do comportamento humano. É dizer, a ética, como pertencente da teoria axiológica, possui valores fundamentais (invariantes axiológicas), construídos ao longo de uma experiência histórica que, uma vez atingidos, não desapareceriam do cenário cultural, como o valor da pessoa humana (“valor-fonte dos demais valores.”)⁶³

Já dizia Aristóteles que as virtudes morais – no sentido “ético”, exposto acima – não são geradas em nós por natureza, haja vista que “a natureza nos dá a capacidade de recebê-las, e tal capacidade se aperfeiçoa com o hábito”, isto é, o ser humano torna-se justo e corajoso praticando atos justos e corajosos.⁶⁴

A ética, assim, diz respeito ao estudo das ações humanas, dentre seus vícios e virtudes⁶⁵ e da relação entre eles, realizando uma crítica dos valores sociais e dos costumes. Como filosofia moral que é, objetiva explicar, racionalmente, a dimensão moral humana, por isso ser ela indiretamente normativa, já que não oferece orientações concretas de ações, como faz a moral, mas sim, indiretamente, reflete sobre o campo da moral, representando sua metalinguagem.⁶⁶

⁶¹ Inclusive, já na obra de Platão, tido por jusnaturalista clássico, se procurava diferenciar moralidade de ética, ao defender que a moralidade diria respeito às virtudes da alma (condições subjetivas da ação correta, buscando o bem pessoal), enquanto a ética, às virtudes da *polis* (condições objetivas da ação correta pertencentes ao todo social, buscando o bem coletivo). In: FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona: A questão da moralidade**. Campinas, SP: Papyrus, 1992, p. 27.

⁶² ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

⁶³ REALE, Miguel. **Variações sobre ética e moral**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁶⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 31-32.

⁶⁵ SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**. Trad. Lya Luft. Ver. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶⁶ Inclusive, também se utiliza o termo “meta-ética”, para designar uma metalinguagem ocupada em esclarecer os problemas tanto lingüísticos como epistemológicos da ética. Ela tenta discernir a cientificidade, a suficiência, os caracteres formais, a situação epistemológica da ética. In: CORTINA, Adela e MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. Tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora Loyola, 2005. Nesse sentido, ver também Gustavo Korte, Ob. cit. p. 117-118.

A acepção do termo “moral” também é complexa, no caso de a tomarmos como um substantivo ou como um adjetivo.

Como um substantivo, a “moral” poderia assumir o sentido de: a) um conjunto de princípios, preceitos, comandos, sendo a moral um sistema de conteúdos sobre comportamentos; b) um código de conduta pessoal de alguém; c) as diferentes doutrinas morais que tratam da dualidade bondade-moral e maldade-moral, elaborando um conjunto de conteúdo moral; d) uma boa disposição de espírito, vista como atitude ou caráter (“está com o moral elevado”); bem como e) compreendendo a moral como dimensão da vida humana – âmbito das ações e das decisões.⁶⁷

De outra via, a palavra moral, quando empregada como adjetivo, pode significar: a) o sentido oposto de imoral, como moralmente correto ou moralmente incorreto; ou b) o sentido oposto de amoral, ou seja, sem ligação com a noção de moralidade.⁶⁸

Nesse aspecto, o sentido que se pretende analisar no presente trabalho de moral é como um sistema de princípios, preceitos e normas, que condicionam a conduta humana, no meio social, fazendo relação direta com o mundo jurídico. De fato, a “moral”, como o retrato ou o próprio objeto da ética, uma vez que se trata “do conjunto de hábitos e prescrições de uma sociedade; é a partir de experiências conjunturais e contextuais que surgem os preceitos e máximas morais”, por isso que se diz que a ética é um “saber especulativo da moral”, haja vista partir dela para constituir e elaborar suas críticas.⁶⁹

Nesse viés, não há como estudar a filosofia moral sem destacar a importância das observações realizadas por um dos maiores filósofos do ocidente: Immanuel Kant. Dentro de sua “ética acósmica e idealista”, Kant propôs uma ética desviada da retidão “natural” do homem, haveria, em verdade, uma ética da pura razão, baseada na tradição judaico-cristã. Seus estudos representaram uma virada da ética ao caracterizar a “norma da moralidade”, isto é, uma norma imperativa e categórica que determina que todo o agir moral do indivíduo é consciente e livre. Tal agir moral se fundamenta na vontade livre e “autolegislativa”, livre dos apelos da sensibilidade e das determinações histórico-sociais.⁷⁰

Aqui, a ética não apresenta ligação com a bondade em si do objeto, já que a ética possuiria caráter dedutivo-normativo, sem pretensões metafísicas, daí que, para Kant, “outra coisa não há senão a representação da lei em si mesma, a qual só no ser racional se realiza,

⁶⁷ CORTINA, Adela e MARTÍNEZ, Emilio. **Ética**. Tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora Loyola, 2005.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11

⁷⁰ PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995, p. 55-60.

enquanto é ela, e não o esperado efeito, o fundamento da vontade, podendo constituir o bem excelente a que chamamos de moral, que se faz presente já na própria pessoa que age segundo essa lei, mas que não se deve esperar de nenhum efeito da ação.”⁷¹

Para Kant, a moral não se funda sobre a felicidade ou sobre um bem natural, porque se assim o fosse, bastaríamos seguir nossos instintos para alcançá-la. Não seria pelo instinto que o homem deve se guiar, mas sim pela razão prática, “uma razão dita pelas normas de ação”.⁷² A prática moral estaria sim bem fundamentada através de uma máxima, o imperativo categórico⁷³, que seria uma lei moral universal, com os dizeres “age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”⁷⁴. Seria, pois, um postulado que deriva da pura razão, sendo um imperativo *a priori*, válido independentemente “de qualquer condição ou imposição derivada da experiência”.⁷⁵

Kant diz que os sentimentos maculam a ação moral, reconhecendo apenas o sentimento do “respeito”⁷⁶, que abate inclinações, paixões e a soberba. O respeito é um sentimento com fundamento intelectual e racional, no qual se sustenta a lei moral⁷⁷, isto é, nas palavras do filósofo, “o objeto do respeito é, portanto, simplesmente a lei, quero dizer, a lei que nós impomos a nós mesmos, e, no entanto, como necessária em si. (...) Todo o chamado *interesse moral* consiste simplesmente no respeito à lei.”⁷⁸

É dizer, Immanuel Kant busca se afastar da concepção metafísica de moral (pois não se poderia demonstrar coisa alguma que diga respeito a uma das coisas em si independentes de nós), bem como das tendências naturais da moral (pois não há estas tendências que todos

⁷¹KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 28-29.

⁷² LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo: Editora Herder, Editora da Universidade de São Paulo, 1967, p. 121-122.

⁷³ Idem, p. 122-123.

⁷⁴KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 51.

⁷⁵ Muito interessante o levantamento histórico que Hannah Arendt faz sobre uma das justificativas utilizadas por Adolf Eichmann, um dos carrascos do período nazista, preso em Buenos Aires e julgado em Jerusalém, após o Tribunal de Nuremberg. Eichmann disse seguir a definição kantiana de dever, ao atender aos mandamentos da legislação local ou ao “imperativo categórico do Terceiro Reich”, de modo que “Aja de tal modo que o *Führer*, se souber de sua atitude, a aprove.” Todavia, não foi essa a intenção de Kant, já que o homem passa a ser o próprio legislador no momento em que começa a agir, isto é, “usando essa razão prática o homem encontra os princípios que poderiam e deveriam ser os princípios da lei”. In: ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 1999, p. 153-154.

⁷⁶ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução: Antonio Carlos Braga. São Paulo, SP: Editora Escala, 2006.

⁷⁷ Assim, “o indivíduo pode determinar moralmente – e autonomamente – a sua conduta, encontrando na razão a sua única lei. A autonomia da vontade racional é o princípio da lei moral.” In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 113.

⁷⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 29.

concordem).⁷⁹ Ele promove, assim, uma ligação necessária entre moral e dever – noção de moral normativa – e reside aí a revolução teórica de Kant, no campo da moral, uma vez que ainda não se havia realizado tal ligação.⁸⁰

Assim, dentro da ética normativa deontológica de Kant, teríamos que, no Estado Moderno, em que se asseverou a produção exclusiva do Direito pelo Estado-legislador, é que se vem propor a distinção entre a instância normativa (externa) e a instância axiológica (interna).⁸¹

Todavia, alguns teóricos passaram a criticar a ética kantiana por seu caráter arbitrário, formal e apriorístico, sugerindo um modelo ético mais ligado ao das ciências naturais (positivista-cientificista) ou a uma filosofia da natureza (para John Dewey).⁸² Nesse sentido, a escola positivista vem criticar, mais enfaticamente, a teoria do imperativo categórico de Kant, por estar essa separada da natureza e da consideração do universo, daquilo que as coisas são. É dizer, “as regras morais aparecem como normas despóticas impostas à vida e à natureza humana em nome de uma vontade supratemporal oculta no mundo inteligível”.⁸³

Friedrich Nietzsche também discordou da possibilidade de existir uma moral universal e racional, que se pretende inata (juízos *a priori*), uma vez que a razão não criaria, mas seria produto do próprio processo de universalização de certos valores, ligados à historicidade e à vontade do poder em exercício. Estaria aí uma das maiores contribuições de Nietzsche para a filosofia moral do século XX, na medida em que destacou: a) a necessidade de se proceder à genealogia da moral e à avaliação dos valores construídos historicamente; b) a necessidade de mudança e superação dos deveres morais do passado e da metafísica da tradição moral; bem como c) a defesa da pluralidade ética, da liberdade de razão do homem “à sua vontade potência”.⁸⁴

⁷⁹ Idem, p. 41.

⁸⁰ O dever em Kant corresponde a própria lei universal, destrinchada em três fórmulas: 1) “Age sempre de tal forma que a máxima de tua vontade possa servir de princípio de legislação universal”; 2) “Age com a ideia de tua vontade como legisladora universal”; e 3) “Age de modo que trates sempre a humanidade, em ti e nos outros, como um fim e não como meio”. LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo: Editora Herder, Editora da Universidade de São Paulo, 1967, p. 125.

⁸¹ ASSIS NETO, Nilson Dias de. A dialética entre Direito e Moral. A relação entre as esferas axiológica e normativa nas perspectivas jusnaturalista, juspositivista e pluralista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19376>>. Acesso em: 29 maio 2014.

⁸² MARITAIN, Jacques. **Problemas fundamentais da filosofia moral**. Trad. Gerardo Dantas Barreto. Rio de Janeiro: Agir, 1977, p. 21-22.

⁸³ MARITAIN, Jacques. ob. cit. p. 23.

⁸⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 378-385. Nesse sentido, calha ressaltar que Nietzsche faz parte de um grupo teórico, se assim podemos dizer, baseado numa concepção de moral espontânea, caracterizada pela reação às morais convencionais e ao seu caráter abstrato. Podemos citar como exemplos desses teóricos, Diógenes (moral cínica da Antiguidade) e o próprio Nietzsche, cuja crítica maior recaía na moral cristã – orientada para ele por valores negativos, de renúncia, que destruiriam a personalidade humana –, promovendo o incentivo “ao culto do carnal, aos valores da

Diante do panorama teórico apresentado acima, podemos chegar à conclusão, ao menos preliminarmente, que a finalidade da ética – como metalinguagem da moral – está na busca, ao longo da história, da orientação das condutas humanas para “o melhor”, isto é, quer-se orientar a conduta humana para “o melhor”.⁸⁵

Por óbvio que esse “melhor” é um conceito extremamente vago, cujo conteúdo variará conforme as diversas valorações e tendências, sendo expressão “semanticamente aberta”. Isso é comprovado quando observamos que o conceito de “o melhor” está para os éticos hedonistas no prazer, enquanto que para os éticos eudemônicos, reside na felicidade, ou para os éticos deontológicos que entendem que está presente na ação moral em si e por si, “independente de qualquer outro resultado ou finalidade” etc.⁸⁶

Ainda que se adote a concepção de que o conteúdo da ação moral será preenchido conforme as variações axiológicas e históricas de cada sociedade, a dúvida que aflora no presente trabalho é saber se se faz possível a existência de um mínimo conteúdo moral dentro do ordenamento jurídico e se, por conta disso, a relação entre Direito e Moral é inevitável para justificar a própria prática jurídica, como aconteceu no julgamento do HC nº 82.424-2/RS, na análise do discurso do ódio e da liberdade de expressão.

Não há como negarmos a importância da moral para os seres humanos, uma vez que é difícil a separação do homem e de sua “capacidade de autogestão”, já que nessa capacidade se encontra o controle de seus comportamentos e a seleção de suas condutas, dentro de um contexto sócio-cultural.⁸⁷

Com base nisso, é que muito se discute a relação entre normas de ação morais e as normas jurídicas, porque, conforme Miguel Reale, a obrigatoriedade do direito está relacionada com exigências axiológicas, que ocorrem no meio social. Quando a norma diz que algo *deve-ser*, ela diz com base em um valor, que foi considerado determinante e racional para o sistema, isto é, através do “carimbo” de juridicidade recebido, temos a preservação, efetivação ou proibição de determinados valores.⁸⁸

terra, em oposição com a esperança da vida futura”. Muito embora se digam teorias excessivas, não há que se negar a contribuição relevante delas para o estudo da moral na contemporaneidade, na medida em que colocam em destaque que a norma moral deve estar em conformidade com a natureza do homem, de modo que o fim da moral não pode sufocar a própria personalidade do homem, mas sim desenvolvê-la, expandi-la, aperfeiçoá-la. In: LECLERCQ, Jacques. Ob. cit. p. 108-117.

⁸⁵ Para Sánchez Vázquez, o progresso histórico nem sempre nos leva a um progresso moral – ainda que dê condições para isso – pois os homens nem sempre progredem na “direção moralmente boa”, principalmente quando falamos no aumento da violência, dos crimes e até da degradação moral. In: VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell’Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 57.

⁸⁶ BITTAR, Eduardo C. B. Ob. cit. p. 28.

⁸⁷ Idem, p. 29-30.

⁸⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 33-35.

Mas o que seria exatamente os valores?

O termo “valor” foi empregado, primeiramente, em sentido técnico, pelos economistas políticas do século XIX e XX, para só depois ser utilizado pela Filosofia. Dizemos isso porque o “valor” pode ser tido como “aquilo que faz com que as coisas sejam estimáveis e desejáveis”, podendo ser da ordem dos valores intelectuais, estéticos, morais e religiosos, cabendo à Filosofia, estudar se realmente há uma essência nestes valores.⁸⁹

Consoante Sánchez Vásquez, o termo “valor” poderia ser conceituado, de um modo geral, como não sendo uma propriedade dos objetos em si, “mas propriedade adquirida graças à sua relação com o homem como ser social. Mas, por sua vez, os objetos podem ter valor somente quando dotados realmente de certas propriedades objetivas [físicas ou naturais].”⁹⁰

Esse conceito se apresenta relevante quando encaramos que os objetos não possuem um valor em si, mas possuem valor mediante a existência de um sujeito valorizante, bem como mediante a existência de propriedades objetivas que são construídas historicamente e socialmente pela sociedade, isto é, quando o indivíduo considera algum objeto ou ação “valiosa” ele a define não só por um juízo subjetivo, mas também um juízo objetivo – construído pela cultura, pela necessidade e pela significação que recebeu em determinada época.⁹¹

Os valores e seu caráter eminentemente abstrato sempre foram alvo do objeto de estudo (e crítica) da Academia, bem como a relação entre Direito e Moral.

Inicialmente, de acordo com Robert Alexy, deve-se estabelecer uma diferenciação entre princípios e valores, já que para o mencionado autor, os princípios são mandamentos de otimização, pertencendo ao campo deontológico, enquanto os valores pertenceriam ao campo axiológico.⁹²

Em verdade, Alexy diz que se pode diferenciar “valor” quando se fala que algo *tem* valor e que algo *é* um valor. Quando dizemos que algo *tem* valor, estamos expressando um juízo de valor, através de uma valoração. Tal valoração pode ser de ordem classificatória (objetos valorados como bons/positivos ou ruins/negativos), comparativos (objetos

⁸⁹ LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo: Editora Herder, Editora da Universidade de São Paulo, 1967, p. 55-56.

⁹⁰ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Trad. João Dell’Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 141.

⁹¹ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Trad. João Dell’Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 142-143.

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.146 e 153.

comparados como um ter mais *valor* que outro), bem como, métrico (objetos que recebem um *número* que indica o seu valor).⁹³

Jacques Maritain também estuda “o bem” como um valor moral, no qual será aferido nas ações humanas. Para ele, as ações morais se referem ao uso da liberdade “como realizando ou não certos valores, como estando ou não de acordo com certas exigências, e condizendo ou não com certas formas de ação”⁹⁴. É dizer, os valores morais para serem tidos como bons ou maus devem ser objetos de conhecimento prático e não apenas especulativo.⁹⁵ No caso dos valores morais, fica reconhecida a sua ligação à ação, isto é, eles não poderiam ser deduzidos de princípios abstratos, já que são dados pela experiência moral.⁹⁶

Com base nisso, se diz que o valor moral ou imoral recai sobre certo objeto (atos ou normas morais), baseado no sujeito que o avalia. O valor moral fundamental seria a bondade, porém, ele não seria algo homogêneo, igual em todas as sociedades e em todas as épocas, ao revés, conforme Vázquez, “o bom está numa peculiar relação entre os interesses pessoais e coletivos”, e seria dentro desta relação que o conteúdo do “bom” sofreria variações (como a felicidade de certo indivíduo sem ser à custa da infelicidade de outro indivíduo, a luta pela emancipação social e política, o trabalho, etc.).⁹⁷

A verdade é que a retomada do estudo sobre valores e princípios se deve ao desenvolvimento da teoria pós-positivista,⁹⁸ renascendo, sobretudo, o questionamento da Moral (como um conjunto de valores) e sua relação com o Direito. Rediscutiu-se a necessidade de integração da Moral ao conteúdo jurídico, após reflexões da possibilidade de um ordenamento jurídico receber um *status* de “válido”, ainda que destituído de conceitos como o de Justiça e de proteção aos chamados Direitos Fundamentais, claramente no que concerne ao “Estado” Nazista e Fascista do século XX.

Os referidos valores – estudados pela conhecida Jurisprudência da Valoração – passam a ser o conteúdo principal dos Direitos Humanos, já que esses representariam, ao menos numa concepção ocidental, um ideal a ser atingido por todos os povos e por todas as nações e

⁹³ Idem, p. 147-148.

⁹⁴ Inclusive, Maritain dá o exemplo de um assassinato cometido de forma habilidosa e com esplêndida inteligência, o qual seria um bom crime, mas não uma boa ação. In: MARITAIN, Jacques. **Problemas fundamentais da filosofia moral**. Trad. Gerardo Dantas Barreto. Rio de Janeiro: Agir, 1977, p. 50.

⁹⁵ Idem, p. 50-51.

⁹⁶ LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. São Paulo: Editora Herder, Editora da Universidade de São Paulo, 1967, p. 56-57.

⁹⁷ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Trad. João Dell’Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 172-173.

⁹⁸ Nesse sentido, vide: SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

estariam extremamente ligados à questão moral.⁹⁹ Daí porque, na atualidade, falar em Direitos Humanos implicaria em discutir valores morais.

Mas, qual a verdadeira relação existente entre as normas morais e as normas jurídicas?

Normas morais, como não matarás, não julgarás, não farás com o outro o que não desejaríeis que a ti fosse feito, não roubarás, darás a cada um o seu, etc., representam abstrações das experiências morais construídas pela vivência sócio-cultural do homem. Elas demonstrariam a confirmação, pela experiência, das condutas que foram vistas (e comprovadas) como boas (virtuosas) ou más (viciosas) e assim se seleciona quais são as condutas morais aceitáveis e as inaceitáveis dentro de determinado contexto histórico e, seria nessa perspectiva que não há como se dizer que a ética não influencia o Direito se, ao revés, é uma de suas fontes precípuas.¹⁰⁰

Todavia, calha ressaltar que as normas jurídicas não se confundem, em absoluto, com as normas morais. Diz isso porque as normas jurídicas se caracterizam por sua imperatividade e cogência, enquanto as normas morais são cumpridas, principalmente, por questão de “consciência” (fenômeno interior), com receio de reprovação social, por exemplo. A norma moral não é sancionada (não em sentido formal) nem promulgada, características típicas de normas estatais que se regulamentam dentro de um procedimento formal, complexo e rígido, com o qual se dá publicidade aos mandamentos jurídicos.¹⁰¹

A ligação entre normas jurídicas e normas morais é possível, por sua vez, quando observamos, por exemplo, normas jurídicas de proteção aos direitos humanos que nada mais refletem um conjunto de preceitos morais, com carimbo das prescrições jurídicas, reforçadas pela coação estatal¹⁰². Contudo, também o conteúdo das normas jurídicas pode se dissociar

⁹⁹ Nesse viés, veja o que diz a professora Lorena Freitas, *ipsis litteris*: “(...) o quadro evolutivo na direção do direito moderno ou dogmaticamente organizado se fez valer ‘positivando’ o direito natural. Tal positividade se deu na prática com a incorporação, nas cartas constitucionais e demais normatizações, daqueles reclames transcendentais e imutáveis característicos dos valores idealizados pelo jusnaturalismo. Contudo, não obstante a realidade atual jurídica (por extrema cautela de não incorrer em generalizações, leia-se ocidental) de um direito estruturado e caracterizado pela inegabilidade dos pontos de partida e da proibição do *non liquet*, não obstante isso, ao se examinar mais detidamente a argumentação que tenta legitimar ou ratificar os direitos humanos incorre, como recurso extremo numa tentativa de salvar os direitos humanos (e por que não o próprio direito), na mais inequívoca argumentação jusnaturalista. **Esta que se camufla nas ilusões referenciais dos juristas quando definem direito como a busca da justiça e pensam nos direitos humanos como a lanterna dos afogados na firme esperança de salvação da humanidade pelo direito.**” (grifo nosso). In: FREITAS, Lorena. “Para uma Crítica do Realismo Jurídico Americano à Fundamentação Jusnaturalista dos Direitos Humanos”. In: **O Judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Arthur Stamford da Silva (org.) Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011, p. 57.

¹⁰⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31-32.

¹⁰¹ Idem, p. 34-35.

¹⁰² Robert Alexy adota a ligação entre direito e moral, particularmente no que se refere aos direitos fundamentais constitucionais, os quais seriam, em última instância, direitos morais, que compartilham características comuns aos princípios morais, tais como: autonomia, liberdade, igualdade, universalidade, respeito, dignidade,

dos preceitos morais, quando, por exemplo, temos normas processuais que permitem a mentira em nome da defesa pessoal do réu.

Aristóteles, em sua obra “*Ética à Nicômaco*”, já dizia que as virtudes morais surgem em nós não por natureza. A natureza nos daria condição de recebê-las, mas seria o hábito que nos faria possuir virtudes morais e aí entraria o papel decisivo do Direito, na medida em que, “os legisladores tornam bons os cidadãos por meio de hábitos que lhes inculcem. Esse é o propósito de todos os legisladores, e quem não consegue alcançar tal meta, falha no desempenho de sua missão”, conforme disse o próprio filósofo grego.¹⁰³

Daí, caberia ao legislador prescrever condutas virtuosas, tornando-as exigíveis e obrigatórias. Dessa observância “coletiva e reiterada exsurge o *éthos* coletivo de realização da virtude”, isto é, o fim precípua da produção legislativa estaria na “boa distribuição da virtude por meio das leis; a corrupção desse fim corresponde à corrupção da própria atividade legisferante.”¹⁰⁴

Desse modo, seria realmente imprescindível a relação entre Direito e Moral? Seriam as normas morais os pontos de partida para a construção do sistema jurídico? Pois bem, as respostas para os referidos questionamentos variam a depender do modelo teórico adotado,¹⁰⁵ já que se discute a importância ou a necessidade de se afastar ou de se aproximar o plano axiológico (moral) do plano normativo (direito).

João Maurício Adeodato ressalta que as diversas tentativas de separação entre a moral e o direito, na era moderna, deve-se ao fato do “apoio a emergente autonomia do Estado por meio de uma instrumentalização do direito”, o que é criticado por Adeodato, na medida em que essa tentativa de desvinculação “a todo custo” trairia a própria tradição ética que, querendo ou não, pertence a cultura brasileira.¹⁰⁶

reconhecimento, entre outros. *In*: ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem.” **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999, p. 60.

¹⁰³ ARISTÓTELES. *Ob. cit.*, p. 32

¹⁰⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 209.

¹⁰⁵ Interessante o que diz Ricardo Guibourg sobre os modelos teóricos no Direito. Para ele, os modelos são criados livremente para cada segmento da realidade. Qualificar um ou outro modelo como o mais útil, é um critério que dependerá de juízos de valor, consoante as preferências, as necessidades, objetivos e interpretações do indivíduo e do grupo do qual ele pertença. No caso do modelo positivista, ele busca construir uma “teoria jurídica mais formal, menos comprometida com os conteúdos concretos da norma e, portanto, mais apropriadas para dar conta de diversas preferências.” *In*: GUIBOURG, Ricardo A. **Pensar em las normas**. Buenos Aires: Eudeba, Universidade de Buenos Aires, 1999, p. 173-174.

¹⁰⁶ Inclusive Adeodato defende que na discussão a respeito de aspectos éticos, não se poderia falar em verdades, mas apenas em opiniões e na tentativa de persuasão, sendo “o campo por excelência da retórica”. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122-123.

Para Adeodato, as regras morais integram o mundo jurídico, uma vez que o direito faria “opções éticas”, quando escolhe o conteúdo valorativo das regras jurídicas, o qual é querido pelos poderes constituídos de determinada sociedade. Por óbvio que estas escolhas partirão de ideologias diversas o que pode gerar discussões sobre sua aplicação ou seu reconhecimento pelo direito, mas assevera o professor pernambucano, *in verbis*:

Essas opções estão suscetíveis de ser consideradas más por muitas pessoas, mas parece óbvio que determinado conteúdo ético só é incorporado pelo direito porque pelo menos um grupo significativo de pessoas o considera desejável. “Significativo” pelos mais diferentes critérios: organização, força das armas, dinheiro, maioria. Se todos pensassem que o aborto é abominável, sua permissão jamais seria corroborada pelo direito positivo, como ocorre hoje em vários Estados.¹⁰⁷

Interessante a menção que Robert Alexy faz sobre o julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre a nulidade do § 2 do art. 11º do Decreto Lei de Cidadania do *Reich*, de 25 de dezembro de 1941, que privava da nacionalidade alemã aos judeus emigrados. O Tribunal tinha que decidir se determinado advogado judeu teria perdido sua nacionalidade alemã ou não. Ao determinar a nulidade *ab initio* do decreto, o julgamento ficou lembrado como uma importante manifestação do Tribunal Constitucional sobre a necessária ligação entre direito e justiça, isto é, ao se defender que não pode o legislador ordenar qualquer mandamento, sem que fosse também levantados valores de justiça e princípios fundamentais de um direito “suprapositivo”.¹⁰⁸

Se na Constituinte, os preceitos morais servem como um dos elementos formadores da ordem jurídica, o inverso também acontece, quando o Estado também impõe determinados valores que não necessariamente se coadunam com os ditames sociais, a fim de garantir preceitos outros como o da igualdade jurídica, por exemplo, muito embora, parte da sociedade brasileira acredite não ser “moralmente aceitável” o reconhecimento da união estável entre homossexuais, o Direito – por meio de um de seus Poderes: o Judiciário – reconheceu-a no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

Ao mesmo tempo em que a moral nos aparece intimamente relacionada com a dignidade humana, do bem-estar do ser humano, pode também ser ela instrumento para manutenção de posicionamentos conservadores, que impedem a discussão, o progresso para próximos níveis de uma moral social, cabendo, não raro, ao Direito fazer esse papel, isto é, de impor valores e ditames que devem ser seguidos coercitivamente. Isto quer dizer que não é só

¹⁰⁷ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direito humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 6-8.

a moral que vem influenciar o Direito, mas o Direito também influencia para a formação e desenvolvimento da moral.¹⁰⁹

Na tentativa de esclarecer algumas questões preliminares e de delimitação de nosso objeto de pesquisa, podemos destacar quatro correntes doutrinárias básicas, dentro da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito, que buscam explicar a relação existente entre Direito e Moral: os jusnaturalistas, os juspositivistas, os pragmáticos jurídicos e os pluralistas éticos.

a. As ideias jusnaturalistas

A tensão existente entre o Direito e a Moral remonta à antiga (mas de modo algum desatualizada) discussão dos jusnaturalistas e dos juspositivistas e já nos apercebemos disso na clássica tragédia “Antígona”, de Sófocles, acerca da mulher (Antígona) que desobedece à norma do rei (Creonte) para cumprir a norma dos deuses¹¹⁰.

Por óbvio que ambas as posições – jusnaturalistas e juspositivistas – abarcam, cada uma delas, diversas teorias, como é o caso dos jusnaturalistas que proclamam, ao longo dos tempos, as mais diversas noções de justiça, com conteúdo que variam desde a escravidão à soberania popular, de modo ser imprudente colocar em um “mesmo barco” teóricos com posicionamentos tão diferentes.¹¹¹

Seria por conta disso que Norberto Bobbio nos alerta não existir apenas um jusnaturalismo, mas ao menos duas classes deles. No primeiro grupo estão os jusnaturalistas clássicos e medievais, os quais não possuem a pretensão de elaborar um sistema completo de prescrições, deduzidas da natureza humana, de forma abstrata e permanente. Esse sistema investe na “natureza social do homem”, exibindo uma concepção comunitária da sociedade (ética personalista). Em contrapartida, estão os jusnaturalistas modernos que se valem de um novo conceito de razão “mais flexível e adaptado à nova concepção do lugar ocupado pelo

¹⁰⁹ HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade e moralidade**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 31.

¹¹⁰ Na obra, Antígona acaba por descumprir a ordem do Rei Creonte, o qual proibiu o sepultamento de Polínicês, devendo ser entregue aos abutres, por ter esse sido considerado traidor do reino. Porém, Antígona, irmã de Polínicês, faz o sepultamento de seu irmão como de costume e declara para o Rei Creonte: “A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são as leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram.” *In*: SÓFOCLES. **Antígona**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p.22. Interessante análise é feita por Barbara Freitag sobre a referida tragédia grega. *In*: FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona: A questão da moralidade**. Campinas, SP: Papius, 1992, p. 21-25.

¹¹¹ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 22.

homem no Cosmos”. As leis naturais, inclusive, para os jusnaturalistas modernos, não seriam categóricas, mas representariam a “natureza das coisas”, deduzida da observação dos fatos. Esse sistema passa a apresentar uma teoria dos direitos naturais individuais, inclusive, servindo de limitações ao poder civil, isto é, não mais o dever do soberano de respeitar as leis naturais, mas sim direitos individuais preexistentes ao Estado (o Estado não é mais a premissa e sim a consequência desse processo). Assim, enquanto os jusnaturalistas clássicos e medievais consideram o direito natural como um conjunto de normas éticas, os modernos o vêem como um conjunto de normas técnicas. Se o primeiro se baseia no “dever”, o segundo se baseará no direito subjetivo.¹¹²

Em verdade, a filosofia contemporânea tem seu nascedouro dos pioneiros filósofos gregos: Sócrates, Platão, Aristóteles e outros, os quais, no campo da moral, passaram a dar um tratamento filosófico (e não teológico) sobre a moralidade.

Em seus diálogos socráticos, Platão busca discutir as ideias morais de Sócrates, o qual defende a tese de “amor a verdade”. Diz isso porque Sócrates acreditava que a virtude corresponderia à sabedoria, já o vício, em contrapartida, decorreria da ignorância, do desconhecimento da verdade. Seria nesse sentido que “a prática do bem coincide com a busca interminável do conhecimento, da verdade por parte do homem, ingredientes indispensáveis da justiça.”¹¹³

Para Sócrates, somente a “boa conduta” seria verdadeiramente voluntária e uniformizaria os julgamentos morais e as condutas humanas, já que “um homem mau é constrangido pela ignorância a fazer o que é contrário ao seu desejo real, que sempre é para seu próprio bem maior: somente o conhecimento pode deixá-lo livre para realizar seu desejo”. Por óbvio que aparenta ser um paradoxo tratar a ignorância dos homens, quanto à justiça, a causa exclusiva de atos injustos, porém, se avaliarmos a antiga filosofia ética e sua dedução de que “todo mundo deseja o seu próprio bem e o faria se pudesse”, de maneira que não se poderia preferir outra coisa que não as ações justas e virtuosas, salvo se o indivíduo não as conhecer, caindo em erro.¹¹⁴

Já Platão promove a defesa de uma teoria psicológica, a qual atribuía à alma humana três virtudes: o instinto (manifestação de desejos carnis – o abdômen), a coragem (prova da existência de uma “vontade livre e autônoma” – o coração) e a razão (“expressão da

¹¹² BOBBIO, Noberto. **Locke e o Direito Natural**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 45-49.

¹¹³ FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona: A questão da moralidade**. Campinas, SP: Papirus, 1992, p. 26.

¹¹⁴ SIDGWICK, Henry. **História da ética**. Coleção Fundamentos do Direito. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2010, p. 44-50.

capacidade de contemplação, sabedoria e temperança do homem” – o cérebro). Seriam essas as virtudes do corpo social (governo, defesa e reprodução), de maneira que caberia aos filósofos o governo, o exercício da justiça e a busca de equilíbrio entre as forças; aos guerreiros, a defesa da *polis*; e aos trabalhadores e artesãos, assegurar a produção e reprodução material, para garantir a sobrevivência do corpo social. Com a execução de cada grupo social, de cada virtude que lhe correspondesse, haveria a prática do bem.¹¹⁵

Ainda dentro da tradição clássica, destaca-se Aristóteles, para o qual, o estudo do ato moral prescinde da investigação sobre a ação humana, isso porque Aristóteles vem substituir o idealismo de Platão pelo empirismo, ao buscar como ideal a concepção de felicidade baseada na “ação, reflexão e experiência”, com base no conceito de justiça, e não “em uma ideia universal e inatingível do bem, do belo e verdadeiro”.¹¹⁶

Ele defende a necessária relação entre ética e política, isso porque “a análise das noções do bem, entendido em sua faceta individual como ‘bem singular’, e em sua faceta coletiva como ‘bem comum’, está em apontar a unidade de princípios”,¹¹⁷ de maneira que a política, ciência que regeria a vida em comum, deveria convergir para a felicidade do “bem coletivo”, ou seja, “a saúde da cidade-estado (*pólis*) obtém-se exatamente a partir de boa estruturação ética”.¹¹⁸

As virtudes morais, para o referido filósofo, se encontram na mediedade, isto é, o discernimento humano sobre o equilíbrio, o meio-termo, entre os vícios por excesso ou por defeito. Por óbvio, a investigação do sentido e alcance de “mediedade”, dentro do problema ético, poderia ser tida complexa, por estarmos a tratar de sujeitos diferentes, com concepções diferentes “das definições das coisas, das sensações, paixões e sentimentos, virtudes e vícios.”¹¹⁹

Em Aristóteles, a virtude representa um caminho para a felicidade do indivíduo consigo mesmo, mas também para a manutenção de uma vida em sociedade, cabendo, nesse segundo caso, ao legislador implantar “uma legislação que favoreça e estimule as virtudes e a cidadania”, isto é, realiza-se um estudo ético aliado ao estudo político.¹²⁰

¹¹⁵ FREITAG, Barbara. Ob. cit. p. 26-27.

¹¹⁶ Idem, p. 30.

¹¹⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 197-198.

¹¹⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 14-22.

¹¹⁹ “Por conseguinte, não é fácil ser bom, pois em todas as coisas é difícil encontrar o meio.” ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 45.

¹²⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 225.

Esse posicionamento de Aristóteles é tido como uma das grandes contribuições para a necessária relação entre o Direito e a Moral, uma vez que as condutas humanas deveriam ser condicionadas pelas leis para se atingir virtudes morais, benéficas ao corpo social.

Já um jusnaturalista moderno de grande influência na filosofia liberal e no estudo da moral individual é John Locke. Ele participa da corrente otimista do ser humano, ao defender que são eles dotados de capacidades racionais, capazes de organizar suas vidas e de construir organismos de regulamentação da sociedade civil e do Estado, diferentemente de Thomas Hobbes que parte de um pessimismo, ao tratar da natureza “mal” do homem, devendo, por isso, ser ele controlado pelo Estado (o Leviatã), que será capaz de lhe direcionar para o “bem”. Se em Locke a liberdade é um direito natural individual e fundamental para o desenvolvimento humano, em Hobbes, a liberdade do homem em seu estado de natureza é altamente prejudicial, nascendo aí a necessidade do poder do Estado, dentro do contrato social, para preservar a vida humana.¹²¹

Todavia, Locke parte da ideia que o Estado apenas surge por um ato de “liberdade de decisão”, baseada nas necessidades dos homens, para manutenção dos direitos naturais de vida, de liberdade e de propriedade¹²². É bem verdade também que para Locke não teríamos leis e princípios práticos inatos, já que seria o sentimento de felicidade e de bem-estar que leva o homem a agir e determinar suas vontades. Essa liberdade não está no plano do livre-arbítrio, mas sim no “poder de agir ou abster-se da ação”, podendo deixar suspenso a execução de seus desejos, para examiná-los mais atentamente, ponderá-los e fortalecê-los (ética utilitarista e eudemonista).¹²³

Com base nisso é que os seres humanos deverão fundar um Estado calcado nos princípios morais, pois a propriedade é uma atitude moral, assim como o surgimento do Estado é um ato livre e de sobrevivência, o poder que será construído só fará sentido na medida em que refletir os direitos e desejos morais dos indivíduos, se assim não fosse, poderia permanecer no estado de natureza. Daí, se os indivíduos que formam a sociedade

¹²¹ PEREIRA Ascísio dos Reis. A moral liberal como processo educativo no pensamento político de John Locke. **Revista Espaço Acadêmico**. Nº 38. Julho de 2004. Ano IV. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/038/38cpereira.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

¹²² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s): reprensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 84.

¹²³ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia, 4: de Spinoza a Kant**. São Paulo: Paulus, 2004, p. 107.

agem conforme princípios morais (dentre eles o respeito à propriedade) ao Estado caberá estabelecer condições e criar leis que atendam a esses princípios morais.¹²⁴

b. As ideias juspositivistas

Muito embora os juspositivistas também apresentem características que os fazem diferenciar uns dos outros, como a inclusão ou não de um selo de validade às normas morais quando fossem positivadas pelo mundo jurídico, é fato ser comum para os juspositivistas que a qualificação da norma como jurídica se deve a sua obediência ao critério de legalidade escolhido por determinado ordenamento. Tal posicionamento é de grande importância na era científico-racional do pensamento jurídico, uma vez que as teorias jusnaturalistas não mais se mostravam suficientes para o ser humano esclarecido e moderno.¹²⁵

É claro que, no direito natural, o plano axiológico está intimamente ligado ao plano deontológico (mundo jurídico), na medida em que aquele representaria a marca de validade desse, isto é, para o Direito ser tido como legítimo deveria estar vinculado, necessariamente, à moral – era o chamado Direito Filosófico. Haveria, assim, um mínimo ético obrigatório dentro de cada ordenamento jurídico, o que garantiria seu respeito e execução, em favor de uma sociedade organizada, dentro de conteúdos morais mínimos.¹²⁶

Todavia, para os juspositivistas, a moral pertenceria a um círculo diferente do Direito, na medida em que rejeitam bases metafísicas, devendo prevalecer o ordenamento jurídico (conjunto de normas postas por uma autoridade competente), cujo critério de validade depende de nenhuma referência a valores éticos, mas sim da obediência ao princípio da legalidade.¹²⁷

Em suma, os juspositivistas se aproximam mais da tese que defende que Direito e Moral “são círculos tangentes e impenetráveis”, ou seja, não haveria nenhum ponto em comum entre eles, “o que faria do Direito algo, completamente, amoral e da moral algo, inteiramente, não-legal”, muito embora saibamos que essa tese extremista não é aceita por

¹²⁴ PEREIRA Ascísio dos Reis. A moral liberal como processo educativo no pensamento político de John Locke. **Revista Espaço Acadêmico**. Nº 38. Julho de 2004. Ano IV. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/038/38cpereira.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

¹²⁵ BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 23.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ FASSÓ, Guido. "Jusnaturalismo". In: Norberto e outros. **Dicionário de Política**. 7ª Ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 655.

alguns juspositivistas contemporâneos, como Herbert Hart, tido como um “positivista inclusivista”.¹²⁸

Em verdade, o positivismo jurídico defende concepção monista, identificando o Direito com o Estado, apontado como o detentor exclusivo da monopolização da produção normativa. Formalismo e imperativismo informam o monismo jurídico estatal. O Direito ficaria resumido a mero comando, desprezando-se seu conteúdo e seus fins, haja vista que a certeza jurídica, informadora de relações sociais supostamente calcadas na segurança de conteúdos normativos previsíveis, orientaria o mundo social.¹²⁹

Nesse sentido, deve-se destacar Thomas Hobbes como importante teórico que promoveu parte do desenvolvimento das bases do positivismo, por meio das ideias contratualistas, da teoria da soberania estatal e do afastamento de direito e moral, na medida em que o direito positivo deve sua obrigatoriedade à imposição do poder do Estado e não à sua concordância com um direito supostamente anterior, no caso o direito natural.¹³⁰

Com efeito, a doutrina política de Thomas Hobbes não compactua com a ideia jusnaturalista de que pode ser derivada da razão uma jurisprudência de caráter universal, pois para esse autor o “direito não é a expressão da razão, mas uma manifestação da vontade do Soberano.”¹³¹

Nesse sentido, Bobbio afirma que a doutrina política de Hobbes talvez seja a teoria mais completa e consequente do positivismo jurídico. Para Hobbes, com efeito, não há outro critério do justo ou do injusto senão a lei positiva, ou seja, somente o que for ordenado pelo soberano é tido como justo, pelo simples fato de ter sido ordenado; e só é injusto aquilo que é proibido, só pelo fato de estar proibido.¹³²

Não obstante a relevância do supramencionado filósofo para o direito positivo, é sabido que foi Hans Kelsen o fundamentador do positivismo jurídico em sua mais alta expressão, dando continuidade a tradição que se fazia forte nos meios culturais germânicos. Para ele, a ciência jurídica seria ciência pura, preocupada, tão somente, com o universo

¹²⁸ ASSIS NETO, Nilson Dias de. A dialética entre Direito e Moral. A relação entre as esferas axiológica e normativa nas perspectivas jusnaturalista, juspositivista e pluralista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19376>>. Acesso em: 29 maio 2014.

¹²⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O positivismo jurídico. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1452, 23 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10060>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

¹³⁰ CELLA, José Renato Gaziero. **Positivismo jurídico no século XIX: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3358.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

¹³¹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 18.

¹³² BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R. 3 ed. Bogotá: Temis, 1999, p. 31-32.

normativo. Concebeu kantianamente uma “teoria da norma fundamental”, radicada em uma primeira norma posta, de feição constitucional. A norma posta deve-se a uma norma suposta: a chamada norma hipotética fundamental, que vem solucionar a questão do fundamento último da validade das normas jurídicas.¹³³

De acordo Karl Larenz,¹³⁴ o livro “A Teoria Pura do Direito” de Kelsen se constituiria na mais grandiosa tentativa de fundamentação do Direito como ciência, uma vez que nos dá conta de que o conhecimento jurídico só é científico se for neutro. Sua pureza decorre do corte epistemológico que define o objeto e do corte axiológico (separação entre o ser e o dever ser), que afirme a sua neutralidade, de maneira que autêntica é a interpretação do Direito pelos órgãos competentes.

Calha destacar que, quando Kelsen defende uma separação rígida entre ser e dever ser está a dizer que de “uma proposição fática (ser) não se pode inferir uma norma (dever-ser) e vice-versa”, na medida em que possuem lógicas diferentes e participam de linguagens diferentes. Assim, Hans Kelsen propõe a formulação de uma linguagem científica no Direito, que seria “ideal, carente de ambiguidades e livre de toda valoração possível”. Por conta disso é que o sentido da norma jurídica não pode ser verificado em juízos verdadeiros ou falsos, mas sim em juízos válidos ou inválidos, já que a validade constitui a própria existência da norma jurídica.¹³⁵ E completa Adrualdo de Lima Catão, sobre a validade da norma jurídica kelseniana, quando diz, *in verbis*:¹³⁶

A validade [para Kelsen] é o sentido da norma jurídica. Uma proposição é jurídica na medida em que é válida. O sentido de uma norma jurídica, por conseguinte, não está na isomorfia com a forma da realidade empírica, já que as proposições do ser e do dever ser não são logicamente compatíveis. O sentido da norma jurídica está na sua relação sintático-semântica (formal) com uma norma superior e com o fato que a produziu. A norma é válida desde que exista uma relação de concordância semântica entre a norma e o critério fático de validade e uma relação sintática entre a norma e seu fundamento de validade.

A validade das normas jurídicas em Kelsen não está vinculada a um conteúdo moral ou político específico, já que as normas jurídicas poderiam veicular qualquer tipo de conteúdo, “sem qualquer pretensão de correção intrínseca, como defendido pelo jusnaturalismo”. Seria nesse sentido que a norma fundamental kelseniana representaria o fundamento último de validade do direito, sem se destinar a uma fundamentação ético-política, mas sim de fornecer um “substrato epistemológico (teórico-gnosiológico) ao direito

¹³³GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O positivismo jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1452, 23 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10060>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

¹³⁴LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969, p. 81.

¹³⁵CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 64 ss.

¹³⁶Idem, p. 68-69.

positivo”¹³⁷, até porque, para Hans Kelsen, “a norma fundamental determina somente o *fundamento* de validade, não o *conteúdo* de validade do direito positivo. (...) A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça.”¹³⁸

Argumento que fortifica essa concepção seria a insegurança gerada por submeter a validade do direito aos critérios ético-normativos, variáveis ao “humor dos seres humanos” e não raro contraditórios entre si.¹³⁹

Tanto é assim que o relativismo de Kelsen aparece tanto na inexistência de pautas valorativas em sua teoria positivista,¹⁴⁰ justificando um conceito de “democracia formal relacionado à ideia de tolerância com condutas divergentes”, quanto na interpretação dos fatos, já que caberia qualquer definição do conteúdo da norma individual, por esta pertencer ao campo pragmático, perfazendo “um fundamento formal volitivo”.¹⁴¹

É dizer, Kelsen foi rigoroso no estudo da metodologia jurídica pura, já que ele retoma e aperfeiçoa o estudo do direito “em si e por si, sem influências de outras disciplinas”, porém, como bem nos alerta Mario G. Losano, na introdução italiana do livro “O problema da justiça” de Hans Kelsen, do ponto de vista da temática, Kelsen abordou que a sociologia e a ética estavam ligadas ao ordenamento jurídico, na medida em que interferem no direito, sem esquecer a distinção da metodologia jurídica com as outras disciplinas.¹⁴²

Em verdade, com a formação do Estado Moderno, o direito filosófico jusnaturalista é afastado para dar lugar à concepção de produção jurídica concentrada nas mãos do legislador. Foi nesse compasso que os juspositivistas aceitaram a distinção elaborada por Kant entre Direito e Moral, ao dizer que o Direito representava uma conduta exterior ao indivíduo, enquanto a Moral, uma conduta interior. Para Immanuel Kant, um ato moral apenas existiria

¹³⁷ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 132.

¹³⁸ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 116-117.

¹³⁹ DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 142.

¹⁴⁰ Aqui, Andreas Krell critica o positivismo kelseniano, ao dizer que: “A estrita visão positivista também leva à construção de uma teoria meramente formal (e não substancial), para a qual os juízos de *valor* – tachados de irracionais e emotivos – jamais podem ser *científicos*. No entanto, lembra bem Mário Losano que o trabalho do aplicador do Direito é decidir sobre casos concretos, sempre com base em valores; e como a teoria pura não se interessa por essa área prática do Direito, ‘todo o discurso de Kelsen vale apenas para um setor marginal dele’.” In: KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito constitucional e administrativo. In: **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Fredie Didier Jr. e Marcos Ehrhardt Jr. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010, p. 86-87.

¹⁴¹ CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 76.

¹⁴² LOSANO, Mario G. Introdução. P. IX-X. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

quando o ser agisse conforme o puro respeito ao dever moral, tornando-se lei universal e absoluta (imperativo categórico).

Todavia, não é exatamente dessa maneira que Hans Kelsen vê a diferença entre Direito e Moral, haja vista que, para o autor austríaco, ao lado das normas jurídicas há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si – normas sociais –, haja vista não ser a ciência jurídica a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas podem ser abrangidas sob a designação Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada Ética. A distinção entre a Moral e o Direito, para Kelsen, não consistiria na divisão de conduta interna (Moral) e conduta externa (Direito), uma vez que as normas das duas ordens determinam ambas as espécies de conduta.¹⁴³

Não teria como diferenciar o Direito da Moral também pelo seu modo de produção ou aplicação das normas, em razão de que as normas morais podem ser criadas por meio de uma elaboração consciente ou costume e desse modo se assemelharia ao Direito positivo, isso porque “só uma Moral positiva tem interesse para uma ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa a uma teoria científica do Direito.”¹⁴⁴

A diferença entre eles residiria, pois sim, no caráter coercitivo¹⁴⁵ – como prescrevem ou proíbem determinada conduta humana –, na medida em que a Moral não estatuiria qualquer sanção dentro de uma “ordem de coação”, visto que as sanções morais consistiriam “na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.”¹⁴⁶

Ainda que o Direito pudesse ter em seu conteúdo uma “essência moral”, Kelsen alerta não haver uma ligação necessária entre Direito *deve ser* Moral ou, no caso, justo. Dizemos isso porque admitir tal assertiva seria defender a existência de uma única moral válida e absoluta, contrário ao pensamento positivista-kelseniano, o qual admite a possibilidade de normas sociais com conteúdo moral contraditório entre si, em diversas

¹⁴³É o caso da virtude moral da coragem, a qual não consistiria “apenas no estado de alma de ausência de medo, mas também numa conduta exterior condicionada por aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado”. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 43.

¹⁴⁴KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 44.

¹⁴⁵“O Direito positivo é essencialmente uma ordem de coerção. Ao contrário das regras do direito natural, as suas regras derivam da vontade arbitraria de uma autoridade humana e, por esse motivo, simplesmente por causa da natureza de sua fonte, elas não podem ter a qualidade da auto-evidência imediata. [...] a doutrina que declara a coerção como característica essencial do Direito é uma doutrina positivista e se ocupa unicamente com o Direito positivo.” KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 559.

¹⁴⁶KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 44.

épocas, nos diferentes povos, uma vez que “em diferentes circunstâncias pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias.” Acreditar em uma essência moral do Direito seria, para Kelsen, pressupor uma “moral absoluta”, até porque não caberia à Ciência do Direito “legitimar” ou “justificar” o Direito por meio de valores morais, mas apenas conhecê-lo e descrevê-lo.¹⁴⁷

Assim, percebemos a negativa de Hans Kelsen sobre a existência de juízos *a priori* ou de imperativos categóricos sobre a moral, na medida em que os valores morais seriam relativos e, assim, seriam suscetíveis a mudanças.¹⁴⁸ Por conta disso, Kelsen também entende ser a Justiça um valor relativo, visto que “na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre Justiça e Direito.”¹⁴⁹ É dizer, a validade de uma ordem jurídica positiva não dependeria de valores morais ou de uma justiça absoluta, mas sim da legalidade¹⁵⁰, isto é, “nunca se poderia extrair da concepção kelseniana o princípio de que o direito é justo enquanto comando, porque de nenhuma passagem de Kelsen pode extrair a conclusão de que o direito, o qual existe enquanto for comandado, (e passando a valer como força), seja também justo.”¹⁵¹

Dessa forma, caberia ao cientista do direito apenas descrever seu objeto de estudo e não valorá-lo: constatada a existência de uma norma, o jurista deve descrever seu conteúdo e não discutir “o valor de justiça em que ela se fundamentou, ou seja, o jurista não deve introduzir elementos valorativos no discurso descritivo.”¹⁵²

Por isso que, consoante a teoria Kelseniana, o direito pode até estar em consonância com os ditames morais de determinada sociedade, mas isso não se faz de modo necessário,

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 49.

¹⁴⁸ Adrualdo Catão nos diz que, consoante o positivismo kelseniano, o sentido das normas jurídicas não pode ser verificado sob juízos de verdadeiro ou falso, mas sim de validade ou invalidade (verdadeira condição de existência da norma jurídica), cabendo ressaltar que as normas morais também não poderiam ser consideradas verdadeiras ou falsas, por não possuírem sentido teórico e não se sujeitarem a critérios de verificabilidade de suas proposições. In: CATÃO, Adrualdo de Lima. Ob. Cit., p. 67.

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 64.

¹⁵⁰ ASSIS NETO, Nilson Dias de. A dialética entre Direito e Moral. A relação entre as esferas axiológica e normativa nas perspectivas jusnaturalista, juspositivista e pluralista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19376>>. Acesso em: 29 maio 2014.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008, p. 35.

¹⁵² LOSANO, Mario G. Introdução à edição italiana do livro “O problema da justiça”, de Hans Kelsen. p. XIV. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

mediante a possibilidade de existir um “direito imoral”, mas perfeitamente válido¹⁵³, por obedecer ao procedimento formal previsto na lei.¹⁵⁴

Não se olvida que Hans Kelsen não esquece a influência que a política, a moral e até a psicologia possui no Direito (não na ciência e sim no objeto), em razão de que sua teoria pura se concentra na análise sintático-semântica (formal) do Direito, já que o campo da interpretação é tipicamente pragmático e contextual, já que da fixação da moldura até o processo de escolha, não se apresenta apenas dados jurídicos, mas, principalmente, envolvem-se dados políticos, psicológicos, sociológicos e até morais.¹⁵⁵

O problema que se levanta da teoria relativista ética é justamente a aceitação de práticas, ditas morais, sob a justificativa que ela é tolerável em determinada sociedade e dentro do código de conduta de determinada sociedade, haja vista não existir o certo ou o errado fora de certa cultura ou contexto.

No caso de se encarar o direito como representação de força e autoridade, cujo conteúdo material não se mostra relevante, provavelmente nos parecerá razoável o respeito ou tolerância as mais diversas formas de regras sociais e morais, ainda que, por exemplo, dentro do padrão ocidental (frise-se), não pareça ser o mais razoável.

O III *Reich*, dentro da teoria kelseniana, seria tomado como verdadeira ordem jurídica, já que a ciência do direito não poderia emitir “juízo de valor sobre a legitimidade de um sistema de direito efetivamente coercivo.”¹⁵⁶ Tanto foi assim que no julgamento de Adolf Eichmann, acusado de ser um dos grandes “carrascos” nazistas, se mostrou, conforme explica com maestria Hannah Arendt, um funcionário obediente, cumpridor de metas, que acreditava estar “coberto” pela lei e “terminou frisando alternativamente as virtudes e os vícios da obediência cega, ou a ‘obediência cadavérica’ (*kadavergohorsam*), como ele próprio a chamou.”¹⁵⁷

Porém, o que dizer dos imperativos morais que atuam sobre o ser humano dentro da sociedade? Será mesmo possível justificar qualquer valor tido por moral?

Nesse sentido, o relativismo kelseniano em relação ao conteúdo valorativo, bem como seu relativismo sobre os fatos – oportunidade em que a realidade fática poderia ser ignorada em favor da realidade jurídica – não parece ser a melhor forma de abordagem filosófica, já

¹⁵³ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 8-9.

¹⁵⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35-36.

¹⁵⁵ CATÃO, Adrualdo de Lima. Ob. cit., p. 72.

¹⁵⁶ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 122.

¹⁵⁷ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 1999, p. 152.

que, se o relativismo fosse totalmente aceito, acabaríamos por aceitar o inaceitável¹⁵⁸, assunto esse que melhor será discutido no capítulo II da presente dissertação.

c. O grupo dos Pragmatistas jurídicos

Não obstante, para entender a relação entre direito e moral para os pragmáticos, devemos partir da concepção de que a presente teoria tem por base a *commom law*, bem como ligação com a prática jurídica norte-americana.

Em verdade, fora em meados dos anos de 1930 que o realismo jurídico substituiu o formalismo jurídico norte-americano. Os realistas rejeitam que o raciocínio formal fosse não-realista e filosoficamente incoerente.

Para os realista radicais, como John Dewey, dever-se-ia aceitar uma “concepção democrática do raciocínio jurídico, que recorria a valores morais populares, como igualdade e comunidade”, já os realistas moderados, inspirados na interpretação antimoralista da responsabilidade civil de Oliver Wendell Holmes Jr., em *The commom law*, defendiam o raciocínio jurídico como uma “técnica científica que fornecia meios eficientes para realizar qualquer valor. Em especial pensavam que a tecnologia jurídica, livre de moralidade, forneceria exatamente a flexibilidade necessitada pelos administradores do *New Deal* para regulamentar uma economia complexa”.¹⁵⁹

John Dewey já defendia, nos idos de 1891, na obra *Outlines of a Critical Theory of Ethics* (Esboço de uma teoria crítica da ética), uma ética psicológica, baseada no sentimento da presença e da ação da vida psíquica de desejos e vontades e não na ideia de existência de imperativos morais. Para o autor, deveria ser construída uma filosofia experimental da inteligência e da moralidade, de modo que a última se daria com o “esforço de adaptação do indivíduo ao meio, sendo as coisas estimadas boas ou más segundo a utilidade e o prazer, ou a inutilidade e a dificuldade que ela representa para nós e que elas nos proporcionam.” Para John Dewey, a concepção de moral está ligada à questão social do homem (“é porque o

¹⁵⁸ Calha mencionar a defesa sociológica que Cláudio Souto faz ao conceito de direito, ao afirmar que as condutas jurídicas estariam de acordo com as normas de direito, enquanto as normas de direito seriam aquelas que estão de acordo com o “sentimento humano de justiça e com dados de conhecimento científico-empírico.” Contrária a doutrina majoritária, Souto diz que o direito não se confundiria com as “formas coercíveis”, como a lei, o costume, a decisão judicial, pois o “conteúdo dessas formas nem sempre é justo e científico, podendo, ao contrário, consagrar o que é torto. Ora, ‘torto’ e ‘direito’ são expressões de significado oposto, até mesmo para o senso comum.” In: SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade**. 2 ed. rev. augment. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 57.

¹⁵⁹ INGRAM, David. **Filosofia do direito: conceitos-chave em filosofia**. Trad. José Alexandre Durry Guerzoni. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 197-198.

homem é um ser social que ele é capaz de moralidade”), até porque, para o teórico, a humanidade estaria em busca de uma democracia social e econômica e não apenas política.¹⁶⁰

Inclusive, para Dewey, os valores não podem ser tidos como absolutos, mas sim históricos, cabendo à filosofia e à ética a revisão crítica – com a conservação e o enriquecimento – dos valores de direito. Esses valores seriam fatos humanos, formados no plano da ação, que brotam da vida associativa dos próprios seres humanos.¹⁶¹

Por conta disso é que Dewey defende que, dentro do estudo ético, não se deve buscar “o bem” universal, fixo e final, ou de uma vida moral baseada em um ideal de imutabilidade, transcendência e eternidade, mas sim em uma “pluralidade de bens”, de maneira que a investigação da vida moral se daria na análise da situação particular de cada indivíduo, traçando-se as consequências reais possíveis de cada modo de ação.¹⁶²

Já em Oliver Wendell Holmes Jr., o estudo da moral aparece com uma noção subjetiva do termo. É dizer, moral como o conjunto de valores adotados por cada indivíduo. Essa moral subjetiva poderia interferir diretamente no julgamento do caso concreto e era exatamente isso que combatia o referido precursor do pragmatismo jurídico norte-americano, já que a referida moral poderia engessar os avanços do judiciário, na medida em que suas acepções impediriam mudanças de direcionamento nos julgamentos, o que era criticado por Holmes.

Ademais, Oliver Holmes afirma que os valores morais até poderiam fazer parte do conteúdo do Direito, mas não significar que os juízes poderiam “importar seus próprios valores subjetivos debaixo da linguagem abstrata dos direitos”,¹⁶³ haja vista a crítica a entidades abstratas e a utilização de proposições gerais¹⁶⁴ para decidir o caso concreto, pois seriam os fatos que determinariam a correção ou não da interpretação jurídica. Defende-se uma análise histórica e, assim, pragmática, que nega a validade de princípios abstratos e destaca a força dos contextos na resolução dos casos concretos, em razão de que as

¹⁶⁰ DAVAL, René. “O pragmatismo americano: Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey, George Herbert Mead.” *In: História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil*. Alain Caillé, Christian Lazzeri e Michel Senellart (orgs.) Tradução Alessandro Zir. Coleção Ideias nº 12. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos: 2006, p. 626.

¹⁶¹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia, 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt*. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005, p. 100-101.

¹⁶² SIDGWICK, Henry. *História da ética*. Coleção Fundamentos do Direito. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2010, p.294-295.

¹⁶³ KELLOGG, Frederic R. *Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory and Judicial restraint*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, p. 59.

¹⁶⁴ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992., p.306.

proposições morais/valorativas podem gerar “obscurecimento das verdadeiras razões da decisão”, que estariam nos fatos e na história do caso.¹⁶⁵

Dessa forma, o pragmatismo critica o “moralismo jurídico”, na medida em que se passou a utilizar os princípios morais como fonte de argumentação jurídica, por vezes, (i) sobrepondo-os às determinações legislativas; (ii) ocasionando insegurança jurídica quando utilizados em casos fáceis em que os critérios de aplicação e interpretação do Direito são facilmente determinados; bem como (iii) prendendo o juiz a uma “moral social” no momento decisório, impedindo avanços por parte do Judiciário.

É dizer, buscar-se-ia restringir o conteúdo moral dos direitos fundamentais, a fim de se evitar “insegurança e arbitrariedade das decisões jurídicas influenciadas por considerações moralistas”.¹⁶⁶

Com base na linha do Consequencialismo Judicial, toda decisão judicial deve ser orientada pelo Direito e não por uma visão essencialista.¹⁶⁷ O Direito, em sua realidade, seria objetivo, separando-se da Moral (a não focalizar o que é ‘certo’ ou ‘errado’ moralmente) visto observar sim os diferentes resultados daquela decisão,¹⁶⁸ até porque “uma visão essencialista sobre o Direito ignora o fato de que as divergências interpretativas não se dão por erro, mas sim pela característica complexa que o Direito apresenta, por lidar com temas cuja incomensurabilidade não admite respostas únicas.”¹⁶⁹

O pragmatismo jurídico, todavia, não significa o abandono completo dos postulados do positivismo que formam a base do Estado de Direito. O argumento de consequência, sendo assim, tem limites na própria Constituição e nos valores por ela assegurados em seus princípios. A atuação criadora da interpretação do direito é parte integrante da argumentação judicial, notadamente quando as situações singulares não admitem respostas prévias, requerendo dos juristas uma contínua revisão dos critérios normativos previstos nas leis e na

¹⁶⁵ ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de; BARROS, Caroline Maria Costa; CATÃO, Adrualdo de Lima. *In: Projeto PIBIC 2011/2012 "Interpretação e Aplicação do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e Imprensa: Uma Abordagem Pragmática Comparativa entre o TJ/AL e o STF"*.

¹⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri. “Anotações sobre o ‘neoconstitucionalismo’ (e sua crítica)”. *Artigo Direito GV*, Working Papers, nº 17, março 2008, p. 20

¹⁶⁷ É o que diz, Adrualdo de Lima Catão quando afirma que, *in verbis*: “Quer-se abandonar o universalismo e o essencialismo em favor de uma tentativa de viver com a pluralidade e com a complexidade, deixando de buscar a validade universal, que resultaria no fim da conversa filosófica.” *In: CATÃO, Adrualdo de Lima. Decisão jurídica e racionalidade*. Maceió: EDUFAL, 2007, p. 98.

¹⁶⁸ CATÃO, Adrualdo de Lima. BARROS, Caroline Maria Costa. ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. *Interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática comparativa entre o TJ/AL e o STF. O judiciário e o discurso dos direitos humanos: volume 2*. Organizadores: Enoque Feitosa... [et al]. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 69.

¹⁶⁹ BARROS, Caroline Maria Costa; ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. *A interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática comparativa entre o Tribunal de Justiça de Alagoas e o Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*. Belo Horizonte, ano 8, n. 15, p. 33-62. jul/dez. 2013, p. 36.

Constituição. Por isso, como já afirmava Benjamin Cardozo, o pragmatismo jurídico não é um mero consequencialismo.¹⁷⁰

Seria nesse sentido que Oliver Wendell Holmes Jr., como já dito anteriormente, reforça que os valores morais até poderiam fazer parte do conteúdo do Direito, mas não significar que os juízes poderiam “importar seus próprios valores subjetivos debaixo da linguagem abstrata dos direitos”,¹⁷¹ haja vista a crítica a entidades abstratas e a utilização de proposições gerais,¹⁷² para decidir o caso concreto, pois seriam os fatos que determinariam a correção ou não da interpretação jurídica.¹⁷³ Para o teórico, “até cachorros sabem a diferença entre tropeçar e levar um chute”¹⁷⁴, já que

a vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes.¹⁷⁵

Analisando uma de suas mais importantes obras – *The path of the law* –, Holmes busca claramente promover a diferença entre Direito e Moral, através da concepção do “homem mau”¹⁷⁶, que também deseja evitar um encontro com o poder público, assim como o “homem bom”, mas não por se preocupar com a regra criada ou posta em prática por seus vizinhos, mas sim para “evitar ter que pagar alguma quantia ou escapar da cadeia”. Ainda que a Lei seja a “testemunha e o depósito externo de nossa vida moral”, para que se possa entendê-la, deve encará-la sob o ponto de vista do “homem mau” e não como um “homem bom” que encontra razões para a sua conduta, no interior ou fora da lei, “nas vagas sanções da consciência”.¹⁷⁷

Holmes defende a importância de se “banir” da lei todas as palavras de cunho moral, para que fossem adotadas outras palavras que veiculassem ideias legais, desprovidas de qualquer coisa estranha à lei. Defende-se, pois, uma análise histórica e, assim, pragmática,

¹⁷⁰ CARDOZO, Benjamin. **Evolução do Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004, p. 87.

¹⁷¹ KELLOGG, Frederic R. ob. cit. p. 59.

¹⁷² HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992, p.306.

¹⁷³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1494, 4 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10217>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

¹⁷⁴ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991, p.2

¹⁷⁵ Idem, p.1

¹⁷⁶ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 161.

¹⁷⁷ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. Harvard Law Review. 1897. Disponível em: <http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm> Acesso em: 31 out. 2010.

que nega a validade de princípios abstratos e destaca a força dos contextos na resolução dos casos concretos, em razão de que as proposições morais/valorativas podem gerar “obscurificação das verdadeiras razões da decisão”, que estariam nos fatos e na história do caso.¹⁷⁸

Calha ressaltar que a teoria pragmática destaca a importância da legislação e questiona a validade de princípios morais absolutos no Direito.¹⁷⁹ Dizemos isso porque o pragmatismo não defende o desprezo à lei, apenas afirma que ela em si mesma não soluciona os casos por si só.¹⁸⁰ De igual modo, questiona-se a validade de princípios morais, na medida em que, por exemplo, um mesmo princípio geral pode fundamentar decisões em sentidos opostos. Daí que o método pragmático de Holmes e Cardozo propõe resolver o litígio por meio de uma análise do histórico das decisões, dos fatos do caso e das consequências da decisão.¹⁸¹

Inclusive, a decisão judicial assume particular relevância na tradição norte-americana, pela influência do direito inglês. Se de um lado a decisão judicial aparece com a função de definir e dirimir a controvérsia apresentada no tribunal, pois ainda que não exista uma lei clara para solucionar o caso concreto, deve-se o tribunal utilizar dos “princípios tradicionais do direito”; já de outro lado, a decisão judicial diz respeito ao estabelecimento de um precedente, a fim de esse sirva para um caso análogo futuro, isto é, *stare decisis et non quieta movere* (apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos).¹⁸²

A utilização de precedentes pelos tribunais seria justificada pelo argumento da igualdade (aplicação da mesma regra em casos análogos), da previsibilidade (a sucessão consistente de precedentes torna previsível a solução de futuros litígios), da economia (a utilização de um critério estabelecido anteriormente poupa “tempo e energia”), bem como, do respeito (à sabedoria e experiência dos antigos julgadores da Corte).¹⁸³

Ademais, no tocante aos tribunais, Benjamin Cardozo ressalta que os mesmos devem ter conhecimento que as leis escritas devem ser vistas não de maneira isolada ou *in vacuo*, como pronunciamento de princípios abstratos para orientar uma comunidade ideal, mas

¹⁷⁸ KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory and Judicial restraint**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, p. 59.

¹⁷⁹ Idem.

¹⁸⁰ Nos Estados Unidos da América, tanto a jurisprudência quanto a legislação são vistas como fontes do direito, porém, o sistema judicial tem sido naquele país o “tradicional nascedouro do Direito”, devido à tradição do direito inglês consuetudinário. In: FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1963, p. 45.

¹⁸¹ ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de; BARROS, Caroline Maria Costa; CATÃO, Adualdo de Lima. In: **Projeto PIBIC 2011/2012 "Interpretação e Aplicação do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e Imprensa: Uma Abordagem Pragmática Comparativa entre o TJ/AL e o STF"**.

¹⁸² FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1963, p. 61.

¹⁸³ Idem, p. 62.

contextualizando-as às condições atuais¹⁸⁴. Assim, diz Holmes que “o nosso único interesse no passado é devido à luz que ele lança sobre o presente.”¹⁸⁵

Não obstante, o pragmatismo jurídico não negaria de forma absoluta a utilização dos princípios na argumentação jurídico-pragmática, haja vista que a referida teoria está ligada a um contexto democrático, porém, o que se combate é o apelo judicial a utilização de princípios, fugindo do ônus argumentativo e das funções jurisdicionais¹⁸⁶, de maneira que o aspecto subjetivo da moral não pode substituir juízos legislativos ou de precedentes claramente identificados como textos jurídicos dogmáticos.

Contudo, em razão de forte movimento “neoconstitucionalista” os princípios – carregados de uma “essência moral” – assumiram posição máxima no momento de interpretação e aplicação do Direito, “seriam, nessa ótica ‘constitucionalistas’ (ou ‘neoconstitucionalistas’) que os pensadores moralistas consideram a vinculação entre direito e moral como presente, necessária e efetiva nos Estados constitucionais modernos.”¹⁸⁷

Daí, o problema principal que surge é quanto à aplicação indiscriminada dos referidos princípios de conteúdo moral no momento interpretativo, uma vez que, por falha (ou pode-se dizer preguiça?)¹⁸⁸ do aplicador do Direito, faz-se preferível sua utilização indiscriminada, como argumentos que bastam por si, em detrimento de juízos legislativos ou da omissão na análise das peculiaridades do caso concreto, esvaziando a argumentação jurídica e a racionalidade da decisão.

d. O grupo dos pluralistas éticos

Temos ainda uma quarta corrente, acerca da relação entre Direito e Moral, qual seja: o pluralismo ético, “pós-metafísica, que, sem recuar à fundamentação e à linguagem jusnaturalista, logre superar o positivismo, ao menos em suas versões extremadas”¹⁸⁹. É dizer, o pensamento pluralista (ou cognoscitivismo para alguns) objetiva uma “compreensão não-transcendental da fundamentação dos valores morais”, na medida em que haveria um mínimo

¹⁸⁴ CARDOZO, Benjamim. **A natureza do processo judicial: palestras da Universidade de Yale**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.58

¹⁸⁵ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. Harvard Law Review. 1897. Disponível em: < http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm > Acesso em: 31 out. 2010.

¹⁸⁶ KELLOGG, Frederic R. Op. cit., p. 45.

¹⁸⁷ DIMOULIS, Dimitri. “Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico”. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmiento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 223.

¹⁸⁸ Acerca da problemática da má utilização dos princípios na interpretação e aplicação do Direito, vide: SUNDFELD, Carlos Ari. (2011) **Princípio é preguiça?** Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Barbieri (org). **Direito e interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva. pp. 287 a 305.

¹⁸⁹ BARBOZA, Márcia Noll. Ob. Cit., p. 19.

moral comum, passível de ser “conhecido, crítica e racionalmente, e que pode ser universalizado”.¹⁹⁰

Dessa forma, no cognoscitivismo, teríamos o direito como círculo secante ao círculo da moral: “círculos interseccionados”, de maneira que existiria entre direito e moral uma “área de intersecção”, ou seja, com algumas partes em comum, consoante o pluralismo ético.¹⁹¹

É nesse viés que se diz que Jürgen Habermas se afasta do paradigma kantiano clássico de uma teoria moral *puramente* deontológica, já que sua “ética do discurso” deve ser formulada “sem recurso aos princípios de uma metafísica do dever prático-moral”.¹⁹² Isto é, Habermas vem propor uma “teoria discursiva da ética”, baseada em dois pontos principais: o primeiro se refere a um princípio de universalização “como regra de argumentação para discursos práticos”; já o segundo diz respeito a utilização da referida regra pelos “pressupostos pragmáticos da argumentação em geral, em conexão com a explicitação do sentido de pretensões de validade normativas.”¹⁹³ É dizer,

A ética do discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um *procedimento* rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse proceduralismo que a ética do discurso se distingue de *outras* éticas cognitivas, universalistas e formalistas, tais como a teoria da justiça de Rawls. (...) O princípio da ética do discurso proíbe que, em nome de uma autoridade filosófica, se privilegiem e se fixem *de uma vez por todas* numa teoria determinados conteúdos normativos (por exemplo, determinados princípios da justiça distributiva).¹⁹⁴

Segundo Habermas, somente o direito disporia da racionalidade procedimental completa, “por dispor e critérios institucionais e autônomos (critérios de positividade ou legalidade), que permitem a um não-participante dizer se uma decisão foi tomada conforme as normas jurídicas”. Por conta disso é que se faz necessário que determinados temas sociais sejam tratados na seara jurídica (com força vinculante e maior grau de univocidade), uma vez que o âmbito moral possui “racionalidade procedimental incompleta”.¹⁹⁵

Todavia, o direito, para Habermas, por possuir racionalidade procedimental completa, não estaria isento de argumentações morais, nem políticas. Dessa maneira, a desvinculação

¹⁹⁰ ASSIS NETO, Nilson Dias de. A dialética entre Direito e Moral. A relação entre as esferas axiológica e normativa nas perspectivas jusnaturalista, juspositivista e pluralista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19376>>. Acesso em: 29 maio 2014.

¹⁹¹ POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996 (p. 107).

¹⁹² NIQUET, Michel. **Teoria realista da moral: Estudos preparatórios**. Trad. F. José Herreo Botin e Nélio Schneider. Coleção Ideias n. 6. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2002, p. 56.

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Biblioteca Tempo Universitário n° 84: Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 143.

¹⁹⁴ Idem, p. 149.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 216 e ss.

total do direito com outras disciplinas não se faz possível, até para que se fundamente o próprio direito. Por óbvio que esse fundamento não pode mais residir na figura do direito natural, mas sim numa moral que “reproduza a formação imparcial dos juízos e da vontade coletiva”, isto é, a abertura dos discursos jurídicos à argumentação moral.

Jürgen Habermas discute a dinâmica da legitimação do direito por meio da abertura do discurso jurídico à argumentação moral, uma vez que o discurso jurídico não poderia se mover num universo fechado de regras jurídicas univocamente fixadas. Isso é uma consequência da própria estratificação do direito moderno em regras e princípios. Em Habermas, os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais e seria por conta disso que a “lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais.”¹⁹⁶

É por conta disso que Habermas vem defender a existência de um “progresso na racionalização” das forças produtivas e normativas de integração social, nos mecanismos de regulação de conflitos – como ocorre com a moral e com o direito – e na concepção de sociedade que cada indivíduo tem – até por se reconhecer dentro dela. Seria dessa forma que as relações sociais se encaminhariam para uma “intersubjetividade linguisticamente constituída”, acarretando no progresso da racionalização sem recorrer à violência.¹⁹⁷

Ainda sobre a discussão da ligação entre Direito e Moral, ganha destaque a obra de Robert Alexy, particularmente, quando discorre sobre a “pretensão de correção do Direito.” Expliquemos.

Robert Alexy busca retomar a teoria da “racionalidade do discurso prático, a noção de diálogo ideal e a argumentação racional como via de justificação ética.” Para Alexy, dever-se-ia promover um diálogo baseado em proposições racionais, referente à lógica e ao comportamento dos participantes. Esse discurso acabaria por corrigir os enunciados normativos, através da atividade denominada de “discurso prático”.¹⁹⁸

Dessa maneira, a argumentação colabora na promoção do reconhecimento de “argumentos dos princípios”, mediante o qual se diz que todos os ordenamentos jurídicos minimamente desenvolvidos possuem princípios elaborados no plano moral, cabendo aos

¹⁹⁶ Jürgen Habermas *apud* BARBOZA, Márcia Noll. Ob. Cit., p. 58-60.

¹⁹⁷ CORTINA, Adela. **Ética mínima: uma introdução à filosofia prática**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 120-121.

¹⁹⁸ BARBOZA, Márcia Noll. Ob. Cit., p. 49-50.

juízes manejarem a aplicação desses nos “casos difíceis”, com pretensão de correção¹⁹⁹ dentro do sistema aberto que é o direito.²⁰⁰

Robert Alexy parte do entendimento de que sistemas normativos que não formulem de modo explícito ou implícito uma “pretensão à correção” não são sistemas jurídicos e não poderiam ter “validade jurídica.” Para que se pudesse formular um conceito adequado de direito seria necessário o respeito à legalidade conforme o ordenamento, junto da eficácia social, aliada à correção material. É dizer, na concepção de Alexy, não adianta dar validade jurídica a determinada norma individual se ela é “extremamente injusta”.²⁰¹

É por isso que Alexy defende a “tese da vinculação”, isto é, da existência de uma relação necessária conceitual entre direito e moral, além de haver razões normativas para a inclusão de elementos morais no conceito de direito. Assim, a forma e a substância se misturam, isto é, o direito – dotado de formalidade, critérios institucionais e também de positividade – passa a ser preenchido também de conteúdo indisponível moral, através do emprego de expressões como o de dignidade humana, sociedade justa, boa-fé etc., as quais cobram uma argumentação moral para seu entendimento e aplicação.²⁰²

Não foi de outro modo que o STF se pronunciou no julgamento do HC nº 82.424-2/RS, ao decidir pelo indeferimento da ordem de *habeas corpus* de Siegfried Ellwanger, por entender que o paciente efetivamente praticou o crime de racismo contra a comunidade judaica, ao fomentar ideias discriminatórias e hostis, alegando ser o discurso do ódio uma afronta à dignidade humana e ao princípio da igualdade jurídica.

O presente trabalho busca justamente analisar como se deu a relação entre direito e moral, na argumentação dos juízes da Cúpula do Sistema Judiciário brasileiro. Pode a moral ser tomada como argumento legítimo para se limitar outro direito fundamental?

Como vimos no presente tópico, a moral influencia na formação do direito – e isso até o próprio Kelsen não negava – porém, para determinados movimentos teóricos, não residiria nela o fundamento de validade das normas jurídicas, isto é, para que certo ordenamento jurídico tivesse validade não seria necessário que ele se coadunasse com os ditames morais.

É por conta desse impasse, até hoje muito debatido, mas não concluído, que se busca pesquisar como, na prática, se dá o relacionamento entre direito e moral e como argumentos morais são capazes de dar um novo tratamento ao exercício de outros direitos fundamentais.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 43-47.

²⁰⁰ BARBOZA, Márcia Noll. Ob. Cit., p. 60-61.

²⁰¹ ALEXY, Robert. Ob. cit. p. 109-111.

²⁰² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 27.

Dizemos isso porque, se não se considera “moralmente aceitável” o discurso discriminatório contra minorias, como foi o caso do HC nº 82.424-2/RS, como fica o direito à liberdade de expressão? A proibição de discursos dessa espécie ou de teorias revisionais é legítima ainda que se esteja em jogo à liberdade de manifestar ideias e opiniões, justamente por conta da identificação dos direitos humanos com a dignidade humana e com valores ético-políticos, previstos constitucionalmente?

Analisemos.

2.3.2. A fundamentação ética dos Direitos Humanos: a estipulação de limites e dos limites aos limites para identificação dos direitos fundamentais no cenário constitucional.

A discussão dos fundamentos, conceitos e efetividade dos direitos humanos é recente, uma vez que, apenas no período pós-Segunda Guerra Mundial é que se passou a debater mais profundamente, os direitos, ditos, inerentes a qualidade de “ser” humano.

Até 1945, com a Fundação das Nações Unidas, não havia uma preocupação “consciente e organizada sobre temas de direitos humanos”, já que apenas com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, é que o tema foi melhor discutido, ainda que tenha expresso normas apenas “substantivas”, sem instituição de “qualquer órgão internacional de índole judiciária ou semelhante para garantir a eficácia de seus princípios, nem abre ao ser humano, enquanto objeto de proteção, vias concretas de ação contra o procedimento estatal acaso ofensivo a seus direitos”²⁰³. Por conta de não ter natureza de tratado ou acordo é que suas disposições não eram vistas como obrigações legais, ou seja, com obrigatoriedade para sua implementação. Muito embora, não há que se olvidar o recebimento dos dispositivos da Declaração Universal de 1948 como de direito internacional costumeiro (normas cogentes de direito internacional geral).²⁰⁴

Apenas em 1966, é que se elaboraram os Pactos das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, bem como os dos direitos Sociais, Econômicos e Culturais, abertos à assinatura, ratificação e adesão por meio das resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e, assim, dotados de força jurídica convencional. É dizer, os instrumentos jurídicos internacionais adotados no contexto da ONU ingressaram no “movimento de busca e de recuperação da dignidade humana” dentro de um sistema de proteção dos direitos

²⁰³ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13 ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254-255.

²⁰⁴ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 455-456.

fundamentais intrinsecamente internacionais, após, principalmente, as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.²⁰⁵

Foi desse modo que a doutrina consagrou o termo “Carta Internacional de Direitos Humanos” para abarcar (i) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; bem como (iii) o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966. Essa “Carta Internacional” veio estabelecer sistematicidade a interpretação e a proteção aos Direitos Humanos, inclusive, estimulando “a adoção de vários tratados de direitos humanos em temas diversos, formando o chamado sistema global de direitos humanos (também chamado de sistema universal ou onusiano).”²⁰⁶

Nesse norte, George Sarmento conceitua direitos humanos como “faculdades de agir ou poderes de exigir atribuídos ao indivíduo para assegurar a dignidade humana nas dimensões a liberdade, igualdade e solidariedade.” Eles tomariam seus contornos iniciais na ordem jurídica supraestatal, sendo, posteriormente, recepcionados nos países que se comprometem a assegurá-los e garanti-los em suas Constituições.²⁰⁷

Eusebio Fernández considera Direitos Humanos como sendo “Direitos Fundamentais do Homem”, que devem ser reconhecidos e garantidos pela sociedade, pelo poder político, pelo Direito, sem espaço para discriminações. A fundamentalidade dos direitos humanos adviria, em verdade, da “ideia de dignidade humana”, na medida em que a defesa dos “direitos humanos fundamentais se apresenta como um autêntico direito moral do nosso tempo, a pedra de toque da justiça e do Direito e da legitimidade do Poder”.²⁰⁸

Essa dignidade está, evidentemente, ligada ao bem-estar de todos, por isso é que Pontes de Miranda já sustentava que o fim próprio do Direito seria “realização da maior soma possível de utilidade para o corpo coletivo.”²⁰⁹ É dizer, se diante de um direito positivado que se abdica de uma ordem invariável (i.e. direito natural), na medida em que se está presente um conflito dos valores sociais entre si e de uma sociedade em constante mudança, busca-se

²⁰⁵ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 451.

²⁰⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147.

²⁰⁷ SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. In: **Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares**. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (orgs.). Maceió: EDUFAL, 2012, p. 109.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. In: **Anuário de Derechos Humanos**, n. 01. Madri: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1982, p. 76-78.

²⁰⁹ Pontes de Miranda *apud* George Sarmento. In: SARMENTO, George. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional. Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/T%C3%A9cnica-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

compensar com a instalação de “normas de valor superior – constitucionais – que se diferenciam gradualmente de outras normas”, são eles princípios fundamentais não outorgados, mas sim reconhecidos e garantidos pela Constituição.²¹⁰

É bem verdade que a seriedade da discussão dos direitos humanos restou prejudicada pela crença de sua ligação direta com o direito natural e a insuficiência desse em justificar a proteção dos direitos humanos. Por conta disso, surgiu a necessidade de criação de outras linhas argumentativas que fundamentassem os direitos humanos, como a histórica e a ética.²¹¹

De fato, em que pese Norberto Bobbio defender que “o importante não é fundamentar os direitos dos homens, mas protegê-los”²¹², a fundamentação dos direitos humanos revela importante problema teórico e prático deles. Consoante Gregorio Robles, não poderíamos proteger determinado direito sem saber sobre o quê ele se fundamenta, se apóia, daí haver razões que refletem a dificuldade desse processo: a) por ser um “absurdo” defender valores sem saber o porquê (razão ética); b) em razão do fundamento delimitar o conteúdo concreto dos direitos humanos (razão lógica); c) por consistir em outro absurdo a apresentação de teorias, pelos teóricos, sem a apresentação de sua devida fundamentação (razão teórica); bem como que, d) para realizar os direitos humanos é preciso ter ideias claras sobre eles (razão pragmática)²¹³.

Daí, consoante a fundamentação jusnaturalista – a mais conhecida e de maior tradição histórica, mas também a mais problemática em sua aceitação teórica –, parte-se do fato de que o direito natural, de uma forma geral, consistiria em um ordenamento universal deduzido da própria natureza humana, superior ao próprio direito positivo. O direito natural ora se apresentaria como ontológico (ciência do ser do direito), ora deontológico (conjunto de valores que determinam o caráter de obrigação do direito e que constituem sua medida “um

²¹⁰ Completando esse sentido dos “direitos do homem”, Tércio Sampaio nos diz que eles “expressam valores fundamentais e inalienáveis da vida política. Nessa medida, o seu reconhecimento pelo direito positivado significa a sua aceitação como invariante, donde a sua utilização como critério para a seleção de diferentes comportamentos e normas a eles referidas.” *In*: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 526-530.

²¹¹ “Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamando direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.” *In*: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 51.

²¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 56.

²¹³ ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual**. Madrid: Editora Civitas, 1992, p. 11-12.

critério de valoração moral do direito” ou também como princípios jurídicos que legitimam o direito positivo e que a este deve estar subordinado.)²¹⁴

A crença de que os direitos naturais são verdadeiros princípios jurídicos suprapositivos e, portanto, anteriores e superiores eticamente ao direito positivado, acaba sendo criticada em razão dos jusnaturalistas se esquecerem da necessidade de reconhecimento jurídico para efetividade dos direitos humanos.²¹⁵

Ademais, basear os direitos na “natureza humana” não seria de todo fácil, já que o conceito de natureza humana é ambíguo e impreciso. Por conta disso, o que se percebe nas teorias jusnaturalistas é um conceito diferente de natureza humana, de acordo com os valores pressupostos de cada autor e sua corrente de pensamento, o que estaria, para Eusebio Fernández “muito longe daquela universalidade e imutabilidade do Direito natural.”²¹⁶

Justamente essa “invariabilidade, permanência e independência das condições históricas dos direitos naturais choca com a experiência histórica”, até porque o conteúdo dos direitos humanos, ao longo da história, por vezes, seria contraditório. Isto é, salvo o direito a vida e a integridade física e moral (*derechos fundamentalísimos*), não haveria direitos fundamentais em sua natureza, já que o que parece fundamental em uma época ou em certa civilização não é fundamental em outras épocas ou em outras civilizações e, por isso, Bobbio *apud* Eusebio Fernández diz que “não pode haver um fundamento absoluto de direitos historicamente relativos.”²¹⁷

Para os defensores de uma fundamentação histórica dos direitos humanos, os “direitos dos homens” insurgem das “lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem” de modo gradual, isto é, seriam eles produtos da civilização humana e, por conta disso, estão suscetíveis às transformações.²¹⁸

Assim como a teoria jusnaturalista, a fundamentação histórica também não está imune às críticas, quando se questiona a possibilidade de “variabilidade dos direitos a vida e a integridade física e moral”. Quando se diz que os direitos humanos serviriam para satisfazer

²¹⁴ FERNÁNDEZ, Eusebio. Ob. Cit., p. 80-81.

²¹⁵ BARROS, Caroline Maria Costa. “O fundamento moral dos direitos humanos: uma análise da participação do PIDESC na promoção da dignidade humana.” *In: O PIDESC na promoção da dignidade humana.* In: George Sarmiento Lins Júnior; Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira; Livia Lemos Falcão de Almeida; Vítor de Andrade Monteiro.. (Org.). **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, (p. 5-21), p. 5-6.

²¹⁶ FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. *In: Anuário de Derechos Humanos*, n. 01. Madri: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1982, p. 88- 89.

²¹⁷ Idem, p 90.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52.

as necessidades humanas, como se daria a eleição das necessidades humanas mais importantes? Quais seriam os valores dessa escolha? Podemos falar de direitos históricos fundamentais? Mas se são eles relativos podem continuar sendo fundamentais?

Esses questionamentos não são bem respondidos pelos defensores da fundamentação histórica, razão pela qual se parte para a análise da teoria da dos direitos humanos. Aqui, o direito positivo não criaria os direitos humanos, mas traria a eles plena efetividade ao reconhecê-los e convertê-los em normas jurídicas e de garanti-los juridicamente.²¹⁹

A referida fundamentação diz respeito às exigências de uma vida digna, derivadas da ideia de “dignidade humana.” Essa dignidade humana está ligada, sem sombra de dúvida, a noção kantiana da impossibilidade de “coisificação” da pessoa humana, isto é, não pode ser a pessoa humana utilizada como mero instrumento, meio, coisa ou objeto, mas verdadeiro fim, justamente por nascer ele livre e possuir autonomia. Por conta disso é que a “dignidade humana” buscaria livrar o homem da “opressão ou degradação à sua integridade física, psíquica ou moral. Além disso, implica o dever estatal de satisfação das necessidades básicas de cada membro da coletividade, tanto no plano individual, como no coletivo.”²²⁰

Dentro dessa perspectiva, independente das contingências históricas ou culturais, do poder político ou classe social, ou de característica física ou intelectual, “os direitos humanos aparecem como direitos morais, é dizer, como exigências éticas e direitos que os seres humanos ter por serem homens e, portanto, com um direito igual a seu reconhecimento, proteção e garantia por parte do poder político e do direito”.²²¹

Com base nisso, os direitos fundamentais constitucionais poderiam ser vistos como direitos morais,²²² que compartilham características comuns aos princípios morais, tais como: autonomia, liberdade, igualdade, universalidade, respeito, dignidade, reconhecimento, entre outros.

Inclusive, Gregorio Robles nos diz que a vida social da pessoa seria a manifestação natural dela mesma, por isso que a moral não só se encontra na vida pessoal do indivíduo, mas também se estende a vida em sociedade. Por conta disso, Robles defende que os direitos

²¹⁹ FERNÁNDEZ, Eusebio. Ob. Cit., p 97.

²²⁰ SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. *In: Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares*. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (orgs.) Maceió: EDUFAL, 2012, p. 121.

²²¹ FERNÁNDEZ, Eusebio. Ob. Cit., p 98.

²²² Interessante a postura de Enoque Feitosa, quando afirma que tanto o direito quanto a moral “são formas de práticas sociais, na medida em que é a própria dialética dessas relações que engendre e transforma as concepções morais e jurídicas” *In: FEITOSA, Enoque. Ética e direito: acerca da (suposta) existência de valores prévios e superiores na forma jurídica. In: O judiciário e o discurso dos direitos humanos: volume 2/organizadores: Enoque Feitosa... [et al.]. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 25.*

humanos são critérios morais, já que “as pautas de deliberação de caráter moral que vão se ter em conta nas tomadas de decisões políticas e jurídicas”. Seria o caráter moral que fazem referência aos aspectos transcendentais da vida dos indivíduos, como a dignidade e a liberdade.²²³

Para José Juan Moreso²²⁴, os direitos fundamentais seriam dotados de “valores ético-políticos”, perfazendo uma inevitável ligação entre Direito e Moral, que consideraria essencial à ciência jurídica a argumentação moral, sendo “uma obviedade que as Constituições incluem conceitos e teses morais” e que, portanto, “incorporam a moral no direito”.

Ora, não se pode negar que os direitos fundamentais assumiram uma posição de destaque no mundo jurídico e defender um Direito destituído de qualquer tipo de valoração, que não por conceitos eminentemente jurídicos e formais, seria ir de encontro a todo um processo histórico e de conquistas sociais.²²⁵

Porém, um dos problemas da fundamentação ética se dá com os critérios de hierarquização dos direitos humanos, instituindo-se também uma diferença no alcance e nos limites dos referidos direitos humanos. Alguns deles sofrem maiores limitações como direitos de associação política, mas outros como direito a honra são mais difíceis de serem limitados. Por conta disso, podem surgir dificuldades no momento de valoração destes direitos no caso concreto, que irão depender das concepções de filosofia moral, política e jurídica de que se parta.²²⁶

Ademais, também é difícil defender a mesma fundamentação ética para todos os direitos humanos baseados na ideia de dignidade humana, por isso se falar em “diferentes fundamentações éticas, segundo os distintos direitos humanos.”²²⁷

Seria nesse sentido que a teoria kelseniana, com base na “Teoria Pura do Direito”, defende a separação entre direito e moral, a fim de se garantir autonomia à Ciência jurídica. Para Kelsen, aceitar que o Direito necessariamente possuiria uma base moral seria defender a existência de uma única moral válida e absoluta, contrário à “Teoria Pura”, a qual admite a

²²³ ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual**. Madrid: Editora Civitas, 1992, p. 27.

²²⁴ MORESO, José Juan *apud* Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo – Warranty Constitutionalism and Neoconstitucionalism.” Trad. André Karam Trindade. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, pp. 95-113.

²²⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. “El Constitucionalismo de los Derechos.” In: **Teoría del neoconstitucionalismo (Ensayos escogidos)**. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2007, p. 216.

²²⁶ FERNÁNDEZ, Eusebio. Ob. Cit., p. 103.

²²⁷ Idem.

possibilidade de normas sociais com conteúdo moral contraditório entre si, em diversas épocas, nos diferentes povos.²²⁸

Em que pese o aspecto polêmico da fundamentação ética, deve-se alertar que falar de racionalidade e universalidade do fundamento ético dos direitos humanos não seria falar de direitos absolutos, atemporais e invariáveis, mas sim de direitos morais que podem ser justificados racionalmente, os quais possuem a pretensão de serem universalizados em um momento histórico concreto. É dizer, não há como ver os direitos humanos separados de um contexto histórico, social, econômico ou até psicológico.

Nesse sentido, é interessante o posicionamento de Andreas Krell quando menciona que o reconhecimento das normas de conteúdo moral/de valor social/de justiça, pelo legislador positivo não acarretaria na retomada ao Direito Natural, mas sim na formação de uma “teoria do consenso”, construída por meio da argumentação jurídica racional dos sujeitos envolvidos, tendo por base uma “realidade moral predeterminada”, relevante no processo de adaptação e convivência social.²²⁹

Os valores e exigências morais e racionais que vêm fundamentar os direitos humanos apresentam como base o princípio da “dignidade humana”. Esse aparece como cerne da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), quando assevera “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,” até porque o seu art. 1º diz que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

De fato, consoante Flávia Piovesan o conceito de dignidade humana se impõe como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, que deve orientar “a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”, de maneira que “os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.”²³⁰

²²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 45.

²²⁹ KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito constitucional e administrativo. *In: Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. Fredie Didier Jr. e Marcos Ehrhardt Jr. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

²³⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo, 2009, p. 353.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta a verdadeira dificuldade de se compreender o conceito de dignidade humana, já que para a maioria dos doutrinadores, seria ela a característica que seria inata a todo e qualquer ser humano, identificando o ser humano como tal e essa concepção não contribuiria para uma acertada concepção jurídico-normativa, ainda que, sem sombra de dúvidas, a apreensão de seu conceito venha a trazer diversas consequências jurídicas, quando concretamente consideradas.²³¹

Sarlet apreende uma dimensão dúplice da dignidade: uma baseada na autonomia da pessoa humana, vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as condições essenciais a respeito da própria existência, e outra dimensão baseada na necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou, até mesmo, quando ausente a capacidade de autodeterminação.²³²

A fim de promover certa estabilidade jurídica e de evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário, Ingo Sarlet, com base na junção das referidas dimensões, conceitua dignidade humana²³³, como sendo

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²³⁴

Ingo Sarlet sustenta que a dignidade humana, como um valor fundamental ou princípio normativo, “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”. Daí que estaríamos negando direitos inerentes à pessoa humana quando

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e direito constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17-19

²³² Idem, p. 30.

²³³ Peter Häberle já diz que a dignidade humana na lei fundamental alemã possuiria duas dimensões: “a dignidade como valor, no sentido de princípio filosófico-valorativo jusnatural (...), é confrontada com a dignidade como prestação (*Leistung*): dignidade não é, de acordo com esta última corrente, nem um atributo natural do homem, nem um valor, mas sim uma tarefa, que o indivíduo pode realizar, mas que também pode perder. Os direitos fundamentais não possuem a função de assegurar a dignidade, pois isso não repousa no poder do Estado, e sim de conservar as condições para essa tarefa.” HÄRBELE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e direito constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 73. (p. 45-104).

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e direito constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

não reconhecemos a presença da dignidade e de sua equivalência de “ser sujeito de direitos fundamentais”.²³⁵

Inclusive, George Sarmiento fala em um “despertar do sujeito de direito”, oportunidade na qual o cidadão adquire a possibilidade de exigir do Estado determinados direitos, ações e pretensões, bem como passa a assumir determinados deveres, estabelecendo interlocução com instituições democráticas como o Ministério Público, PROCON, Poder Judiciário, etc., “conhecendo os procedimentos para encaminhar representações, abaixo-assinados, denúncias, audiências públicas, mediações.”²³⁶

Tanto é assim que a dignidade humana foi elevada a uma categoria jurídico-constitucional, na medida em que o art. 1º, III, da Carta Magna de 1988 determina como um dos fundamentos da República do Brasil a dignidade da pessoa humana, devendo assim ser observada e efetivada como uma forma de “valorização do homem em sua dimensão individual e coletiva.”²³⁷

É bem verdade que, para a promoção e proteção da dignidade humana na Constituição Federal de 1988, houve a adoção de conceitos jurídicos, previstos em tratados internacionais e em normas costumeiras, como ocorreu com o Pacto Interamericano de direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, o qual surgiu com o objetivo de revestir em linguagem jurídica, certos dispositivos da Declaração de 1948, para que assim, assumisse caráter obrigatório e implicasse obrigações na ordem internacional, mediante a sistemática da *international accountability*.²³⁸

Nesse sentido, o referido Pacto contém vários artigos em que as partes que o ratificaram reconhecem direitos como ao trabalho, à segurança social, à educação, à moradia, à saúde, à previdência social e a um nível de vida adequado para si e sua família, necessariamente ligadas à dignidade humana, ainda que tais obrigações sejam “programáticas” e necessitem de ser promovidas pelo Estado.²³⁹

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 101-102

²³⁶ SARMENTO, George. A educação em direitos humanos e a promoção da cidadania brasileira. *In: O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Vol. 2. Enoque Feitosa... [et al.] Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012, p. 123.

²³⁷ SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. *In: Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares*. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (orgs.) Maceió: EDUFAL, 2012, p. 121.

²³⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo, 2009, p. 176.

²³⁹ BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.595-596.

Interessante que partindo dos referidos direitos econômicos, sociais e culturais, previstos no PIDESC, a Constituição Federal de 1988 também os declarou, também se fazendo necessário, para a efetivação desses, um aparato financeiro e estratégico do Poder Público.²⁴⁰

De toda forma, quando um país ratifica determinado tratado de proteção dos direitos humanos, acaba por se obrigar a estabelecer normas de direito interno que efetivem aquele direito, até pelo compromisso que prestaram perante a ordem internacional no momento da ratificação.²⁴¹

Os Estados não devem observar apenas seu próprio ordenamento jurídico, na medida em que os agentes estatais também devem se atentar para o direito internacional, “notadamente os direitos inerentes à própria condição do ser humano (direitos humanos), independentemente das fontes das quais tais direitos provenham, se dos tratados internacionais ou do direito consuetudinário.”²⁴²

Ressalte-se que essa proposta, também chamada de “justiça transicional”, advém da tentativa de superação de períodos de “graves violações a direitos humanos ocorridas durante conflitos armados (ex.: guerras civis e/ou regimes autoritários – ditaduras), implicando a adoção de providências”, como foi o caso do tribunal de Nuremberg (Tribunal Militar Internacional, estabelecido pelos Aliados vencedores da 2ª Guerra Mundial), o *Apartheid* na África do Sul (discriminação econômica e social em virtude da segregação racial) ou os clamores da manifestação semanal das mães e avós da *Plaza de Mayo*, na Argentina, a fim de recuperar as vidas, identidades e histórias de seus filhos e netos desaparecidos políticos durante a última ditadura militar no país, entre 1976 e 1983.²⁴³

Pode-se verificar a efetividade dos direitos humanos fundamentais por meio da observância (adesão espontânea dos destinatários à norma de direito fundamental, sem carecer e intervenção coercitiva estatal), aplicação (advindo de um ato de autoridade “que determine o

²⁴⁰ É nesse sentido que Eros Grau afirma que: “A Constituição não deveria prometer o impossível. Os direitos econômicos e sociais dependendo, para sua plena concretização, da ação do Poder Público, sua efetivação encontra limites fáticos em fatores econômicos, em condicionalismos institucionais, no modo de organização e funcionamento da Administração Pública e na existência e quantidade dos recursos postos à disposição do Estado.” *In*: GRAU, Eros Roberto. Realismo e utopia constitucional. *In*: **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em países periféricos**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 143.

²⁴¹ BENVENUTO, Jayme; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Normas e decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: aproximações comparativas em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Artur Stamford da Silva (org.). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011, p. 183.

²⁴² GALINDO, Bruno. Direitos humanos e justiça constitucional transicional: ainda sob(re) as sombras do passado autoritário. *In*: **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Artur Stamford da Silva (org.). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011, p.223.

²⁴³ *Idem*, p.224-234.

cumprimento do comando normativo violado”), bem como a existência de garantias processuais eficazes (através, por ex., da ação civil pública, ação popular, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança etc.). Calha ressaltar que a própria Constituição também oferece outros mecanismos de proteção aos direitos humanos, como o art. 5º, §1º (aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais), art. 60, §4º, IV (cláusulas pétreas de imutabilidade dos direitos e garantias individuais), bem como o princípio da proibição do retrocesso e da força vinculante *erga omnes* dos direitos fundamentais.²⁴⁴

Seria nesse contexto de proteção aos direitos humanos, que o direito fundamental à liberdade de expressão e o princípio da igualdade buscam um diálogo, já que ambos podem ser vistos como bases para se garantir a dignidade humana. Como pode então a dignidade humana pode “dialogar” com a liberdade de expressar o “ódio” contra determinado grupo? A fundamentação moral dos direitos humanos permite discursos discriminatórios sob o argumento de proteção à liberdade de expressão?

Pois bem. A incitação ao ódio e desprezo a determinado grupo de pessoas não se conciliaria, inicialmente, com a concepção de “dignidade da pessoa humana”, já que tal discurso tende a diminuir a dignidade dos seres humanos, sua auto-estima²⁴⁵ e nem sempre se faz possível que ela apresente seu “direito de resposta” às agressões sofridas, mediante o chamado “efeito silenciador do discurso”²⁴⁶, já que nem todos teriam reais condições de se pronunciar dentro do “mercado livre de ideias” (que, no final, não seria tão livre assim), mediante o controle dos meios de comunicação de massa, que suprimiria a voz do cidadão.

A dignidade humana, no conceito clássico de Immanuel Kant, nasce a parti de sua diferença com o termo “preço”. Estabelece-se um preço a algo que pode ser “comparado ou substituído por algo equivalente”, já aquilo que não pode ser substituído e nem comparado, que se encontra acima de qualquer preço é a dignidade.²⁴⁷ O homem é – enquanto ser moral – “portador de um valor incalculável”, isto é, a própria dignidade.²⁴⁸

²⁴⁴ SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. In: **Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares**. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (orgs.) Maceió: EDUFAL, 2012, p. 124-125.

²⁴⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 98.

²⁴⁶ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: renovar, 2005, p. 47-48.

²⁴⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 65.

²⁴⁸ Eduardo Rabenhorst completa a noção de Kant sobre a dignidade ao afirmar: “Cada ser humano é único e irrepetível. Por isso mesmo, ao contrário das coisas, os seres humanos não têm preço ou valor, mas possuem em dignidade, isto é, um valor incondicionado e absoluto que ultrapassa todos os valores.” In: “O que são direitos humanos?”. **Educação em Direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014, p. 4.

Apesar das críticas de que a busca pela dignidade humana recairia no jusnaturalismo, a sua ideia persiste, principalmente, pelos fatos históricos ocorridos nos últimos séculos, quando falamos de discriminação racial – como foi o caso dos judeus na 2ª Guerra Mundial – ou de gênero – diante do preconceito contra as mulheres. Negar a dignidade humana seria, sob pena de se cometer excesso, defender distinções infundadas entre os seres humanos, como ocorre em processos discriminatórios de todas as espécies.²⁴⁹

A dignidade humana, assim, diria respeito a uma “qualidade decorrente da condição de humanidade do indivíduo”, constituindo-se um “poderoso” instrumento que limita outros direitos fundamentais – dentre eles a liberdade de expressão. Interessante o que diz Robert Alexy sobre o princípio da dignidade humana, ao defender que, para além de formulações genéricas, o conceito de “dignidade humana” deve ser aferido diante de “feixes de condições concretas”, pois a dignidade humana não poderia ser garantida, concretamente, se o indivíduo é “humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito”.²⁵⁰

Parece-nos claro que a referida noção de “dignidade humana” não se coaduna com discursos racistas, discriminatórios e preconceituosos. O problema surge quando se analisa as soluções jurídicas apresentadas pelos diversos sistemas jurídicos para se combater manifestações dessa natureza. Será que a simples proibição é o caminho mais adequado? Será que a liberação do discurso do ódio (enquanto verdadeiro discurso e não conduta) é ação moralmente aceitável?

As respostas para tais questionamentos dependerão do sistema jurídico que se toma para análise e é por conta disso que precisamos analisar mais atentamente as possíveis soluções jurídicas para o complexo caso do discurso do ódio, particularmente a solução do sistema constitucional pátrio.

O nosso ordenamento busca estabelecer limites que identificam os direitos fundamentais e que permitem o seu exercício, como uma espécie de “condição para que se possa controlar o seu desenvolvimento normativo, partilhado com o legislador ordinário”, isto é, os limites seriam ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico

²⁴⁹ RABENHORST, Eduardo R. “A dignidade do homem e os perigos da pós-modernidade”. *Verba Juris* ano 4, n. 4, jan./dez. 2005, p. 115. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/viewFile/14815/8376>>. Acesso em: 10 set. 2014.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., Malheiros: São Paulo, 2011, p. 355.

protegido, afetando o seu exercício e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção que resultem dos direitos fundamentais.²⁵¹

As limitações dos direitos fundamentais podem advir por expressa disposição constitucional²⁵², por norma legal promulgada com fundamento na Constituição²⁵³, quando estivesse o direito em “rota de colisão” com outro direito fundamental²⁵⁴, bem como quando se levantasse, por meio do discurso jurídico, limites morais ao próprio conteúdo do direito em questão.

É dizer, os direitos fundamentais não são intangíveis, podendo receber restrições do legislador, desde que ele não acabe, com sua restrição, “descaracterizando ou mesmo aniquilando o direito fundamental, inviabilizando o seu exercício na vida social.” A fim de se impedir isso é que surgem teses como a da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais – sob uma perspectiva objetiva, quando se protege geral e abstratamente o direito fundamental previsto na norma; ou sob uma perspectiva subjetiva, quando se protege o direito fundamental do particular, do indivíduo em si –, bem como, a da utilização da máxima da proporcionalidade – baseado na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito.²⁵⁵

Tudo isso nos mostra os diversos mecanismos existentes para que os direitos fundamentais possam conviver harmonicamente dentro do Ordenamento Jurídico, muito embora se saiba que o objetivo do presente trabalho está em ultrapassar o campo da discussão sobre a ponderação dos direitos fundamentais e caminhar, de fato, para o sentido prático que a liberdade de expressão assume em casos que envolvam discurso do ódio e a participação da moral como limite de restrição (i) legítimo ou (in) suficiente.

Quando levantamos a questão do discurso do ódio e de teorias revisionais nos deparamos com situações mais complexas, que vão além do campo da responsabilidade civil e penal, por não se referirem a apenas uma reparação, mas envolverem manifestações de ideias discriminatórias e ofensivas contra determinados grupos e minorias e que têm a capacidade de

²⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 391

²⁵² Como exemplo, têm-se o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII, CF/88), que apesar de previsto como não sujeito a restrição no dispositivo referido, poderia ser temporariamente e excepcionalmente condicionada nas hipóteses de estado de defesa e estado de sítio (art. 136, §1º, I, b; art. 139, III), dispostos na Constituição. *In*: SARLET, Ingo. *ob. cit.* p. 392.

²⁵³ Como exemplo, Ingo Sarlet cita o art. 5º, LVII, da CF/88, no qual “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. *In*: SARLET, Ingo. *ob. cit.* p. 392.

²⁵⁴ SARLET, Ingo. *ob. cit.* p. 393.

²⁵⁵ FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 40-45.

instigar a violência, ódio ou discriminação contra pessoas²⁵⁶, representado uma ofensa à própria dignidade do indivíduo em si e do grupo discriminado, o que gera a proibição de sua divulgação e até publicação de livros – como ocorreu no julgamento de Siegfried Ellwanger no STF.

Pode ser a proibição de veiculação de tais ideias equiparada à censura? Se essa limitação ocorre em defesa da dignidade humana, então é um argumento moral que restringe a prática do discurso do ódio? O discurso do ódio e as teorias revisionais pertencem ao “núcleo essencial” da liberdade de expressão?

A discussão sobre o discurso do ódio (ou conduta do ódio) é instigante, razão pela qual devemos discutir suas características, suas configurações, suas limitações e se, realmente, está ele contido no direito fundamental à liberdade de expressão.

²⁵⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

3. O DISCURSO DO ÓDIO E SUA LIGAÇÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A CONTROVÉRSIA SOBRE A (I) MORALIDADE DO DISCURSO.

Como vimos no capítulo anterior, o direito à liberdade de expressão aparece como uma das maiores conquistas obtida pela sociedade, ganhando status de direito fundamental. Todavia, isso não impediria de encontrarmos a seu respeito, limites que restringem seu exercício em prol de outros valores também caros à ordem democrática.

Foi nesse sentido que os valores morais apareceram na presente pesquisa, a fim de se analisar se eles também poderiam servir de legítimos limites ao exercício da liberdade de expressão. No caso de encararmos a posição que diz ser a ética a fundamentadora dos direitos humanos, a resposta seria afirmativa, uma vez que os direitos humanos apareceriam como exigências éticas, que os seres humanos possuem simplesmente por serem seres humanos, merecendo reconhecimento, proteção e garantia por parte do poder político e da ordem jurídica.

A fim de observar tal teoria na prática é que se buscará analisar como o Direito se porta perante o discurso do ódio, na medida em que não faltam questionamentos sobre se ele está inserido no “núcleo essencial” da liberdade de expressão, devendo assim ser protegido, ou se ele não se coaduna com a nova ordem de valores do Estado Democrático de Direito e com a própria fundamentação ética dos direitos humanos.

3.1. Preconceito, discriminação ou racismo: qual o conteúdo do discurso do ódio?

No direito comparado, costuma-se chamar de “discurso do ódio” ou “hate speech”, a divulgação – de modo oral, impresso ou da mídia televisiva e internet – de temas relacionados à manifestação de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivados por discriminações acerca da raça, etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental, orientação sexual etc., cuja discussão ultrapassa a interpretação com base apenas na lei, para mergulhar nos valores assegurados constitucionalmente: liberdade, tolerância, igualdade e dignidade.²⁵⁷

Ocorre que o discurso do ódio gera diversos questionamentos, uma vez que há aqueles que o defendem, utilizando como argumentos o ambiente democrático que o discurso se deve

²⁵⁷ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 208-209.

dar, onde não se faz possível difundir apenas ideias que concordemos, mas também ideias que não nos são simpáticas. Essas ideias não deveriam ser censuradas por órgãos repressores, mas acabariam por desaparecer naturalmente na sociedade, mediante um debate aberto e da promoção de boas ideias.

Todavia, há aqueles que declaram ser um absurdo a promoção e a defesa de teorias revisionais e discursos do ódio, por violar “princípios constitucionais de convivência social, como os da igualdade e da dignidade humana”.²⁵⁸

O discurso do ódio poderia ser tomado como uma “apologia abstrata ao ódio”, na medida em que representa o desprezo e a discriminação a certo grupo de indivíduos, por esses possuírem determinadas características, crenças ou até a mesma condição social ou econômica, como os nordestinos, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais etc. Tal espécie de discurso também poderia ser utilizada, inclusive, para fundamentar teorias revisionais, que questionam ou até negam a existência do Holocausto durante a Segunda Guerra Mundial. Esse questionamento poderia incitar a volta do regime anti-semita e sua política discriminatória.²⁵⁹

Ocorre que, os indivíduos possuem liberdade de consciência e de ideologia, de maneira que a existência de ideias diferentes da nossa não poderia configurar crime, diante da promoção da “tolerância” de opiniões contrárias. A Alemanha, ao revés, criminaliza o discurso do ódio, com base no “perigo do perigo”, isto é, por vislumbrar que uma atitude racista ou xenófoba pode predispor ao cometimento de alguma ação ilegal.²⁶⁰

De fato, a categoria do “hate speech” é tão problemática, porque ela se encontra entre dois direitos na sociedade democrática: a liberdade do discurso e a liberdade da não-discriminação. Ambos merecem proteção de todo o complexo normativo.²⁶¹

Outra questão relevante seria a possibilidade de alguém – normalmente o Estado – nos dizer qual “a” verdade que justifica limitações à liberdade de expressão do indivíduo e a imposição de ideias como as “corretas” para a sociedade. Quem, dentro da sociedade, teria o poder “supremo” de dizer que a ideia X é melhor que a ideia Y? É difícil responder tal questão.²⁶²

²⁵⁸ Idem, p. 209.

²⁵⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 98.

²⁶⁰ Idem, p. 99.

²⁶¹ BOYLE, Kevin. **Hate speech- The United States versus the rest of the world? Maine Law Review**. Vol. 53.2, p. 490. (p. 488-502). Disponível em: < http://mainelaw.maine.edu/academics/maine-law-review/pdf/vol53_2/53_me_1_rev_487.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

²⁶² Em tom irônico, John Milton discorre sobre os poderes “fabulosos” dos censores: “(...) considere-se a competência que devem ter os censores. É indiscutível que aquele que deve julgar o nascimento ou a morte dos

Devemos nos lembrar que não estamos a falar de qualquer ideologia ou pensamento, mas sim de discursos que proliferam a diminuição e o desprezo por determinados grupos de minorias, oportunidade em que tais discursos podem gerar transtornos inimagináveis às vítimas.

O argumento de que a proibição a tal discurso denotaria uma atitude intolerante, gerando mais intolerância, se contrapõe a ideia de Karl Popper. Para o autor, quando os tolerantes aceitam, indiscriminadamente, a intolerância, poderia ocasionar no desaparecimento dos tolerantes e, com eles, da tolerância, ou seja, o “paradoxo da tolerância” incentiva a utilização de argumentos racionais para defender certo posicionamento também com base na tolerância. Porém, não poderia a tolerância recair na “aceitação de premissas intolerantes”, como “incitação ao homicídio, ao seqüestro de crianças ou à revivescência do tráfico de escravos”.²⁶³

Norberto Bobbio procura estudar a relação entre verdade e tolerância, de maneira que, para o filósofo político, haveria quatro argumentos provenientes desta relação: a) haveria os tolerantes de doutrinas alheias que buscariam a expansão da sua própria verdade de modo natural, ou seja, não há porque haver perseguição dos que pensam diferentes de nós, se a nossa verdade aparecerá e prevalecerá de qualquer forma (concepção otimista da história); b) a verdade continuaria sendo única, mas caberia aos possuidores dela superarem a proliferação do erro através da persuasão ou até da força;²⁶⁴ c) também haveria uma única verdade, mas se aceitaria conviver com o erro em nome de um “princípio moral”, isto é, em nome do respeito pela pessoa alheia;²⁶⁵ bem como, d) a atitude tolerante seria uma atitude prática que existiria graças às razões utilitárias (tolerância vista como um mal menor), isto é, aceitar o erro pode

livros, se eles devem passar por este mundo ou não, necessita ser um homem de qualidades incomuns, ao mesmo tempo estudioso, culto e judicioso. Não poderão ocorrer erros mesquinhos na censura do que é aceitável ou não, e nem mesmo vil injustiça. Por mais contencioso que seja, o censor achará sua missão desagradável, e uma grande perda de tempo. Ver-se-á transformado no perpétuo leitor de livros e panfletos que não escolheu, muitas vezes pesados volumes. Nenhuma obra é aceitável em todas as estações.” *In*: MILTON, John. **Areopagítica: Discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra**. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 117.

²⁶³ POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. 01 – O fascínio de Platão. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974, p. 389-390.

²⁶⁴ A ideia da democracia é de justamente evitar a utilização da força diante de mudanças sociais e políticas, pregando a tolerância através do diálogo, pois “se hoje existe uma ameaça à paz mundial, esta vem ainda uma vez do fanatismo, ou seja, da crença cega na própria verdade e na força capaz de impô-la.” *In*: BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 12 reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 51.

²⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2000, p. 137-142.

ser um “ato de astúcia”, pois a perseguição provocaria escândalos que divulgariam ainda mais o erro.²⁶⁶

Ocorre que esse mesmo paradigma da tolerância é utilizado como argumento para se permitir o “debate livre” ou o “free speech”, por incentivar os indivíduos a conviverem com doutrinas opostas no mesmo espaço da opinião pública. Daí que, conforme John Rawls²⁶⁷, a liberdade dos intolerantes só deve ser restringida quando os tolerantes, “sinceramente e com razão”, acreditam que a sua própria segurança e a das instituições de liberdade estariam em perigo. A utilização da tolerância e da persuasão poderia ser vista como uma alternativa ao uso da força e da coerção.²⁶⁸

Calha destacar que dessas quatro relações que temos de verdade e tolerância, podemos ainda mencionar quatro correntes que se desenvolvem a partir das referidas argumentações. A primeira corrente pode ser tomada pelo nome de “sincretismo”, por tentar conciliar diversas teorias (pragmatismo, historicismo, neopositivismo etc.), fundido-as, para se alcançar a verdade, isto é, apenas do choque entre as mais diversas e complexas teorias e da tolerância delas é que se alcançaria a verdade, são eles os que “acreditam demais”.²⁶⁹

Outra corrente é “ecletismo”, o qual defende que o “erro” está misturado a “verdade” e que, por conta disso, não haveria nenhum sistema que tivesse o “privilégio” de possuir o conhecimento verdadeiro em si, daí que se buscaria a criação de uma “terceira via”, utilizando-se das parcelas da verdade de cada um dos sistemas analisados.²⁷⁰

A terceira corrente se denomina de “historicismo”. Ela defende que as doutrinas são muitas e todas elas são verdadeiras cada uma em seu “tempo e lugar”, isto é, a verdade variará mediante as transformações históricas.²⁷¹

Uma quarta corrente é do “personalismo”, que nos diz que a verdade é pessoal, irreduzível às pessoas, por isso é que são elas são infinitas e todas são “dignas de serem ouvidas”. Se dividirmos ainda o personalismo em ético e ontológico, poderemos dizer que

²⁶⁶ “A tolerância, nesse caso, é o efeito de uma troca, de um *modus vivendi*, de um *do ut des*, sob a égide do ‘se tu me toleras, eu te tolero. É bastante evidente que, se me atribuo o direito de perseguir os outros, atribuo a eles o direito de me perseguirem. Hoje é você, amanhã sou eu.’” In: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 209.

²⁶⁷ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 239.

²⁶⁸ VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012, p. 16-17. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

²⁶⁹ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2000, p. 144.

²⁷⁰ Idem, p. 145.

²⁷¹ Idem, p. 146.

para o primeiro “a tolerância é um dever moral e é devida pelo respeito à pessoa, independentemente da verdade por ela professada”, enquanto para o segundo, “a tolerância é devida pelo próprio respeito à verdade, que no momento que é revelada pela pessoa a transcende e se abre à verdade dos outros.”²⁷²

Descobrir os contornos da tolerância é uma atividade hercúlea, pois, muito embora se diga que há um limite lógico para a tolerância – “todas as ideias devem ser toleradas, menos aquelas que negam a ideia de tolerância”²⁷³ –, como é que poderemos aplicar isso na prática? Como poderemos não tolerar os intolerantes sem virarmos nós mesmo intolerantes? Não seria a tolerância um próprio dever moral, revestido no dever de respeito à liberdade de expressão do *outrem*? A perseguição ao intolerante seria uma ação melhor do que o reconhecimento do seu direito de se expressar, por mais absurdo que possa ser seu discurso? Seria legítimo se, atualmente, viéssemos a proibir o livro “*Mein Kampf*”²⁷⁴ de Adolfo Hitler, este com um dos discursos mais intolerantes e discriminatórios da história?

Esse é um dos “calcanhares de Aquiles” da proibição do discurso do ódio, pois ao tentar se “sopesar” os pontos negativos e os pontos positivos de sua vedação, haveremos de cair, inevitavelmente no fato de que o discurso do ódio apresenta em seu âmago o preconceito e a discriminação de minorias e, por conta disso, seria ainda possível tolerá-lo? A solução para o problema variará conforme o modelo jurídico, político e filosófico que se adote, como veremos mais adiante no estudo do posicionamento norte-americano, no germânico e no brasileiro.

Por hora, devemos continuar com o estudo do “hate speech”, a fim de formar nossas bases teóricas para as críticas destas expressões. Para tanto, podemos indagar: o discurso do ódio seria, de fato, a simples manifestação de um preconceito e, por conta disso, manifestação legítima da liberdade de expressão?

²⁷² Idem, p. 147.

²⁷³ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2000, p. 153.

²⁷⁴ Néelson Jahr Garcia, na apresentação da obra “*Minha Luta (Mein Kampf)*” de Hitler, muito bem anota que ela foi a “melhor obra já escrita **contra** o nazismo” (grifo nosso). Diz isso porque “por mais que demonstrassem o totalitarismo, a crueldade e a desfaçatez daquele regime, nada conseguiu superar o original”, em sua perseguição – diga-se repulsiva – contra todos aqueles se opuseram a seu regime. A título de exemplo do disparate do discurso de Hitler, podemos citar um trecho de seu livro: “O que hoje se apresenta a nós em matéria de cultura humana, de resultados colhidos no terreno, da arte, da ciência e da técnica, é quase que exclusivamente produto da criação do Ariano. É sobre tal fato, porém, que devemos apoiar a conclusão de ter sido ele o fundador exclusivo de uma humanidade superior, representando assim ‘o tipo primitivo daquilo que entendemos por ‘homem’. É ele o Prometeu da humanidade, e da sua frente é que jorrou, em todas as épocas, a centelha do Gênio, acendendo sempre de novo aquele fogo do conhecimento que iluminou a noite dos táticos mistérios, fazendo ascender o homem a uma situação de superioridade sobre os outros seres terrestres.” *In*: HITLER, Adolf. **Minha Luta (Mein Kampf)**. Disponível em: <file:///C:/Users/seven/Downloads/(Ebook-Portugues)Adolf%20Hitler%20-%20Minha%20Luta%20-%20Mein%20Kampf.pdf> Acesso em: 06 set. 2014.

O termo “preconceito” representa uma opinião ou um conjunto de opiniões, que é, conforme Norberto Bobbio, “acolhida acriticamente e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens (...) com tanta força que resiste a qualquer refutação racional”.²⁷⁵

Haveria uma “predisposição” em acreditar nesta opinião com base na “pré-compreensão” do agente, composta de um conjunto de valores e crenças que são “resultado da formação educacional, social e cultural do indivíduo e dos quais ele não consegue se separar quando da necessidade de interpretar uma determinada situação ou norma”.²⁷⁶

O preconceito não é só individual, mas também social – podendo levar ao ódio, ao desprezo e à rivalidade. Para aqueles que desenvolvem ideias do ódio, o preconceito se alimenta de desigualdades naturais e sociais, podendo ser racial, cultural, religioso, social e de gênero. O preconceito, assim, pode se desenvolver em vários aspectos e trazer consigo diversas consequências, como a marginalização social e a perseguição política.²⁷⁷

Por sua vez, a discriminação aparece como um consequência geral do preconceito, que vai além da simples diferença, já que se baseia em “critérios ilegítimos, normalmente relacionados à ideia de superioridade de um grupo em relação ao outro” e foram ideias como essas que fizeram com que surgissem e se mantivessem a escravidão e o holocausto.²⁷⁸

Norberto Bobbio destrincha as “fases” que o processo de discriminação perpassa até chegar a pontos extremos – como o da violência. Para o filósofo político, teríamos, em primeiro momento, que a discriminação se funda em um “mero juízo de fato”, ao se constatar a diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo. Até aqui não haveria reprovabilidade alguma já que os seres humanos apresentam sim suas diferenças conforme sua cultura, religião, etnia etc. A segunda fase do processo de discriminação se encontra na passagem do juízo de fato para o juízo de valor, oportunidade na qual se apresentam valores aos grupos como de bom ou mau, civilizado ou bárbaro, superior intelectualmente ou inferior intelectualmente, etc. Esse segundo critério é “relativo, historicamente ou mesmo subjetivamente condicionado”, como ocorre com a discriminação dos brancos para com os negros (o juízo de fato aponta que os negros são diferentes dos brancos – e isso não é reprovável –, mas um juízo de valor de que os brancos são superiores aos negros ou que os negros são uma raça inferior, com base em um critério de valor inserido acriticamente em

²⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2000, p. 103.

²⁷⁶ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 104.

²⁷⁷ Idem, p. 109.

²⁷⁸ Idem, p. 109-110.

certo grupo por força da tradição ou de uma autoridade reconhecida, como foi Hitler). A terceira e última fase do processo de discriminação se dá com a dedução (diga-se: absurda) de que por um grupo ser superior ao outro (2ª fase) teria ele o direito de suprimir o grupo inferior, como ocorreu com a tentativa de extermínio dos judeus em todos os países em que o nazismo estendera seu domínio.²⁷⁹

As consequência desse processo de discriminação, para Bobbio, podem se dar no âmbito jurídico – quando se limita o direito do indivíduo através da própria gozação de direitos, como a ausência de direito ao voto das mulheres²⁸⁰ –, por meio da marginalização social – como “guetos de minorias étnicas ou sociais” –, bem como a perseguição política – que para Bobbio também poderia ser entendida como a tentativa de eliminar os “grupos inferiores”, como ocorreu no período nazista com os judeus e ciganos.²⁸¹

A conduta preconceituosa e discriminatória pode ser tipificada como crime de racismo, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 20, da Lei nº 7.716/89, com posterior redação pela Lei nº 8.081/90. Ele pode ser tomado como as atribuições negativas a certo segmento social que possuem características em comuns e, por conta disso, estão sujeitos a um tratamento hostil e desigual.²⁸² É nesse sentido que a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1965, já diz em seu art. 1º que discriminação racial é:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Kevin Boyle faz um apanhado interessante das possíveis causas que geraram o racismo, com base nos últimos relatórios das Nações Unidas. Diz ele que a história, a variedade econômica, política e social, além de fatores culturais foram importantes para as manifestações de racismo, principalmente nas áreas de conquista, na procura de cativos para a

²⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2000, p. 107-109.

²⁸⁰ No Brasil, apenas em 1927, no Estado do Rio Grande do Norte, no município de Mossoró, que uma mulher conseguiu o direito de voto (a professora Celina Guimarães Viana). A partir de então, a conquista da professora Celina Viana foi sendo estendida para outras mulheres em alguns municípios do seu Estado (Natal, Açari e Apodi) em 1928. Foi ainda neste Estado em que foi eleita a primeira prefeita do Brasil em 1929, a Sra. Alzira Soriano, na cidade de Lages. Ressalte-se que somente em 03 de maio de 1933, na eleição para a Assembleia Nacional Constituinte, que pela primeira vez a mulher brasileira pode votar e ser votada em âmbito nacional. *In: Série Inclusão: a conquista do voto feminino no Brasil*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-a-conquista-do-voto-feminino-no-brasil>>. Acesso em: 07 set. 2014.

²⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2000, p. 116-117.

²⁸² *In: Voto Ministro Nelson Jobim. Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 98.

escravidão, na imposição de leis de exclusão racial, no colonialismo e no imperialismo. Infelizmente, o racismo pareceu aumentar conforme a democracia e a ciência se expandiam, inclusive, já no século XIX, o racismo científico acabou gerando falsas teorias e doutrinas que justificavam a inferioridade de alguns e a superioridade de outros,²⁸³ tais teorias ainda hoje encontram defensores.

Infelizmente, o processo de discriminação, na qual chamamos de racismo, pode ser visto claramente (e dramaticamente) durante a 2ª Guerra Mundial, quando Hitler defendeu a superioridade ariana sobre as demais “raças”, inclusive se utilizando dos meios de comunicação de massa e de propaganda para disseminar suas ideologias e evitar a manifestação de ideias contrárias.²⁸⁴ A “política nazista de extermínio” se iniciou com a privação dos direitos dos judeus (discriminação jurídica), inclusive com a proibição de casamento (e até de relações sexuais) entre alemães e judeus, para depois debandar na própria retirada da vida dos que carregavam o sangue judeu.²⁸⁵

Tal política nazista era prevista no que se convencionou chamar de “Leis de Nuremberg”, de 15 de setembro de 1935. Com conteúdo claramente racista e discriminatório, a lei definia a pureza ariana pela “árvore genealógica” do indivíduo, isto é, a partir dos quatro avós, se estabelecia se o indivíduo era alemão (os quatro avós alemães), judeu (os quatro avós judeus) e mestiço se descendia de um ou dois judeus. Baseados nesta distinção, o governo nazista impunha a segregação racial, proibia a união matrimonial, coabitação e relações sexuais entre judeus e alemães, além de estabelecer uma divisão social que relegava os judeus a “cidadãos de segunda categoria”²⁸⁶, afirmando:

Art. 1º São proibidos os casamentos entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado. Os casamentos celebrados apesar dessa proibição são nulos e de nenhum efeito, mesmo que tenham sido contraídos no estrangeiro para iludir a aplicação desta lei. Só o procurador pode propor a declaração de nulidade.

²⁸³BOYLE, Kevin. Overview of a dilemma: censorship versus racism. *In: Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Edited by Sandra Coliver. Contributing Editors Kevin Boyle and Frances DSouza. ARTICLE 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 3. (p. 1-8)

²⁸⁴Hannah Arendt nos diz que “as massas tem que ser conquistadas por meio da propaganda”, dentro do “ímpeto do totalitarismo”. De fato, os movimentos totalitários usariam o terror até certo ponto, pois também devem proliferar ideias “plausíveis aos olhos do público”, isto é, “quando o totalitarismo detém o controle absoluto, substitui a propaganda pela doutrinação e emprega a violência não mais para assustar o povo (o que só é feito nos estágios iniciais, quando ainda existe a oposição política), mas para dar realidade às suas doutrinas ideológicas e às suas mentiras utilitárias.” *In: ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. 5 reimpressão. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 390.

²⁸⁵MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

²⁸⁶REIS JÚNIOR, Ari Timóteo dos. “Hermenêutica e aplicação do Direito. Breves apontamentos sobre a interpretação jurídica no paradigma contemporâneo.” *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2794, 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18553>>. Acesso em: 7 set. 2014.

Art. 2º As relações extra-matrimoniais entre Judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado são proibidas.

Art. 3º Os Judeus são proibidos de terem como criados em sua casa cidadãos de sangue alemão ou aparentado com menos de 45 anos.

Art. 4º Os Judeus ficam proibidos de içar a bandeira nacional do Reich e de envergarem as cores do Reich. Mas são autorizados a engalanarem-se com as cores judaicas. O exercício desta autorização é protegido pelo Estado.

Art. 5º Quem infringir o artigo 1º será condenado a trabalhos forçados. 3) Quem infringir os arts. 3º e 4º será condenado à prisão que poderá ir até um ano e multa, ou a uma ou outra destas duas penas.

Art. 6º O Ministro do Interior do Reich, com o assentimento do representante do Führer e do Ministro da Justiça, publicarão as disposições jurídicas e administrativas necessárias à aplicação desta lei.

Em seguida, em 1937 e 1938, o governo nazista exigiu que os judeus registrassem suas propriedades, para depois transferi-las (a preços baixíssimos) e direcionar sua administração para os “não-judeus”. E na tentativa de estigmatizar cada vez mais o grupo judeu, os nazistas os obrigavam a carregar carteiras de identidade, adicionadas com a letra “J” (carimbada em vermelho) e para aqueles cujos primeiros nomes não podiam ser facilmente reconhecidos como “judeus”, adicionou-se um segundo nome em sua identificação: “Israel” para homens e “Sara” para mulheres.²⁸⁷

Todavia, após ser comprovado cientificamente pelo estudo do genoma humano não haver raças, o conceito jurídico para “racismo” mereceu sofrer alterações. Isso ocorreu no julgamento do HC 82.424-2/RS, oportunidade na qual se fixou que a prática do crime de “racismo” passou a abranger “toda e qualquer perseguição a um grupo étnico, religioso, cultural e social”, e foi por isso que mesmo os judeus não sendo considerados uma raça, receberam proteção jurídica, já que a discriminação contra o referido povo foi entendida como crime de racismo, como melhor será discutido posteriormente.²⁸⁸

O fato é que as expressões de ódio atacam “traços arraigados no cerne da identidade dos indivíduos”. Por conta desses ataques é que se buscou dar aparato internacionalmente à proteção desses direitos humanos, ao se ressaltar que liberdade de expressão não deve abrigar as expressões de ódio no espaço de debate público, como ocorreu com o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 4º), de 1965; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigos 19.3.“a” e 20.2), de 1966; a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (artigo 13.5), de 1969; e, ainda, a Declaração (itens 86 a 91) e o Pacto de Ação (itens 143 a 147) elaborados na III

²⁸⁷ Holocausto: um local de aprendizado para estudantes. As leis raciais de Nuremberg. **United States Holocaust Memorial Museum.** Disponível em: <
<http://www.ushmm.org/outreach/ptbr/article.php?ModuleId=10007695>>. Acesso em: 10 set. 2014.

²⁸⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 115.

Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em 2001.²⁸⁹

É dizer, no plano internacional também se buscou, e ainda se busca, combater as práticas racistas e discriminatórias, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. O Brasil, por exemplo, é signatário da Convenção Internacional contra o genocídio, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução nº 96, de 11.12.1946,²⁹⁰ que menciona ser o genocídio um crime contra o Direito Internacional e condenável no mundo civilizado, onde se nega a igualdade, a dignidade e a democracia.²⁹¹

Com o esgotamento do paradigma liberal e a afirmação do Estado Social, haveria uma espécie de reconhecimento pelo Estado dos desníveis sociais, buscando assim atender as reivindicações sociais, inclusive, podendo restringir a liberdade de expressão desde que para o bem-estar da sociedade.²⁹²

Seguindo esse posicionamento, Gilmar Mendes defende ser muito importante se por em prática não apenas a igualdade ou a liberdade, mas, principalmente a fraternidade, por ser ela essencial em uma sociedade multicultural e complexa, em que todas as formas de fundamentalismo, racismo, segregação racial e social, representam afrontas aos direitos humanos. Para Mendes, em uma sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade e a fraternidade se unem cada vez mais, sendo isso reconhecido pelo sistema normativo constitucional e na proteção de minorias.²⁹³

Foi nesse sentido que o Brasil também aprovou a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965), através do Decreto Legislativo nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969, merecendo destaque o seu artigo IV por nos dizer:

²⁸⁹ VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal.** Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012, p. 3. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

²⁹⁰ O decreto legislativo nº 02, de 11 de abril de 1951, aprovou o texto da Convenção de Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, firmado na cidade de Paris, em dezembro de 1948, pelo Brasil e outros países, durante a Terceira Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas para, em 06 de maio de 1952, ser a Convenção promulgada, conforme o decreto legislativo nº 30.822. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>, bem como, <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1950-1959/decretolegislativo-2-11-abril-1951-351286-publicacaooriginal-124286-pl.html>>. Acesso em: 10 set. 2014.

²⁹¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 119-120

²⁹² FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. **Discurso do ódio enquanto manifestação ofensiva: um exame comparativo sobre os limites da liberdade de expressão.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=42c8938e4cf57777>>. Acesso em: 10 jan. 2015, p. 2.

²⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015, p. 3-5.

Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente:

a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.

c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.²⁹⁴

Os dizeres do referido dispositivo não divergem do posicionamento adotado na Europa e, particularmente, na Alemanha, por encararem o discurso do ódio como uma verdadeira conduta racista (capaz de gerar violências morais e físicas) e não apenas um discurso legítimo, proveniente do direito à liberdade de expressão.

Interessante pontuar que, falar em “extinção” do preconceito ou da discriminação é algo difícil de imaginarmos já que todos nós os temos e não precisa ser um gênio para se perceber quão difícil é alterar nossos pensamentos e crenças, principalmente pelas pré-compreensões que carregamos, graças a nossa família, ao nosso grupo de convívio, a nossa educação, enfim, ao nosso conjunto de valores.

Todavia, por vivermos em sociedade, devemos ficar atentos não somente aos nossos direitos, mas também a nossos deveres, dentre eles, o de respeito ao outro indivíduo – por razões religiosas, morais ou (principalmente) para a manutenção da convivência pacífica. Grupos de minorias – que, por óbvio, não são grupos inferiores – sempre haverão de existir dentro dos diversos agrupamentos que formam a sociedade, cabendo ao Estado desenvolver meios de protegê-los e de, ao mesmo tempo, preservar suas características e diferenças – pois são também elas que promovem a identidade de um povo –, através de normas jurídicas e de políticas públicas.²⁹⁵

²⁹⁴ BRASIL. Senado Federal. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 10 set. 2014.

²⁹⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 11c0-111.

Nesse viés, Friedrich Kübler cita as três razões mais comuns para se criminalizar o “hate speech”: a) os discursos racistas negam o direito de proteção e de tratamento igualitário, que também se encontram nas constituições e nas convenções internacionais, além de que a liberdade de expressão deve colaborar na definição social dos outros, inclusive podendo ser limitada quando nega a dignidade alheia; b) o “hate speech” causa forte dor emocional, intimidação e medo no grupo afetado. Poderia até se argumentar que esses sentimentos é o preço que se paga pela liberdade de esse expressar individualmente, porém, não seria só dor psicológica que o “hate speech” traria, mas também pode levar a atos de violência e de perseguição; bem como, c) o “hate speech” seria uma forma de estigmatização pública que pode silenciar a minoria e excluir os membros individualmente como também o grupo da interação comunicacional da sociedade, também chamado, “efeito silenciador do discurso”.²⁹⁶

Uma coisa é possuir o preconceito – até certo ponto incontrolável –, outra coisa é fazer ele de escada para o “extermínio” de minorias não aceitas por qualquer razão absurda, porque isso sim é absurdamente inaceitável.²⁹⁷ Nesse ponto, será o discurso do ódio (repita-se: o discurso) capaz de alimentar práticas tão repulsivas quanto às ocorridas na Segunda Guerra Mundial ou durante o período de escravidão?

Bem, o fato é que não existem apenas teorias que defendem a criminalização do “hate speech”, uma vez que também há aqueles que formulam defesas ao discurso livre – integrando aqui o “hate speech” –. Uma das alegações é o fato de que não poderia o indivíduo avocar um dano moral “avassalador” por expressões de ódio a determinado grupo, se tal ofensa fosse dirigida de modo “vulgar” e “hiperbólica” a uma coletividade de pessoas. Outro argumento levantado é de que o poder ofensivo de estereotipização de grupos minoritários na TV, no cinema e na literatura é muito maior do que no debate público. Além do que, a ofensa que a liberdade de expressão pode ocasionar faria parte das “regras do jogo”, isto é, é parte do

²⁹⁶ KÜBLER, Friedrich. "How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights." *In: Scholarly Commons at Hofstra Law*. 1998, V ol. 27: Iss. 2, Article 3, p. 366-367. (p. 336-375). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol27/iss2/3>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

²⁹⁷ No voto do ministro Maurício Corrêa, no julgamento do HC nº 82.424/RS, diz ele que a aceitação do discurso racista pode gerar efeitos incrivelmente danosos, como o ocorrido na Segunda Guerra Mundial. As autoridades tinham o dever de reagir a isso e não o fizeram, preferindo o silêncio à ação. Daí, calha juntar trecho do conhecido poema “No Caminho com Maiakóvski”, de Eduardo Alves da Costa, escrito na época da ditadura militar brasileira, mas que se amolda perfeitamente ao caso: “Tu sabes, conheces melhor do que eu a velha história. Na primeira noite eles se aproximam e roubam uma flor do nosso jardim. E não dizemos nada. Na segunda noite, já não se escondem: pisam as flores, matam nosso cão, e não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a luz, e, conhecendo nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E já não podemos dizer nada.” *In: Voto Maurício Corrêa. Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 40-41.

preço que temos que pagar por viver em uma sociedade livre. Responder ao intolerante com mais intolerância, não seria moralmente aprovável para esta corrente.²⁹⁸

Nesse viés, o experimento de se impedir o “free speech” ocasionaria o seguinte fato: a “censura vai se tornar um método moralmente correto e historicamente válido de ensinar a verdade.”²⁹⁹

A tentativa de afastar o discurso livre, inclusive o “hate speech”, através do argumento de que são ideias odiosas e imorais, recairia em um fanatismo e na ausência do debate legítimo que desafiaria o próprio discurso do ódio. É dizer, o caminho para combater as expressões de ódio seria com a abertura política do debate, pois dizer que elas não merecem respostas por serem tão absurdas poderia ocasionar no fortalecimento do próprio ódio.³⁰⁰

Para esta corrente, o Estado pode até fazer opções morais no que concerne à criminalização ou não de expressões do ódio ou do que considera, de fato, igualdade política, utilizando-se do aparato normativo necessário para isso, porém, será que também não seria moralmente aprovado o discurso livre e de igualdade na expressão de opiniões? Para alguns doutrinadores do “free speech” a postura da criminalização acabaria gerando também um fanatismo e fomentando a censura.³⁰¹

Diante desse impasse, será com a análise do direito comparado da Corte norte-americana e da Corte Germânica que poderemos destrinchar as diferenças na abordagem do discurso do ódio e de teorias revisionais.

Os Estados Unidos da América, por exemplo, adotam postura mais liberal, no que concerne à divulgação e publicação de obras com conteúdos discriminatórios, por defender uma extensão ao direito de liberdade de expressão, ainda que venham a ser palcos de intolerâncias e pódio contra minorias, até porque o marco do fortalecimento da liberdade de expressão e imprensa no direito americano foi a edição da 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que diz:

²⁹⁸ BÁRBARA VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012, p. 16-17. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

²⁹⁹ WOLFSON, Nicholas. **Hate speech, Sex Speech, Free Speech**. Praeger: Westport, CT, 1997, p. 76.

³⁰⁰ MALIK, Kenan. Why hate speech should not be banned? *In: Pandaemonium*. Texto publicado em 19 de abril de 2012. (Entrevista concedida por Kenan Malik a Peter Molnar, para integrar o livro, editado com Michael Herz, “The content and context of hate speech: Rethinking regulation and responses”). Disponível em: <<https://kenanmalik.wordpress.com/2012/04/19/why-hate-speech-should-not-be-banned/>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

³⁰¹ MALIK, Kenan. The moral demands of “free speech”. *In: Pandaemonium*. Texto publicado em 18 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://kenanmalik.wordpress.com/2011/02/18/the-moral-demands-of-free-speech/>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

Primeira Emenda: O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.

Por óbvio que ela não vem a defender o direito absoluto da liberdade de expressão, uma vez que apenas o Juiz Hugo Black, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no julgamento do caso *New York Times vs. United States*, conhecido como o caso dos documentos do Pentágono (*The Pentagon papers case*) asseverou o direito ilimitado da imprensa, sem qualquer tipo de censura, principalmente do Estado, uma vez que ela [a imprensa] deveria servir como principal órgão fiscalizador do ente público.³⁰²

Todavia, se tomarmos como base o sistema alemão, veremos a criminalização do discurso do ódio, por este não ser nem considerado verdadeiro discurso, mas sim uma conduta ofensiva às minorias, não pertencendo ao núcleo de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão.

Para muitos, a proibição do discurso do ódio reside na sua ofensa à dignidade humana. Essa mesma dignidade – de conceito tão extensivo e controverso – é utilizada como base para uma fundamentação moral dos direitos humanos, isto é, independente das contingências históricas ou culturais, do poder político ou classe social, ou de característica física ou intelectual, “os direitos humanos aparecem como direitos morais, isto é, como exigências éticas ou como direitos que os seres humanos têm por serem homens”, devendo ser reconhecidos, protegidos e garantidos pelo Poder Político e pela ordem jurídica.³⁰³

Porém, como promover a conciliação entre os direitos humanos de liberdade e de igualdade no caso do discurso do ódio? Como a concepção moral dos direitos humanos pode ajudar nessa questão? Destrinchemos melhor o debate, através do posicionamento que os Estados Unidos e que a Alemanha possuem.

3.2. O sistema americano de proteção da Liberdade de Expressão: o pragmatismo jurídico e as limitações morais ao “free speech”.

Como vimos no primeiro capítulo, o conceito de liberdade de expressão como Direito Fundamental ganha seus contornos iniciais a partir do século XVIII, dentro das constituições liberais, adquirindo relevância extrema para a afirmação da burguesia no período das

³⁰²CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 509-510.

³⁰³FERNÁNDEZ, Eusebio. Ob. Cit., p 98.

Revoluções Liberais, “quer como um instrumento de propagação das ideias revolucionárias (Liberdade de Imprensa), quer para a afirmação do Estado Laico, repelindo qualquer subordinação ou influência da Igreja Católica (Liberdade Religiosa).”³⁰⁴

Em sendo assim, a acepção do termo liberdade formou o conceito de dignidade humana dentro dos moldes liberais, haja vista que, quando falamos na efetivação da liberdade de expressão, por exemplo, dentro de uma construção liberal/burguesa, estaríamos falando da própria dignidade humana também. É claro que haveria restrições a essa liberdade, mas de modo mínimo, aos moldes do *laissez-faire* e da não intervenção estatal. Dessa maneira, a Liberdade de Expressão tenderá a admitir o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo dos ofendidos.³⁰⁵

Fazendo um estudo da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos é revelada uma forte proteção a inúmeras expressões – por muitos outros países, consideradas inaceitáveis – sob a justificativa de fortalecer o “free speech”. É nessa discussão que o direito à liberdade de expressão queda-se vitorioso, nos julgados norte-americanos, mesmo que diante da afronta à privacidade, reputação e até igualdade. A justificativa geralmente dada para isto: “a igualdade social pode ser alcançada passo a passo com a proteção dos discursos de desigualdade.”³⁰⁶

É válido destacar que a teoria do “discurso livre” ou do “free speech” tem nas suas bases os ensinamentos de John Milton, no séc. XVII, do filósofo John Stuart Mill, no séc. XIX, e nos julgamentos de Oliver Wendell Holmes Jr. e Louis Brandeis, no início do séc. XX. Nesse sentido, Mill já explicava, a mais de um século atrás, que até mesmo se a opinião estiver em erro, ela conterà uma porção de verdade, até que seja contraposta com opiniões contrárias, para que a verdade tenha alguma chance de se sobrepor.³⁰⁷

Representa um importante precedente na tradição jurídica norte-americana e dentro do debate do “hate speech”, o julgamento do caso *Beauharnais v. Illinois* (1952)³⁰⁸,

³⁰⁴ FREITAS, Riva Sobrado de, e CASTRO, Matheus Felipe. **Discurso do ódio enquanto manifestação ofensiva: um exame comparativo sobre os limites da liberdade de expressão**. Disponível em: <<http://www.publicaDireitos.com.br/artigos/?cod=42c8938e4cf57777>>. Acesso em: 13 de mar. 2014.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012, p. 4-5. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³⁰⁷ WEINSTEIN, James. **Hate speech, Pornography, and the Radical Attack on free speech Doctrine**. Westview Press: Boulder – CO, 1999, p. 4.

³⁰⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **343 U.S. 250** (72 S.Ct. 725, 96 L.Ed. 919). *BEAUHARNAIS v. PEOPLE of the STATE OF ILLINOIS*. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/250>>. Acesso em: 13 de mar. 2014.

oportunidade na qual a Suprema Corte declarou a constitucionalidade da lei que dizia ser ilícita a distribuição, por qualquer pessoa, de qualquer publicação que representasse depravação, criminalidade, promiscuidade, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo, ou religião, ou submetesse esses a ultraje, denegrimiento ou calúnia, ou que produzisse perturbação da paz ou levantes.³⁰⁹

Essa lei fora aplicada na condenação criminal de um indivíduo que promovera a distribuição de panfletos em Chicago, nos quais convocavam os brancos a se unirem contra os negros e evitarem miscigenação racial. Foi diante dessa situação que a Suprema Corte manteve a condenação, considerou a lei constitucional e validou a ideia de *group libel* (difamação coletiva).³¹⁰

Todavia, em 1969, a Suprema Corte proferiu decisão que reforça a postura norte-americana de fortalecimento do debate livre, em detrimento da honra, em questões de caráter público, como foi aconteceu no caso *Brandenburg vs. Ohio*. Ele se referia ao envolvimento de um cidadão que, num comício da *Ku Klux Klan*,³¹¹ em uma fazenda de Ohio, proferiu um discurso discriminatório contra os negros e judeus.³¹²

Dentro do contexto de primazia da liberdade de expressão e muito embora ser a conduta do apelante **moralmente** reprovável, a Suprema Corte entendeu que as palavras proferidas “não representavam um perigo de ocorrência de uma ação ilícita iminente contra os negros.” Inclusive, como bem dizia Oliver Holmes Jr., “a liberdade de expressão tem que ser

³⁰⁹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direitos alemão e o Americano. **Revista de Direito Público – IDP**. Brasília, n.15, jan-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.Direitospublico.idp.edu.br/index.php/Direitospublico/article/view/521/919>>. Acesso em: 13 de mar. 2014.

³¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: Estudos de Direitos Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 213. E Daniel ainda cita trecho da decisão do *Justice* Frankfurter: “[as ofensas pessoais] não são parte essencial de qualquer exposição de ideias, e possuem um valor social tão reduzido como passo em direção à verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente sobrepujado pelo interesse social na moralidade e na ordem. (...) O trabalho de um homem, as suas oportunidades educacionais e a dignidade que lhe é reconhecida podem depender tanto da reputação do grupo racial ou religioso a que ele pertença como dos seus próprios méritos. Sendo assim, estamos impedidos de dizer que a expressão que pode ser punível quando imediatamente dirigida contra indivíduos, não possa ser proibida se dirigida a grupos.” *In*: SARMENTO, Daniel. *Ob. cit.* p. 213.

³¹¹ A Ku Klux Klan pode ser encarada como um movimento que surgiu na em 1866, comandado pelo general confederado Nathan Bedford Forrest, após o fim da Guerra Civil americana, iniciada pelos estados do sul do país. O determinado grupo iniciou sua hostilidade contra os negros (mediante o fim de sua escravidão), sendo posteriormente estendida, nos idos de 1920, aos imigrantes, judeus e homossexuais, em favor da “superioridade” branca, sulista e americana. Para aprofundar a questão ver: BARRETT-FOX, Rebecca. Book Review. “Review of the books *The New Hate: A History of Fear and Loathing on the Populist Right*, by A. Goldwag and *One Hundred Percent American: The Rebirth and Decline of the Ku Klux Klan in the 1920s*, by T.R. Pegram.” **Journal of Hate Studies. Hate and Political Discourse**. Volume 10 (1), p. 221-229, 2012. Disponível em: <<http://arthurgoldwag.files.wordpress.com/2012/10/journal-of-hate-studies-review-of-new-hate.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2014.

³¹² Brandemburg, inclusive, usou a frase: “os crioulos (nigger’s) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel.” *In*: SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: Estudos de Direitos Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 214.

reconhecida mesmo em relação àquilo que cause mais repulsa na sociedade”, de maneira que a Suprema Corte entendeu que, ainda que a questão do racismo fosse relevante, ainda assim, a lei do Estado de Ohio deveria ser declarada inconstitucional pois punia a defesa de uma ideia e isso seria afrontar a liberdade de expressão.³¹³

Já o discurso de negação do Holocausto – uma das principais manifestações do “discurso do ódio” –, inclusive, punido pela lei alemã nos artigos 130 e 185 do Código Penal Federal da Alemanha, é aceito pelo tribunal americano, desde que não exista perigo concreto e iminente do ato ilícito ser praticado. É dizer, fazer declarações obviamente falsas, como a negação do Holocausto, não é punível nos Estados Unidos e seria difícil que o Congresso ou alguma assembleia legislativa estadual tentasse criminalizar a simples negação do Holocausto. Poder-se-ia, no entanto, refletir sobre o potencial de admissibilidade constitucional da proibição da negação do Holocausto nos Estados Unidos, até porque a Suprema Corte já disse no caso *Gertz v. Robert Welch*³¹⁴ que “não há valor constitucional em declarações falsas de fato.”³¹⁵

Foi o que ocorreu no caso *Collin vs. Smith*, em 1978, quando o município de Skokie tentou impedir manifestações em uma passeata, organizada pelo Partido Nacional-Socialista da América, na qual os participantes usavam uniformes nazistas e bandeiras com o símbolo da suástica. O município, inclusive, editou a norma nº 995 e 996, a fim de impedir o evento.

Todavia, as referidas leis foram declaradas inconstitucionais pela 7ª *Circuit Court*, por violação ao direito à liberdade de expressão, já que as manifestações se dariam de modo pacífico.³¹⁶ Tanto foi assim que disse a 7ª *Circuit Court*.³¹⁷

Para se receber a proteção da Primeira Emenda não há que apenas se basear no fato de “falsa ideia”. Muito embora, uma opinião perniciosa possa aparecer, nós não devemos observar a correção da consciência dos juízes e dos júrís, mas sim a competição de outras idéias. A falsidade afirmada pelos dogmas nazistas merece, realmente, seu repúdio geral, mas não, simplesmente, justificar sua supressão. (tradução nossa)

³¹³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **395 U.S. 444**. *Brandenburg v. Ohio* (No. 492). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444>>. Acesso em: 14 de mar. 2014.

³¹⁴ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **418 U.S. 323**. *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (No. 72-617). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/323>>. Acesso em: 14 de mar. 2014.

³¹⁵ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre os Direitos alemão e o Americano. **Revista de Direitos Público – IDP**. Brasília, n.15, jan-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.Direitospublico.idp.edu.br/index.php/Direitospublico/article/view/521/919>>. Acesso em: 13 de mar. 2014.

³¹⁶ SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 214.

³¹⁷ *Collin vs. Smith*. **578 F.2d 1197**. United States Court of Appeals. Seventh Circuit. Decided May 22, 1978. Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/colinvsmith.html>>. Acesso em: 07 de ago. 2014.

É fato que na jurisprudência dominante americana, a liberdade de expressão, nela incluído o direito de expressar mensagens de ódio, seria um Direito prioritário que normalmente prevalece sobre interesses contrapostos de dignidade, honra, civilidade e igualdade. “Nos Estados Unidos, o discurso do ódio é visto integralmente como uma forma de discurso, e não de conduta, apesar do fato de que tal discurso possa ser verdadeiramente doloroso para outros.”³¹⁸

Daí que, se firmou o entendimento na Suprema Corte Americana de que seria inconstitucional a limitação do discurso político do manifestante – ainda que o discurso tivesse como conteúdo palavras de ódio e a defesa de teorias revisionais –, uma vez que se deveria adotar uma postura neutra em relação às diferentes ideias presentes na sociedade, para proteger o exercício da liberdade de expressão, a não ser que tais manifestações pudessem provocar “imediate reação violenta da audiência”.³¹⁹

Essa visão difere, principalmente, da atual Constituição Alemã que confere à dignidade, à honra e à personalidade um *status* mais elevado que ao direito à liberdade de expressão, justamente em razão de sua história na 2ª Guerra Mundial e por sua tradição de discurso público patrocinado pelo Estado, ao exigir que os cidadãos respeitem e observem um nível mínimo de civilidade e educação.³²⁰

Contudo, Oliver Holmes Jr. defendeu, em seus pronunciamentos na Suprema Corte dos Estados Unidos da América e em suas obras, desde o início do século XX, que seria uma decisão do povo decidir as ideias que apoiaria ou rejeitaria, sem regulação estatal. Para ele, as ideias odiosas desapareceriam naturalmente ao perder a força no “livre mercado de ideias”, apenas ressaltando os casos em que um discurso implicasse um “perigo claro e iminente”, momento no qual não deveria receber a proteção da liberdade de expressão, como ficou claro nos julgamentos de *Schenk vs. United States* e *Abrams vs. United States*.³²¹

Ambos os casos tratavam, basicamente, de divulgação de propaganda contra a participação de recrutas na 1ª Guerra Mundial.

No caso *Schenk vs. United States*, referente à distribuição por Schenk de 15.000 panfletos aos recrutas, denunciando a guerra e insistindo na oposição ao recrutamento,

³¹⁸ BRUGGER, Winfried. Ob. cit.

³¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: Estudos de Direitos Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 215.

³²⁰ Idem.

³²¹ POSNER, Richard A. **Direitos, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 278-280.

Holmes disse que seu direito não estaria baseado na Primeira Emenda³²², uma vez que ao analisar o caso concreto se veria o perigo “claro e presente”, na medida em que “com o país em guerra, o Congresso tinha um interesse legítimo e de fato urgente em evitar que o recrutamento de soldados fosse obstruído e a conduta dos réus ao mesmo tempo pretendia obstruir esse recrutamento.”³²³

No segundo caso, *Abrams vs. United States*, entendeu Holmes pela aplicação da Primeira Emenda, haja vista que “uma ideia é verdadeira (mais precisamente, o mais próximo da verdade que seja possível para nós chegarmos) apenas se prevalecer na concorrência com outras ideias no mercado das ideias”, ou seja, a conduta dos réus em *Abrams* não representaria um perigo “claro e presente”, uma vez que não havia provas de que os panfletos foram distribuídos diretamente aos recrutas e trabalhadores do campo das munições.³²⁴ É dizer, nas palavras do pragmático Holmes, *ipsis litteris*:³²⁵

Eu não duvido para um momento que pelo mesmo razão que justificaria ao castigar a persuasão para assassinar, os Estados Unidos possam castigar a fala que produz ou é pretendido que produza constitucionalmente um claro e iminente perigo que provocará em seguida certos males substantivos que os Estados Unidos podem buscar prevenir constitucionalmente. (...) mas como contra perigos peculiar a guerra, como contra outros, está sempre o princípio do direito para liberdade de expressão. É só o perigo presente de mal imediato ou uma intenção para trazer isto sobre isso autoriza congresso fixando um limite à expressão de opinião onde propriedades privadas não estão preocupadas. O Congresso não pode proibir todo o esforço para mudar a mente do país certamente. Agora, ninguém pode supor que o publicando sub-reptício de um folheto tolo por um homem desconhecido, não impeça o sucesso do governo ou tenha qualquer tendência apreciável para fazer assim.

Referente aos supracitados pareceres, Richard Posner critica Holmes ao dizer que ele não observara a “magnitude do mal” da conduta dos réus no caso *Schenk*, mas apenas a “probabilidade do mal”, mas essa crítica não afastaria a importância dos julgados para a interpretação da Primeira Emenda americana, principalmente quando se fala em “balanceamento pragmático”, ao analisar as consequências da decisão e não apenas a

³²² “Primeira Emenda: O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o Direitos das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”. Assim, a proteção à liberdade de expressão se dá no caráter genérico e de imprensa particular, já que também contempla a liberdade religiosa (*free exercise clause*), a separação entre Igreja e Estado (*establishment clause*), o Direitos de reunião pacífica (*right of assembly*) e o Direitos de petição (*right to petition the Government*). In: Prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, p. 20, do livro FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: renovar, 2005.

³²³ POSNER, Richard A. **Direitos, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 279.

³²⁴ Idem, p. 280.

³²⁵ Tradução livre. HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 319.

expressão literal do texto constitucional ou legal, ou dos precedentes, tornando “o Direito mais bem adaptado a seu ambiente social (o análogo darwiniano), mas também os custos de dano a esses bens.”³²⁶

Interessante observar que a teoria de Holmes sobre o “livre mercado de ideias” é uma das mais difundidas na corte norte-americana, desde que o jurista afirmou, em 1919:

O espaço à expressão de opiniões me parece perfeitamente lógico. Quando alguém tem dúvidas sobre suas opiniões ou de seu poder, e deseja um resultado de todo seu coração, esse alguém naturalmente expressa seus desejos na lei e afasta toda oposição... Mas quando os homens percebem que o transcurso do tempo tem desvirtuado muitas convicções, poderão terminar concluindo (...) que o fim último desejado é melhor alcançado pelo livre intercâmbio das ideias, que o melhor teste da verdade é o poder que tem o pensamento de terminar sendo vitorioso na concorrência do mercado e que a verdade é a base sólida sobre a qual seus interesses podem ser alcançados sem risco. De qualquer sorte, esta é a teoria da Constituição. É um experimento, bem assim como a vida toda é um experimento. A cada ano, senão a cada dia, temos que apostar nossa salvação em alguma profecia baseada em nosso conhecimento imperfeito. Enquanto este experimento fizer parte do nosso sistema, acredito que devemos estar sempre vigilantes contra as tentativas de impedir as expressões que nos aborrecem... Somente a emergência que cria o perigo iminente (...) justifica abrir uma exceção a ordem que estipula que “o Congresso não fará nenhuma lei que restrinja a liberdade de expressão (...)”³²⁷

Por conta disso é que Oliver Holmes Jr. defendia não haver ideias verdadeiras ou falsas *a priori*, sem que antes fossem inseridas na discussão pública, por isso não caberia ao Estado o papel de “censor”, decidindo que ideia poderia ou não retirar do discurso, por considerá-la errônea ou por desaprová-la.³²⁸ Assim, defende Holmes que as falácias ou as falsidades dos discursos opressores deveriam ser combatidas não com o silêncio, mas sim com mais debate e expressão, apenas sendo adotada a censura quando o mal que se quisesse evitar fosse “relativamente sério”.

Com isso, Holmes passa a ser visto como “o grande dissidente” das decisões da Suprema Corte norte-americana sobre liberdade de expressão, de modo que muitas de suas teses representam bases fortíssimas para a defesa do “free speech”.³²⁹

Outro julgado que reflete a filosofia liberal americana, baseada numa ordem espontânea de formação dos Direitos fundamentais, foi o caso *Texas vs. Johnson*³³⁰, no qual

³²⁶ POSNER, Richard A. **Direitos, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 280.

³²⁷ Trecho da decisão estadunidense “Abrams v. United States”, (250 US 616), 1919, p. 630/631

³²⁸ KAGAN, Elena. Private Speech, Public Purpose: The Role of Government, Motive in First Amendment. *In: University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 63, 1996, pp. 413-428.

³²⁹ VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012, p. 6. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

se discutiu a possibilidade de criminalização de conduta pela queima de símbolos nacionais, como a bandeira americana. Entendeu aqui a Suprema Corte que uma pessoa não poderia ser punida por isto, desde que fosse a bandeira sua propriedade e não houvesse a possibilidade do fogo se espalhar.

Todavia, como bem alerta Richard Posner, a liberdade de expressão não é absoluta, variando seu conteúdo e proteção conforme as mudanças de circunstâncias³³¹, “e não apenas percepções alteradas de segurança pública e saúde moral, mas também mudanças em percepções de valor”, e isso se comprova com o ataque terrorista ocorrido em 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, uma vez que as imagens de queima da bandeira americana tornaram-se mais ofensivas e ganharam maior destaque.

Não obstante, também cresceu o movimento em defesa de que os sexistas e os racistas deveriam receber uma proteção abaixo da Primeira Emenda da Constituição americana, buscando se afastar teses científicas que estereotipam sexual ou racialmente, de modo explícito ou implícito, o indivíduo ou o grupo de minoria, até porque uma pessoa que é ofendida por meio do “hate speech” sofreria humilhação emocional e a perda de sua dignidade, podendo, inclusive ser vítima de um dano psicológico permanente.³³²

Em virtude de tais condutas ofensivas – seja aos grupos de minorias ou até à nação americana – como se dá o papel do Estado na proteção do direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos? Quais os limites de atuação do Estado americano na regulamentação deste direito? A primeira emenda veda, realmente, qualquer espécie de restrição à liberdade de expressão? É o que veremos a seguir.

3.2.1. O papel do Estado americano na regulamentação do direito à liberdade de Expressão.

Se de um lado temos o Estado como agente limitador do exercício da liberdade de expressão, no campo individual, já que limita a autonomia discursiva dos indivíduos, temos também, de outra via, o Estado como promovedor da abertura e da ampliação do espaço de

³³⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **151 U.S. 81** (14 S.Ct. 250, 38 L.Ed. 81), TEXAS & P. RY. CO. v. JOHNSON. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/151/81>>. Acesso em: 14 de mar. 2014.

³³¹ Posner defende que isso não seria um relativismo, mas sim um empirismo. *In*: POSNER, Richard A. **Direitos, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 284.

³³² WOLFSON, Nicholas. **Hate speech, Sex Speech, free speech**. Praeger: Westport, CT, 1997, p. 47.

determinados grupos no “mercado de ideias”, dentro do espaço democrático. Como promover a conciliação desses dois papéis?

Na tradição norte-americana o Estado tende a ser visto como “potencial violador” do direito fundamental à liberdade de expressão, uma vez que tal direito descrito na Primeira Emenda, normalmente, é associado à autonomia privada, devendo essa se manter livre de interferências externas, principalmente da estatal.³³³

Os defensores de uma teoria, digamos assim, mais libertária, nos informam que a Primeira Emenda deve ter precedência, uma vez que “o debate aberto e livre é uma precondição para alcançar uma igualdade verdadeira e substantiva”, focando-se na figura do “autor da mensagem”.³³⁴

Assim, para a teoria do “mercado livre de ideias”, desenvolvida por Oliver Holmes Jr., o Estado somente poderia censurar e punir o “hate speech”, cujas expressões fossem destinadas a “incitar ou produzir uma iminente ação violenta” e fossem suficientes para isso (“teoria do perigo claro e iminente”, também de Holmes Jr.), inclusive, podendo gerar uma reação violenta por parte dos ouvintes, sem que fosse possível conter satisfatoriamente tal multidão.³³⁵ É o também chamado “chilling effect” (efeito congelante/paralisante), onde os cidadãos (racistas ou não) não ficariam apenas intimidados através de um regulamento governamental que criminalizasse o discurso odioso, sendo necessária a utilização de outros mecanismos, como o próprio debate para solucionar o problema.³³⁶

Todavia, o excesso a que se propõe a teoria libertária – haja vista que o Direito da igualdade também deve ser observado – nos leva a formulação de alguns questionamentos: como se pode alcançar uma política verdadeiramente igualitária e democrática se não se oferece condições reais de igualdade do discurso? Como assegurar o direito absoluto dos “emissores poderosos de mensagens” se a autonomia daqueles que não têm acesso aos veículos de comunicação se encontra comprometida? A entrega do controle do discurso ao

³³³ BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.** Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_comassa.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2014. p. 4.

³³⁴ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública.** Rio de Janeiro: renovar, 2005, p. 42.

³³⁵ VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal.** Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012, p. 07. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

³³⁶ SCHAUER, Frederick. "Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect". In: **Faculty Publications.** Paper 879: 1978, p. 694. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

“livre mercado de ideias” pode excluir os que não têm não tem influência no mercado da comunicação social e entregar seu domínio à grande mídia?

Um dos problemas fundamentais da liberdade de expressão aparece, assim, na democratização dos seus meios de comunicação, para se permitir “um debate público plural e aberto, vital para o exercício do autogoverno pelo povo”.³³⁷ Fala-se aqui do “efeito silenciador do discurso,”³³⁸ expressão utilizada por Owen Fiss, que trata da importância da interferência do Estado no exercício da liberdade de expressão, a fim de equilibrar os interesses dos envolvidos no mercado de ideias, pois, caso contrário, os controladores dos meios de comunicação de massa³³⁹ suprimiriam a voz dos cidadãos.

Esse “efeito silenciador do discurso” sugere maior dano, do que um simples aborrecimento ou irritação, pois se afeta a auto-estima do indivíduo ou do grupo perante o restante da comunidade, ou pior, pode ser as expressões de ódio um prelúdio para o comportamento violento, isto é, o “insulto racista não ocorre isoladamente.”³⁴⁰

Abrindo parênteses sobre as grandes redes de comunicação de massa, é válido destacar que o Brasil possui norma constitucional – art. 220, § 5º, da CF/88 – a qual proíbe a sujeição dos meios de comunicação social – sejam eles impressos ou eletrônicos – de forma direta ou indireta, a monopólio ou oligopólio, a fim de se evitar a censura pelos próprios meios de comunicação (por razões econômicas, políticas ou pessoais), além de se tentar harmonizar o “pluralismo de ideias” com o “mercado de ideias”.³⁴¹

Já no sistema jurídico norte-americano, temos que quando se levanta a Primeira Emenda de sua Constituição em defesa do “free speech”, não podemos dizer que a vedação à edição pelo Congresso de qualquer lei que possa limitar a liberdade de expressão ou imprensa

³³⁷ SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 208.

³³⁸ *In*: FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: renovar, 2005, p. 47-48.

³³⁹ É o que Fábio Comparato diz ocorrer no Brasil, mediante o regime oligárquico da imprensa, tendo em vista que “a exploração dos mais importantes órgãos de comunicação de massa é feita por grupos empresariais privados, estreitamente afinados com os interesses de sua classe, que controla o governo nacional e o Parlamento. Nesses países, o desenrolar das eleições mais importantes faz-se sempre sob a influência decisiva da propaganda veiculada pela grande imprensa, pelo rádio e, sobretudo, pela televisão. Temos, portanto, que o debate público sobre as grandes questões da vida política e econômica da nação é estruturalmente falseado.” *In*: COMPARATO, Fábio Konder. “A democratização dos meios de comunicação”. **Revista USP**, São Paulo, n.48, p. 6-17, dezembro/fevereiro 2000-2001, p. 12.

³⁴⁰ MOON, Richard. The Regulation of Racist Expression. *In*: COHEN ALMAGOR, Raphael (coordenador). **Liberal Democracy and the Limits of Tolerance**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000, p. 183-184 (pp. 182-194).

³⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_comassa.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2014, p. 17.

é aplicada de forma absoluta por sua Suprema Corte, como nos alerta Owen Fiss. Isso porque se passou a ler o dispositivo não como uma vedação absoluta à regulação estatal do discurso, mas como uma forma de delimitar os contornos da intervenção do Estado.³⁴²

O Estado apresentaria contravalores aos da liberdade de expressão, de modo a se garantir o equilíbrio dela com a igualdade. No caso do discurso do ódio, caso não se promovesse, por meio estatal, políticas de respeito e regulamentação dos meios de comunicação e na divulgação de ideias que incitassem ao ódio, algumas consequências poderiam ser observadas, como a diminuição da auto-estima das vítimas. Nesse sentido, continua Owen Fiss, *ipsis litteris*:

Afirma-se que o discurso de incitação ao 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 essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem.³⁴³

Há aqueles que defendem que o “princípio da neutralidade” estatal na tradição norte-americana deve também ser aplicado em casos como de incitação ao ódio, já que não deveria ele favorecer um lado ou outro do debate, podendo haver uma distorção do debate a fim de promover interesses particulares.³⁴⁴

Ademais, a Corte americana busca enfatizar uma ligação da Primeira Emenda com o discurso público, ao dizer que ela “abarcaria, ao menos, a liberdade de discutir publicamente... todas as questões de interesse público”. O sentido que o termo “público” deveria assumir na doutrina da primeira emenda seria a de uma expressão constitucionalmente independente das “autoridades de gestão das instituições estatais”.³⁴⁵

Nesse sentido, a discussão pública deveria facilitar a comunicação entre as pessoas das mais variadas tradições e culturas. Deve prevalecer a tolerância, não podendo silenciar o discurso alheio, por conta de posições preexistentes sobre adequabilidade e razoabilidade, porque isso prejudicaria o próprio debate. O debate público exigiria, assim, valores de neutralidade, diversidade e individualismo, bem como “empreendimento deliberativo do autogoverno democrático”.³⁴⁶

³⁴²FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: renovar, 2005, p. 33.

³⁴³Idem, p. 47.

³⁴⁴ ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. O discurso do ódio à luz da filosofia política: uma abordagem jurisprudencial comparativa. In: **Filosofia do direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades**. Coordenação Aduardo de Lima Catão, Antonio Alves Pereira Netto e Vítor de Andrade Monteiro. Curitiba: Juruá, 2014, p. 227. (p. 217-246)

³⁴⁵ POST, Robert C. **El estado frente a la libertad de expresión**. Tradução de Andrés Bertoni y Julio Rivera. Buenos Aires: Universidade de Palermo-UP, 2011, p. 95.

³⁴⁶Idem, p. 111-115.

Porém, a aplicação absoluta daquele princípio também estaria “desfavorecendo certos agentes discursivos (speakers) – o que queimou a cruz (...) – e fazer julgamentos baseados em conteúdo, mas alegadamente apenas para assegurar que todos os lados sejam ouvidos.”³⁴⁷

De outra via, ocorre que os defensores da teoria democrática do Estado, na regulamentação do direito à liberdade de expressão, trazem consigo críticas, como o fato de ser o Estado uma nova espécie de “curador da qualidade do discurso público”, avaliando o “que merece e o que não merece ser dito”. Isso poderia acarretar em censura, podendo gerar efeitos tão graves quanto o “livre mercado de ideias”.³⁴⁸

Muito embora, é importante ressaltar que, para a doutrina mais radical contra o discurso livre, a fala racista serve para intimidar, denegrir e silenciar o grupo ofendido. Afirmam que quando pleiteiam a proteção legal contra a agressão verbal recebida, recebem como resposta que a Primeira Emenda da Constituição Americana é neutra, mas essa suposta neutralidade do “free speech” seria uma mentira, pois quando forças poderosas reclamam que certos discursos as prejudicam, a Corte encontraria exceções à liberdade de expressão e permitiria sua regulamentação, como na fala comercial, industrial e na calúnia. Todavia, quando as minorias reclamam que o discurso racista interfere no nível educacional delas, na oportunidade de empregos ou que causam danos emocionais severos, estes danos são diminuídos ou ignorados. Enfim, reclamam os críticos do “free speech” que o “mercado livre de ideias” é uma “fantasia”, pois ele não alcança os que estão marginalizados no sistema.³⁴⁹

Como podemos perceber a discussão no sistema jurídico americano é bem intensa, no que se refere à interferência estatal em assuntos relacionados, particularmente, a Primeira Emenda.

Analisamos que toda a limitação do Estado no âmbito da Primeira Emenda ocorreria, de modo expresse, em prol do debate livre e aberto para os participantes e ouvintes. Nesse sentido, poderíamos entender que a justificativa desta regulamentação estaria baseada na concepção de Justiça, entendida como verdadeiro equilíbrio entre as partes, e assim, sua ligação com a moral social, na medida em que não parece ser moralmente aceitável a incitação e à prática ao ódio a determinado cidadão ou grupo da comunidade.

³⁴⁷ FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: renovar, 2005, p. 54.

³⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_comassa.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2014, p. 6.

³⁴⁹ WEINSTEIN, James. **Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on free speech Doctrine**. Westview Press: Boulder – CO, 1999, p. 3.

Ronald Dworkin faz uma inferência da leitura moral da Constituição norte-americana com a Primeira Emenda, afirmando que a leitura moral está profundamente arraigada na prática do direito constitucional, seja implicitamente, quando os juízes decidem concordam com a legislação e as declara constitucional (como quando o juiz “considera moralmente admissível que a maioria da população torne o aborto um crime”), ou explicitamente, quando os princípios de alguns juízes são modificados pela experiência e pelo diálogo para que se garanta a Constituição, dizendo, por vezes, “à maioria da população, que ela não pode ter o que quer”, de modo a “por o direito na dependência dos princípios morais que por acaso são dotados pelos juízes de determinada época”.³⁵⁰

Para Dworkin, a leitura moral – “simpatia pela ideia de que os dispositivos constitucionais são princípios morais que devem ser aplicados por meio de um juízo moral” – ainda é tida por juristas e políticos americanos com reservas, por acreditarem ser possível que, em casos difíceis, se decida de modo moralmente neutro, com a “simples obediência ao texto”.³⁵¹

Ronald Dworkin vem defender que o conjunto de emendas da Constituição americana³⁵² são, em verdade, princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado. Nem por isso toda interpretação constitucional será condicionada a sua leitura moral, em virtude da existência de muitos dispositivos suficientemente claros, como o que estabelece a idade mínima do Presidente da República, mas deve sim a leitura moral ser tida como um critério de interpretação democrática que busca compatibilizar o texto constitucional às exigências históricas e estruturais do Direito Constitucional americano atualmente.³⁵³

A crítica feita a essa concepção de “leitura moral” da Constituição, diz respeito à importação de exagerado subjetivismo às decisões judiciais ou à concessão de um “poder

³⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5-7.

³⁵¹ Dworkin chega a afirmar o seguinte: “Para eles, o entusiasmo pela leitura moral dentro de uma estrutura política que atribui aos juízes à suprema autoridade em matéria de interpretação é elitista, antipopulista, anti-republicano e antidemocrático.” *In*: DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 8-9.

³⁵² Gustavo Binenbojm nos lembra que o documento “Bill of Rights”, se refere ao conjunto das dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos da América, que eram aplicadas, originalmente à proteção dos cidadãos frente ao governo federal, para só depois do advento da doutrina da “incorporação”, tal declaração passar a ser aplicada também aos Estados-membros. Não se podendo esquecer também das outras quatro emendas acrescentadas após a guerra civil, dentre as quais está a décima quarta emenda, que defende, em linhas gerais, a igualdade entre os indivíduos. *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_comassa.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2014, p. 1.

³⁵³ DWORKIN, Ronald. *Ob. cit.* p. 10-12.

absoluto” aos juízes para que esse impusesse suas próprias convicções morais. Oliver Holmes Jr. reforça que os valores morais até poderiam fazer parte do conteúdo do Direito, mas não significar que os juízes poderiam “importar seus próprios valores subjetivos debaixo da linguagem abstrata dos direitos”,³⁵⁴ haja vista a crítica a entidades abstratas e a utilização de proposições gerais,³⁵⁵ para decidir o caso concreto, pois seriam os fatos que determinariam a correção ou não da interpretação jurídica, isto é, a separação entre direito e moral em Holmes ocorre, mas não de forma absoluta, já que o que não se admitira era a substituição de “juízos legislativos ou precedentes claramente identificados” pelos aspectos subjetivos da moral.³⁵⁶ Essa postura de Holmes foi bem discutida no primeiro capítulo da presente dissertação e tal posicionamento ainda possui primazia na tradição norte-americana.

3.3. O sistema alemão de proteção da liberdade de expressão: a liberdade de expressão e o discurso do ódio no Tribunal Constitucional alemão.

Diferentemente dos Estados Unidos, a Alemanha e outros países europeus, não aceitam justificações e interpretações a favor da livre expressão de discursos do ódio, nem tampouco se admite a negação ou banalização do Holocausto.

É nesse sentido que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, assevera a proteção ao direito à liberdade do desenvolvimento da personalidade, em seu art. 2.1, “na medida em que não violar os direitos de outrem e não infringir a ordem constitucional ou a lei moral” e é por conta deste parâmetro que o art. 5º da mesma Carta Fundamental reconhece o direito à liberdade de expressão, prevendo, por sua vez, formas de limitá-lo e regulá-lo, *in verbis*:

- (1) 1. Todos têm Direitos à liberdade de exprimir e divulgar a opinião oralmente, por escrito, e em imagens e de se informar através das fontes a todos acessíveis. 2 A lei garantirá a liberdade de imprensa e a liberdade de reportagem pela rádio e filme. 3 Não existe nenhuma censura.
- (2) Estes Direitos estão limitados nas normas das leis gerais, nos princípios da proteção aos jovens e no Direito da dignidade pessoal.
- (3) 1. A Arte e a ciência, a investigação e o ensino são livres. 2. A liberdade do ensino não dispensa a fidelidade à Constituição.

³⁵⁴ KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory and Judicial restraint**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007, p. 59.

³⁵⁵ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992, p.306.

³⁵⁶ CATÃO, Adualdo de Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. *In: Filosofia do direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades*. Coordenação Adualdo de Lima Catão, Antonio Alves Pereira Netto e Vítor de Andrade Monteiro. Curitiba: Juruá, 2014, p. 22. (p. 15-28)

Diante da relatividade do exercício da liberdade de expressão é que o Código Penal Federal da Alemanha pune em seu art. 130 e parágrafos o discurso do ódio e a proibição de teorias revisionistas.³⁵⁷

(1) Quem, de forma capaz de perturbar a paz pública, 1. incitar ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrárias contra eles, ou 2. atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão de três meses até cinco anos.

(2) Com pena de privação de liberdade até três anos ou com multa será castigado quem a. divulgue; b. exponha publicamente, fixe, exiba ou de outra maneira faça acessível; c. ofereça a uma pessoa menor de 18 anos ou lhe faça acessível; d. produza, financie, forneça, tenha disponível, ofereça, anuncie, elogie, trate de importar ou exportar: 1. publicações que incitam ao ódio contra parte da população ou contra um grupo nacional, racista, religioso, determinado por sua etnia, que exortem a medidas de violência ou arbitrariedade contra eles ou agridam a dignidade humana insultando-os, depreciando-os maldosamente ou caluniando-os, a todos ou parte deles (...) 2. divulgue por radiodifusão um programa com os conteúdos assinados no número 1 (acima).

(3) Com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com multa será castigado quem, em público ou em uma reunião, aprove, negue ou minimize um fato cometido com base no regime do Nacional Socialismo e da índole disposta no art. 220 a (1), de tal maneira que seja capaz de perturbar a paz pública.

(4) O inciso 2 deste artigo também se aplica para as publicações com conteúdos assinalados no inciso 3 (acima) (...)

De modo um modo geral, o art. 130 do Código Penal alemão, com sua alteração em 1960, diz haver algumas exigências para a punição do discurso do ódio, como a existência de discurso de ódio ou degradante, direcionado contra parte da população, ou ser o ataque direcionado à dignidade dos outros, afetando “quando e onde a dignidade do outro começa”. Além disso, passa-se a se proibir a produção e a distribuição de materiais racistas, além da própria negação ou minimização do Holocausto (proibição de teorias revisionais).³⁵⁸

Outro artigo do Código Penal Federal Alemão que se relaciona à vedação ao discurso do ódio é o de número 185, uma vez que proíbe ofensas tanto contra indivíduos, quanto a grupos (entrando aí o discurso do ódio), sendo o agente punido com “pena de prisão que não ultrapassará um ano, ou por multa”.

A criminalização de tais condutas pelo Código Penal Federal Alemão vem sendo admitida pela sua Corte Constitucional Federal como restrições legítimas à liberdade de expressão, tanto em nível abstrato, quanto em nível concreto. Em nível abstrato porque a Corte diz que as restrições se justificam nas cláusulas da Lei Básica que limitam, expressamente, os direitos de comunicação (principalmente se seu conteúdo for o do discurso

³⁵⁷ Tradução livre. REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Código Penal Federal Alemão, de 15 de maio de 1871 (atualizado em 1998). Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf>. Acesso em: 13 de mar. 2014.

³⁵⁸ KÜBLER, Friedrich. How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights. In: **Scholarly Commons at Hofstra Law**. 1998, Vol. 27: Iss. 2, Article 3, p. 343-346. (p. 336-375). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol27/iss2/3>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

do ódio). No nível concreto, a Corte nos diz que a liberdade de expressão não é absoluta, até porque existem os direitos de personalidade que servem de limites legítimos as manifestações de opiniões que se revelam em verdadeiros insultos e difamações, por isso a importância de se averiguar a veracidade da informação e o interesse público envolvido no caso concreto.³⁵⁹

A experiência histórica alemã foi fundamental para que se considerasse o abuso do direito de liberdade de expressão particularmente traumático, uma vez que o abuso teria proporcionado o falecimento da República de Weimar, mediante a supressão dos direitos humanos pelo regime nacional socialista. Na medida em que tais ofensas repercutiram na formação da Lei Fundamental de Bonn e em toda legislação subsequente, aparece fortalecido na tradição germânica o conceito de “militância democrática”, que permite limitações ao exercício de direitos humanos, quando sua prática seja abusiva e possa destruir a ordem democrática do país.³⁶⁰

Por sua vez, como já dito anteriormente, o posicionamento alemão não se coaduna com o entendimento liberal de Holmes Jr., na medida em que esse acreditava que cabia ao povo decidir as ideias que apoiaria ou rechaçaria, sem regulação estatal. Para ele, as ideias odiosas desapareceriam naturalmente ao perder a força no livre mercado de ideias, apenas ressaltando os casos em que um discurso implicasse um “perigo claro e iminente”, momento no qual não deveria receber a proteção da liberdade de expressão.³⁶¹

Na tradição alemã, diferentemente, a liberdade de expressão não aparece como valor absoluto do Estado – como na tradição americana – e isso logo se vê quando percebemos a criminalização de condutas que venham expressar insultos e difamações, como ocorre no discurso do ódio, ainda que os efeitos dele não ultrapassem o limite moral, isto é, ainda que não haja a incitação concreta – como agressões físicas – às minorias discriminadas.

Por óbvio que o Direito à liberdade de expressão também apresenta sua relevância no sistema alemão, até porque ele, dentro de um Estado Democrático de Direito, “é nada mais do que constitutivo, uma vez que é apenas por meio dele que há debate intelectual constante, choque de opiniões, ou seja, o seu elemento vital é tornado possível”. E é nesse sentido que a Corte Constitucional Alemã estabeleceu dois preceitos básicos para a análise dos casos envolvendo o referido Direito. O primeiro deles se refere ao princípio da proporcionalidade,

³⁵⁹ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direitos alemão e o Americano. **Revista de Direitos Público – IDP**, pp. 117-136. Brasília, n.15, jan-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/Direitospublico/article/view/521/919>>. Acesso em: 13 de mar. 2014, p. 122.

³⁶⁰ HOFMANN, Rainer. Incitement to National and Racial Hatred: The Legal Situation in Germany. *In: Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Edited by Sandra Coliver. Contributing Editors Kevin Boyle and Frances DSouza. ARTICLE 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 160. (p. 159-170)

³⁶¹ POSNER, Richard A. **Direitos, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 278-280.

pois se a restrição à liberdade de expressão provir de leis que promovam interesses públicos ordinários não se mostrará justificável a interferência, devendo-se demonstrar o interesse público relevante que justifique a intromissão. Já o segundo preceito se refere à análise das interpretações possíveis da aplicação do Direito à liberdade de expressão no caso concreto, pois se houver mais de uma interpretação possível, dever-se-á utilizar aquela que menos ofenda e menos restrinja à liberdade ou que, ao menos, se apresente argumentos razoáveis no julgamento adverso.³⁶²

Brugger nos fala que a difamação de grupos (ou insulto coletivo) pelo discurso do ódio tanto é punido pelo art. 185, quanto pelo art. 130, ambos do Código Penal Alemão, desde que se atenda a quatro requisitos:

- 1) o grupo que é atacado deve ser um grupo pequeno, em vez de grande; 2) as características do grupo devem diferir das do público em geral; 3) a declaração difamatória deve atacar a todos os membros do grupo, em vez de membros individualmente ou típicos; e 4) a crítica derogatória deve ser fundada em critérios inalteráveis ou em critérios que são atribuídos ao grupo pela sociedade maior que o rodeia, em vez de pelo próprio grupo, especialmente características físicas ou mentais.³⁶³

A ideia de tal punição é evitar o máximo possível um clima favorável para o discurso do ódio, mediante a “perturbação da paz”, criada por meio da difamação coletiva. O Código Penal alemão não espera a concretização da conduta de ódio que levem a prática de ato criminoso específico (como a agressão física), já que aqui já se elevaria o “risco geral de ruptura da paz pública, inclusive violações da dignidade e honra de grupos minoritários e a ocorrência de crimes de ódio”, isto é, tenta-se punir o “perigo de um perigo”.³⁶⁴

Com isto se percebe a forma diferenciada como um mesmo discurso pode ser tratado e até tipificado penalmente a depender do sistema jurídico adotado. Particularmente, a Alemanha passou por fato histórico que justifica o tratamento mais restrito ao discurso do ódio, em virtude do Holocausto ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial.

Porém, esse mesmo tratamento – de criminalização antecipada do discurso – poderia trazer consequências negativas também, já que a discussão sobre o Holocausto, inclusive dentro de teorias revisionais, faria com que tal atrocidade não fosse esquecida das mentes dos cidadãos, com intuito de evitar a sua repetição.

³⁶² BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito alemão e o Americano. **Revista de Direito Público – IDP**. pp. 117-136. Brasília, n.15, jan-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/521/919>>. Acesso em: 13 de mar. 2014, p. 124.

³⁶³ BRUGGER, Winfried. Ob. cit. p. 127.

³⁶⁴ Idem, p. 129.

O caso *Guntër Deckert* trata da legitimidade ou não de teorias revisionais, uma vez que o Poder Judiciário alemão absolveu *Deckert* em primeira instância, mas o condenou em sede de recurso a um ano de prisão (que foi suspensa) e multa de pequeno valor, pela seguinte conduta: *Guntër Deckert* organizou uma palestra para a qual convidou *Freud Leuchter* – americano especialista na construção de câmaras de gás nas cadeias americanas – e nessa oportunidade *Leuchter* negou a existência de câmaras de gás na 2ª Guerra Mundial – e, por consequência, a morte de judeus nas câmaras de gás de Auschwitz –, posto que eles não dispunham de tecnologia para criá-las naquele tempo. Com base nesta negação, *Guntër Deckert* foi processado, por ter sido ele o organizador do evento, e estar, deste modo, incitando ao ódio, ao simpatizar do pensamento nazista e insultar a memória judia.³⁶⁵

Ocorre que, diante da controvérsia de tal julgamento, em abril de 1994, o Tribunal Constitucional da Alemanha declarou que as negações do Holocausto não são protegidas pela liberdade de expressão e, em 1995, o parlamento alemão aprovou uma nova lei, na qual criminalizava a negação do Holocausto, com pena de até cinco anos de prisão.³⁶⁶

Na Alemanha, o Holocausto³⁶⁷ apresenta peculiaridades que justificam a incriminação de sua negação ou de difamações para com as minorias envolvidas no caso, na medida em que ele trouxe consequências morais, políticas e jurídicas, principalmente na busca (ou na rebusca) aos Direitos Humanos. Daí que a negação do Holocausto seria uma grande ofensa à memória de todos aqueles que morreram nos campos de concentração na 2ª Guerra Mundial,³⁶⁸ além de que seria terrível se “a cínica ‘mentira de Auschwitz’ viesse um dia a ganhar credibilidade.”³⁶⁹

³⁶⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 181.

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 360.

³⁶⁷ Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, utilizando-se das palavras de Winfried Brugger, nos lembra da diferença que é feita entre “negação do Holocausto simples” e “negação do Holocausto qualificado”. Na simples, se nega a existência de provas de que o Holocausto ocorreu ou de que, ao menos, não nas dimensões defendidas atualmente. Já na segunda, a negação vem acompanhada de “juízos de valor que incitam à prática de ações discriminatórias”, de maneira que ambas as espécies são criminalizadas pelo sistema jurídico alemão. *In*: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 178.

³⁶⁸ No entender da presente pesquisadora, um dos melhores relatos sobre as absurdas restrições às liberdades e a própria dignidade dos judeus na 2ª Guerra Mundial é o da jovem Anne Frank, quando diz: “Depois de maio de 1940 os bons tempos foram poucos e muito espaçados: primeiro veio a guerra, depois a capitulação, e em seguida a chegada dos alemães, e foi então que começaram aos problemas para os judeus. Nossa liberdade foi seriamente restringida com uma série de decretos anti-semitas: os judeus deveriam usar uma estrela amarela; os judeus eram proibidos de andar nos bondes; os judeus eram proibidos de andar de carro, mesmo que fossem carros deles; os judeus deveriam fazer suas compras entre três e cinco da tarde; os judeus só deveriam frequentar barbearias e salões de beleza de proprietários judeus; os judeus eram proibidos de sair às ruas entre oito da noite e seis da manhã; os judeus eram proibidos de comparecer a teatros, cinemas ou qualquer forma de diversão; os judeus era proibidos de frequentar piscinas, quadras de tênis, campos de hóquei ou qualquer outro campo de

O Tribunal Constitucional alemão, inclusive, quando em 1976, apoiou a prática administrativa de excluir os radicais do serviço público, defendendo que "a Constituição não é moralmente neutra, mas cresce ela mesma dentro de certos valores centrais, buscando neles proteção. Ela dá ao Estado a tarefa de protegê-los e garanti-los. Ela estabelece uma democracia militante." No caso, a liberdade de expressão não poderia dar azo à exclusão da dignidade individual e da própria ordem democrática.³⁷⁰

A dúvida reside no seguinte: tal evento é justificativa suficiente para se restringir o debate aberto de assuntos de interesse público, como esse se revela no discurso do ódio, ou seria mais fácil utilizar o caminho da proibição, a fim de afastar qualquer discurso agressivo, sem nem antes vislumbrar os efeitos da restrição à liberdade de expressão?

Dworkin nos questiona se tal criminalização do discurso de “teorias revisionais” poderia ser tida como legítima – na medida em que busca evitar que teorias mentirosas, como a de inexistência do Holocausto, venham a ganhar credibilidade – ou se isso não passaria de uma censura, já que não se poderia aprovar “o princípio de que uma opinião pode ser proibida quando os que estão no poder têm certeza de que ela é falsa e que algum grupo será profundamente melindrado se essa opinião for publicada”, como ocorreu com a proibição do ensino da teoria de Darwin pelos criacionistas, na tentativa de também se proteger pessoas que se sentiam humilhadas pela “nova e vergonhosa doutrina”.³⁷¹

De fato, a negativa de que o Holocausto existiu representaria um “insulto monstruoso à memória de todos os judeus” e para toda a Alemanha. Porém, Dworkin defende ser esse um dos preços a se pagar pelo exercício do direito à liberdade de expressão. Seria um sacrifício doído, mas necessário, para que não se caia na censura.³⁷²

atletismo; os judeus era proibidos de visitar casas de cristãos; os judeus deveriam freqüentar escolas judias etc. Você não podia fazer isso nem aquilo, mas a vida continuava. Jacques sempre me dizia: ‘Eu não ousou fazer mais nada, porque tenho medo de que não seja permitido.’” In: FRANK, Anne. **O diário de Anne Frank: edição integral**. Trad. Ivanir Alves Calado. 24 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 18. Somente a título de explicação é importante falar que a obra “O diário de Anne Frank” diz respeito a um relato verídico de uma jovem judia, que teve, juntamente com sua família, de se esconder no chamado “anexo”, em Amsterdã, durante a ocupação dos nazistas nos Países Baixos, buscando evitar a ida aos campos de concentração. A narrativa se inicia em 12 de junho de 1942 e vai até 1º de agosto de 1944, quando o esconderijo da família foi descoberto. Infelizmente, Anne faleceu em fevereiro de 1945, no campo de concentração Bergen-Belsen, aos 15 anos.

³⁶⁹ DWORKIN, Ronald. Ob. cit. p. 361.

³⁷⁰ DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh. The Hatredfulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches. In: **William & Mary Bill of Rights Journal**. Volume 7, Issue 2, Article 2. (p. 305-346) 1999. Disponível em: < <http://scholarship.law.wm.edu/wmboj/vol7/iss2/2> >. Acesso em: 08 jan. 2015, p. 322-327.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 361.

³⁷² DWORKIN, Ronald. **Should wrong opinions be banned?** Publicado em 28 de maio de 1995. Disponível em: < <http://www.independent.co.uk/voices/should-wrong-opinions-be-banned-1621519.html> >. Acesso em: 09 jan. 2015.

Outro ponto que Dworkin levanta na discussão de criminalização de teorias revisionais do Holocausto é que elas são punidas em todas as suas expressões – se simples ou se qualificada – da mesma maneira, sem nem se discutir se tal postura do sistema jurídico alemão seria, em verdade, uma forma de censura. A utilização do argumento de que o Holocausto é uma situação especial que justifica limitações à liberdade de expressão, também poderia ser utilizada por outros grupos: os negros se sentem profundamente ofendidos com as ideias defendidas por Richard Hernstein e Charles Murray, na obra *The Bell Curve*, por estes defenderem a existência de diferenças genéticas entre raças. Não há dúvidas que os negros também encaram sua situação como especial e ressentem-se com a história injusta para com eles, mas seria por isso que o Estado estaria autorizado a proibir e criminalizar toda e qualquer história que “consideram erradas”? Para o sistema jurídico norte-americano não.

Diz isso porque, como bem asseverou Winfried Brugger: a) para os americanos, há mais confiança de que, em uma disputa entre boas e más opiniões, as boas prevalecerão; b) o discurso ofensivo nos Estados Unidos apresentou conseqüências libertadoras na luta pelos Direitos civis e dos protestos contra a guerra do Vietnã, por exemplo; c) diferentemente dos alemães, “os americanos não confiam no governo para selecionar as ‘boas’ opiniões das ‘más’”; d) o judiciário americano busca ver a questão além do elemento “ódio”, buscando-se alguma circunstância relacionada com o interesse público, “mesmo se essa interpretação seja um tanto extensiva”.³⁷³

Conforme Brugger, o sistema jurídico norte-americano proíbe o discurso de ódio o mais tarde possível – apenas quando há o perigo iminente de atos ilícitos, enquanto que o sistema jurídico alemão coíbe o discurso do ódio o mais cedo possível, ainda que não haja prova de perigo iminente de atos ilícitos. Se nos Estados Unidos se deixa em segundo plano a voz de minorias ofendidas por tais discursos, para se dar prioridade à liberdade de expressão (no sentido de liberdade negativa), na Alemanha não se discute os custos que a proibição do discurso do ódio e de teorias revisionais podem causar à liberdade de expressão (no sentido de liberdade negativa e liberdade positiva).³⁷⁴

Outro ponto que poderia ser levantado contra a criminalização é se essas leis seriam realmente efetivas para reprimir as expressões de ódio, isso porque, na Alemanha, durante a República de Weimar, prévia à ascensão de Hitler ao poder, também havia diversas leis que

³⁷³ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direitos alemão e o Americano. **Revista de Direitos Público – IDP**. Brasília, n.15, jan-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.Direitospublico.idp.edu.br/index.php/Direitospublico/article/view/521/919>>. Acesso em: 13 de mar. 2014.

³⁷⁴ Idem.

penalizavam a incitação ao ódio, inclusive, chegando-se a existir mais de duzentas ações penais por expressões anti-semitas. Daí a defesa, para alguns, de que a tipificação de condutas desse tipo acaba por não resolver o problema do “hate speech”, apenas incentivar a censura.³⁷⁵

Nesse sentido, há quem defenda que ao se traçar uma linha média que divide a expressão legítima da expressão ilegítima acabaria por se fortalecer posições racistas em nossa cultura, em nosso idioma e em nosso pensamento, além do que os tribunais e a legislatura poderiam dar contornos de ilegítimo a um discurso verdadeiramente legítimo. Estaria disposta a sociedade a pagar esse preço em nome do “free speech”?³⁷⁶

O que se observa na perspectiva americana e na alemã é a existência de elementos (ou amarras) morais que permeiam a proibição do discurso do ódio, uma vez que, consoante a jurisprudência da valoração, a dignidade representa valor máximo na fundamentação dos Direitos fundamentais, não sendo aconselhável para essa linha teórica que se esvaziasse o direito de sua parte moral, a fim de garantir um “sistema de correção” no próprio Ordenamento, isto é, quer-se impedir que expressões do ódio se proliferem sem que o próprio Direito adote posturas coercitivas para contê-las.

Destaque-se que a Corte Europeia dos Direitos Humanos também se posiciona diferente da Suprema Corte norte-americana, quando o assunto é o tratamento do “hate speech”. A repressão ao discurso do ódio pela Corte Europeia pode ser atribuída, ao menos em parte, as suas experiências históricas, onde se percebeu ser melhor a prevenção à remediação, particularmente, no caso do Holocausto na 2ª Guerra Mundial.

É nesse viés que, mesmo o art. 10 da Convenção abordar a fundamentalidade do direito à liberdade de expressão, não se impediu a existência de limites externos e internos ao seu exercício, para proteger a “segurança nacional, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da reputação ou dos direitos alheios”, etc.³⁷⁷

Por exemplo, no Reino Unido, a Parte III do Ato de Ordem Público de 1986 proíbe o comportamento que se pretende a incitação ao ódio racial. Esse ódio é definido lá como um ataque a pessoas ou a um grupo definido por referência a cor, raça, nacionalidade, ou origem

³⁷⁵ VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal.** Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012. Disponível em: <>. Acesso em: 07 jan. 2015. p. 20.

³⁷⁶ COHEN ALMAGOR, Raphael. Introduction. In: COHEN ALMAGOR, Raphael (coordenador), **Liberal Democracy and the Limits of Tolerance.** Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000, p. 14.

³⁷⁷ VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal.** Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012, p. 8-9. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

étnica. Porém, a provisão no Reino Unido não foi amplamente usada, uma vez que não se criminaliza a disseminação de propaganda de racista. Por isso que em 1997, um sócio da Casa de Câmara dos Comuns apresentou uma malsucedida carta aos demais participantes para tornar a negação do Holocausto uma ofensa criminal do Reino Unido, iniciativa essa que não foi aceita.³⁷⁸

É dizer, essa postura diferenciada no tratamento do “hate speech” nos Estados Unidos e na Europa se deve a essas circunstâncias históricas e posições ideológicas diferenciadas. Por exemplo, ainda que os Estados Unidos tenham sofrido (e ainda sofram) com a forte discriminação contra os negros, eles não sofreram com as ditaduras totalitárias da Europa, tampouco viram de perto as conseqüências desastrosas na forma da disseminação do anti-semitismo, a perseguição e o genocídio. Os Estados Unidos também não confrontaram com as conseqüências imediatas da fratura da União Soviética, oportunidade em que ocorreu a imigração de inúmeras pessoas para o Leste Europeu e a agressiva recepção da população residente, sem se esquecer do conflito na Bósnia, da incidência de racismo, da xenofobia etc.³⁷⁹ As conseqüências da obsessão racial e dos conflitos étnicos, raramente, ficam confinadas ao território de um único país. A luta entre turcos e curdos gera crimes violentos por toda a Europa e as atrocidades cometidas na Bósnia afetaram muitos países vizinhos, como a chegada de imigrantes ou a interferência no mercado internacional.³⁸⁰

Todavia, o que não se admite é que o próprio Estado sirva de instrumento para a promoção da segregação racial, como ocorreu com as leis raciais, durante o *Apartheid*, na África do Sul, em que uma minoria branca assegurava sua superioridade em face da inferioridade negra dos demais. Por conta disso é que Gilbert Marcus defende a responsabilidade do Estado na África do Sul, uma vez que este promoveu a censura, a fim de manter os estigmas da estirpe branca, não apenas proibindo livros, mas reformando os currículos escolares, realizando uma seleção e até a omissão das notícias que prejudicavam o governo. Seriam tais atos racistas que induziriam, em verdade, ao medo e a ignorância.³⁸¹

³⁷⁸ DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh. The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches. *In: William & Mary Bill of Rights Journal*. Volume 7, Issue 2, Article 2. (p. 305-346) 1999. Disponível em: < <http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol7/iss2/2> >. Acesso em: 08 jan. 2015, p. 317-318.

³⁷⁹ *Idem*, p. 309-310.

³⁸⁰ KÜBLER, Friedrich. How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights. *In: Scholarly Commons at Hofstra Law*. 1998, Vol. 27: Iss. 2, Article 3, p. 359-360. (p. 336-375). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol27/iss2/3>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

³⁸¹ MARCUS, Gilbert J. Racial hostility: the south african experience. *In: Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Edited by Sandra Coliver. Contributing Editors Kevin Boyle and Frances DSouza. ARTICLE 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 222. (p. 208-222).

Além do mais, quando se diz que o racismo afronta os direitos humanos e assim a dignidade do indivíduo ou do grupo ofendido, partimos para uma fundamentação moral dos direitos humanos, como explicamos em nosso primeiro capítulo. O sentido de “moral” adotado é de um “sistema de princípios, preceitos e normas, que condicionam a conduta humana, no meio social”. Assim, seria moralmente inaceitável e juridicamente reprovável, dentro da sociedade alemã – com o perigo de cairmos em generalizações injustas – a divulgação de teorias negando o Holocausto ou discurso que incitem ao ódio contra minorias. Daí que o sistema jurídico alemão estabelece uma ligação com a moral social, a qual, em verdade, foi formada pela situação histórica daquele país.

No mesmo sentido podemos entender que o sistema norte-americano também possui um conceito de “moralmente aceito” ou “moralmente rejeitado” referente ao discurso do ódio e sua íntima relação com o tão caro direito à liberdade de expressão, protegido pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América.

Esse conceito “moral” que falamos seria encarado em sentido individual, conforme os ensinamentos de Oliver Holmes Jr., por isso que não teríamos como aceitar limites morais individuais à liberdade de expressão, se eles apresentam caráter eminentemente particular. Se tal declaração é ofensiva ao ser humano X, poderia ela não ser ofensiva ao ser humano Y e, assim, não há que se negar a veiculação de informação no sentido de X ou de Y, já que a própria sociedade, através do “mercado livre de ideias”, decidiria qual ideia ou quais ideias deveriam permanecer “vigentes” na sociedade e, só aí, entraria o sentido de “moral coletiva”.

Quando discutimos que a ideia de moralidade está ligada a ideia de dignidade humana e esta está ligada a noção de direitos humanos, nos questionaremos se a liberdade de expressão não estaria dentro do conteúdo essencial da dignidade do homem. Por óbvio que sim. Não há como se cogitar, dentro de um Estado Democrático de Direito, o desenvolvimento completo do ser humano, sem o poder de expressar suas convicções, opiniões e lutar, legitimamente, por elas.

Todavia, eis que vemos o outro lado da moeda: vivemos em uma sociedade, onde somos também partícula de um todo indissociável, na qual se faz necessário a manutenção de regras que garantam a mínima civilidade e respeito entre os indivíduos.

Essas regras mínimas de civilidade e de respeito ao próximo nos permite a ligação a outro direito humano fundamental, também protegido pela dignidade humana, qual seja, a igualdade. Daí, observando a igualdade entre os seres humanos (ao menos dentro do contexto da teoria ocidental), o discurso que incite a agressão psicológica ou física a um indivíduo ou a um grupo deles – por sua raça, cor, etnia, religião, sexualidade, gênero, etc. – poderia ser

legítima? Poderia tal manifestação ocorrer sem qualquer limitação, seja ela jurídica ou moral? Será que tal discurso (ou verdadeira conduta para alguns) possuiria também um efeito silenciador?

O que nos parece ser interessante é que em todos os lados poderá ser feita uma leitura moral dos dois sistemas jurídicos apresentados – ainda que se tenha generalizado, talvez, indevidamente, os dois sistemas –, os quais apresentam suas respostas para a proibição, criminalização ou permissão de discursos do ódio e suas teorias revisionais. Porém, o que o sistema jurídico brasileiro pensa a esse respeito? Nossa Constituição Federal proíbe expressamente o discurso do ódio? Há limites ao direito fundamental à liberdade de expressão? Tais limites, além de jurídicos, são morais? O caso Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2003, traz algumas respostas para os questionamentos retromencionadas.

4. O TRATAMENTO DO DISCURSO DO ÓDIO E DE TEORIAS REVISIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: AS CONSEQUÊNCIAS DAS LIMITAÇÕES MORAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CASO ELLWANGER.

4.1. O cenário brasileiro para a análise do discurso do ódio: discorrendo sobre a fundamentação do Supremo Tribunal Federal perante a discriminação, a liberdade de expressão e o “hate speech”.

Demonstrou-se nos dois primeiros capítulos desta presente dissertação quão complexo pode ser o estudo de temas como liberdade, moralidade e o exercício do “hate speech”.

É histórica a importância que a liberdade de expressão possui para o desenvolvimento intelectual e social do homem. Sem ela não se poderia conceber o verdadeiro Estado Democrático de Direito, porém isso a faz ganhar o *status* de absoluta?

No decorrer do trabalho vimos existir diversos limites internos e externos ao sistema jurídico que buscam restringir o seu exercício quando se está em jogo outros valores também importantes para a ordem democrática, como o respeito à integridade psíquica e física dos demais cidadãos.

Foi nesse ponto que se retomou a discussão da ligação (necessária?) entre Direito e Moral, ao se indagar se o ordenamento jurídico exige uma pretensão de correção, através de valores morais, proposta por Robert Alexy, a fim de impedir, por exemplo, atos discriminatórios, degradantes, humilhantes e até a violência contra indivíduos ou grupos de minorias por questão de raça, opção sexual, cor de pele, descendência e outras tantas razões absurdas, na tentativa de fortalecer a superioridade de alguns e a inferioridade de outros. O discurso do ódio aparece com bastante força nesse aspecto.

Muito embora ser pacífico o entendimento de que o “hate speech” é abominável, a Corte norte-americana e a alemã possuem tratamento bem diferentes para ele, isso porque a primeira entende ser o discurso do ódio uma das manifestações legítimas do direito à liberdade de expressão, apenas o afastando em caso de “perigo claro e iminente”; todavia, a segunda, o encara como verdadeira conduta – e não um discurso – ofensivo ao próprio conceito de dignidade humana, não merecendo receber qualquer proteção constitucional. Diante desse panorama, o que a Corte brasileira diz a respeito do discurso do ódio? Será também a moral utilizada como argumento limitador ao exercício da liberdade de expressão? Aliás, o “hate speech”, no Brasil, é uma face legítima da liberdade de expressão?

Na tentativa de responder a algumas dessas indagações, faz-se necessário o exame do “Caso Siegfried Ellwanger”, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, HC nº 82.424-2/RS.³⁸²

Ele se refere ao polêmico julgamento acerca da possibilidade de se publicar livros ou textos de cunho discriminatório ou com apologia ao racismo. O caso em perspectiva se reveste de grande relevância para a jurisdição brasileira, uma vez que nem o Código Penal, nem a legislação extravagante, regulam diretamente o “discurso do ódio”, razão pela qual, o julgamento da questão representa precedente importante por revelar o posicionamento da Corte brasileira sobre o “hate speech”, além de servir de parâmetro para a análise de questões semelhantes.³⁸³

Com efeito, o *Habeas Corpus* nº 82.424 do Rio Grande do Sul foi impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, denunciado por crime de racismo, em 14.11.1991. Ellwanger foi absolvido pelo juízo de primeiro grau, mas foi condenado em segunda instância à pena de dois anos de reclusão por apologia a ideias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus, com base no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/1990³⁸⁴, tendo em vista ter editado, distribuído e vendido ao público obras literárias de conteúdo anti-semita, de sua autoria, “Holocausto, judeu ou alemão? - Nos bastidores da mentira do século”, e de autoria de outros autores, como por exemplo, “O Judeu Internacional”, de Henry Ford; “Hitler – Culpado ou Inocente?”, de Sérgio Oliveira; e “Brasil Colônia de Banqueiros” de Gustavo Barroso. Impetrou-se *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, em face do acórdão condenatório do TJ/RS. Foi com o indeferimento do *habeas corpus* no tribunal cidadão, que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal para apreciação.³⁸⁵

A controvérsia central em torno da discussão envolvia prioritariamente saber se o crime de racismo poderia compreender a discriminação contra o povo judeu. A questão principal era saber se “judeu” seria uma raça ou uma religião e se o discurso do ódio é ou não abrangido pelo direito à liberdade de expressão.

Como deixamos claro ao longo do presente trabalho, nosso objetivo é buscar analisar como se deu a relação entre direito e moral, durante a argumentação utilizada pelos Ministros do STF, particularmente no julgamento do HC nº 82.424-2/RS, uma vez que o discurso do

³⁸² BRASIL, STF – HC n.º82.424-2/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.2004, p. 00524.

³⁸³ ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. **Interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática das decisões do Supremo Tribunal Federal**. Monografia. Faculdade de Direito de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2012, p. 37.

³⁸⁴ Lei nº 8.081/1990. “Art. 20: Praticar, induzir 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”.

³⁸⁵ BRASIL, STF – HC n.º82.424-2/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.2004.

ódio pode encontrar obstáculo quando se identifica limites morais na fundamentação dos direitos fundamentais. Vejamos detalhadamente as teses retiradas do julgamento.

4.1.1.A discriminação anti-semita pode ser considerada um crime de racismo?

Algumas linhas sobre a indeterminação do conceito de “raça”

A causa principal que move o julgamento Ellwanger seria o fato de se reconhecer ou não que a discriminação e as expressões de ódio contra os judeus nos livros editados ou escritos pelo paciente configurariam o crime de racismo. Essa determinação seria essencial para punição efetiva do agente, pois, uma vez que o crime de racismo é tido por imprescritível, caso não fosse dada à conduta de Ellwanger os ares racistas não haveria a aplicação de qualquer sanção penal.

Pois bem. A conduta preconceituosa e discriminatória pode ser tipificada como crime de racismo, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 20, da Lei nº 7.716/89, com posterior redação pela Lei nº 8.081/90. Ele pode ser tomado como as atribuições negativas a certo segmento social que possuem características em comuns e, por conta disso, estão sujeitos a um tratamento hostil e desigual.³⁸⁶

Como já fora debatido em nosso segundo capítulo, são diversas as razões que podem ser tomadas como causas para o desenvolvimento do racismo, “a procura de cativos para a escravidão, na imposição de leis de exclusão racial, no colonialismo e no imperialismo”, ou até mesmo o racismo científico, onde desenvolveu teses que haveria sim indivíduos superiores e outros inferiores, biologicamente falando.³⁸⁷

Quando Gilmar Mendes fala do caso Ellwanger e se a discussão de ideias anti-semitas poderia ser incluída no conceito de racismo, o ministro defende a importância de se determinar o sentido semântico da referida expressão, uma vez que se estaria a examinar a imprescritibilidade (ou não) da punibilidade da conduta supostamente anti-semita atribuída à Ellwanger. O Brasil, uma vez que subscreveu a diversos instrumentos internacionais teria

³⁸⁶In: Voto Ministro Nelson Jobim. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 98.

³⁸⁷BOYLE, Kevin. Overview of a dilemma: censorship versus racism. *In: Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Edited by Sandra Coliver. Contributing Editors Kevin Boyle and Frances DSouza. ARTICLE 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 3. (p. 1-8)

assumido o compromisso de combater o racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive, diante do anti-semitismo.³⁸⁸

Como veremos a seguir o conceito de raça pareceu bem controverso para os ministros do Supremo, até pela seriedade da punição que deveria ser aplicada ao paciente no caso de ter sua conduta tida por racistas. Nessa perspectiva seria o termo “raça” – e, assim, o “racismo” – um conceito jurídico indeterminado? Afinal, o que é um “conceito jurídico indeterminado”?

A utilização de cláusulas gerais não é uma novidade do direito contemporâneo, nem tampouco de uso restrito ao direito constitucional, já que corresponde ao “emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto”, podendo estar nessa categoria os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Por não querer ou não poder, o legislador não especifica, detalhadamente, no relato abstrato do enunciado normativo, as suas “formas de incidência ou de exaurir o comando dele a ser extraído”, abrindo espaço para a interpretação judicial de complementação do seu sentido.³⁸⁹

É fato que já no século XIX se discutia se os “conceitos abertos” deveriam ter seu conteúdo determinado pelos órgãos administrativos ou se deveria haver um controle objetivo dos referidos conceitos pelo Poder Judiciário. Ocorre que, como bem nos alerta Andreas Krell, cada vez mais, eram estabelecidos limites rígidos do controle judicial sobre as decisões administrativas.³⁹⁰

Todavia, no período pós-guerra, a discricionariedade dos órgãos administrativos foi sendo substituída pelo processo de interpretação judicial para a determinação dos “conteúdos indeterminados”,³⁹¹ o que, na Alemanha, se deveu a “desconfiança em relação à Administração, e, por outro lado, uma confiança sólida no trabalho do judiciário”, até porque

³⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015, p. 3.

³⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339.

³⁹⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29-30.

³⁹¹ FERREIRA NETTO, Milton Gonçalves. O STF e a lei de anistia: argumentação jurídica e interpretação no julgamento da ADPF 153/08. In: **Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais: homenagem a Andreas Krell**. Coord. Jéssica Aline Caparica da Silva e Marcos Ehrhardt Júnior. Curitiba: Juruá, 2014, p. 259-260. (p. 257-274)

esse último poderia contar com “meios modernos de hermenêutica, como a jurisprudência de interesses, a interpretação teleológica, a interpretação conforme a Constituição etc.”³⁹²

Muito embora a doutrina em muitos países, como na França, na Itália ou na Grã-Bretanha, não estabeleça uma distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, Barroso ressalta a importância de se diferenciar conceitos jurídicos indeterminados de poder discricionário, uma vez que, o primeiro necessitaria de “uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito”, enquanto o segundo, diria respeito “a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação”.³⁹³

Caso o termo “discricionariedade” fosse utilizado para determinar a “arbitrariedade” e o “decisionismo” da interpretação judicial, estar-se ia esquecendo que tal atividade é uma “formulação diferenciada de textos jurídicos em qualquer Estado de Direito Moderno em que o legislativo concede intencionalmente poderes de decisão ao Executivo e ao Judiciário”, daí que a discricionariedade do juiz ou do administrador não afasta o respeito que esses devem ter ao princípio da legalidade, da proporcionalidade e da garantias aos direitos humanos fundamentais.³⁹⁴

Nesse sentido, nos questionamos mais uma vez: quando observamos o termo “racismo”, estamos diante de um conceito jurídico indeterminado? O legislador preferiu não antecipar todas as formas de incidência da norma, delegando esse trabalho aos intérpretes e aplicadores do direito? O conteúdo da prática de racismo pode ser aferido concretamente, não restringindo sua aplicação à discriminação negra, por exemplo, muito embora, tenha sido ela a causa histórica principal para a criação do termo?

Como explicamos no início deste sub-tópico, é importante a definição do que seria o racismo, pois se o Tribunal passa a entender que as discriminações proferidas contra os judeus, no caso Ellwanger, são racistas, então, estamos a tratar de um crime e não mais de uma colisão de direitos, em especial, o da liberdade de expressão e o da não hostilização de determinado grupo, este último com ligação direta com uma fundamentação moral dos direitos humanos. E, em sendo assim, não há o que se sopesar, já que o próprio sistema

³⁹² KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 30.

³⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 340.

³⁹⁴ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 33-34.

ofereceria a solução para o caso, isto é, não se trataria de exercício legítimo do direito à liberdade de expressão, pois se está diante de um crime de racismo, punido pela legislação brasileira. Adotar-se-ia, nessa perspectiva, a teoria dos limites internos dos Direitos Fundamentais.

Para realizarmos as análises necessárias sobre o sentido adotado por raça, devemos observar o que disse os ministros na oportunidade do julgamento na Corte brasileira. Para tanto, separamos analiticamente os votos dos julgadores a fim de aperfeiçoar o panorama para o exame dos nossos questionamentos.

- a. A adoção de um sentido estrito de raça: o exercício legítimo da liberdade de expressão e a não ofensa aos valores morais

Podemos iniciar nosso relato sobre a adoção restrita do conceito de raça, com o voto do ministro Moreira Alves.

Ao analisar a redação originária do art. 20 da Lei nº 7.716/89 e depois sua modificação pela lei 8.081/90, o Ministro afirma que a lei de 1990 apenas estendeu a tipificação do crime de discriminação à “etnia, religião ou procedência nacional”, mas não se pronunciou de serem tais práticas também imprescritíveis, como ocorre por disposição constitucional com o crime de racismo³⁹⁵, já que isso seria dar uma interpretação extensiva ao dispositivo.³⁹⁶

Por óbvio que o caráter imprescritível e inafiançável do crime de racismo deriva dos próprios objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), bem como dos princípios pelos os quais se rege a nossa República, particularmente em seu art. 4º, inciso VIII (“repúdio ao terrorismo e ao racismo”). Porém, é a interpretação restritiva que deve prevalecer sobre o conteúdo da prática de racismo? Para o Ministro Moreira Alves sim.

O Ministro defendeu que a Carta Magna foi clara em determinar que a imprescritibilidade alcançaria apenas a prática racista, já que nem crimes hediondos, como a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são atingidos pela imprescritibilidade. Inclusive, o elemento histórico mostraria que o sentido de “racismo”

³⁹⁵ Art. 5º

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

³⁹⁶ In: Voto Ministro Moreira Alves. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 13.

diz respeito ao preconceito e discriminação mais especificadamente contra a raça negra, já que foi o Constituinte Carlos Alberto Caó, mediante a Emenda Aditiva 2P00654-0, que apresentou a redação dada ao art. 5º, XLII (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”).³⁹⁷

Moreira Alves defende um conceito restrito de raça (decorrente de características físicas transmitidas hereditariamente, como cor da pele, estatura, forma do rosto etc.) e seria por conta disso é que apenas o delito de preconceito racial seria imprescritível. Daí se questiona: são os judeus uma raça?

A resposta é negativa para Fred E. Foldvaruy, por encarar os judeus como “membros de uma religião, o judaísmo.” Bem que se poderia dizer que em tempos mais antigos a nação hebraica correspondia a um grupo étnico, porém, com a dispersão dos judeus pelo mundo, os casamentos com diferentes nacionalidades e as conversões judias fizeram com que a ligação hebraica fosse mais espiritual que genética.³⁹⁸

O Ministro Alves buscou deixar claro que não defende discursos discriminatórios contra os judeus, mas votava pela interpretação restritiva da Constituição, já que, em primeiro lugar, não se poderia caracterizar como racismo a recusa de “atendimento em salões de beleza ou restaurantes” ou de ingresso de aluno em algum estabelecimento de ensino público e, assim, crime imprescritível, porque seria estabelecer penalidade mais grave a eles (apenados com reclusão de dois a cinco anos) do que a crimes mais graves, como o homicídio (apenado com reclusão de seis a vinte anos); bem como, em segundo lugar, não se poderia utilizar argumentos antropológicos, sociológicos e científicos pós-1988, especialmente pesquisas sobre o genoma humano (2000), uma vez que não se coadunam com a realidade em que a Constituição de 1988 fora produzida e com o conceito de racismo previsto no texto dela.³⁹⁹

Dessa forma, Moreira Alves entendeu que, por não serem os judeus uma raça, não procederia a condenação do paciente pelo delito de racismo, não sendo, nesse caso, imprescritível a pretensão punitiva do Estado. Votou o Ministro relator pelo deferimento do

³⁹⁷ A justificativa do Constituinte Carlos Alberto Caó para a redação do art. 5º, XLII, foi a seguinte: “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, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação da morte civil, urge transformá-lo em crime.” *In*: Voto Ministro Moreira Alves. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 14-15.

³⁹⁸ *In*: Voto Ministro Moreira Alves. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 17.

³⁹⁹ *Idem*, p. 47.

habeas corpus, ao declarar extinta a punibilidade do paciente pelo instituto da prescrição ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.⁴⁰⁰

Seguindo entendimento semelhante ao do Ministro Moreira Alves, o Ministro Carlos Ayres Britto também visualizou, no caso em perspectiva, não ter ocorrido a prática do crime de racismo.⁴⁰¹

O Ministro Britto se utiliza de critérios objetivos para determinar a licitude da conduta do paciente, como: as datas de edição e de publicação das obras analisadas no presente julgamento demonstraram anterioridade às alterações da lei nº 8.081/90; não há proibições expressas sobre a venda de livros pela lei nº 8.081/90, até porque a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de “símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do racismo” só foi normatizada pela lei nº 9.459/97 e não diria respeito à conduta dos autos; além de que, não se poderia alegar crime permanente, pois a edição ou reedição de livros seria conduta que se “perfaz e se exaure com sua instantânea ocorrência”.⁴⁰²

É dizer, Britto levanta a tese de que sem a devida comprovação da previdade legal, não haveria como o crime de racismo ter se materializado, gerando “carência de justa causa para o aforamento da ação penal pública.” Por conta disso, resolveu conceder de ofício a ordem de *habeas corpus*, pela atipicidade da conduta do paciente à época dos fatos noticiados na denúncia.⁴⁰³

Disse o ministro que não houve abuso no exercício da liberdade de expressão por Ellwanger, não sendo crime a edição e publicação dos livros do paciente, já que esse nada mais fez que um “revisonismo histórico”, dentro de um debate intelectual, referente à questão judaica, buscando reforçar a ideologia de que os judeus manipularam a opinião pública para serem tidos por vítimas da guerra.⁴⁰⁴ Nesse sentido, arremata Ayres Britto:

Sucedo que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e consequente 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 III do art. 5º).⁴⁰⁵

⁴⁰⁰ Idem, p. 19

⁴⁰¹ In: Voto Ministro Carlos Ayres Britto. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 139.

⁴⁰² Idem, p. 141-142.

⁴⁰³ Idem, p. 141-142.

⁴⁰⁴ Idem, p. 157.

⁴⁰⁵ Idem, p. 158.

Muito embora, no sistema jurídico germânico, analisado em nosso segundo capítulo, seja crime com pena de cinco anos a utilização de teorias revisionais, ao se negar o Holocausto, no entender de Ayres Britto nada mais teria ocorrido do que uma publicação de uma convicção político-ideológica do paciente. Ellwanger chega a revelar uma simpatia por Adolf Hitler, mas não falaria de arianismo, nem de superioridade racial alemã ou inferioridade racial judaica e tampouco faria apologia à guerra, já que seu centro de estudos seria o processo de “dizimação humana” do povo alemão. É dizer,

Uma coisa é não gostar ou até mesmo discordar do que se leu (como, de fato, não gostei e ainda discordei, em boa parte). Outra, bem ao contrário, é desqualificar a obra quanto à perspectiva revisionista do seu objeto e quanto à consistência da metodologia empregada na sua elaboração (caso dos autos). É que os episódios e personalidade que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção.⁴⁰⁶

Daí, Carlos Ayres Britto defende que as obras do paciente nada mais refletiriam que não o “uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção político-ideológica”. A obra “Holocausto. Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da mentira do século” tinha livre circulação mundial, à época, com venda até mesmo no sítio eletrônico “amazon.com”.⁴⁰⁷ Até mesmo as obras editadas pelo paciente – de autores conhecidos como Henry Ford e Gustavo Barroso – possuíam ampla circulação, de modo que a atitude de Ellwanger denotaria, nesse último caso, a liberdade de iniciativa do autor-paciente, enquanto empresário, e representam a sua convicção política e nada mais.

Seria bem verdade que a Constituição Federal de 1988 garante a todo cidadão um espaço apriorístico para a autonomia da liberdade de pensamento e de expressão, vedando-se o anonimato. O abuso desse direito deveria ser resolvido posteriormente, inclusive com a utilização do direito de resposta (art. 5º, V, CF/88) e possibilidade de ajuizamento de ação por danos materiais e morais, por ofensa à honra, vida privada, intimidade e imagem (art. 5º, X, CF/88). Esse abuso deve ser verificado em cada caso, diante da manifestação de cada agente. O Uso é diferente do abuso para Ayres Britto, já que é direito de todo cidadão o uso da liberdade de pensamento e de expressão, mas seu abuso é sancionado, por ultrapassar os limites impostos pela própria Constituição e uma delas é a prática do racismo.⁴⁰⁸

O racismo ora é tomado como discriminação às pessoas de cor negra, ora como discriminação a determinado povo por circunstâncias histórico-cultural. Geneticamente,

⁴⁰⁶ Voto Ministro Carlos Ayres Britto. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 157.

⁴⁰⁷ A autora do presente trabalho realizou buscas recentemente em sítios eletrônicos, como do “amazon”, “estante virtual”, “americanas”, entre outros, a fim de averiguar se ainda estavam à venda títulos dos livros do paciente, não obtendo êxito em nenhuma das buscas.

⁴⁰⁸ Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. Ob. cit. p. 145-146.

restou comprovado não haver raças, porém o crime racismo ainda persiste como crime, passando a possuir nova conotação, que busca abranger o negro (até mesmo em primeiro plano, graças à realidade brasileira da escravidão)⁴⁰⁹ e outros segmentos humanos, como os índios, os ciganos ou os provenientes de certo Estado-nação (ex. colônia japonesa em São Paulo).⁴¹⁰

O preconceito racial – tomando-se o conceito amplo de raça – seria um verdadeiro “fator de desigualdade civil-moral”, para Ayres Britto, em virtude de sua ofensa à igualdade material (prevista nos arts. 6º e 7º da CF/88) e à igualdade moral (relacionada à dignidade intrínseca ao ser humano). Essa última igualdade, a moral, quando não respeitada, acaba por revelar a intolerância, quanto ao sexo, cor da pele, regionalidade, faixa etária, convicção política, religiosidade etc., quando nenhum desses elementos deveria servir de “critério de avaliação da dignidade ou do caráter de ninguém”. O respeito ao pluralismo denotaria o respeito à igualdade civil-moral dos indivíduos e sua direção à fraternidade, dentro de um Estado-legislador e de uma sociedade civil.⁴¹¹

Todavia, não seria o caso de Siegfried Ellwanger, por ter ele utilizado de sua liberdade de pensamento e expressão, ao defender teorias revisionais, que não teriam potencialidade de incitar o ódio ou a violência.⁴¹²

Outro Ministro que também não vislumbrou a prática de racismo na conduta de Siegfried Ellwanger fora o Ministro Marco Aurélio. Consoante seu entendimento, o julgamento se basearia na ponderação de dois valores fundamentais: a liberdade de expressão e a expressão da dignidade do povo judeu.⁴¹³

A liberdade de expressão, por exemplo, exerceria papel de extrema relevância para a participação democrática, mediante o “Direito de discurso, Direito de opinião, Direito de imprensa, Direito à informação e a proibição da censura”. O Ministro lembra que uma sociedade verdadeiramente livre e plural só se constrói com a liberdade de expressar as mais

⁴⁰⁹ É lembrando as profundas diferenças históricas entre os senhores e os negros, na sociedade escravocrata brasileira, que Gilberto Freyre ressalta: “Considerada de modo, geral, a formação brasileira tem sido, na verdade, como já salientamos às primeiras páginas deste ensaio, um processo de equilíbrio de antagonismos. Antagonismos de economia e de cultura. A cultura européia e a indígena. A européia e a africana. A africana e a indígena. A economia agrária e a pastoril. A agrária e a mineira. O católico e o herege. O jesuíta e o fazendeiro. O bandeirante e o senhor de engenho. O paulista e o emboaba. O pernambucano e o mascate. O grande proprietário e o pária. O bacharel e o analfabeto. Mas predominantemente sobre todos os antagonismos, o mais geral e o mais profundo: o senhor e o escravo.” *In*: FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48ª ed. São Paulo: Global, 2003, p. 116.

⁴¹⁰ Voto Ministro Carlos Ayres Britto. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 150.

⁴¹¹ *Idem*, p. 152-153.

⁴¹² *Idem*, p. 152-153.

⁴¹³ *In*: Voto Ministro Marco Aurélio. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 170.

variadas ideias, ideologias, pensamentos e opiniões, preservando, sobretudo, a soberania popular, ao se revelar verdadeiro instrumento para o controle da atividade governamental.

Retirar do povo o poder de divulgação diferente de informações oficiais representaria uma desoxigenação da democracia, até porque, como bem lembra o Ministro, os piores acontecimentos havidos – como a própria perseguição dos judeus – foram desencadeados pelo acesso restrito aos meios de comunicação e de falta de publicidade, afinal “a história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariam a natureza em sua expressão maior.”⁴¹⁴

Por óbvio que Marco Aurélio levanta a questão de não ser absoluto o Direito à liberdade de expressão, uma vez que esse encontra limites dentro do próprio sistema dos Direitos fundamentais e seria aí que surge a possibilidade de “colisão de princípios”, seguindo os ditames de Robert Alexy. Esta ponderação deve ser feita não abstratamente, mas sim observando os elementos do caso concreto e foi dessa forma que Marco Aurélio disse não ter encontrado qualquer manifestação de indução ao preconceito odioso contra os judeus. A defesa de certa ideologia não é crime e tampouco o livro do paciente teria periculosidade suficiente para causar uma “revolução nacional”.⁴¹⁵

O Ministro aborda a questão de que o Brasil, por ser um país com pouco hábito de leitura⁴¹⁶ e que nunca demonstrou sentimento de repulsa contra o povo judeu, as ideias do livro de autoria do paciente e as edições organizadas por ele não seriam danosas suficientes para justificar uma intervenção desmedida no exercício da liberdade de expressão.⁴¹⁷

Daí que a solução adequada para o caso analisado, consoante o Ministro Marco Aurélio, não seria a proibição da publicação de obras com cunho discriminatório, mas sim o esclarecimento sobre o absurdo encontrado nelas, utilizando-se aqui, claramente do “argumento da verdade”, defendido pelos liberais de tradição norte-americana, como foi explicado em nosso segundo capítulo, isto é, apenas no discurso livre é que se poderia debater quão falaciosas são ideias de superioridade de uns e inferioridade de outros. Assim, preservar-se-ia a liberdade de expressão e afastar-se-iam as expressões de ódio.

⁴¹⁴ *In*: Voto Ministro Marco Aurélio. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 172-173.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 177-178.

⁴¹⁶ Nesse sentido, Samantha Ribeiro, na esteira de Michel Rosenfeld, nos diz que a televisão, o rádio e a internet são instrumentos muito mais nocivos que os livros para a disseminação do discurso do ódio, já que podem atingir o grande público rapidamente, oportunidade que torna mais difícil para o destinatário se manifestar no sentido de não querer receber a informação, diferente do livro, o qual exige uma predisposição para leitura. *In*: MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 208.

⁴¹⁷ Voto Ministro Marco Aurélio. *Ob. cit.* p. 179.

Marco Aurélio dá como exemplo de dano ao discurso livre (“free speech”) a atitude de Rui Barbosa de determinar, sob o cargo de Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, a destruição de todos os documentos referentes à escravidão, conforme Decreto de 14 de dezembro de 1890, sob a justificativa de ter sido esse período de horror, porém, não pareceu ser essa a melhor atitude, pois impediu o estudo mais aprofundando do período e das mazelas dos tempos da escravatura.⁴¹⁸

Seguindo esse raciocínio, Marco Aurélio nos diz que não é a proibição da divulgação da ideia preconceituosa que trará a proteção desejada às minorias atacadas, mas o “confronto de ideias”, dentro da própria sociedade, isto é, o Estado seria mais democrático se não expusessem tal pensamento a uma censura oficial, mas sim se deixassem a cargo da sociedade tirar suas próprias conclusões.⁴¹⁹

Tal posicionamento do Ministro Marco Aurélio se assemelha ao entendimento liberal de Holmes Jr., na medida em que esse acreditava que cabia ao povo decidir as ideias que apoiaria ou rechaçaria, sem regulação estatal. Para ele, as ideias odiosas desapareceriam naturalmente ao perder a força no livre mercado de ideias, apenas ressaltando os casos em que um discurso implicasse um “perigo claro e iminente”, momento no qual não deveria receber a proteção da liberdade de expressão.⁴²⁰

Ademais, os livros teriam caráter democrático por excelência, para o Ministro Aurélio, já que “o poder de transformar os pensamentos em realidade não dependem dele ou de quem o publica, mas de quem o lê e o apreende, de quem se interessa pelo tema ou pelo título”. Ele tem sim o condão de proliferar certas ideias que podem ser aceitas ou não pela comunidade, mas necessita de outras condições sociais, políticas, econômicas e culturais para que seja efetivo seu papel de modificador das pré-compreensões e só assim ele poderia ser perigoso, quando fosse um catalisador de mudanças.⁴²¹

É dizer, dentro do discurso do ódio, circunstâncias como a do local onde ele é manifestado influenciam na abordagem social e jurídica. Por exemplo, um discurso do ódio contra judeus, proferido na Alemanha, onde se passou a maior parte dos horrores do Holocausto, terá um impacto diferente se o mesmo discurso for declamado na China onde não há tradição na perseguição dos judeus. O teor repulsivo do discurso continua a existir em

⁴¹⁸ *In*: Voto Ministro Marco Aurélio. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 169-170.

⁴¹⁹ *Idem*, p. 179.

⁴²⁰ POSNER, Richard A. **Direitos, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 278-280.

⁴²¹ Voto Ministro Marco Aurélio. *Ob. cit.* p. 180.

todos os casos, mas ele será recebido com maior ou menor intensidade a depender das circunstâncias que ele envolve.⁴²²

Marco Aurélio diz que a suposta apologia à discriminação judaica presente nos livros do paciente não seria capaz de gerar os efeitos desejados, por conta da realidade brasileira, que reconhece a contribuição dos judeus e das instituições judaicas, como hospitais, museus, sinagogas etc., diferentemente de sérios problemas discriminatórios no Brasil vivenciados pelo “negro, o índio ou o nordestino”. Inclusive o livro de autoria de Gustavo Barroso (“Brasil – Colônia de Banqueiros”) data de 1934 e, ainda que o tom discriminatório do livro ultrapassasse os do paciente Ellwanger, sempre foi vendido livremente, sem censura e nem por isso teria ocasionado nenhum movimento social por conta de suas ideias.⁴²³

É dizer, para o Ministro, a ofensividade das publicações deve ser aferida concretamente e não a partir de conceitos meramente abstratos.⁴²⁴

Todavia, a argumentação de Marco Aurélio não está imune às críticas, pois, como explica Daniel Sarmiento, não se mantêm de pé o argumento de “ausência de sentimento anti-semita no Brasil”, uma vez que o Ministro parece ter se esquecido de mencionar a discriminação contra os “cristãos-novos” na época colonial, a relação com o Nacional-Socialismo na Era Vargas, bem como a utilização de suásticas pelos “skinheads” em São Paulo. Estes exemplos revelam que não se pode levantar o fundamento de falta de tradição anti-semita no Brasil para justificar a falta de periculosidade do discurso, quando a história brasileira não nos mostra exatamente isso.⁴²⁵

Muito embora, o Ministro Marco Aurélio tenha se atido às circunstâncias do caso, principalmente ao grau de ofensividade dos livros editados, publicados e alguns até escritos por Siegfried Ellwanger, percebe-se que ele não estabelece uma ligação necessária entre a moralidade do discurso com o direito de proferir esse mesmo discurso, posição essa que muito se assemelha à posição da Suprema Corte norte-americana.

⁴²² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 212.

⁴²³ In: Voto Ministro Marco Aurélio. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 180-181.

⁴²⁴ Idem, p. 181. Inclusive, Oliver Holmes Jr. criticava entidades abstratas e a utilização de proposições gerais para decidir o caso concreto, pois seriam os fatos que determinariam a correção ou não da interpretação jurídica. In: HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 306.

⁴²⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 256.

- b. O entendimento extensivo de raça: o “hate speech” como uma ofensa aos princípios éticos da Constituição.

Em que pese à argumentação dos três ministros anteriores ao defenderem a inexistência da prática de crime de racismo e a ausência de afronta aos ditames éticos constitucionais pelo exercício legítimo da liberdade de expressão por Ellwanger, calha destacar que fora a tese contrária, de que a conduta do paciente fora sim criminosa, que prevaleceu na Corte brasileira, pelas razões a seguir expostas dos demais ministros. Vejamos.

Questionou, inicialmente, o Ministro Maurício Corrêa se a interpretação do art. 5º, XLII, deveria se dá de modo restrito (como o fez o Ministro Moreira Alves) ou se seria o caso de se interpretar teleologicamente e harmonicamente a Constituição Federal. Parece ter sido essa última a postura do Ministro. Nas incidências do seu Voto Vista, ele discorre, primeiramente, se ainda se mantém a concepção científica de divisão de raças – em sentido meramente biológico.

Com as pesquisas sobre o genoma humano se concluiu não haver diferenças significativas na genética humana que justificassem existir diversas raças, basicamente, por três razões: a) “a espécie humana é muito jovem e seus padrões migratórios demasiadamente amplos para permitir uma diferenciação e conseqüentemente separação em diferentes grupos biológicos que pudessem ser chamados de ‘raças’”; b) as ditas “raças” compartilhariam da vasta maioria das “variantes genéticas”; bem como, c) apenas de 5% a 10% da variação do genoma humano ocorreria entre as falsas raças. É dizer, quer geneticamente, quer biologicamente, não há evidências da existência de raças humanas. Não é que somos todos iguais, mas sim que somos todos igualmente diferentes.⁴²⁶

A partir disso se apercebe que a divisão dos homens em raças se dá por uma questão político-social e não biologicamente. Essa separação acaba por gerar discriminações em suas diversas fases – como explicado anteriormente – podendo gerar até mesmo a ideia de superioridade e de “legítimo” domínio (quando não de extermínio, como aconteceu no governo nazista) de um grupo sobre outro.

⁴²⁶ PENA, Sérgio D. J. e BIRCHAL, Telma S. “A inexistência biológica *versus* a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social?” **REVISTA USP**. São Paulo, n.68, p. 10-21, dezembro/fevereiro 2005-2006, p. 15. Disponível em: < <http://www.usp.br/revistausp/68/02-sergio-telma.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

É por conta disso que Corrêa diz, claramente, que considerar a superioridade ou inferioridade de um grupo sobre outro, por conta das mais diversas características dos seres humanos, é uma concepção contrária “aos princípios morais e éticos da humanidade”.⁴²⁷

A crença de serem os judeus uma “sub-raça” impura em contraposição à “raça” ariana acabou por gerar o extermínio de mais de seis milhões de judeus nos campos de concentrações. Corrêa relata que o anti-semitismo discriminava a chamada “raça judia”, pois a mácula deles não residiria na própria religião, isto é, não adiantava a conversão do judaísmo para o catolicismo,⁴²⁸ já que a segregação era fruto da ancestralidade, da consangüinidade,⁴²⁹ buscando se evitar a (absurda) “infecção da raça judia” com suas características físicas e morais negativas.⁴³⁰

Baseando-se nas Leis de Nuremberg de 1935, já mencionadas no segundo capítulo, Adolf Hitler defendia que a discriminação judia era algo presente na própria natureza, onde as leis raciais de superioridade e inferioridade não poderiam ser desconsideradas⁴³¹, até porque, para ele, “tudo o que, no mundo, não é raça boa é joio”⁴³² e a “raça judia” era um verdadeiro joio para a humanidade quando comparada a “superior raça ariana”.⁴³³

Com base nisso, o Ministro Maurício Corrêa argumenta que, muito embora os judeus não possam ser considerados uma raça, a discriminação que sofreram durante a Segunda Guerra Mundial e a que se manifestou na publicação e divulgação dos livros do paciente Ellwanger se equivale à segregação racial. Essa valoração negativa não se dá mais com

⁴²⁷ *In*: Voto Ministro Maurício Corrêa. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 29.

⁴²⁸ Adolf Hitler combatia o argumento de que os judeus não eram uma raça, mas sim uma religião, afirmando que: “Em uma seqüência lógica, amontoam-se sempre novas mentiras sobre a grande mentira inicial, a saber: que o judaísmo não é uma raça, mas uma religião. A mentira estende-se igualmente à questão da língua dos judeus; esta não lhes serve de veículo para a expressão, mas sim de máscara para seus pensamentos.” HITLER, Adolf. **Minha Luta (Mein Kampf)**. Disponível em: <file:///C:/Users/seven/Downloads/(Ebook-Portugues)Adolf%20Hitler%20-%20Minha%20Luta%20-%20Mein%20Kampf.pdf> Acesso em: 06 set. 2014, p. 90.

⁴²⁹ Voto Maurício Corrêa. Ob. cit. p. 28.

⁴³⁰ Nesse sentido, vide: Holocausto: um local de aprendizado para estudantes. As leis raciais de Nuremberg. **United States Holocaust Memorial Museum**. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/outreach/ptbr/article.php?ModuleId=10007695>>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁴³¹ Inclusive disse Hitler: “O homem que desconhece e menospreza as leis raciais, em verdade, perde, desgraçadamente a ventura que lhe parece reservada. Impede a marcha triunfal da melhor das raças, com isso estreitando também a condição primordial de todo progresso humano. No decorrer dos tempos, vai caminhando para o reino do animal indefeso, embora portador de sentimentos humanos.” HITLER, Adolf. **Minha Luta (Mein Kampf)**. Disponível em: <file:///C:/Users/seven/Downloads/(Ebook-Portugues)Adolf%20Hitler%20-%20Minha%20Luta%20-%20Mein%20Kampf.pdf> Acesso em: 06 set. 2014, p. 85.

⁴³² Idem, p. 87.

⁴³³ *In*: Voto Ministro Maurício Corrêa. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 29.

amparo científico, mas sim na concepção classificatória histórico-político-social de superioridade de uns e inferioridade de outros.⁴³⁴

É dizer, ainda que tenha ficado claro não haver diferenças biológicas entre os seres humanos, isto é, não há a concepção de raças quando se analisa os genes humanos, as diferenças sociais ainda teimam em apoiar a ideia da existência de raças.

O objetivo seria fazer da ciência um instrumento para esclarecer a população sobre determinados erros e até de algumas concepções morais, propagados acriticamente, a fim de impedir, no caso em análise, a discriminação por algo que, de fato, inexistente, isto é, a noção de superioridade/inferioridade de raças.

Nesse sentido, Corrêa cita algumas passagens do livro “Brasil – Colônia de Banqueiros”, de Gustavo Barroso, editado por Ellwanger, que revelam a incitação ao ódio contra os judeus, como: “O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora”. Outra passagem também claramente discriminatória é a do livro “Holocausto. Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira”, este escrito por Ellwanger, sob o pseudônimo de S. E. Castan, onde diz que “o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda. (...) Os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus.”⁴³⁵

Assim, o Ministro não chega à outra conclusão que não à prática de racismo pelo paciente, já que o conceito de raça, como explicado anteriormente, não se restringiria às questões biológicas (até porque essas nem existem), mas sim às questões históricas e sociais, sendo essas questões que ocasionaram a segregação e a ideia de extermínio de milhões de judeus.⁴³⁶

⁴³⁴ *In*: Voto Ministro Maurício Corrêa. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 30.

⁴³⁵ Voto Maurício Corrêa. *Ob. cit.* p. 32-33.

⁴³⁶ Hannah Arendt faz um perfeito esboço histórico sobre o processo que originou a “mágoa” de Hitler contra os judeus e a tentativa de extermínio na Segunda Guerra Mundial, quais sejam: a) nos séculos XVII e XVIII ocorria o desenvolvimento dos Estados-nações sob a tutela dos monarcas absolutos. Nesse período, os judeus começaram, individualmente, a ocupar posições mais influentes, ao administrar transações financeiras dos soberanos e financiar os negócios do Estado; b) após a revolução francesa, se fez necessário maior capital e crédito para as transações comerciais, razão pela qual foram utilizadas as “fortunas dos grupos judeus mais ricos da Europa ocidental e central”, asseguradas pelos banqueiros judeus e foi nesse período que se concederam privilégios aos “judeus-da-corte”; c) no fim do século XIX, com a vinda do imperialismo, introduziu-se nas nações européias, o “espírito comercial de concorrência competitiva”, onde os judeus perderam sua posição exclusiva nos negócios do Estado e houve uma desintegração das comunidades judaicas financeiramente organizadas; d) já no século XX, precedendo a Primeira Guerra Mundial e com a desintegração do povo judeu e dos Estados-nações, a comunidade judaica tornou-se objeto de ódio, devido à ausência de “solidariedade intereuropeia” e à “riqueza inútil” dos judeus. *In*: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo. Anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo**. 5 reimpressão. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 34-35.

O Ministro Corrêa defendeu a compatibilidade de seu posicionamento com a legislação brasileira, na medida em que o art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, trata cor e raça como conceitos diferentes, ao estimular a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, **raça**, sexo, **cor**, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (negrito nosso) e por isso é que o conteúdo do “racismo” deve ser mais amplo, sob pena de inocuidade. Também o art. 5º, XLII e art. 4º, VIII, ambos da Carta Magna, tratam do repúdio ao racismo em âmbito nacional e internacional. Inclusive, os diversos tratados internacionais sobre racismo reforçam a ideia de que a discriminação contra os judeus, assim como a escravidão e o *apartheid* sul-africano são alcançados por sua proteção e foi até por isso que se deu a alteração da redação do art. 20, da Lei nº 7.716/89, pela Lei nº 8.081/90, a fim de coadunar seu conteúdo com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e “pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos Direitos fundamentais.”⁴³⁷

Levanta o Ministro a bandeira que essa acepção mais ampla do termo “racismo” advém da promoção da cidadania, igualdade e da dignidade humana, mediante o “Direito de ter Direitos”. Dentro das liberdades públicas, caberia ao Estado de Direito promover o respeito ao “valor fundamental da pessoa humana” e seria por conta disso que não haveria que se falar de ofensa à liberdade de expressão e pensamento (art. 5º, IV e IX; e art. 220) por conta do conteúdo claramente discriminatório. A solução de uma possível controvérsia de direitos essenciais do indivíduo, para o Ministro, estaria dentro do próprio texto constitucional, já que a previsão da liberdade de expressão não assegura o “Direito à incitação ao racismo”.

Dessa forma, concluiu o Ministro Maurício Corrêa pelo acerto da condenação do paciente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em virtude da prática do crime de racismo – esse inafiançável e imprescritível, promovendo, assim, o indeferimento do *habeas corpus*.⁴³⁸

Nessa toada, o pronunciamento do Ministro Celso de Mello não difere muito do pronunciamento de Maurício Corrêa, por defender que o conceito de racismo não pode ser apreendido somente em sentido biológico ou antropológico, mas sim, e principalmente, em sentido cultural e social, projetando-se em “um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social” e seria por conta disso que não se

⁴³⁷ In: Voto Ministro Maurício Corrêa. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 38.

⁴³⁸ Idem, p. 44-45.

poderia defender que a incitação ao ódio estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão, uma vez que:

Publicações – como as de que trata esta impetração – que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.⁴³⁹

É dizer, fica claro no voto do Ministro Celso de Mello a utilização da tese de “limites internos” dos Direitos fundamentais, defendida, principalmente por Friedrich Müller, na medida em que, não haveria o que sopesar no caso apresentado, isto é, a liberdade de expressão e a dignidade do povo judeu, já que o próprio ordenamento definiria os limites reais dos Direitos fundamentais.⁴⁴⁰ No caso, a própria incitação ao ódio já seria um crime, um ato ilícito, que não se ampara em qualquer defesa de “liberdade de expressão”, ao ofender valores tutelados pela ordem constitucional.

Assim, a própria determinação extensiva do conceito de raça definiria a desnecessidade de se sopesar supostos direitos em conflito, uma vez que o próprio sistema já teria feito suas opções, ao proteger diversas formas de discriminação, ampliando o conceito de raça, mediante o abuso da liberdade de expressão, a qual, perante esta teoria, não abarcaria expressões de ódio. Tal posicionamento do Ministro Celso de Mello em muito se assemelha a da Corte alemã, analisada em nosso segundo capítulo.

Outro Ministro que vem trazer contribuição relevante para a determinação do sentido adotado por “raça” e “racismo”, essenciais para a solução do julgado é Gilmar Mendes. Ele discorre que a existência de raças se baseia em critérios “pseudocientíficos”, produtos do século XIX, pregando a superioridade, em geral, da raça branca sobre as demais, como se disseminou no período da Segunda Guerra Mundial, isto é, a “pureza da raça ariana” e a “superioridade da raça ariana.”⁴⁴¹

Os tratados internacionais e os julgamentos internacionais – como o do caso norte-americano *Shaare Tefila Congregation versus Coob*, US 615⁴⁴² – demonstram que a aceção

⁴³⁹ Voto Ministro Celso de Mello. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 59.

⁴⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 258.

⁴⁴¹ *In*: Voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 63.

⁴⁴² O caso diz respeito à declaração de aplicação da tutela da legislação norte-americana de 1982 contra a discriminação racial aos judeus, ainda que parte deles fosse de origem caucasiana, a fim de dar maior efetividade à repressão do racismo e de se promover a dignidade da pessoa humana dos integrantes de certo grupo, como os judeus, que também mereceriam proteção. A situação, que deu origem ao questionamento de que se aplicaria ou não leis raciais aos judeus, surgiu da manifestação de pinturas, *slogans*, frases e símbolos anti-semitas na

do termo “raça” e, conseqüentemente, do “racismo”, vai muito além da presença de características físicas (cor da pele, forma do rosto, estrutura corporal etc.) ou biológicas, já que reside em critérios culturais, históricos e políticos, como é o caso do anti-semitismo. Porém, como se daria a relação entre o discurso racista e o direito fundamental à liberdade de expressão?⁴⁴³

Gilmar Mendes busca resolver o dilema entre liberdade de expressão e o discurso racista do julgamento, utilizando-se do “princípio da proporcionalidade” ou “princípio do devido processo legal em sentido substantivo”, a fim de não prejudicar valores básicos de uma “sociedade pluralista”. Para o Ministro, a Constituição limita o direito à liberdade de expressão e imprensa diante da necessária compatibilidade daquele com os direitos à imagem, à honra e à vida privada (art. 5º, X, CF/88)⁴⁴⁴. É dizer, dentro de uma sociedade de valores plurais não se poderia dar um caráter absoluto à liberdade de expressão, tendo em vista a tolerância, igualdade e a dignidade humana, inclusive, por se punir manifestações discriminatórias, como o racismo – crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII, CF/88).⁴⁴⁵

Dessa forma, foi destrinchando o conceito de proporcionalidade que Gilmar Mendes chega à conclusão de que se deve indeferir a ordem de *habeas corpus* de Siegfried Ellwanger, na medida em que: a) a condenação é adequada para proteger uma sociedade pluralista e tolerante, com respeito à dignidade humana; b) a condenação é necessária por não existir outro meio menos gravoso ou menos eficaz para punir divulgação de ideias que estimulariam, reiteradamente, o ódio e a violência contra os judeus; bem como, c) a condenação é proporcional em sentido estrito, já que preserva, justificadamente, valores inerentes em sua sociedade democrática, como da dignidade e da tolerância, que não se coadunam com uma “liberdade de expressão absoluta e intangível” que acabaria por sacrificar outros direitos fundamentais.⁴⁴⁶

Através da “técnica da ponderação”, a qual será melhor debatida posteriormente, Gilmar Mendes também chega a conclusão de que houve um abuso na liberdade de expressão,

sinagoga de “Shaare Tefila Congregation”, em Silver Spring, Maryland, de maneira que alguns ofendidos levaram o caso para a Corte Distrital Federal. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/615/case.html>>. Acesso em: 21 set. 2014.

⁴⁴³ Voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Ob. cit. p. 66-67.

⁴⁴⁴ Art. 5º. (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o Direitos a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁴⁴⁵ In: Voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 70.

⁴⁴⁶ Idem, p. 76-77.

em razão da incitação ao ódio e do desrespeito à dignidade da minoria ofendida, no caso, os judeus. O conceito de liberdade possuiria limites, conforme explicado em nosso primeiro capítulo, e um deles seria, justamente, o respeito à dignidade do outrem. Esse argumento, inclusive, remonta à justificativa Kantiana de que o sentimento do “respeito”⁴⁴⁷ abate inclinações, paixões e a soberba, consoante também abordado no primeiro capítulo desta dissertação.

A declaração de que o discurso do ódio corresponde a uma prática racista ocasiona várias mudanças do modo como casos semelhantes merecem ser tratados e de como tal punição não pode ser tomada como censura à liberdade de expressão, pois ela não poderia contemplar a hostilização, a humilhação e até a violência alheia, consoante a teoria adotada por Gilmar Mendes.

Seguindo adiante, observamos que a questão do termo “raça” e “racismo” também foi o primeiro ponto de análise do Ministro Carlos Velloso, isso porque, a Constituição Federal busca a efetivação e proteção dos direitos humanos fundamentais, mediante a promoção da dignidade humana e uma das formas “mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana” é o preconceito contra minorias, revelado na incitação aos atos e sentimentos hostis em relação aos negros, judeus, ciganos, índios etc. Se já foi pacificado cientificamente não existir verdadeiras “raças”, pelo estudo do genoma humano, já culturalmente e historicamente a realidade é outra.⁴⁴⁸

A discriminação e o tratamento hostil a determinados grupos, por conta da cor de pele, estrutura corporal, forma do cabelo, etc., acompanha a humanidade desde o início das civilizações. Tal concepção preconceituosa não é tolerada pelos ditames constitucionais, ao repudiar toda prática racista (art. 4º, VIII e art. 5º, XLII, ambos da CF/88), isto é, toda atribuição de supostas características raciais para instaurar a desigualdade e a discriminação.⁴⁴⁹

Particularmente, com o livro de autoria do paciente Siegfried Ellwanger – “Holocausto. Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século” – ficaria claro o cunho racista dado aos judeus, uma vez que há várias passagens que mencionam a “raça judaica”, a “incitação racial dos judeus”, as “tendências que se enraízam no sangue judeu”, o que, no entendimento de Miguel Reale Júnior, em seu parecer apresentado para o julgamento, o

⁴⁴⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução: Antonio Carlos Braga. São Paulo, SP: Editora Escala, 2006.

⁴⁴⁸ *In*: Voto Ministro Carlos Velloso. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 80-81.

⁴⁴⁹ *Idem*.

paciente faz de suas obras um “violento ataque aos judeus”, ao tentar negar o Holocausto, defender o regime nazista, além de culpar os judeus pela Segunda Guerra Mundial e colocá-los como “os únicos beneficiários dela”.⁴⁵⁰

Partindo-se do entendimento que a conduta do paciente Ellwanger constituiu crime de racismo contra o povo judeu, previsto no art. 20, da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/90, Carlos Velloso, seguindo os fundamentos do Ministro Celso de Mello, disse não haver que se falar de proteção do discurso do ódio público contra o povo judeu pela cláusula constitucional da liberdade de expressão por dois motivos: em primeiro lugar, porque as publicações possuíam cunho claramente “panfletário”, que estimularia a intolerância à comunidade judaica, não contribuindo, por óbvio, para o “aperfeiçoamento do conhecimento humano”; em segundo lugar, se pudessemos falar de um “conflito de direitos fundamentais”, deveria se dar prevalência àquele que melhor realizasse o sistema de proteção dos direitos e das garantias constitucionais, no caso a vedação à discriminação racial.⁴⁵¹

O discurso moral também parece permear o voto do Ministro Carlos Velloso por seguir a concepção de que as expressões de ódio não se casam com o discurso desrespeitoso contra grupos minoritários, diante de ideias falaciosas de que alguns indivíduos são inferiores por sua cor de pele, por sua etnia, por sua origem geográfica, por sua religião e vários outros aspectos cada vez mais absurdos para se propor uma “diferenciação entre os seres”!

Também o Ministro Nelson Jobim foi enfático ao defender que a interpretação restritiva do conceito do crime de racismo – esse imprescritível – seria tornar “inútil” o dispositivo da Constituição, isto é, se não existem raças – com comprovação científica – não haveria a possibilidade de se praticar o crime de racismo. Para o Ministro, o conceito de “racismo” deve ser apreendido pragmaticamente, ou seja, no caso concreto.⁴⁵²

Muito embora a proposta de Emenda Constitucional de Caó tenha se inspirado na luta dos negros, tendo em vista as raízes históricas brasileiras, assentada na colonização portuguesa que instituiu a escravidão⁴⁵³, deve ser tomada de forma exemplificativa, isso

⁴⁵⁰ *In:* Voto Ministro Carlos Velloso. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 82.

⁴⁵¹ *Idem*, p. 82.

⁴⁵² *In:* Voto Ministro Nelson Jobim. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 84.

⁴⁵³ Nesse sentido, clara é a explicação de Darcy Ribeiro sobre a discriminação mais “espantosa” no Brasil: a que separa os pobres dos ricos, assim como a dirigida aos negros, mulatos e índios. O racismo no Brasil assume outra peculiaridade, já que ele reside, principalmente, na própria cor da pele, afinal, “negro é o negro retinto, o mulato já é o pardo e como tal meio branco, e se a pele é um pouco mais clara, já passa a incorporar a comunidade branca. Acresce que aqui se registra, também, uma branquização puramente social ou cultural. É o caso dos negros que, ascendendo socialmente, com êxito notório, passam a integrar grupos de convivência dos brancos, a casar-se entre eles e, afinal, a serem tidos como brancos. Exemplifica essa situação o diálogo de um artista

porque a norma constitucional não poderia deixar de proteger outros povos, como os índios, judeus, italianos etc.⁴⁵⁴

Inclusive, quando Nelson Jobim foi questionado pelo Ministro Sepúlveda Pertence se se realmente poder-se-ia considerar crime de incitação ao racismo a reedição de livros há muito conhecidos e facilmente obtidos em sebos, Jobim afirmou que o problema residiria não na edição dos livros, mas a forma pela qual as edições estariam sendo utilizadas, quais sejam, na fomentação da ideologia racista, discriminatória e hostil à comunidade judaica.⁴⁵⁵

Importante ressaltar que essa restrição do conceito de racismo, dirigindo-se apenas à “raça” negra, o transformaria em algo inútil para a punição de novas condutas racistas percebidas na sociedade cada vez mais complexa que vivemos. Seria aí que reside a importância da determinação semântica do conceito de racismo, como foi determinado nesse sub-tópico, atualizando-se a Constituição através da interpretação dela e de todo aparato de valores que também dela se emanam.

Já a Ministra Ellen Gracie, utilizando-se de trecho, inclusive por ela traduzido, da Enciclopédia Judaica Roth, defende também um critério mais abrangente para se definir raça e, conseqüentemente, o crime de racismo, uma vez que diferenciações científicas não mais se sustentam pelas pesquisas do “genoma humano”. Quando a Constituição Federal de 1988 diz repudiar o racismo estaria, em verdade, rejeitando toda prática de “menosprezo e desrespeito” ao direito fundamental à igualdade, representada pela atitude preconceituosa e hostil a determinados grupos.⁴⁵⁶

Cezar Peluso também defendeu, em sua manifestação no julgamento, de que a acepção restrita do termo “racismo” seria absolutamente inútil, além de “extremamente pobre, porque se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas.”⁴⁵⁷

Diante disso, a atitude do paciente Ellwanger demonstraria não apenas o exercício da liberdade de expressão, própria de todo editor e autor de livros, já que seu histórico denota o “evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos.” Tal ação

negro, o pintor Santa Rosa, com um jovem, também negro, que lutava para ascender na carreira diplomática, queixando-se das imensas barreiras que dificultavam a ascensão das pessoas de cor. O pintor disse, muito comovido: ‘Compreendo perfeitamente o seu caso, meu caro. Eu também já fui negro.’” *In*: RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 206-207.

⁴⁵⁴ *In*: Voto Ministro Nelson Jobim. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 116.

⁴⁵⁵ *Idem*, p. 85-86.

⁴⁵⁶ *In*: Voto Ministra Ellen Gracie. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 123-124.

⁴⁵⁷ *In*: Voto Ministro Cezar Peluso. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 129.

transporia os limites da liberdade de expressão, fazendo-se com que se configure o crime imprescritível de racismo, sendo denegado o *writ*.⁴⁵⁸

Sepúlveda Pertence também vem acompanhar a maioria do plenário ao defender ser a determinação da conduta do paciente como racista ou não do paciente como a verdadeira questão controversa do *habeas corpus*, e para o Ministro sim, de fato, a conduta do paciente pode ser considerada racista, nos moldes do art. 5º, XLII, da CF/88.⁴⁵⁹

Argumenta o Ministro que o conceito de raça deve ser tomado em sentido sociocultural, de modo que o racismo se dirigiria “a um grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo de racismo.” Por mais difícil de vislumbrar a possibilidade dos livros do paciente incitar ao ódio – até porque o Ministro Pertence parece não ter se agradado da “qualidade” e do saber literário de Ellwanger –, o Ministro diz ter se convencido que o livro pode servir de instrumento para a prática do racismo,⁴⁶⁰ ou seja, para o Ministro, em geral, as obras do paciente não revelariam uma discussão histórica séria, mas sim incitação ao ódio contra os judeus, denegando a ordem de *habeas corpus*.⁴⁶¹

4.2. As consequências da adoção de um conceito extensivo de raça: destrinchando os argumentos morais e jurídicos utilizados pelos ministros da Corte Brasileira.

A relação conturbada existente entre direito e moral fez com que se desenvolvessem diversas teorias na filosofia do direito e na própria teoria geral do direito, a fim de justificar o imbricamento ou não destes dois “institutos”.

Como explicamos em nosso primeiro capítulo, muito embora a liberdade seja tomada como um direito fundamental para o desenvolvimento do homem, inclusive como um “ser moral”, os sistemas jurídicos foram desenvolvendo limites a fim de harmonizá-lo com os demais direitos também tutelados pelo Estado, particularmente da época do Estado Social.

Se a relação entre direito e moral aparecia forte no período dos jusnaturalistas clássicos e nos modernos, passou a existir com o positivismo um movimento da necessidade de separação das normas jurídicas com as normas morais.

⁴⁵⁸ *In*: Voto Ministro Cezar Peluso. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 129.

⁴⁵⁹ *In*: Voto Ministro Sepúlveda Pertence. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 225.

⁴⁶⁰ *Idem*, p. 226-228.

⁴⁶¹ *Idem*, p. 230.

Não seria exatamente uma separação, uma vez que até mesmo Kelsen reconhecia que a moral, a política, a sociologia etc. influenciavam na formação das normas jurídicas, mas o que, de fato, os positivistas defendiam, destacando-se o positivismo kelseniano, é que a moral era desnecessária para o conceito de validade do direito, uma vez que esse aferido de modo formal.

Por sua vez, as circunstâncias históricas alteraram, mais uma vez, os rumos da teoria do direito, particularmente com a retomada da importância da moral para o direito.

A moral reaparece com uma ligação direta com a dignidade humana, com a pretensão do bom e do correto e, por conta disso, passa-se a defender está ela intimamente relacionada também com os direitos humanos. É dizer, dentro de uma fundamentação ética, os direitos humanos seriam direitos morais e, como já dissemos nos ensinamentos de Aristóteles, no primeiro capítulo desta dissertação, caberia ao Estado reforçar condutas “virtuosas” em suas Constituições.

É assim que o movimento pós-positivista ou neoconstitucionalista⁴⁶² aparece com o fim de rediscutir a necessidade de integração da Moral ao conteúdo jurídico, após reflexões da possibilidade de um ordenamento jurídico receber um *status* de “válido”, ainda que destituído de conceitos como o de Justiça e de proteção aos chamados Direitos Fundamentais, claramente no que concerne ao “Estado” Nazista e Fascista do século XX.⁴⁶³

Os referidos valores morais passam a ser o conteúdo principal dos Direitos Humanos, já que esses representariam, ao menos numa concepção ocidental, um ideal a ser atingido por todos os povos e por todas as nações e estariam extremamente ligados à questão moral. Daí porque, na atualidade, falar em Direitos Humanos implicaria em discutir valores morais.

⁴⁶² A corrente neoconstitucionalista não se refere a uma única linha de pensamento, mas a uma “heterogeneidade” de ideias ligadas ao contexto histórico da Segunda Guerra Mundial ao repudiar as atrocidades desse período e investir em ideais como os de liberdade, igualdade e fraternidade. O aprofundamento do estudo da (s) teoria (s) neoconstitucionalista (s) se deve à divulgação da coletânea “Neoconstitucionalismo (s)” do jurista mexicano Miguel Carbonell. In: MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. Uma análise pragmática da judicialização da saúde a partir da jurisprudência do TRF da 5ª Região: O parâmetro da possibilidade de universalização da prestação de saúde pleiteada. **Filosofia do Direito na Contemporaneidade. Pragmatismo Jurídico, Análise Econômica do Direito e Conectividades**. Adualdo de Lima Catão, Antonio Alves Pereira Netto, Vítor de Andrade Monteiro (Coord.). Curitiba: Juruá, 2014, p. 101.

⁴⁶³ BARROS, Caroline Maria Costa. O debate entre o Pragmatismo e o Neoconstitucionalismo: A interpretação e aplicação dos “aspectos morais” dos direitos fundamentais. **Filosofia do Direito na Contemporaneidade. Pragmatismo Jurídico, Análise Econômica do Direito e Conectividades**. Adualdo de Lima Catão, Antonio Alves Pereira Netto, Vítor de Andrade Monteiro (Coord.). Curitiba: Juruá, 2014, p. 77.

Em verdade, conforme Habermas⁴⁶⁴, a intuição de uma relação entre princípios morais e direitos humanos, "não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais". O direito moderno, de acordo com o autor,

deixa os seus endereçados livres para, ou observarem as normas apenas como uma restrição fática [*faktisch*] do seu âmbito de ação - e se ajustarem a um relacionamento estratégico com as consequências calculáveis das possíveis violações das regras -, ou quererem obedecer as prescrições 'por respeito diante da lei'. (...) Normas jurídicas devem ser feitas de tal modo que possam ser vistas ao mesmo tempo sob aspectos diferentes como leis coativas e como leis da liberdade. Deve ser no mínimo possível seguir normas jurídicas não porque elas coagem, mas sim porque são legítimas. A validade [*Gültigkeit*] de uma norma jurídica afirma que o poder estatal garante ao mesmo tempo positivamente jurídica legítima e execução judicial fática.⁴⁶⁵

Para o filósofo alemão,⁴⁶⁶ o direito "reclama não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados não apenas um reconhecimento fático, mas antes reivindica 'merecer' o reconhecimento". Habermas ratifica que, através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. A tensão entre a positividade do direito e sua pretensão de legitimidade estaria latente no próprio direito, razão pela qual o autor⁴⁶⁷ reconhece que, *in verbis*:

As questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas: como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação com base em regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente?

Para José Juan Moreso⁴⁶⁸, os direitos fundamentais seriam dotados de “valores ético-políticos”, perfazendo-se uma inevitável ligação entre Direito e Moral, como, que consideraria essencial à ciência jurídica a argumentação moral, sendo “uma obviedade que as Constituições incluem conceitos e teses morais” e que, portanto, “incorporam a moral no direito”.

⁴⁶⁴HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 140-141

⁴⁶⁵Habermas *apud* SILVA, A. G. da. Teoria do discurso, construtivismo filosófico e razão prática. In: **Virtú, Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional**, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/discursoconstrutivismo-filosofico-58965996>>. Acesso em: 7 jan. 2013.

⁴⁶⁶Habermas *apud* LUNARDI, Giovani Mendonça. “A fundamentação moral dos direitos humanos”. In: **Rev. katálysis vol.14 no.2 Florianópolis July/Dec. 2011**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802011000200007&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 dez. 2012.

⁴⁶⁷HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 141.

⁴⁶⁸MORESO, José Juan *apud* Luigi Ferrajoli. In: FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo – Warranty Constitutionalism and Neoconstitucionalism.” Trad. André Karam Trindade. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014, pp. 95-113.

É nesse sentido o interessante posicionamento de Andreas Krell quando menciona o reconhecimento das normas de conteúdo moral/de valor social/de justiça, pelo legislador positivo e isso não acarretaria a retomada do Direito Natural, mas sim a uma:⁴⁶⁹

teoria do consenso, cujo conceito de verdade se orienta pela capacidade de as proposições normativas constituírem um consenso ou uma concordância potencial dos sujeitos envolvidos. Nesse sentido, a pretensão de alcançar uma *verdade* está na dependência de uma “fundamentação convincente”, através do emprego de argumentos racionais, o que está tornando a teoria científica do saber jurídico progressivamente uma teoria da argumentação jurídica. (grifo no original)

O referido consenso estaria em uma “realidade moral”, relevante no processo de adaptação e convivência social, de maneira que conceitos como de justiça, paz social e outros valores básicos apareceriam dentro de um discurso coerente, com argumentação jurídica bem fundamentada e dotada de critérios de racionalidade.⁴⁷⁰

Assim, fica clara a mudança de perspectiva da doutrina mais atual frente à relação de direito e moral. Essa relação pode ser exemplificada quando nos deparamos com as famosas Leis de Nuremberg de 1935, durante o Estado Nazista, ou as leis durante o Apartheid, na África do Sul, ambas formalmente válidas, mas não moralmente aceitáveis.

Por conta disso é que o discurso do ódio nos parece ser um objeto de análise interessante para averiguar o quanto de moral deve ter o direito, principalmente, se estamos a falar da tutela da liberdade de pensamento e de expressão, da igualdade e da dignidade do indivíduo.

A partir da extensão semântica dada ao conceito de “raça” e “racismo”, o STF determinou não estar o conceito de raça ligado apenas a concepção “clássica” de “discriminação contra os negros”, já que os Tratados Internacionais, os valores previstos na Constituição brasileira de 1988 e o próprio caso concreto (dentro de um contexto histórico, social, político e econômico) dariam as diretrizes para a construção e o emprego do que, de fato, pode ser tomado como “conduta racista”.

Infelizmente, não precisamos buscar exemplos dos Estados Unidos ou na Alemanha sobre o que a intolerância e a falaciosa crença de superioridade de um grupo sobre outro são capazes de fazer, se em nosso país isso ocorre rotineiramente. É o caso do discurso do ódio contra os nordestinos.

Vejamos.

⁴⁶⁹ KRELL, Andreas Joachim. “As dificuldades de Teorias pré-hermenêuticas com o Direito do Estado Social Moderno”. In: **Revista do Mestrado em Direito** - Universidade Federal de Alagoas. V. 2, n.3, dez (2006 -) Maceió: Edufal, 2008, p. 31-32.

⁴⁷⁰ KRELL, Andreas J. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito constitucional e administrativo. In: **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Fredie Didier Jr. e Marcos Ehrhardt Jr. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

Quando, atualmente, o judiciário também entende haver prática de racismo ou de injúria racial contra nordestinos – fato esse que se tornou, infelizmente, recorrente após o resultado das eleições presidenciais de 2010 e 2014 – acaba por também incluir em sua hipótese de incidência a discriminação contra esse grupo, diante das alegações injustificadas de inferioridade intelectual.⁴⁷¹

Um dos casos que retrata esse discurso do ódio dentro da realidade brasileira ocorreu logo após a confirmação da vitória da candidata petista Dilma Rouseff sobre seu adversário tucano, José Serra, em 2010, oportunidade em que uma jovem chegou a publicar no seu perfil do *Twitter*: “Nordestista (sic) não é gente. Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado”. O *tumblr* “Esses Nordestinos”, também reuniu alguns dos discursos de ódio proferidos nas redes sociais como forma de expor o problema e denunciar, como “Eleição devia ser feita só no sul e no sudeste”, “Dilma só ganha voto por povo burro no nordeste”.⁴⁷²

Se o discurso do ódio contra os judeus já nos parece abominável, imagine a discriminação contra o povo nordestino, onde a realidade nos é bem mais próxima? A tentativa de diminuição, ou até a incitação à violência⁴⁷³, a um grupo de pessoas por sua capacidade intelectual, opção sexual, cor de pele etc. cai na vala do absurdo e da total intolerância.

Com base nisso, percebe-se que restringir a incidência da prática de crime de racismo à discriminação negra é promover uma aplicação insuficiente do fim da norma, qual seja a proteção contra a discriminação infundada a determinado grupo e isso é aferido através do processo interpretativo.

Foi nesse sentido que os ministros do STF se posicionaram ao defenderem que o discurso do ódio proferido contra os judeus, no HC nº 82.424-2/RS, deveria sim ser considerado crime de racismo e assim, imprescritível.

Diante deste panorama devemos analisar alguns dos argumentos levantados pelos ministros do STF, acerca da limitação moral ou não ao “free speech”.

⁴⁷¹MENDES, Natália. “Crescente desde 2010, discurso de ódio ao PT expõe racismo contra nordestinos.” **Rede Brasil Atual**. Publicado 20/10/2014. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/10/discursos-de-odio-contra-nordestinos-e-eleitores-do-pt-se-espalham-na-internet-4303.html>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

⁴⁷²Idem.

⁴⁷³ Como a agressão com socos, ocorrida em 27 de abril de 2013, a S. dos S., por suposto grupo de “skinheads”, em São Gonçalo-RJ, de modo que a vítima fora atacada aos gritos de “Paraíba” pelo grupo. No carro dos acusados foi encontrada uma bolsa com facas, soco inglês, capuz, bandeiras com símbolos nazistas e panfletos com ilustrações neonazistas. In: UCHÔA, Bruno; EMANUEL, Cláudio. **Jornal O fluminense**. Publicado em: 27 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.ofluminense.com.br/editorias/policia/skin-reds-armados-agridem-nordestino-no-centro-de-niteroi>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

4.2.1. A defesa do “discurso livre”: a ausência de ofensividade das publicações de obras por Siegfried Ellwanger.

Consoante vimos nos tópicos anteriores, dos 11 ministros que participaram do julgamento do HC nº 82.424-2/RS, apenas três se dispuseram a defender um conceito mais restrito do crime de “racismo”, legitimando o discurso de Ellwanger, por entenderem estar ele dentro do alcance da cláusula de proteção do direito à liberdade de expressão.

Dentro do contexto de estudo do “hate speech”, vimos que a Corte alemã haveria valores outros, como o de igualdade e dignidade que não permitiram a proliferação de expressões de ódio ou de teorias revisionais que buscam hostilizar, humilhar e até incitar à violência contra determinados grupos, diante do discurso falacioso de “superioridade/inferioridade”. Seria a argumentação pela proibição do “hate speech” também moral?

Conforme o Ministro Marco Aurélio, as expressões utilizadas pelo paciente não ultrapassaram o campo legítimo da liberdade de expressão, direito esse assegurado na Constituição.

Para Marco Aurélio, as decisões que estenderam o conceito de “racismo”, nada mais denotariam que a influência da “imagem do politicamente correto”, isto é, fazer uso de uma “Jurisprudência Simbólica”⁴⁷⁴ ou de uma “jurisprudência-álibi”, seguindo a defesa do pensamento antinazista em oposição à liberdade de expressão, para trazer a confortável ideia à sociedade “das boas intenções do julgador”. Passa o ministro a criticar o forte apelo social feito ao Judiciário, para a confirmação dos supostos “valores sociais” de respeito ao povo judeu.

Todavia, Marco Aurélio defende que a questão do julgamento não reside nos “campos de extermínio”, na “doutrina nazista”, ou no “pensamento a supremacia da raça ariana”, mas sim na “possibilidade de o paciente manifestar o ponto de vista próprio e alheio por meio de livro, ainda que de forma não condizente com o pensamento que se espera do homem médio”.⁴⁷⁵

⁴⁷⁴ O Ministro faz clara alusão à obra de Marcelo Neves – “Constitucionalização Simbólica” – onde o autor defende que o Estado brasileiro cria leis destituídas de “eficácia para solucionar as mazelas nacionais, mas com grande carga simbólica, visando dar uma resposta imediata aos anseios da população.” *In*: Voto Ministro Marco Aurélio. Ob. cit. p. 188. Nesse sentido, ver a obra: NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

⁴⁷⁵ Voto Ministro Marco Aurélio. Ob. cit. p. 188-189.

Não havia conduta a ser reprovada, nem juridicamente, nem moralmente, pelo referido Ministro, por não se poder punir alguém por ter uma ideologia diversa dos outros.⁴⁷⁶

Baseando-se na defesa de um conceito restrito de raça, Moreira Alves não discutiu profundamente se achava ser moral ou não o discurso do paciente, mas deixou clara a necessidade de se interpretar literalmente os ditames legais sobre racismo, mediante a seriedade da criminalização, que ganha caráter de imprescritível e inafiançável. As expressões de ódio e a teoria revisional da história do Holocausto não seriam suficientes para criminalizá-las como “expressões racistas.”⁴⁷⁷

Foi com base argumentativa semelhante que o Ministro Ayres Britto defendeu não haver que se fazer restrições ao discurso de Ellwanger, pois mesmo sendo o preconceito racial uma afronta à moralidade, Ayres Britto não vê como imoral a conduta de Ellwanger, mas sim como a utilização legítima do direito daquele de expressar sua ideologia. A moralidade, aqui, não seria capaz de limitar o exercício da expressão de pensamento, porque não estaria em seu campo de atuação, isto é, a defesa de teorias revisionais, na ótica do Ministro Britto seria legítima e, no caso analisado, não seria capaz de incitar o ódio ou a violência.⁴⁷⁸

Muito embora os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto terem reconhecido a imoralidade nos atos preconceituosos racistas, não seriam eles capazes de limitar o exercício da liberdade de expressão, no caso, usados legitimamente por Siegfried Ellwanger.

Marco Aurélio, inclusive, chega a criticar o uso do argumento “politicamente correto” pelos demais ministros, por acreditar que tal fundamentação não passaria de um atendimento aos clamores sociais, quando não se estaria observando a necessidade de um discurso livre, o qual abarcaria, inclusive, o “hate speech”, desde que esse não dissesse respeito a um “perigo claro e iminente”, consoante a teoria liberal de Oliver Holmes Jr.

Contudo, os entendimentos dos Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves e Ayres Britto não refletiram o pensamento do restante dos julgadores, os quais defenderam, em linhas gerais, a ofensividade à dignidade do povo judeu pelas expressões de ódio utilizadas por Ellwanger. Vejamos a seguir.

⁴⁷⁶ Voto Ministro Marco Aurélio. Ob. cit. p. 188-189.

⁴⁷⁷ Voto Ministro Moreira Alves. Ob. cit. p. 17.

⁴⁷⁸ Voto Ministro Carlos Ayres Britto. Ob. cit. p. 152-153.

4.2.2. A carência de legitimidade de expressões de ódio: os limites éticos do discurso.

Durante a fundamentação dos votos, ficou perceptível que não apenas argumentos jurídicos eram levantados para reprovar a conduta do paciente Ellwanger, na medida em que a negativa da proteção de expressões de ódio pela liberdade de expressão também teve como base a ofensa do referido discurso aos valores éticos protegidos pela Constituição Federal.

Foi o caso do Ministro Celso de Mello que iniciou seu parecer declarando a importância do presente julgamento para a consolidação de uma dos mais caros valores do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), cujo respeito, em suas próprias palavras “confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa”, deixando claro, desde já, seu entendimento da estreita relação entre a dignidade humana e a ética (ou, mais rigorosamente, com a moral).⁴⁷⁹

Para o Ministro Celso de Mello, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, aprovado pela 3ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, representa um marco no processo de conquista e de preservação dos Direitos fundamentais da pessoa humana, devendo ser observada no plano internacional e, principalmente, no plano nacional, a fim de se realizar os Direitos e as Liberdades neles proclamados, forjando-se uma nova base “jurídica e ética” de um novo modelo.⁴⁸⁰

Celso de Mello argumenta que a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana são Direitos Fundamentais dentro de uma sociedade democrática. Daí que a prática racista vem negar o próprio valor de “ser humano”, bem como, todo um histórico de conquistas sociais e seus reflexos no Direito internacional (em seus tratados e convenções internacionais) e no ordenamento jurídico brasileiro (na Constituição Federal e nas legislações ordinárias).⁴⁸¹

A liberdade, assim, encontraria limites em seu exercício, pois, além de não possuir caráter absoluto⁴⁸², deve obedecer aos preceitos, valores e o “substrato ético” do regime jurídico, permitindo, por causa disso,

limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a existência harmoniosa das liberdades, pois

⁴⁷⁹ *In*: Voto Ministro Celso de Mello. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 53.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 54.

⁴⁸¹ *Idem*, p. 55-56.

⁴⁸² Até porque, “nada no sistema constitucional brasileiro autoriza a conclusão de que a liberdade de expressão deva sempre prevalecer nestes conflitos [entre bens e valores constitucionais]”, como bem demonstram as limitações do art. 5º, incisos V e X. *In*: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. 250-251.

nenhum Direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos Direitos e garantias de terceiros.⁴⁸³

O Ministro reconhece o possível conflito ou uma “tensão dialética” do Direito Fundamental à liberdade de expressão com outros valores essenciais da ordem constitucional, porém, para ele, esse não é o caso da situação em análise, pois

os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.⁴⁸⁴

Outro ministro que se mostrou apto a compreender a conduta de Ellwanger juridicamente e eticamente reprovável fora Maurício Corrêa. Ele defendeu que a acepção mais ampla do termo “racismo” advém da promoção da cidadania, igualdade e da dignidade humana, mediante o “Direito de ter Direitos”. Dentro das liberdades públicas, caberia ao Estado de Direito promover o respeito ao “valor fundamental da pessoa humana” e seria por conta disso que não haveria que se falar de ofensa à liberdade de expressão e pensamento (art. 5º, IV e IX; e art. 220) diante de um discurso racista por conta do seu conteúdo claramente discriminatório. A solução de uma possível controvérsia de direitos essenciais do indivíduo, para o Ministro, estaria dentro do próprio texto constitucional, já que a previsão da liberdade de expressão não assegura o “Direito à incitação ao racismo”.⁴⁸⁵

Já para Carlos Velloso não haveria como se tutelar o discurso do ódio público contra o povo judeu pela cláusula constitucional da liberdade de expressão, em razão de que os livros editados, publicados e alguns até escritos por Ellwanger estimulariam a intolerância à comunidade judaica, não contribuindo, por óbvio, para o “aperfeiçoamento do conhecimento humano”. No caso, a dignidade humana, a qual veda a discriminação racial, deve prevalecer dentro do sistema de proteção dos Direitos e das garantias constitucionais.⁴⁸⁶

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso diz que, através do “método exegético” e da interpretação teleológica seria capaz a revelação do “conteúdo nuclear do conceito jurídico-penal de racismo”, isto é, o tratamento constitucional de repúdio à “perversão moral”, que é a ideologia racista, demonstra a tentativa do constituinte de evitar manifestações concretas de “discriminação e violência, as quais, porque atentam contra a dignidade das pessoas que os

⁴⁸³ RTJ 173/805-810, 807-808, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno.

⁴⁸⁴ *In*: Voto Ministro Celso de Mello. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 60.

⁴⁸⁵ Voto Ministro Maurício Corrêa. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 38.

⁴⁸⁶ Voto Ministro Carlos Velloso. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 82.

integram, põem em risco os fundamentos de uma sociedade que quer ser fraterna, plural e solidária.”

Já Gilmar Ferreira Mendes defendeu que, dentro da doutrina do “hate speech”, o exercício do direito à liberdade de expressão deveria sim ser limitado diante da incitação à discriminação racial, sendo até mesmo essa uma das razões para a criminalização de “discursos revisionistas” e a aprovação de leis contra a negação do Holocausto que pode ser detectada desde 1945.⁴⁸⁷

As peculiaridades do caso revelariam que as obras de Ellwanger, no entendimento de Mendes, não seriam historiográficas, mas sim com viés discriminatório, ao tentar “responsabilizar o judaísmo pelas desgraças passadas, presentes e futuras da humanidade”, além os demais livros que editou (“Judeu Internacional”, de Henry Ford; “Os protocolos dos sábios do Sião, Brasil – Colônia de Banqueiros” e “A história Secreta do Brasil”, ambos de Gustavo Barroso; “Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos da guerra” de Louis Marschalko; “Hitler – culpado ou inocente?”, de Sérgio Oliveira) refletiriam outra coisa senão verdadeira ideologia para a disseminação de ideias discriminatórias contra os judeus.⁴⁸⁸ Tais posições ideológicas não poderiam ser tomadas como exercício legítimo da liberdade de expressão por não ser proporcional ao direito de igualdade e da não-discriminação, direitos esses que pertenceriam a gama de valores tutelados pela Carta Maior.

Sem muito se aprofundar do discurso do ódio, o Ministro Nelson Jobim aduziu que a utilização das obras editadas e da obra de autoria própria de Ellwanger era contrária aos ditames constitucionais, uma vez que buscava fomentar a ideologia racista, discriminatória e hostil à comunidade judaica.⁴⁸⁹

A Ministra Ellen Gracie também não se aprofundou muito no tema, mas compreendeu a necessidade se estender o conceito de racismo à discriminação judaica, porque a incitação ao ódio de minorias defende, de modo inadmissível, toda prática de “menosprezo e

⁴⁸⁷ Inclusive, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que “cinco países europeus – a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha e a Suíça – adotaram diferentes modelos de legislação, mas, na essência, todos consideram crime a banalização ou a negação de fatos históricos do Holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista. Na Alemanha, a ofensa criada equivale àquela que critica a dignidade do morto. A lei francesa, conhecida como Lei Gaysolt, foi aprovada em 1990, depois de uma onda de anti-semitismo e profanação e pinturas suásticas em cemitérios judeus. O questionamento público da existência de crimes julgados em Nuremberg foi considerado ofensa. Essa ofensa foi incluída num amplo estatuto, que tornou ilegal o racismo, o anti-semitismo ou atos xenófobos.” *In*: Voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes. *Ob. cit.* p. 68.

⁴⁸⁸ *In*: Voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 75.

⁴⁸⁹ Voto Ministro Nelson Jobim. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 85-86.

desrespeito” ao Direito fundamental à igualdade, representada pela atitude preconceituosa e hostil a determinado grupo.⁴⁹⁰

Como já mencionado anteriormente, o Ministro Sepúlveda Pertence foi bem sucinto ao expor seu voto, mas também contundente ao defender que as obras do paciente, mesmo que de má qualidade, destinavam-se à prática de racismo, ao se dirigirem “a um grupo humano historicamente diferenciado” e alvo de condutas preconceituosas.⁴⁹¹

Diante do parecer dos oito ministros que votaram pela denegação do *habeas corpus* em favor de Ellwanger, ao estenderem o sentido de “crime de racismo” também ao tratamento discriminatório e hostil conferido aos judeus, é perceptível que a liberdade de expressão encontra limite ao seu exercício no valor da dignidade dos indivíduos ofendidos. Poderíamos, assim, entender essa dignidade como um valor moral protegido pela Carta Constitucional de 1988?

Em verdade, o sentido estendido que o STF deu ao crime de racismo já denota a insuficiência de se utilizar unicamente a interpretação literal do conceito de “raça”, ao menos o dado por Caó, quando na edição da lei.

Esse novo sentido semântico demonstra a necessidade de se observar outros valores agasalhados na Carta Magna, não se incluindo nela o “hate speech”.

A contribuição da ética no julgamento analisado foi de grande relevância, na medida em que, para além de um sistema jurídico formado de leis, também podemos encontrar um sistema jurídico repleto de “valores ético-políticos”, conforme já nos dizia José Juan Moreso.

Diante da argumentação pela extensão do conceito de “racismo” foi observada a utilização de interpretação nos moldes pós-positivistas. Ao se ampliar a prática de condutas racistas para atingir outros grupos que não somente os negros – como classicamente é feito – os julgadores utilizaram como argumento principal a defesa da dignidade humana e de sua incompatibilidade com o “hate speech” e a utilização de discurso discriminatório e hostil para com o povo judeu.

Ora, se a dignidade humana é tomada, nos moldes atuais, como o próprio fundamento ético dos direitos humanos, não seria absurdo afirmar a adoção da perspectiva da jurisprudência da valoração para solucionar o caso concreto. Tal jurisprudência propõe, dentre outras coisas, a “virada Kantiana”, diante da reaproximação entre ética e direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos direitos fundamentais e do

⁴⁹⁰ In: Voto Ministra Ellen Gracie. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n° 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 123-124.

⁴⁹¹ Voto Ministro Sepúlveda Pertence. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n° 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 226-228.

debate sobre a teoria da justiça fundado no imperativo categórico, que deixa de ser simplesmente ético para se apresentar também como um imperativo categórico jurídico⁴⁹².

É dizer, passa-se a defender a idéia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de “princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais”.⁴⁹³

Seria nesse sentido que os argumentos morais integrariam o sistema jurídico, sob as vestes da dignidade humana, sendo capazes de limitar o exercício da liberdade de expressão, principalmente quando se toma o discurso do ódio como ponto de análise. Frise-se que as expressões de ódio além de ferirem a individualidade do ser – inculcando a ideia de inferioridade e, assim, de legítima subserviência de uns pelos outros – seria capaz de incitar práticas violentas, como ocorreu no Holocausto.

Em razão da complexidade dos argumentos levantados, faz-se necessário um aprofundamento da discussão: são utilizados ou não os “argumentos morais” na limitação do “free speech”?

⁴⁹² Sobre o imperativo categórico ou regra de ouro para Kant (“Age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”), Hans Kelsen a analisa não como uma norma de justiça, mas sim como um “princípio geral e supremo da moral no qual está contido o princípio da justiça”, isto é, o homem efetivamente agiria (máxima) vislumbrando ser sua conduta uma lei universal (norma geral), segunda a qual ele *deve* agir. Porém, Kelsen defende que a regra de ouro não acarretaria em ações moralmente boas, em todos os casos, uma vez que o homem “pode de fato querer de toda e qualquer máxima que ela se transforme numa lei universal”, é dizer, Kant não responde a que máxima devemos ou não querer que se torne uma lei universal, se essas máximas, consoante Kelsen, variam de julgamento de “boas ou más” para cada indivíduo. Percebemos aí o relativismo kelseniano, inclusive ao afirmar que: “Se devemos tratar os outros como queremos ser tratados, fica excluída toda punição de um malfeitor, pois nenhum malfeitor deseja ser punido. Deste modo, é afastada uma parte essencial do direito positivo. Ninguém gosta de ser censurado. Sem a possibilidade de censurar, a educação é impossível. Muitos gostam de ser lisonjeados; para a maioria dos homens uma verdade desagradável é indesejável. Desejam ser enganados. Será lícito concluir daí que são obrigados ou têm o direito de lisonjear os outros ou de enganá-los? *Mundus decipi vult*. Não será cinismo concluir daí: *ergo dicipiatur?*”. In: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução João Baptista Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.19-26.

⁴⁹³ GUTIER, Murillo Sapia. “**Constitucionalização do Direito Civil: A eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Privado.**” Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7250> Acesso em: 19 ago. 2013. Seguindo este raciocínio, Ricardo Lobo Torres assevera, *in verbis*: “a reaproximação entre ética e direito na dimensão normativa conduz a que os valores morais e os próprios direito natural se positivem sob a forma de princípios constitucionais e regras legais e jurisprudenciais, com a intermediação dos princípios de legitimação (ponderação, razoabilidade, igualdade, transparência, etc.) Por isso é que se torna possível falar, no plano da legitimação do ordenamento, em jurisdicização de direitos morais ou de princípios morais.” (TORRES, Ricardo Lobo. “A Jurisprudência dos Valores”. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Daniel Sarmiento (coord.) Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 511)

4.3. A moral como elemento limitador no exercício do Direito fundamental à liberdade de expressão e os valores tutelados pela Constituição Federal.

Como abordamos no sub-tópico anterior, o Ministro Celso de Mello reforçou seu entendimento pela extensão do conceito de “racismo” com a seguinte argumentação: muito embora a liberdade de expressão fosse uma garantia básica da ordem democrática, ela não se revestiria de caráter absoluto, “pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico”. Pronto. Mais uma vez, o Ministro Celso de Mello levanta a questão da relação que a ética/moral assume no presente caso, inclusive como uma das causas para sua limitação.⁴⁹⁴

Em verdade, o abuso do exercício da liberdade de expressão geraria uma reação estatal, impondo aos agentes sanções civis e penais e caso não fosse assim, afirma o Ministro Celso de Mello, como punir os atos de calúnia, injúria ou difamação se, em tese, todas as declarações estariam acobertadas pela cláusula da liberdade de expressão?⁴⁹⁵

A discriminação, o insulto, o estímulo à intolerância e o ódio público não mereceriam proteção constitucional, até porque a Carta Magna não poderia legitimar abusos, qualificados por uma ilicitude penal. Mais uma vez exercício da liberdade, assim como dos outros Direitos Fundamentais, não seria absoluto, de maneira que Celso de Mello fala claramente que o regime jurídico e o “substrato ético” permitem que sobre as liberdades incidam determinadas limitações, para proteger o interesse social e assegurar a existência harmônica de outros direitos e garantias.⁴⁹⁶

A fim de exemplificar a reprovabilidade da conduta preconceituosa de Ellwanger, Celso de Mello colaciona alguns trechos do livro de autoria do paciente Ellwanger, que demonstrariam o propósito de estímulo e fomento ao ódio público contra o povo judeu:

‘Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio da dominação.’ p. 24.

‘Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito.’ p. 25.

‘Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional.’ p. 65.

‘O judeu é adversário de toda ordem social não judaica (...) O judeu é um autocrata encarnado (...) A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, para se elevarem a um nível superior àquele em que se julgavam subjugados. Assim que conseguem, empregam imediatamente seus métodos, para obter determinadas preferências, como se estas lhes coubessem por direito natural.’ p. 65.

⁴⁹⁴ *In*: Voto confirmação Ministro Celso de Mello. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 196.

⁴⁹⁵ *Idem*, p. 196.

⁴⁹⁶ *Idem*, p. 197-198.

‘... não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que deseje e respeite mais do que esta o poder (...) O judeu é um caçador de fortunas, principalmente, porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio.’p. 75.

‘Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorear-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois formar parte de seu caráter.’p. 171.

‘... é um Direito que nos foi dado por Deus, e um dever humano, lutar contra o reinado do terror exercido a nível supra-nacional por uma pequena minoria fanática que subjugou o mundo e que empurrou a humanidade mais para diante, na estrada rumo à extinção total.’p. 10.

‘Esse diabólico nacionalismo tribal tem o poder mundial na mão.’p. 10.

‘O judeu jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países deste mundo.’p. 18.

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

‘Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial.’p. 34.

‘O rol demonstra que não é só o Brasil a vítima do Superestado Capitalista sem entranhas, mas o mundo inteiro. Daí a sua aflição, a sua inquietação, a sua angústia, o seu desespero. Está mergulhado num pelo em que pululam as sanguessugas e estrebucha sugado por todos os lados na lama ensangüentada. Um dia, os povos compreenderão a verdadeira origem de todos os males e, então, as bichas vorazes e nojentas serão duramente castigadas...’p. 46

‘O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora.’p. 95.

‘Mais vale o sacrificio de algumas centenas de milhares de judeus, do que sofrer um prejuízo no bolso.’p. 139.⁴⁹⁷

Os supracitados trechos denotam a pregação e disseminação de ideias racistas e intolerantes, com o intuito de fomentar a hostilidade ao povo judeu, e não o viés de “pesquisa histórica”, consoante o Ministro Celso de Mello. A hermenêutica jurídica não deveria servir para subtração da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, valores básicos para a pré-compreensão do texto da Constituição.⁴⁹⁸

Celso de Mello é claro na utilização de argumentos morais – no sentido de moral apresentado no presente trabalho – ao considerar os atos discriminatórios e hostis contra os judeus como inaceitáveis e não amparados pela liberdade de expressão, em razão do respeito ao povo judeu e do reconhecimento da “crueldade inominável do regime nazista, em momento sombrio e declinante da história”, de modo que o combate a tais ideias serviria de uma “grave advertência, para a presente e as futuras gerações, de que o *Mal* jamais deverá triunfar outra vez.”⁴⁹⁹

Ainda que nem todos os Ministros tenham utilizado claramente de argumentação ética e moral para fundamentar seus respectivos votos, a ementa do julgamento denota o

⁴⁹⁷ In: Voto confirmação Ministro Celso de Mello. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 199-200.

⁴⁹⁸ Idem, p. 200-202.

⁴⁹⁹ Idem, p. 204.

entendimento que a moral serviu de limitação ao direito à liberdade de expressão, para promoção da dignidade humana.

Isso porque, como nos diz a ementa do julgado analisado, o pensamento hostil e discriminatório contra os judeus, que pode justificar a segregação e o extermínio, é inconciliável “com os **padrões éticos e morais** definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o Estado Democrático.” (grifo nosso) Ainda frisa a ementa que tais condutas “**aéticas e imorais**” se revestiriam de “densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do país.”⁵⁰⁰

Em verdade, dentro das concepções filosóficas apontadas sobre moral e sua relação com a Teoria Geral do Direito é possível visualizar a posição controversa que a moral assume, principalmente quanto sua integração ao Direito.

Se no julgamento do *habeas corpus* nº 82.424-2/RS ficou claro que Ministros como Celso de Mello, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Carlos Velloso e Cezar Peluso consideraram uma conduta imoral a incitação ao ódio contra os judeus, defendendo até ser tal prática criminosa (racismo), podemos afirmar haver uma união entre direito e moral?

Sem dúvida que há.

Dizemos isso porque a fundamentação moral dos direitos humanos utiliza a tese de que estes direitos aparecem como direitos morais, uma vez que formulam exigências éticas que os seres humanos possuem por serem seres humanos. A base de tal fundamentação está na dignidade humana e é esse valor fundamental que foi tomado como uma das principais razões para se limitar a liberdade de expressão no caso em perspectiva. Expliquemos. A dignidade humana representaria o centro da fundamentação moral dos direitos humanos, servindo de parâmetro necessário para a análise concreta de condutas ofensivas, como as atentatórias ao povo judeu. Inclusive, a ementa do julgamento do *habeas corpus* em favor de Ellwanger ainda declara a utilização de limites morais e jurídicos ao direito à liberdade de expressão, pois não caberia proteção as manifestações de “conteúdo imoral”, quando elas implicam em verdadeiras ilicitudes penais.⁵⁰¹

É dizer, a dignidade humana serviu de limite interno ao direito à liberdade de expressão. Mediante a Constitucionalização dos Direitos Fundamentais e a irradiação que

⁵⁰⁰ **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p.8.

⁵⁰¹ Idem, p. 9.

seus preceitos a todo o ordenamento jurídico (calcando inclusive as relações privadas⁵⁰²), a dignidade passa a ser vista como um limite legítimo, até porque é norma fundamental de eficácia plena (art. 1º, III, CF/88). Todavia, não seria a dignidade um valor passível de diversas leituras ideológicas ao poder transitar entre o Liberalismo ao Estado Social, inclusive podendo justificar o discurso do ódio como exercício legítimo da Liberdade de Expressão ou, ao revés, repudiá-lo definitivamente?⁵⁰³

Por conta dessa controvérsia é que, essa mesma argumentação moral (baseada na dignidade humana) – se assim podemos dizer – também foi criticada pelo Ministro Marco Aurélio. Para ele a condenação do paciente Ellwanger estava mais aliada ao clamor social e ao senso do “politicamente correto”, ao tentar levar a discussão do caso para os “campos de extermínio dos judeus” na Segunda Guerra Mundial, quando o caso em análise não abordaria essa questão. O Ministro foi enfático ao defender que os livros de autoria e os editados pelo paciente retratavam uma ideologia e não necessariamente a incitação ao crime de racismo, até porque as obras não apresentavam a periculosidade tanto declamada por outros Ministros.

Contudo, o Ministro Marco Aurélio não explica bem a questão de que a própria expressão pública do racismo já viola em si mesmo os Direitos fundamentais dos grupos hostilizados, independentemente de concretos efeitos discriminatórios.⁵⁰⁴ É dizer, será realmente necessário acontecer o dano efetivo para ser legítima a “limitação” à liberdade de expressão? Bem, só mesmo cada caso concreto apontará para a possível solução, principalmente em virtude das circunstâncias presentes em cada um deles e das possíveis consequências que serão geradas com a solução adotada.

Dentro desse debate entre liberdade e moralidade, Hayek chega a dizer que a tradição moral parece ser opressiva para muitos, por fazer um “peso esmagador à liberdade – por

⁵⁰² Nesse sentido, ver: LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: < www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/23>. Acesso em: 14 jan. 2015. Acerca da tomada de valores constitucionais pelo Direito Civil, nos explica Marcos Ehrhardt Jr., *in verbis*: “O reconhecimento da incidência dos valores e da principiologia constitucional no direito civil reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas da sociedade contemporânea. Junte-se a isso a constatação de que a patrimonialização das relações civis, um dos traços mais marcantes dos códigos de inspiração liberal, é incompatível com os valores fundados na socialidade e na dignidade humana, adotados pelas Constituições modernas. Surge então um sistema orientado por normas fundamentais, ou seja, o código é gradativamente substituído pelo processo de constitucionalização do Direito Civil (...)”. In: EHRHARDT JR., Marcos. A conquista do valor dignidade nas relações privadas. **RIDB**, Ano 1 (2012), nº 8, p. 4.637 (p. 4.632-4.644). Disponível em: < <file:///C:/Users/seven/Downloads/Artigo%20publicado%20na%20RIBD%202012-8%20-1.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁵⁰³ FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. **Discurso do ódio enquanto manifestação ofensiva: um exame comparativo sobre os limites da liberdade de expressão**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=42c8938e4cf57777>>. Acesso em: 10 jan. 2015. P. 22-23.

⁵⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 256.

exemplo, à liberdade de nos ‘expressarmos’ sem restrições”, daí que, para se beneficiar da civilização, acaba-se por arcar com os ônus da tradição.⁵⁰⁵

É bem verdade a existência de elementos (ou amarras) morais que permeiam a proibição do discurso do ódio, uma vez que, consoante a jurisprudência da valoração, a dignidade representa valor máximo na fundamentação dos Direitos fundamentais, não sendo aconselhável para essa linha teórica um esvaziamento da moral. Porém, o que se discute em Oliver Holmes Jr. não seria um pleno “esvaziamento do conteúdo moral do Direito”, mas sim uma restrição dessa moral, a fim de tornar o discurso jurídico mais democrático possível, baseando-se no critério de “tolerância”. É o que diz Adrualdo Catão quando defende que a “ideia clássica de tolerância e valorização do indivíduo são sim produto cultural do ocidente”, mas isso não impediria de ver os Direitos humanos como “valores moralmente superiores”, os quais teriam como base “a tolerância para com as diferenças e um moralismo individualista”, *in verbis*:

Todos os valores coletivos precisam respeitar o mínimo de proteção individual que, do ponto de vista libertário, por exemplo, seria a propriedade do próprio corpo. Isso implica, no âmbito local, um Estado que deixe as diferenças de lado e trate todos como iguais e, no âmbito internacional, que o discurso sobre os Direitos humanos se fundamente num universalismo político, funcionando como pautas emancipatórias e de proteção básica contra a opressão coletiva.⁵⁰⁶

Contudo, o que se discute também é se a proteção do discurso do ódio seria verdadeiramente democrática, na medida em que estamos a falar de minorias que, no geral, não possuem muitas formas de se defender ou de contra-atacar com a mesma paridade de armas dos seus ofensores, dentro de um “mercado livre de ideias”, que, na verdade, não seria tão livre assim.

No caso Ellwanger, deve-se ressaltar o próprio empenho da comunidade judaica para se condenar Ellwanger, inclusive porque, o parecer ofertado pelo renomado Celso Lafer, notoriamente conhecido como judeu, permeou o julgamento da corte constitucional, não havendo como não se negar a influência dessa minoria, até certo ponto bastante articulada, para o direcionamento da solução dada ao caso.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ HAYEK, Friedrich August von. **A arrogância fatal: os erros do socialismo**. Tradução de Ana Maria Capovilla e Candido Mendes Prunes. São Paulo: Ortiz, 1995, p. 90.

⁵⁰⁶ CATÃO, Adrualdo de Lima. A fundamentação dos Direitos Humanos. *In: Marxismo, Realismo e Direitos Humanos*. Lorena Freitas, Enoque Feitosa (organizadores). João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 297-298.

⁵⁰⁷ VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012, p. 16-17. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

Quando se observa, por exemplo, a realidade da sociedade estratificada brasileira, a não intervenção estatal no discurso político de expressão poderia gerar uma supressão das minorias, eliminando, ou minimizando, seu caráter comunicativo e por isso seria o discurso do ódio visto como uma conduta e não como verdadeiro discurso, razão pela qual fora criminalizado no STF, por entender os Ministros a presença de conduta racista nas declarações e publicações de Ellwanger.

Evidente que essa postura do STF, e até da jurisprudência alemã, está ligada a uma visão comunitarista, contrária ao liberalismo igualitário, uma vez que o Estado poderia apresentar um papel significativo na redução das desigualdades sociais, devendo ser, essencialmente, um Estado ativista, comprometido com a organização da vida pública, no sentido de promover certos valores comunitários.⁵⁰⁸

Porém, como fica o exercício da liberdade de expressão nesse caldeirão de discussões? Sem dúvidas que limitado, mas limitado dentro dos ditames constitucionais, como foi possível visualizar no caso Ellwanger. São as consequências e algumas críticas às limitações advindas também desse julgamento que merecem ser destacadas.

Uma das argumentações que facilitaria a solução do caso em perspectiva – e de semelhantes que venham a ocorrer – seria a definição do uso da teoria dos limites internos e externos dos Direitos Fundamentais.

Como já fora dito, não há direitos fundamentais absolutos, uma vez que eles encontrariam limites dentro do próprio texto constitucional, na legislação ordinária e até na interação com os demais direitos. Diante da existência de conflitos entre os direitos humanos, isto é, quando determinado direito prejudica no exercício de outro direito do mesmo titular ou de titular diverso, surgem formas de solucioná-lo, consoante alguns posicionamentos teóricos.⁵⁰⁹

Conforme a teoria dos limites internos, dever-se-ia utilizar a interpretação sistemática e finalística, isto é, o conteúdo dos direitos humanos seria determinado internamente, observando o sistema jurídico no qual ele está incluso, assim, “o conflito teria sido meramente aparente: um dos direitos envolvidos não foi aplicado ao caso concreto porque esse direito nunca realmente incidiu sobre a situação fática.”⁵¹⁰

Aqui, se deveria observar a natureza, a estrutura e a finalidade o direito em perspectiva, para visualizar seu âmbito de atuação, de maneira que o direito cessaria onde o

⁵⁰⁸ GARGARELLA, Roberto. **A Teoria da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 141-142.

⁵⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 110.

⁵¹⁰ Idem, p. 110-111.

abuso começa. Assim, quando alguém grita falsamente “Fogo!” dentro de uma sala de cinema lotada, com a possibilidade de se violar a integridade física dos que ali estavam, diante da possibilidade de serem pisoteados pelo pânico gerado, não incidiria aí o exercício legítimo da liberdade de expressão, pelo excesso de sua ação.⁵¹¹

Como bem aponta André de Carvalho Ramos, a teoria interna traz como ponto positivo, a tentativa de se evitar uma “explosão do número de falsas colisões” entre direitos humanos, com a conseqüente insegurança jurídica; e já como ponto negativo, uma maior fragilidade do intérprete em delimitar os limites que identificam o direito fundamental sem ser também arbitrário nessa estipulação.⁵¹²

No caso Ellwanger, o ministro Carlos Velloso pareceu optar pela teoria dos limites internos, uma vez que o próprio ordenamento jurídico, através da previsão do art. 20, da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/90, determinaria o crime de racismo, o qual não se restringiria à “raça negra”.

Velloso disse que uma das razões para a não-proteção do discurso do ódio público contra o povo judeu pela cláusula constitucional seria o reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais que vedariam a discriminação racial.⁵¹³

Além do mais, outros Ministros, como Celso de Mello, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Cezar Peluso afirmaram claramente não haver que se falar de ponderação, uma vez que a própria Constituição e a Lei nº 7.716/89 eram suficientemente claras ao criminalizar manifestações discriminatórias, racistas e hostis, como ocorreu com a comunidade judaica. Tal posicionamento se assemelha a “teoria dos limites internos”, que tem como um de seus defensores Friedrich Müller, ao dizer que a legislação e a jurisprudência são capazes de “revelar o sentido e os contornos reais dos Direitos fundamentais e não o de impor-lhes restrições, baseadas na ponderação com outros Direitos ou princípios constitucionais.”⁵¹⁴

Por sua vez, a teoria dos limites externos prega uma separação entre o conteúdo do direito e os limites impostos a ele no exterior, advindos de outros direitos. O intérprete observaria se a situação fática se amoldaria ao texto *prima facie* do direito aparente, de maneira que só depois ele analisaria se seria justificável os limites impostos pelo direito

⁵¹¹ É o que diz Oliver Wendell Holmes Jr, no julgamento *Schenk vs. United States*. (249 U.S. 47,52).

⁵¹² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 112-113.

⁵¹³ Voto do Ministro Carlos Velloso. Ob. cit. p. 82.

⁵¹⁴ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 258.

diverso, para tanto, utilizar-se-ia da técnica da ponderação e do juízo de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).⁵¹⁵

Muito embora tenham utilizado da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade, os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio chegaram a posicionamentos distintos do caso.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a Constituição limita o Direito à liberdade de expressão e imprensa diante da necessária compatibilidade daquele com os direitos à imagem, à honra e à vida privada (art. 5º, X, CF/88)⁵¹⁶. É dizer, dentro de uma sociedade de valores plurais não se poderia dar um caráter absoluto à liberdade de expressão, tendo em vista a tolerância, igualdade e a dignidade humana, inclusive, por se punir manifestações discriminatórias, como o racismo – crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII, CF/88).⁵¹⁷

O princípio da proporcionalidade, nesse caso, serviria para estabelecer um “limite ao limite”, ou seja, serviria para manter o “núcleo essencial dos Direitos fundamentais concebido de modo relativo”, tese essa defendida por Robert Alexy.⁵¹⁸ Mendes defende haver no caso em tela dois bens constitucionais, de modo que, para se aferir qual dos dois deve prevalecer no caso concreto, se faz necessária a aplicação das

máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...) o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).⁵¹⁹

Como fora mencionado anteriormente, o caso concreto revelaria, para Gilmar Mendes, que os relatos expostos no livro “Holocausto. Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século”, de autoria do paciente Ellwanger, não seriam historiográficos, mas teriam cunho verdadeiramente discriminatório por tentar responsabilizar os judeus pelas mazelas da humanidade.⁵²⁰

⁵¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 113-114.

⁵¹⁶ Art. 5º. (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o Direitos a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁵¹⁷ *In*: Voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 70.

⁵¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., Malheiros: São Paulo, 2011, p. 116-118.

⁵¹⁹ Voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes. *Ob. cit.* p. 71.

⁵²⁰ Hannah Arendt procura explicar que a ascensão do anti-semitismo não deu por uma única razão ou causa, já que se pode perceber uma situação histórica complexa que permitiu a disseminação de tais ideias. Por exemplo, o ódio dos franceses para com a aristocracia não se deu pela opressão e exploração em si que viviam, mas sim pela aristocracia, mesmo sem poder algum, ainda possuir fortunas “sem função palpável”, as quais não eram

Dessa forma, foi destrinchando o conceito de proporcionalidade que Gilmar Mendes chega à conclusão de que se deve indeferir a ordem de *habeas corpus* de Siegfried Ellwanger, na medida em que: a) a condenação é adequada para proteger uma sociedade pluralista e tolerante, com respeito à dignidade humana; b) a condenação é necessária por não existir outro meio menos gravoso ou menos eficaz para punir divulgação de ideias que estimulariam, reiteradamente, o ódio e a violência contra os judeus; bem como, c) a condenação é proporcional em sentido estrito, já que preserva, justificadamente, valores inerentes em sua sociedade democrática, como da dignidade e da tolerância, que não se coadunam com uma “liberdade de expressão absoluta e intangível” que acabaria por sacrificar outros direitos fundamentais.⁵²¹

Ainda que se utilize também do princípio da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio o desenvolve sob outra perspectiva e acaba por chegar a uma solução diversa para o caso Ellwanger, argumentando: a) não ser adequada a proibição da divulgação das obras do paciente, já que os efeitos da publicação não seriam, efetivamente, a discriminação dos judeus; b) não ser exigível ou necessária a condenação do paciente, já que não será a restrição ou não do direito à liberdade de manifestação do pensamento que garantirá a conservação da dignidade do povo judeu; bem como c) não é proporcional em sentido estrito a censura do Judiciário aos livros escritos ou editados pelo paciente, pois outras editoras também já publicaram livros de conteúdo discriminatório – como o “Minha Luta” de Adolf Hitler, ou “Os africanos no Brasil” de Nina Rodrigues – e nem por isso seus editores foram punidos, além de que não há indícios suficientes de que o livro causará uma revolução na sociedade brasileira. Assim, a condenação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se revelaria inadequada, desnecessária e desarrazoada para o Ministro Marco Aurélio.⁵²²

toleradas. De modo análogo, Hannah Arendt vem dizer que o anti-semitismo também alcançou seu clímax quando eles haviam perdido suas funções públicas e influências, restando, senão, suas riquezas. Os judeus ocuparam posições-chave nos bancos alemães, porém, quando Hitler subiu ao poder, a situação era diferente já que existia um processo contínuo de declínio em posição e em número do povo judeu, de maneira que “a perseguição e o extermínio dos judeus pelos nazistas pudessem parecer uma insensata aceleração de um processo que provavelmente ocorreria de qualquer modo, em termos de extinção do judaísmo alemão.” In: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo. Anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo.** 5 reimpressão. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 24.

⁵²¹ Voto Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Ob. cit. p. 76-77.

⁵²² Voto Ministro Marco Aurélio. Ob. cit. p. 182-185.

A utilização, assim, do princípio da proporcionalidade “em si” não foi capaz de solucionar o caso concreto, tendo em vista a “amplitude e a carga de abstração de seu conceito”, inclusive, vindo a embasar decisões em sentidos completamente opostos.⁵²³

É dizer, o julgamento do caso, se por unanimidade ou por maioria, acaba por gerar um acórdão confuso, com argumentos incompatíveis e até contraditórios, mas que por se basearem no caráter abstrato de determinado princípio (como o clássico “dignidade da pessoa humana”) acaba por produzir o mesmo efeito.⁵²⁴

Nesse compasso, vale a pena tecer algumas críticas a utilização acrítica da “técnica da ponderação”.

Inicialmente, não pode ser ela tida como o primeiro (e talvez) único limite a ser observado no julgamento do caso concreto, uma vez que para se prover a uma argumentação jurídica racional – consoante os ensinamentos de Robert Alexy – é preciso ir muito além do conceito brasileiro apreendido da doutrina alemã, uma vez que Alexy nos deixa claro que a argumentação jurídica é um processo complexo – composto de normas de justificação interna e de justificação externa⁵²⁵ –, no qual está presente sim a ponderação, mas sem se servir dela como mera técnica para se fugir do ônus argumentativo.

A “ponderação”, de acordo com Luís Roberto Barroso, consistiria em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, quando a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.⁵²⁶

Ana Paula de Barcellos reconhece que, considerando o estado atual da dogmática sobre o assunto, de fato, a ponderação é metodologicamente inconsistente, enseja excessiva

⁵²³ ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. **Interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática das decisões do Supremo Tribunal Federal**. Monografia. Faculdade de Direito de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2012, p. 41-42.

⁵²⁴ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 199.

⁵²⁵ Para satisfazer a “exigência de consistência” da decisão jurídica, Alexy fala da necessidade de se obedecer às regras e formas de “justificação interna e externa do discurso jurídico”, para que se tenha maior “controlabilidade”, “quesito indispensável para a promoção da *legalidade* e da *legitimidade* em um *Estado Democrático de Direito*.” As regras de justificação interna “verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na *fundamentação*, valendo-se do *princípio da universalidade* que compõe a estrutura básica do discurso prático racional geral”, enquanto as regras de justificação externa podem ser averiguadas na “correção das próprias *premissas*, mediante regras (1) da argumentação *prática geral*, (2) da argumentação *empírica*, (3) da *interpretação*, (4) da argumentação *dogmática*, (5) do *uso dos precedentes* e (6) das *formas especiais* de argumentos jurídicos.” In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 10-13.

⁵²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: **Revista Direito Administrativo**. Jan-Mar 2004. Editora Renovar nº 235: I-IV; 1-435. Rio de Janeiro, p.9.

subjetividade e não dispõe de mecanismos que previnam o arbítrio. Contudo, ainda que por todos os inconvenientes, os conflitos normativos que envolvem valores e/ou diferentes opções político-ideológicas de fato existem, sendo preciso solucioná-la, de modo que, para a autora, não haveria outra forma se não utilizar da ponderação.⁵²⁷ Caso se fosse necessário aplicar a ponderação, o melhor seria tentar aprimorar essa técnica com o objetivo de lhe conferir maior consistência metodológica.⁵²⁸

Todavia, como bem alerta Marcelo Neves, a ponderação parece ter se tornado *ad hoc*, vista em curto prazo, sempre dependente dos interesses concretos de cada caso, sem vislumbrar as consequências da decisão para o sistema normativo. Acaba-se por primar por interesses, contrários à legalidade, à constitucionalidade, à democracia e à força normativa da Constituição, ao se adotar “modelo simplificador” de “absolutização dos princípios ou na forma da compulsão ponderadora”.⁵²⁹

Com base na crítica levantada, dentre outros, por Marcelo Neves, é perceptível o problema ocasionado pela recepção e aplicação acrítica e sem medidas de concepções jurídicas mal conhecidas no ordenamento jurídico brasileiro.⁵³⁰

É dizer, a relação dos direitos humanos com a moral pode ocorrer, mediante a proximidade que os direitos humanos têm com a realidade da comunidade e com a proteção do indivíduo. Por sua vez, se essa moral está intimamente ligada também aos princípios ou preceitos básicos que determinada comunidade possui, devemos ser cautelosos na aplicação desses preceitos, uma vez que a própria ponderação pode servir ao fim oposto do originalmente formulado, como, de fato, ocorreu nas fundamentações dos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

4.4. A democratização do debate e a liberdade: as consequências da publicidade às teorias revisionais e ao discurso do ódio, com base no HC nº 82.424-2/RS

O julgamento do HC nº 82.424-2/RS acarretou tentativas de mudanças no campo legislativo, diante da possibilidade de se dar novo tratamento ao crime de racismo e especificar hipóteses de sua configuração. Isso porque, se na oportunidade do julgamento os

⁵²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e ativismo jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 55.

⁵²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit., p. 55.

⁵²⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 196.

⁵³⁰ NEVES, Marcelo. O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico (Conjur)**. Artigo publicado em 27 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 30 set. 2014.

Ministros discutiam se o discurso do ódio público aos judeus estava dentro das hipóteses para configuração do racismo, com o Projeto de Lei nº 987, apresentado pelo Deputado Marcelo Itagiba, em 2007, a resposta seria indubitavelmente positiva, já que do deputado propôs uma alteração do art. 20 da Lei n.º 7.716/89, para incluir um § 2º nos seguintes termos: “Incorre na mesma pena do § 1º deste artigo, quem negar ocorrência do Holocausto ou de outros crimes contra a humanidade, com a finalidade de incentivar ou induzir à prática de atos discriminatórios ou segregação racial”.⁵³¹

A situação atual do Projeto de Lei nº 987/2007 é o seu apensamento a outro projeto de lei – Projeto de Lei nº 6418/2005 – que busca revogar a Lei nº 7.716/1989, ao incluir o crime de discriminação no mercado de trabalho, injúria resultante de preconceito, apologia ao racismo, atentado contra a identidade étnica, religiosa ou regional e associação criminosa, tornando-os crimes inafiançáveis e imprescritíveis,⁵³² isto é, o Brasil passaria a adotar tratamento semelhante a de outros países, como o da Alemanha, ao incriminar expressamente a proibição do discurso do ódio e de teorias revisionais. Estas alterações são verdadeiros frutos do julgamento do HC nº 82.424-2/RS.

Interesse mencionar o caso da Escola de Samba “Unidos do Viradouro”, do Rio de Janeiro, que, no Carnaval de 2008, planejava utilizar como uma de suas alegorias, um carro formado por esculturas de cadáveres empilhados e de pares de sapatos perdidos, além de uma pessoa vestida de Adolf Hitler. O tema da escola era “É de arrepiar”, de modo que a finalidade da alegoria para o carnavalesco da escola era a de “demonstrar o arrepio causado pelo Holocausto e a necessidade de não mais senti-lo.”⁵³³

Todavia, não foi dessa forma que a Federação Israelita do Rio de Janeiro (FIRJ) entendeu a questão, razão pela qual ajuizou ação, requerendo liminar para impedir o desfile do referido carro alegórico, a qual foi concedida. Para a juíza da causa, o carnaval não deve ser instrumento de “culto ao ódio, qualquer forma de racismo, além da clara banalização dos eventos bárbaros e injustificados”, praticados contra o povo judeu e foi por isso que a liminar foi concedida. Caso a decisão fosse descumprida, a escola de samba deveria pagar multa de

⁵³¹ PL 987, de 08 de maio de 2007. Autor: Marcelo Itagiba – PMDB/RJ. Altera a redação do art. 20 da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Situação: Apensando ao PL 6418/2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=350660>>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁵³² PL 6418, de 14 de dezembro de 2005. Autor: Senado Federal – Paulo Paim – PT/RS. Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310391&ord=1>>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁵³³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 217.

R\$200.000,00 (duzentos mil reais), mais uma multa adicional de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), em caso de algum integrante viesse fantasiado de Adolf Hitler.⁵³⁴

Com esse caso, podemos, mais uma vez, levantar a questão se foi mesmo a intenção da escola de “banalizar o Holocausto”, mas de simplesmente (ainda que de mau-gosto) encontrar uma forma alternativa de demonstrar a indignação da escola de samba frente o Holocausto. Assiste razão à Samantha Ribeiro quando diz ser muito tênue a linha que separa a liberdade de expressão, pensamento e manifestação artística de outras manifestações que incitem o racismo e a intolerância.⁵³⁵

Outro caso que ganhou destaque no cenário nacional diz respeito ao parecer produzido em 2010 pelo Conselho Nacional de Educação, que, em resposta à ouvidora da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir), recomendava que o livro “As caçadas de Pedrinho”, de Monteiro Lobato, deixasse de ser umas dos livros indicados para uso em escolas públicas. O motivo: racismo. O governo aceitou exigir uma nota que discutisse “a presença de estereótipos raciais” e oferecesse contextualização histórica. Mas o Instituto de Advocacia Racial (Iara) e o técnico em gestão educacional Antonio da Costa Neto acharam insuficientes e entraram com um mandado de segurança para exigir a preparação dos professores da rede pública.⁵³⁶ São tomadas como frases de conteúdo racistas e utilizadas na obra de Monteiro Lobato, as seguintes:

"É guerra e das boas. Não vai escapar ninguém - nem Tia Anastácia, que tem carne preta" (pág. 13).

"[...] Tia Anastácia, [...] trepou, que nem uma macaca de carvão, [...] com tal agilidade que parecia nunca ter feito outra coisa na vida senão trepar em mastros" (pág. 23).

"E você, pretura? [perguntou Emília a Tia Anastácia]" (pág. 24).

"Dona Benta arrepiava-se com aquilo. Lera muita coisa sobre as grandes feras africanas e sabia que nenhuma existe mais traiçoeira e feroz do que o rinoceronte [...]" "Tia Nastácia benzia-se. Ignorava o que fosse um rinoceronte [...]" (pág. 26).

"A negra, que nada sabia a respeito de rinocerontes, ofereceu-se para ir espantar o bicho com o cabo da vassoura" (pág. 34).

"Não é boi, Nastácia, é ri-no-ce-ron-te - emendou Dona Benta" "Para mim é boi - insistiu a negra. - Não sei dizer esse nome tão comprido e feio. Estou velha demais para decorar palavras estrangeiras" (pág. 46).⁵³⁷

⁵³⁴ FONSECA, Pedro. **Justiça proíbe Viradouro de levar carro do Holocausto à Sapucaí**. Reportagem datada do dia 31 de janeiro de 2008. Agência Reuters. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRN3157209520080131>>. Acesso em: 25 set. 2014.

⁵³⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 218.

⁵³⁶ VIEIRA, Willian. **Caçada ao racismo: Como o Brasil se debate na luta simbólica e pragmática contra o preconceito racial, a exemplo da atual polêmica sobre a obra de Monteiro Lobato. Carta Capital**. Publicado em 25 set. 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/cacada-ao-racismo-2/>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁵³⁷ LOBATO, Monteiro. **Caçadas de Pedrinho Hans Staden**. Vol. III. Edição Integral e Ilustrada. Digitalização e Revisão Arlindo San. Disponível em: <

Enfim, palavras soltas e sem contexto foram tomadas como de cunho discriminatório, porém, será que a obra do escritor que popularizou a literatura infantil no Brasil e que possui qualidade literária incontestável serve, de fato, para a propagação de um discurso racista? Como considerar o preconceito racial de um escritor que criou protagonistas formidáveis como Tia Anastácia e Tio Barnabé?

A discriminação contra os negros não é o aspecto central da obra de Lobato, até porque as crianças são apresentadas “de modo bem humorado e excitante ao universo rural brasileiro, com seu rico folclore”, além de fazer, em verdade, uma crítica feroz aos excessos da burocracia estatal. Exemplo disso ocorre na história de Quindim, um rinoceronte que escapou de um circo carioca. Diante disso, o governo cria um “Departamento Nacional de Caça ao Rinoceronte”, um monstro burocrático com um chefe e 12 auxiliares, muito bem remunerados, além de “um grande número de datilógrafas e encostados”. Todo esse pessoal se esforça ao máximo para não encontrar o bicho, uma vez que, se isso acontecesse, todos eles perderiam seus empregos e é daí que o rinoceronte se incorpora à família do Sítio, “como parceiro das crianças e em desafio ao Estado que o caça”. Esse episódio da história do livro de Lobato, inclusive, chegou a ser classificada de “rebeldia” e “comunista” pelo padre jesuíta Sales Brasil, em 1959.⁵³⁸

Lya Luft chega a ressaltar a importância das obras de Lobato para a formação literária das crianças, na medida em que criou personagens tão marcantes no cenário brasileiro, como Dona Benta, Emília e Tia Anastácia, de maneira que considerar sua obra racista, a ponto de bani-las da educação publicação pública seria um triste “retorno ao período de caça às bruxas”.⁵³⁹

A defesa pela manutenção do livro no Programa Nacional Biblioteca da Escola alega que sua retirada não iria afastar a existência de condutas preconceituosas e racistas, entre as crianças, mas que o livro poderia servir para mostrar o contexto histórico do Brasil, naquela época, não muito tempo após o fim da escravidão, onde os negros ainda eram vistos de forma marginalizada. Para alguns, inclusive, a proibição da adoção estaria baseada numa ditadura do

http://www.miniweb.com.br/cantinho/infantil/38/Estorias_miniweb/lobato/Vol3_Cacadas-de_Pedrinho.pdf >. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁵³⁸ GUTERMAN, Marcos. “Quem tem medo de Pedrinho?”. **Blog O Estadão**. Publicado em: 29 out. de 2010. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/marcos-guterman/quem-tem-medo-de-pedrinho/>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁵³⁹ LUFT, Lya. Crucificar Monteiro Lobato? Edição para a Revista Veja de nº 2190. Publicado em 10 nov. de 2010. **Clínica Literária**. Disponível em: <<http://luispeaze.com/2010/lya-luft-adverte-que-nao-comecem-entre-nos>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

“politicamente correto”, termo esse também utilizado pelo Ministro Marco Aurélio, quando no julgamento de Ellwanger.⁵⁴⁰

Será que a simples proibição do livro não seria presumir a ausência de senso crítico dos leitores e dos educadores sobre o contexto da realidade brasileira em que o livro foi escrito? Se o livro é tomado de modo tão racista, o que dizer do seguinte trecho:

Dona Benta deu um suspiro de alívio e voltou ao terreiro. Queria continuar o seu passeio no carrinho. Mas não pôde. Tia Nastácia já estava escarrapachada dentro dele.

— Tenha paciência — dizia a boa criatura. — Agora chegou minha vez. Negro também é gente, sinhá...⁵⁴¹

Com base nisso, será que a própria voz de Tia Nastácia não é suficientemente clara para revelar a crítica que Monteiro Lobato fazia ao sistema discriminatório da época?

O posicionamento mais recente do judiciário a respeito do assunto foi a rejeição da ordem do mandado de segurança, mas sem entrar no mérito da questão, quando o Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal disse que o presidente da República tem o poder, mas não a obrigação, de avocar para si a decisão sobre questões administrativas que julgue urgentes ou importantes. De acordo com o pedido do Instituto de Advocacia Racial (Iara), a Presidência da República foi omissa em não avocar para si a decisão sobre a matéria, sobre a retirada da lista de leitura obrigatória em escolas públicas, o livro de “Caçadas de Pedrinho”, de Monteiro Lobato. Isso porque o mesmo pedido já havia sido feito — e negado — para a Câmara de Educação Básica, Plenário do Conselho Nacional de Educação e para o ministro da Educação. O instituto, que se declara como uma entidade de defesa da igualdade racial, exigiu uma decisão por parte da Presidência da República, mas o entendimento de Fux foi que, como já houvera resposta de três instâncias administrativas, a matéria já estava resolvida.⁵⁴²

Em razão das mazelas que o discurso discriminatório trouxe para a sociedade brasileira, a simples suposição de que determinado livro ou artigo incentiva a segregação e o preconceito é capaz de gerar pedidos como o realizado pelo IARA, mas sem ser feita uma análise séria e contextualizada do discurso! Conhecendo-se a contribuição *sine qua non* de

⁵⁴⁰ VIEIRA, Willian. Caçada ao racismo: Como o Brasil se debate na luta simbólica e pragmática contra o preconceito racial, a exemplo da atual polêmica sobre a obra de Monteiro Lobato. **Carta Capital**. Publicado em 25 set. 2012. Disponível em: < <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/cacada-ao-racismo-2/>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁵⁴¹ LOBATO, Monteiro. **Caçadas de Pedrinho Hans Staden**. Vol. III. Edição Integral e Ilustrada. Digitalização e Revisão Arlindo_San. (p. 49) Disponível em: < http://www.miniweb.com.br/cantinho/infantil/38/Estorias_miniweb/lobato/Vol3_Cacadas-de_Pedrinho.pdf >. Acesso em: 14 jan. 2015.

⁵⁴² **Revista Consultor Jurídico**. Fux nega liminar para tirar *Caçadas de Pedrinho* de escolas públicas. Publicado em 24 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-24/fux-nega-liminar-tirar-cacadas-pedrinho-escolas-publicas>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

Monteiro Lobato para a literatura do Brasil e de as suas críticas sociais ásperas ao sistema brasileiro da época, não há como se proceder a defesa do IARA, principalmente por este utilizar de “termos soltos” para imputar à literatura de Lobato práticas racistas. Lembremos: não há texto sem contexto.

É importante lembrar que a realidade brasileira difere da realidade americana, principalmente no tratamento do direito à liberdade. Como falamos anteriormente, a tradição americana nos dá conta das restrições mínimas ao exercício da liberdade de expressão, baseada na Primeira Emenda, inclusive ao se permitir passeatas do grupo da *ku klux kan* e publicação de livros de conteúdo discriminatório e hostil às minorias, apenas vedando-se discursos frente a “danos claros e iminentes”, nos passos de Oliver Holmes Jr.

Diferentemente, alguns Ministros do STF, na oportunidade do julgamento do HC nº 82.424-2/RS, deixaram claro que a liberdade de expressão pode sim ser restringida, ao se utilizar de “limites morais e jurídicos”, para explicar que o direito à liberdade não pode justificar a ofensa e o preconceito a determinado grupo – no caso, os judeus –, capaz de incitar ao ódio e à violência.

A moral, intimamente relacionada ao termo “dignidade humana”, apareceu como verdadeiro instrumento limitador ao exercício do direito à liberdade de expressão.

Em verdade, quando os Ministros disseram que a conduta discriminatória e de incitação ao ódio público contra os judeus não se coadunavam com os valores éticos e morais formadores da Constituição, admitiram a influência inegável da moral na própria formação das regras constitucionais, como também revelaram a utilização dela na argumentação jurídica para solução do caso concreto.

Se de um lado a liberdade de expressão e imprensa promove o controle do governo, através da livre manifestação de ideias, de outro, a igualdade política – incluindo o dever de respeito aos mais diversos grupos – é fundamental para uma sociedade verdadeiramente democrática, para, inclusive, a participação política de todos.⁵⁴³

Ademais, o entendimento clássico de Oliver Holmes Jr. sobre a exigibilidade de se comprovar o “dano claro e iminente” para limitar à liberdade de expressão está associado à ideia de neutralidade do Estado em face do conteúdo do discurso, excepcionando-se apenas

⁵⁴³ *In*: Kevin Boyle *apud* Ministro Gilmar Ferreira Mendes em Voto de aditamento. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 208-209.

no caso da incitação ser voltada a produzir uma “ação eminentemente ilegal e que seja provável que tal ação se realize”.⁵⁴⁴

Todavia, no julgamento do HC nº 82.424-2/RS, a ideia de punição apenas com o “dano claro e iminente”, não parece vingar, já que a postura seguida pela maioria dos Ministros é a da proteção por meio do “perigo do perigo”, isto é, diante da mínima possibilidade algum leitor vir a nutrir o ódio e passar a hostilizar minorias por serem elas “inferiores” em sua concepção, é que os livros deste segmento deveriam ser proibidos e a conduta do autor e editor dos livros, Siegfried Ellwanger, representa esse fato. Nesse viés, calha transcrever trecho da discussão dos Ministros Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso sobre a periculosidade efetiva de livros com promoção anti-semita:

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Há algum risco de alguém interpretar de outro modo e, com isso, sentir-se autorizado a alimentar o ódio, e não só alimentá-lo, mas passar de uma posição de ódio a uma postura de risco à integridade das pessoas?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Entendo que não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ah! Ninguém neste país? Seria isto concebível?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É possível que alguém leia o livro e se convença.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ora, basta que isso seja possível; é exatamente isso que se quer evitar. Daí, a Constituição ter tomado uma atitude que o Ministro Marco Aurélio considerou, com base em alguns autores, uma medida excepcional, pois alimentaria ódio histórico cujo desdobramento chegou ao extermínio de um largo grupo humano. Não coibi-lo significaria botar em risco as pessoas no que elas têm de universal, como parte da mesma raça.⁵⁴⁵

Se a decisão de denegar a ordem de *habeas corpus* e considerar racista a conduta de Siegfried Ellwanger foi acertada é ação que pertence a um juízo de valor e que não corresponde ao objetivo proposto no presente trabalho.

Todavia, averiguar a qual posicionamento teórico nosso tribunal se aliou para resolver o dissídio e as consequências que advém desse posicionamento é ação que nos interessa para que possamos visualizar a influência de argumentos morais e o sistema de proteção dos direitos fundamentais dentro da realidade jurídica brasileira. Como dito, a liberdade de expressão e de imprensa configuram as bases da democracia, mas como conciliá-las com a igualdade política, também necessária para a democracia?

Correndo o risco de cair em relativismo, achamos prudente dizer que os sistemas jurídicos de cada país dão uma resposta própria a tal questionamento. A realidade histórica, cultural, social, política e até moral, que formam cada Estado, moldam o tratamento e a direção para a solução apresentada. Por óbvio que acontecimentos históricos inesquecíveis como a Segunda Guerra Mundial e o *Apartheid* na África do Sul trouxeram influências *sine*

⁵⁴⁴ Idem, p. 211.

⁵⁴⁵ **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004, p. 224.

qua non para a discussão sobre a efetivação dos direitos humanos e para a retomada da relação entre direito e moral. O Brasil não ficou imune a esse movimento.

Constitucionalistas brasileiros contemporâneos relatam que a inclusão de valores ético-políticos na Constituição Federal de 1988 irradia na feitura de leis infraconstitucionais – como os Projetos de Lei nº 987/2007 e de nº 6418/2005 –, na elaboração de políticas públicas específicas⁵⁴⁶, bem como na interpretação jurídica. Essas são consequências evidentes.

Foi essa inclusão que permitiu a leitura extensiva do conceito de raça, para que se pudesse criminalizar a conduta de Ellwanger, baseando-se na dignidade humana. Não que antes não houvesse a preocupação do bem-estar do indivíduo dentro da sociedade e consigo mesmo, mas agora a dignidade passa a assumir um *status* de valor fundamental e central no ordenamento jurídico, particularmente no brasileiro.

O entendimento de que a fundamentação ética dos direitos humanos tem seus pilares na dignidade aproxima cada vez mais o direito da moral, como defendido por algumas doutrinas, vistas ao longo de nosso trabalho. O argumento moral como limite ao exercício dos direitos humanos, particularmente ao da liberdade de expressão, está incutido na interpretação pós-positivista, retomando-se conceitos de justiça, ética. Passa-se a defender a idéia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de “princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais”.

O “hate speech”, ao menos dentro da realidade brasileira e alemã, não ganha veste de discurso legítimo por ocasionar danos incomensuráveis àquele cujas expressões de ódio é direcionado; posicionamento diferente é o da Corte norte-americana que vê os benefícios de um discurso livre muito maiores do que os malefícios do “hate speech”, quando esse não induz, claro e de forma iminente, ao perigo.

O tratamento do discurso do ódio no Brasil, nesse ínterim, segue a doutrina mais “pacífica” ou mais “conservadora”, diante da incompatibilidade daquele com os ditames constitucionais e até com os tratados internacionais. Além de não ser juridicamente aceitável a discriminação e o tratamento hostil a determinado grupos, por conta de critérios absurdos de “inferioridade” e “superioridade”, não seria “moralmente” aceitável à incitação ao ódio, conforme entendimento dos Ministros do STF, ainda que isso pudesse ocasionar limitações (e ocasiona) à liberdade de expressão e de manifestação de opinião.

⁵⁴⁶ Nesse sentido, ver: KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista do Senado**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4> >. Acesso em: 26 set. 2014.

5. CONCLUSÃO

Quando se entende que o fundamento dos direitos humanos é de cunho moral (conjunto de valores), estar-se-ia a defender que esse fundamento residiria na própria ideia de dignidade humana. Com base no entendimento de que a moral possui como conteúdo básico a dignidade humana, ela passaria a assumir verdadeiro papel de instrumento de limitação ao bem fundamental “liberdade”. Isso pode ser melhor percebido quando temos em cena a liberdade de expressão e o discurso do ódio.

O dever da utilização de preceitos morais no campo jurídico gerou os mais diversos questionamentos filosóficos e doutrinários, ao se buscar estudar a estrutura da relação firmada entre direito e moral. Desde o período clássico, com Sócrates, Platão e Aristóteles, até os dias atuais, com Habermas e Alexy, ainda não se chegou a uma posição definitiva sobre o papel que a moral possui dentro do mundo jurídico. E nem chegará.

Dizemos isso porque os preceitos morais têm seu conteúdo variável conforme as mudanças históricas, culturais e políticas sofridas ao longo dos tempos nas sociedades. Não se quer também afirmar que são tais preceitos sempre relativos – podendo “valer” qualquer coisa – uma vez que o consenso entre as partes ou entre os grupos fixará pontos de partida racionais, através da argumentação jurídica, facilitando a compreensão e o exercício de determinados direitos.

Mas não basta isso.

Como restou demonstrado ao longo do trabalho, além de possuímos diversas correntes doutrinárias a respeito da relação necessária ou prescindível entre direito e moral, vemos que elas refletem nos tratamentos que os sistemas jurídicos dão a certas questões eminentemente ligadas à moral social.

Se de um lado temos Kelsen e seu relativismo metodológico ético, pregando a desnecessidade de um critério de validade baseado no conteúdo, temos de outro Alexy defendendo que normas extremamente injustas não são jurídicas.

A moral assume, atualmente, sentido ligado diretamente à dignidade humana, daí que a discussão de ser moralmente reprovável o discurso do ódio passa a apresentar importantes consequências jurídicas, além de deixar mais estreita a utilização da argumentação moral na solução do caso concreto.

O discurso do ódio nos remete à discriminação e tratamento hostil a determinado grupo por conta de cor, sexo, gênero, orientação sexual, etnia etc., podendo gerar conceitos

como o de “grupo superior” ou de “grupo inferior” e até mesmo, em casos mais extremos, a ideia de extermínio.

Foi nesse sentido que caminhou o período nazista na Segunda Guerra Mundial, ao perseguir judeus e ciganos, retirando seus direitos de cidadãos, gerando, absurdamente, milhões de mortes nos campos de concentração.

Ainda que tal período tenha gerado muitos pontos de discussão para a proteção dos direitos humanos, ainda há aqueles que buscam negar o Holocausto, acusando a comunidade judaica de se postarem como “vítimas” da Segunda Guerra, quando teria sido sua maior beneficiária. São ideias como essas que Siegfried Ellwanger defendia em suas obras, bem como nas obras que editava, ocasionando em sua condenação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e confirmação pelo STJ e STF, por crime imprescritível de racismo contra os judeus.

Ocorre que o tratamento dado ao discurso do ódio difere em muitos países, ganhando destaque em nosso trabalho, o sistema norte-americano e o sistema alemão. Enquanto os norte-americanos só interferem ou limitam o discurso do ódio, diante de “dano claro e iminente”, os alemães punem o “perigo do perigo”, ao criminalizar discursos discriminatórios e teorias revisionais que busquem fomentar práticas odiosas como as ocorridas durante a 2ª Guerra.

Os Estados Unidos apresentam como justificativa para sua postura a própria Primeira Emenda da Constituição americana, bem como o fato de que a liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O discurso do ódio entraria sim nesse âmbito de proteção, desde que não seja capaz de gerar prejuízo efetivo para a sociedade. A tradição norte-americana defende o “livre mercado de ideias”, haja vista que, para ela, a melhor solução seria o diálogo livre e aberto.

Por sua vez, o sistema alemão entrega ao Estado o poder de criminalizar condutas desse tipo (sim, condutas e não discursos), até mesmo pelas circunstâncias históricas vivenciadas na Alemanha. Por ser considerado crime, a prática de discursos dessa natureza não poderia ser abrangida pela cláusula de proteção da liberdade de expressão, por ele não se coadunar com o ordenamento jurídico, nem com os valores éticos da sociedade.

É bem verdade que o posicionamento alemão não é compatível com o entendimento liberal de Holmes Jr., na medida em que esse acreditava que cabia ao povo decidir as ideias que apoiaria ou rechaçaria, sem regulação estatal. Para ele, as ideias odiosas desapareceriam naturalmente ao perder a força no livre mercado de ideias, apenas ressaltando os casos em

que um discurso implicasse um “perigo claro e iminente”, momento no qual não deveria receber a proteção da liberdade de expressão.⁵⁴⁷

É evidente que o Direito possui um conteúdo moral, mas “quanto de moral deve ele possuir?” Esse é o desafio que é respondido dos mais variados modos a depender da filosofia política adotada. Existem amarras morais que permeiam a proibição do discurso do ódio, haja vista que, consoante a jurisprudência da valoração, a dignidade representa valor máximo na fundamentação dos direitos fundamentais.

Porém, o que se discutiu foi a possibilidade de restrição dessa moral, para que fosse mínima, a fim de tornar o discurso jurídico mais democrático e possível, baseando-se no critério de “tolerância”. Porém, poder-se-ia tolerar discursos discriminatórios claramente intolerantes às diferenças?

Pois bem. Foi no caso Ellwanger (HC nº 82.424-2/RS) que o Brasil pode abordar de modo mais detalhado questões como: raça, discurso do ódio, discriminação e liberdade de expressão e de manifestação de ideias.

Acusado de escrever, publicar e divulgar livros com ideias anti-semitas, Ellwanger acabou sendo condenado em 2º instância, pelo TJ/RS, impetrando *habeas corpus* no STJ e, posteriormente, no STF, os quais foram indeferidos.

O STF chegou ao consenso de que a incitação ao ódio público contra a comunidade judaica pode ser tomada como crime de racismo e, assim, imprescritível, uma vez que não se pode falar cientificamente sobre a existência de raças, além de que a própria Constituição permitiria limitações à liberdade de expressão, na medida em que um ato ilegal e até imoral não poderia ser atingido pela cláusula de proteção da liberdade de expressão.

A cúpula do nosso judiciário, por maioria, disse, explicitamente, não ser o discurso do ódio compatível com os valores éticos e jurídicos da Carta Magna, afastando qualquer argumentação de que tal postura estaria por afrontar à liberdade de ideologia do paciente Ellwanger.

Resta-nos evidente a limitação moral realizada sobre o direito de liberdade, porém, foi observando o próprio sistema jurídico brasileiro que vemos a legitimidade dessa limitação. Não há como se negar a inclusão de valores ético-políticos na Carta Constitucional e são eles que também acabam por restringir a liberdade do indivíduo em nome do coletivo ou, no caso, em nome dos grupos ofendidos.

⁵⁴⁷POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 278-280.

Também se discutiu se a proteção do discurso do ódio seria verdadeiramente democrática, na medida em que estamos a falar de minorias que, no geral, não possuem muitas formas de se defenderem ou de contra-atacarem com a mesma paridade de armas dos seus ofensores, dentro de um “mercado livre de ideias”, que, na verdade, não seria tão livre assim.

Quando se observa a realidade da sociedade estratificada brasileira, a não intervenção estatal no discurso político de expressão poderia gerar uma supressão das minorias, eliminando, ou minimizando, seu caráter comunicativo (“efeito silenciador do discurso”) e por isso seria o discurso do ódio visto como uma conduta e não como verdadeiro discurso, razão pela qual fora criminalizado no STF, por entender os ministros a presença de conduta racista nas declarações e publicações de Ellwanger.

Evidente que essa postura do STF e da jurisprudência alemã está ligada a uma visão comunitarista, contrária ao liberalismo igualitário, uma vez que para aquela visão, o Estado poderia apresentar um papel significativo na redução das desigualdades sociais, devendo ser, essencialmente, um Estado ativista, comprometido com a organização da vida pública, no sentido de promover certos valores comunitários.

É fato que a Corte brasileira já vem abordando há muito tempo questões referentes ao exercício da liberdade de expressão, quando, por exemplo, julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130,⁵⁴⁸ também revelando que nosso Pretório Supremo não se mostra alheio a primazia da Liberdade de Expressão. A referida ação, que retirou a lei de imprensa (Lei nº 5.250/67) do cenário jurídico do País, foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a lei em análise e foi aceita quando o relator, ministro Carlos Ayres Britto, votou pela procedência integral da ação. Decorrido o julgamento foi concedida a liminar pleiteada, para suspender a aplicação de certos artigos da lei de imprensa e, finalmente, sob alentadas discussões no Supremo, ricas em conteúdo, julgada procedente, com a decisão de que a lei de informação, por descumprir preceito superior, era incompatível com a norma constitucional e, portanto, inconstitucional, muito embora também se tenha discutido em nosso primeiro capítulo se teria sido razoável a “retirada em bloco” da Lei de Imprensa e se a regulação que ela fazia, em alguns setores, como do direito de resposta, verdadeiramente seriam capazes de afrontar ou não os novos valores constitucionais de 1988.

⁵⁴⁸ BRASIL – STF - ADPF Nº 130, Dje nº 208, Divulgação 05/11/2009, Publicação 06/11/2009. Ementário nº 2381-1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 31 out. 2010.

Calha ressaltar também que a técnica da ponderação ganhou destaque na argumentação dos julgados analisados, por a verem como um método de solução diante de direitos fundamentais em conflito, uma vez que liberdade de expressão, direitos de personalidade e dignidade humana assumiriam caráter principiológico, expressando direitos e deveres *prima facie*. Com base nisso, aplicar-se-ia aquele que tivesse maior peso, com base nas circunstâncias do caso concreto.

Todavia, a aplicação do referido “sopesamento” não pode ser visto como carta legitimadora de toda e qualquer decisão. A ponderação dos valores envolvidos deve passar por um critério racional, para que um mesmo princípio não venha a ser utilizado indiscriminadamente e justifique situações totalmente opostas entre si. A técnica da ponderação não pode servir de simples instrumento de relativização da liberdade de expressão.

Nesse viés, constatou-se no caso Ellwanger que, sendo determinado o sentido semântico extensivo do termo “racismo” e considerando o discurso odioso proferido contra a comunidade judaica pelo paciente verdadeira prática racista, não haveria porque o Ministro Gilmar Mendes argumentar pela ponderação de direitos se, claramente, a conduta de Ellwanger já tinha sido tomada como crime imprescritível, de acordo com as normas do Ordenamento Jurídico.

É dizer, uma vez que a maioria dos ministros do STF disse serem racistas as ofensas nos livros editados, publicados e alguns até escritos por Ellwanger, não haveria necessidade de se aplicar um “juízo de ponderação” entre os direitos em conflito, se a liberdade de expressão, dentro do sistema jurídico brasileiro, não pode agasalhar condutas ilícitas, como já ocorre com as penalizações por injúria, calúnia e difamação.

O que se observa é que, com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, a argumentação judicial ganha contornos também morais, de modo que o que antes era tido como inconciliável, toma vestes de argumento racional para solução do dissídio. O entendimento de que a fundamentação ética dos direitos humanos tem seus pilares na dignidade aproxima cada vez mais o direito da moral, como defendido por algumas doutrinas, vistas ao longo de nosso trabalho. É dessa maneira que a argumentação moral é utilizada como um limite ao exercício dos direitos humanos, particularmente ao da liberdade de expressão, relacionando-se diretamente com a interpretação pós-positivista ao retomar conceitos de justiça, ética.

Passa-se a defender a idéia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, elevando-a a condição de “princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais”. Como foi analisado em nossas pesquisas, o “hate speech”, ao menos dentro da realidade brasileira e alemã, não ganha veste de discurso legítimo por ocasionar danos incomensuráveis àqueles cujas expressões de ódio são direcionadas, diferentemente do que se defende na Corte norte-americana, que vê os benefícios de um discurso livre maiores do que os malefícios do “hate speech”, quando esse não induz, de modo claro e iminente, ao perigo, na esteira liberal de Holmes Jr.

Correndo o risco de cair em relativismo, achamos prudente dizer que os sistemas jurídicos de cada país dão uma resposta própria a tal questionamento. A realidade histórica, cultural, social, política e até moral, que formam cada Estado, moldam o tratamento e a direção para a solução apresentada, destacando-se as transformações advindas da Segunda Guerra Mundial e da discussão do *Apartheid* na África do Sul.

Os constitucionalistas brasileiros contemporâneos foram nessa mesma toada ao relatarem que a inclusão de valores ético-políticos na Constituição Federal de 1988 pode ser vista nas propostas para a extensão do conceito de “racismo”, através de lei – como os Projetos de Lei nº 987/2007 e de nº 6418/2005 – ou na elaboração de políticas públicas específicas ou até mesmo no momento da interpretação jurídica dentro do caso concreto.

A palavra central na presente pesquisa é “conciliação”: conciliar os próprios conceitos de liberdade, conciliar liberdade com moralidade, conciliar liberdade com igualdade, conciliar a dignidade com a liberdade de expressão, enfim... Conciliações essas que se tornam cada vez mais difíceis pela complexidade da sociedade em que vivemos e de todo o seu pluralismo. Pois sim. Quanto mais plural a sociedade, maiores são os interesses envolvidos, mais diferentes são os valores apresentados e defendidos, bem como, mais prolixos são os debates. É complicado. Todavia, não deixa de ser interessante todo o questionamento e todas as propostas levantadas pelos ordenamentos jurídicos analisados no presente trabalho, já que, de fato, as circunstâncias políticas, históricas, econômicas, sociais e culturais são cruciais para a abordagem do exercício da liberdade de expressão, diante das “amarras morais existentes” em cada sistema.

O tratamento do discurso do ódio no Brasil diz que, além de não ser juridicamente aceitável a discriminação e o tratamento hostil a determinado grupo, por conta de critérios absurdos de “inferioridade” e “superioridade”, não seria “moralmente correto” a incitação ao ódio, conforme entendimento dos Ministros do STF, ainda que isso possa ocasionar limitações (e ocasiona) à liberdade de expressão e de manifestação de opinião.

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. “Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem.” **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. “Da estrutura dos Direitos Fundamentais a proteção”. **In Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Homenagem ao Professor Antônio Luís Machado Neto**. nº18, ano 2009.1. Salvador: Bahia. Editora: Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ASSIS NETO, Nilson Dias de. A dialética entre Direito e Moral. A relação entre as esferas axiológica e normativa nas perspectivas jusnaturalista, juspositivista e pluralista. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19376>>. Acesso em: 20 mai. 2014.

ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de; BARROS, Caroline Maria Costa; CATÃO, Adrualdo de Lima. **In: Projeto PIBIC 2011/2012 "Interpretação e Aplicação do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e Imprensa: Uma Abordagem Pragmática Comparativa entre o TJ/AL e o STF"**.

ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. **Interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática das decisões do**

Supremo Tribunal Federal. Monografia. Faculdade de Direito de Alagoas. Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2012.

_____. O discurso do ódio à luz da filosofia política: uma abordagem jurisprudencial comparativa. *In: Filosofia do direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades.* Coordenação Adrualdo de Lima Catão, Antonio Alves Pereira Netto e Vítor de Andrade Monteiro. Curitiba: Juruá, 2014, p. 227. (p. 217-246)

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Inclusão Social.** Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006/mar. 2007, p. 121. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/viewFile/54/77>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.** Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

_____. **Origens do totalitarismo. Anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo.** 5 reimpressão. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROS, Caroline Maria Costa; ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. A Interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática comparativa entre o Tribunal de Justiça de Alagoas e o Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT.** Belo Horizonte, ano 8, n. 15, p. 33-62. jul/dez. 2013.

BARROS, Caroline Maria Costa. O debate entre o Pragmatismo e o Neoconstitucionalismo: A interpretação e aplicação dos “aspectos morais” dos direitos fundamentais. *In: Filosofia do Direito na Contemporaneidade. Pragmatismo Jurídico, Análise Econômica do Direito e Conectividades.* Adrualdo de Lima Catão, Antonio Alves Pereira Netto, Vítor de Andrade Monteiro (Coord.). Curitiba: Juruá, 2014.

_____. “O fundamento moral dos direitos humanos: uma análise da participação do PIDESC na promoção da dignidade humana.” *In: O PIDESC na promoção da dignidade humana.* In: George Sarmento Lins Júnior; Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira; Livia Lemos Falcão de Almeida; Vítor de Andrade Monteiro.. (Org.). **Pacto Internacional**

dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: da previsão normativa à efetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, v. 1, (p. 5-21).

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *In: Revista Direito Administrativo*. Jan-Mar 2004. Editora Renovar nº 235: I-IV; 1-435. Rio de Janeiro.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e ativismo jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. *In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Luís Roberto Barroso (org.) 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETT-FOX, Rebecca. Book Review. “Review of the books *The New Hate: A History of Fear and Loathing on the Populist Right*, by A. Goldwag and *One Hundred Percent American: The Rebirth and Decline of the Ku Klux Klan in the 1920s*, by T.R. Pegram.” **Journal of Hate Studies. Hate and Political Discourse.** Volume 10 (1), p. 221-229, 2012. Disponível em: < <http://arthurgoldwag.files.wordpress.com/2012/10/journal-of-hate-studies-review-of-new-hate.pdf>> Acesso em: 18 ago. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa. As liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.** Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_comassa.pdf>.

Acesso em: 16 ago. 2014.

BRASIL, STF – HC n.º82.424-2/RS, Tribunal Pleno, Rel.Min. Moreira Alves, DJ 19.03.2004.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Revista de Direito Público – IDP.** Brasília, n.15, jan-mar. 2007. Disponível em: <<http://www.Direitospublico.idp.edu.br/index.php/Direitospublico/article/view/521/919>>.

Acesso em: 13 de mar. 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional.** 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Locke e o Direito Natural.** Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

- _____. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoría general del derecho**. 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R. 3 ed. Bogotá: Temis, 1999.
- _____. **Direito e poder**. Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.
- _____. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- _____. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 12 reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2000.
- BOYLE, Kevin. **Hate speech- The United States versus the rest of the world? Maine Law Review**. Vol. 53.2 (p. 488-502). Disponível em: <http://mainelaw.maine.edu/academics/maine-law-review/pdf/vol53_2/53_me_1_rev_487.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.
- BOYLE, Kevin. Overview of a dilemma: censorship versus racism. *In: Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Edited by Sandra Coliver. Contributing Editors Kevin Boyle and Frances DSouza. ARTICLE 19, (p. 1-8), London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL: REsp 164.121/RJ, RSTJ, 128/372.
- BRASIL, STF – RE n.º 511.961/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n.º 213, 13/11/2009, p.692. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>; Acesso em: 22 out.2011.
- BRASIL – STF - ADPF N° 130, Dje n° 208, Divulgação 05/11/2009, Publicação 06/11/2009. Ementário n° 2381-1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 31 out. 2010.
- BRASIL. Senado Federal. **Decreto n° 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. “Liberdades”. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENVENUTO, Jayme; SILVA, Rodrigo Deodato de Souza. Normas e decisões do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: aproximações comparativas em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. In: **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Artur Stamford da Silva (org.). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

BERLIN, Isaiah. “Two concepts of liberty”. In: **Four Essays on Liberty**. United States of America: Oxford University Press, 1971, p. 123-124. Disponível também em: <<http://spot.colorado.edu/~pasnau/seminar/berlin.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BLOCK, Walter. **Defendendo o indefensável**. Tradução de Rosélis Maria Pereira. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARDOZO, Benjamin. **Evolução do Direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

_____. **A natureza do processo judicial: palestras da Universidade de Yale**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Teoria do fato jurídico: uma abordagem lógica da decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: EDUFAL, 2007.

_____. A fundamentação dos Direitos Humanos. In: **Marxismo, Realismo e Direitos Humanos**. Lorena Freitas, Enoque Feitosa (organizadores). João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012.

_____. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. In: **Filosofia do direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e conectividades**. Coordenação Adrualdo de Lima Catão, Antonio Alves Pereira Netto e Vítor de Andrade Monteiro. (p. 15-28). Curitiba: Juruá, 2014.

CATÃO, Adrualdo de Lima. BARROS, Caroline Maria Costa. ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. Interpretação e aplicação do direito fundamental à liberdade de expressão e imprensa: uma abordagem pragmática comparativa entre o TJ/AL e o STF. **O judiciário e o discurso dos direitos humanos: volume 2**. Organizadores: Enoque Feitosa... [et al]. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

CATÃO, Aduardo de Lima. BARROS, Caroline Maria Costa. ALMEIDA, Livia Lemos Falcão de. **Projeto PIBIC 2010/2011 "Interpretação e Aplicação dos Direitos Fundamentais: Uma Abordagem Pragmática Comparativa entre o TJ/AL e o STF"**.

Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus nº 82.424/RS. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Brasília Jurídica, 2004

COMPARATO, Fábio Konder. "A democratização dos meios de comunicação". **Revista USP**, São Paulo, n.48, p. 6-17, dezembro/fevereiro 2000-2001.

CELLA, José Renato Gaziero. **Positivismo jurídico no século XIX: relações entre direito e moral do *ancien régime* à modernidade.** Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3358.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COHEN ALMAGOR, Raphael. Introduction. *In:* COHEN ALMAGOR, Raphael (coordenador), **Liberal Democracy and the Limits of Tolerance.** Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Universidade Federal de Minas Gerais. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Departamento de História. Disciplina: História Contemporânea. Prof. Luiz Arnaut. Disponível em: < http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2014.

COSTA NETO, Joaquim Cabral da. **Despesa Fiscal (Benefícios Fiscais): Requisitos e Limites Estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal para Sua Realização.** Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. 2012.

CORTINA, Adela. **Ética mínima: uma introdução à filosofia prática.** Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CORTINA, Adela e MARTÍNEZ, Emilio. **Ética.** Tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Editora Loyola, 2005.

DAVAL, René. “O pragmatismo americano: Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey, George Herbert Mead.” *In: História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil*. Alain Caillé, Christian Lazzeri e Michel Senellart (orgs.) Tradução Alessandro Zir. Coleção Ideias nº 12. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos: 2006.

DIMOULIS, Dimitri. “Anotações sobre o ‘neoconstitucionalismo’ (e sua crítica)”. **Artigo Direito GV**, Working Papers, nº 17, março 2008.

_____. “Neoconstitucionalismo e Moralismo Jurídico”. *In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh. The Hatfulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches. *In: William & Mary Bill of Rights Journal*. Volume 7, Issue 2, Article 2. (p. 305-346) 1999. Disponível em: < <http://scholarship.law.wm.edu/wmboj/vol7/iss2/2> >. Acesso em: 08 jan. 2015.

DUARTE, Écio Oto Ramos Duarte e POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

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

EHRHARDT JR., Marcos. A conquista do valor dignidade nas relações privadas. **RIDB**, Ano 1 (2012), nº 8. (p. 4.632-4.644). Disponível em: < <file:///C:/Users/seven/Downloads/Artigo%20publicado%20na%20RIBD%202012-8%20-1.pdf> >. Acesso em: 14 jan. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **395 U.S. 444**. *Brandenburg v. Ohio* (No. 492). Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444> >. Acesso em: 14 de mar. 2014.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **418 U.S. 323**. *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (No. 72-617). Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/323> >. Acesso em: 14 de mar. 2014.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **151 U.S. 81** (14 S.Ct. 250, 38 L.Ed. 81), *TEXAS & P. RY. CO. v. JOHNSON*. Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/151/81> >. Acesso em: 14 de mar. 2014.

- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. **343 U.S. 250** (72 S.Ct. 725, 96 L.Ed. 919). **BEAUHARNAIS v. PEOPLE of the STATE OF ILLINOIS**. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/250>>. Acesso em: 13 de mar. 2014.
- ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte Americana. *Collin vs. Smith*. **578 F.2d 1197**. United States Court of Appeals. Seventh Circuit. Decided May 22, 1978. Disponível em: <<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/colinvsSmith.html> >. Acesso em: 07 de ago. 2014.
- FASSÓ, Guido. "Jusnaturalismo". In: Norberto e outros. **Dicionário de Política**. 7ª Ed. Brasília: Editora UnB, 1999.
- FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004
- FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada. São Paulo: Companhia Editora Forense, 1963.
- versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.
- FRANK, Anne. **O diário de Anne Frank: edição integral**. Trad. Ivanir Alves Calado. 24 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- FREITAS, Riva Sobrado de, e CASTRO, Matheus Felipe. **Discurso do ódio enquanto manifestação ofensiva: um exame comparativo sobre os limites da liberdade de expressão**. Disponível em: <<http://www.publicaDireitos.com.br/artigos/?cod=42c8938e4cf57777>>. Acesso em: 13 de mar. 2014.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala. Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48ª ed. São Paulo: Global, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. "Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo – Warranty Constitutionalism and Neoconstitucionalism." Trad. André Karam Trindade. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri, SP: Manole, 2007.
- FEITOSA, Enoque. Ética e direito: acerca da (suposta) existência de valores prévios e superiores na forma jurídica. In: **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**: volume 2/organizadores: Enoque Feitosa... [et al.]. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. *In: Anuário de Direitos Humanos*, n. 01. Madri: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1982.

FERNANDES, Millôr. Orelha do livro de **John Milton**, “**Areopagítica: Discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra**”. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

FERNANDES, Isabelle de Carvalho. **O papel da imprensa na divulgação da crise política e a responsabilidade civil por danos aos direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 751, 25 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7060>>. Acesso em: 22 out. 2010.

FERREIRA NETTO, Milton Gonçalves. O STF e a lei de anistia: argumentação jurídica e interpretação no julgamento da ADPF 153/08. *In: Hermenêutica jurídica & efetivação dos direitos sociais: homenagem a Andreas Krell*. Coord. Jéssica Aline Caparica da Silva e Marcos Ehrhardt Júnior. Curitiba: Juruá, 2014, (p. 257-274).

FREITAG, Barbara. **Itinerários de Antígona: A questão da moralidade**. Campinas, SP: Papirus, 1992.

FREITAS, Lorena. “Para uma Crítica do Realismo Jurídico Americano à Fundamentação Jusnaturalista dos Direitos Humanos”. *In: O Judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Arthur Stamford da Silva (org.) Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe. **Discurso do ódio enquanto manifestação ofensiva: um exame comparativo sobre os limites da liberdade de expressão**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=42c8938e4cf57777>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: renovar, 2005.

FIGUEROA, Alfonso García. “La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho”. *In: Diritto & Question Publiche*. N. 3, 2003.

FONSECA, Pedro. **Justiça proíbe Viradouro de levar carro do Holocausto à Sapucaí**. Reportagem datada do dia 31 de janeiro de 2008. Agência Reuters. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRN3157209520080131>>. Acesso em: 25 set. 2014.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto, o direito pressuposto e a doutrina efetiva do direito. *In: O que é filosofia do direito?* Alaôr Caffé Alves, Celso Lafes, Eros Roberto Grau, Fábio

Konder Comparato, Goffredo da Silva Telles Junior, Tércio Sampaio Ferraz Junior. Barueri, SP: Manole, 2004.

_____. Realismo e utopia constitucional. *In: Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em países periféricos.* Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (orgs.) Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALINDO, Bruno. Direitos humanos e justiça constitucional transicional: ainda sob(re) as sombras do passado autoritário. *In: O judiciário e o discurso dos direitos humanos.* Artur Stamford da Silva (org.). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **A Teoria da Justiça Depois de Rawls: Um Breve Manual de Filosofia Política.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O positivismo jurídico. *In: Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1452, 23 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10060>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

_____. **O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.. Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1494, 4 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10217>>. Acesso em: 11 fev. 2011

GUIBOURG, Ricardo A. **Pensar em las normas.** Buenos Aires: Eudeba, Universidade de Buenos Aires, 1999.

GUTIER, Murillo Sapia. **“Constitucionalização do Direito Civil: A eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Privado.”** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7250> Acesso em: 19 ago. 2013.

GUTERMAN, Marcos. “Quem tem medo de Pedrinho?”. **Blog O Estadão.** Publicado em: 29 out. de 2010. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/marcos-guterman/quem-tem-medo-de-pedrinho/>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre faticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo.** Trad. Guido A. de Almeida. Biblioteca Tempo Universitário nº 84: Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAYEK, Friedrich August von. **Os fundamentos da liberdade.** Introdução de Henry Maksoud. Tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p.3.

_____. **A arrogância fatal: os erros do socialismo.** Tradução de Ana Maria Capovilla e Candido Mendes Prunes. São Paulo: Ortiz, 1995, p. 90.

HÄRBELE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. . *In:* **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e direito constitucional.** 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, (p. 45-104).

HART, Herbert L. A. **Direito, liberdade e moralidade.** Tradução Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

HITLER, Adolf. **Minha Luta (Mein Kampf).** Disponível em: <file:///C:/Users/seven/Downloads/(Ebook-Portugues)Adolf%20Hitler%20-%20Minha%20Luta%20-%20Mein%20Kampf.pdf> Acesso em: 06 set. 2014.

Holocausto: um local de aprendizado para estudantes. As leis raciais de Nuremberg. **United States Holocaust Memorial Museum.** Disponível em: < http://www.ushmm.org/outreach/ptbr/article.php?ModuleId=10007695>. Acesso em: 10 set. 2014.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Essential Holmes.** Chicago: Chicago University Press, 1992.

_____. **The Common Law.** New York: Dover, 1991.

_____. **The path of the law.** Harvard Law Review. 1897. Disponível em: < http://constitution.org/lrev/owh/path_law.htm > Acesso em: 31 out. 2010.

HOFMANN, Rainer. Incitement to National and Racial Hatred: The Legal Situation in Germany. *In:* **Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination.** Edited by Sandra Coliver. Contributing Editors Kevin Boyle and Frances DSouza. ARTICLE 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992 (p. 159-170).

INGRAM, David. **Filosofia do direito: conceitos-chave em filosofia.** Trad. José Alexandre Durry Guerzoni. Porto Alegre: Artmed, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução: Antonio Carlos Braga. São Paulo, SP: Editora Escala, 2006.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

KAGAN, Elena. Private Speech, Public Purpose: The Role of Government, Motive in First Amendment. *In:* **University of Chicago Law Review,** Chicago, v. 63, 1996.

KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., Legal Theory and Judicial restraint**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

KRELL, Andreas Joachim. "As dificuldades de Teorias pré-hermenêuticas com o Direito do Estado Social Moderno". *In: Revista do Mestrado em Direito* - Universidade Federal de Alagoas. V. 2, n.3, dez (2006 -) Maceió: Edufal, 2008.

_____. A relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do moderno Direito constitucional e administrativo. *In: Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. Fredie Didier Jr. e Marcos Ehrhardt Jr. (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista do Senado**. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 26 set. 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **O que é Justiça?: a justiça, o direito e a política, no espelho da ciência**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KORTE, Gustavo. **Iniciação à ética**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

KÜBLER, Friedrich. "How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights." *In: Scholarly Commons at Hofstra Law*. 1998, V ol. 27: Iss. 2, Article 3, p. 366-367. (p. 336-375). Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol27/iss2/3>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

LANER, Vinícius Ferreira. Algumas considerações sobre o direito à informação e à liberdade de expressão no Brasil. *In: Revista do Direito*. n. 18 (jul/dez 2002). Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969.

LECLERCQ, Jacques. **As grandes linhas da filosofia moral**. Trad. Cônego Luiz de Campos. São Paulo: Editora Herder, Editora da Universidade de São Paulo, 1967.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/23>. Acesso em: 14 jan. 2015.

LOBATO, Monteiro. **Caçadas de Pedrinho Hans Staden**. Vol. III. Edição Integral e Ilustrada. Digitalização e Revisão Arlindo San. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/cantinho/infantil/38/Estorias_miniweb/lobato/Vol3_Cacadas-de_Pedrinho.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2015.

LUFT, Lya. Crucificar Monteiro Lobato? Edição para a Revista Veja de nº 2190. Publicado em 10 nov. de 2010. **Clínica Literária**. Disponível em: <<http://luispeaze.com/2010/lya-luft-adverte-que-nao-comecem-entre-nos>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

LUNARDI, Giovani Mendonça. “A fundamentação moral dos direitos humanos”. *In: Rev. katálysis*. vol.14 no.2 Florianópolis July/Dec. 2011. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802011000200007&script=sci_arttext>.

Acesso em: 26 dez. 2012.

MARCUS, Gilbert J. Racial hostility: the south african experience. *In: Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. Edited by Sandra Coliver. Contributing Editors Kevin Boyle and Frances DSouza. ARTICLE 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992 (p. 208-222).

MARITAIN, Jacques. **Problemas fundamentais da filosofia moral**. Trad. Gerardo Dantas Barreto. Rio de Janeiro: Agir, 1977.

MAIA, Antonio Cavalcanti. “As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo”. *In: Revista Mundo Jurídico*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 19 ago. 2013.

MALIK, Kenan. Why hate speech should not be banned? *In: Pandaemonium*. Texto publicado em 19 de abril de 2012. (Entrevista concedida por Kenan Malik a Peter Molnar, para integrar o livro, editado com Michael Herz, “The content and context of hate speech: Rethinking regulation and responses”). Disponível em: <<https://kenanmalik.wordpress.com/2012/04/19/why-hate-speech-should-not-be-banned/>>.

Acesso em: 09 jan. 2015.

_____. The moral demands of “free speech”. *In: Pandaemonium*. Texto publicado em 18 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://kenanmalik.wordpress.com/2011/02/18/the-moral-demands-of-free-speech/>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Limitações dos Direitos Fundamentais”. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

MELO, Cíntia de Freitas; COUTINHO, Clara. Um olhar à lei de imprensa: perspectiva histórica, social e constitucional da mídia e da lei 5.250/67. **Revista do CAAP**. 1º semestre-2009. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/26/25>>. Acesso em: 04 jan 2015.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Natália. “Crescente desde 2010, discurso de ódio ao PT expõe racismo contra nordestinos”. **Rede Brasil Atual**. Publicado 20/10/2014. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/10/discursos-de-odio-contra-nordestinos-e-eleitores-do-pt-se-espalham-na-internet-4303.html>>. Acesso em: 06 jan. 2015.

MOON, Richard. The Regulation of Racist Expression. *In*: COHEN ALMAGOR, Raphael (coordenador). **Liberal Democracy and the Limits of Tolerance**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000 (pp. 182-194).

MORAES, Renato. Revogação da Lei de Imprensa é prejudicial a todos. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 3 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-03/revogacao-lei-imprensa-interesse-todos>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

MOREIRA, Davi Antônio Gouvêa Costa. Uma análise pragmática da judicialização da saúde a partir da jurisprudência do TRF da 5ª Região: O parâmetro da possibilidade de universalização da prestação de saúde pleiteada. **Filosofia do Direito na Contemporaneidade. Pragmatismo Jurídico, Análise Econômica do Direito e Conectividades**. Adrualdo de Lima Catão, Antonio Alves Pereira Netto, Vítor de Andrade Monteiro (Coord.). Curitiba: Juruá, 2014.

MIRANDA, Darcy Arruda. **Comentários à Lei de Imprensa**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a liberdade**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, nº44, Tradução Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Editora Escala.

MILTON, John. **Areopagítica: Discurso pela liberdade de imprensa ao parlamento da Inglaterra**”. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. v. XXI. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Editor Victor Civita, 1973.

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

_____. O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico (Conjur)**. Artigo publicado em 27 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>>. Acesso em: 30 set. 2014.

_____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NIQUET, Michel. **Teoria realista da moral: Estudos preparatórios**. Trad. F. José Herreo Botin e Nélio Schneider. Coleção Ideias n. 6. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2002.

POPPER, Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Vol. 01 – O fascínio de Platão. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

POST, Robert C. **El estado frente a la libertad de expresión**. Tradução de Andrés Bertoni y Julio Rivera. Buenos Aires: Universidade de Palermo-UP, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo, 2009.

PENA, Sérgio D. J. e BIRCHAL, Telma S. “A inexistência biológica *versus* a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social?” **REVISTA USP**. São Paulo, n.68, p. 10-21, dezembro/fevereiro 2005-2006. Disponível em: < <http://www.usp.br/revistausp/68/02-sergio-telma.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2014.

POSNER, Richard A. **Direitos, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. **Código Penal Federal Alemão**, de 15 de maio de 1871 (atualizado em 1998). Disponível em: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf>. Acesso em: 13 de mar. 2014.

PL 987, de 08 de maio de 2007. Autor: Marcelo Itagiba – PMDB/RJ. Altera a redação do art. 20 da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Situação: Apensando ao PL 6418/2005.

Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=350660>>.
 Acesso em: 25 set. 2014.

PL 6418, de 14 de dezembro de 2005. Autor: Senado Federal – Paulo Paim – PT/RS. Define os crime resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310391&ord=1>
 >. Acesso em: 25 set. 2014.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PEREIRA Ascísio dos Reis. A moral liberal como processo educativo no pensamento político de John Locke. **Revista Espaço Acadêmico**. Nº 38. Julho de 2004. Ano IV. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/038/38cpereira.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução: L. Cabral de Mocanda. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1979.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia, 4: de Spinoza a Kant**. São Paulo: Paulus, 2004.

_____. **História da filosofia, 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt**. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Variações sobre ética e moral**. Disponível em: <
<http://www.miguelreale.com.br/artigos/veticam.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. **Filosofia do Direito**. Vol. II. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1962.

Revista Consultor Jurídico (Conjur). Fux nega liminar para tirar *Caçadas de Pedrinho* de escolas públicas. Publicado em 24 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-24/fux-nega-liminar-tirar-cacadas-pedrinho-escolas-publicas>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

RABENHORST, Eduardo. “O que são direitos humanos?”. **Educação em Direitos humanos: fundamentos histórico-filosóficos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. “A dignidade do homem e os perigos da pós-modernidade”. *Verba Juris* ano 4, n. 4, jan./dez. 2005, p. 115. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/viewFile/14815/8376>>. Acesso em: 10 set. 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo dos. “Hermenêutica e aplicação do Direito. Breves apontamentos sobre a interpretação jurídica no paradigma contemporâneo.” **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2794, 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18553>>. Acesso em: 7 set. 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13 ed. rev., aumen. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedade actual**. Madrid: Editora Civitas, 1992.

ROTHBARD, Murray N. **A Ética da Liberdade**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, nº 13. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovki. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade (s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. “El Constitucionalismo de los Derechos.” *In: Teoría del neoconstitucionalismo (Ensayos escogidos)*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, Madrid, 2007.

SIDGWICK, Henry. **História da ética**. Coleção Fundamentos do Direito. Trad. Cláudio J. A. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2010.

SCHAUER, Frederick. "Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect". *In: Faculty Publications*. Paper 879: 1978, p. 694. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

SANTOS, Antônio Raimundo dos. **Ética: caminhos da realização humana**. São Paulo: Editora Ave-Maria, 1997.

SANTOS, Lourival J. **A lei de imprensa no STF**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=100093> Acesso em: 22 out. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____. As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e direito constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. “Direitos Fundamentais em espécie”. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. **Livres e iguais: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, George. As gerações dos Direitos Humanos e os desafios da efetividade. *In: Educação em direitos humanos e diversidade: diálogos interdisciplinares*. Mara Rejane Ribeiro e Getúlio Ribeiro (orgs.). Maceió: EDUFAL, 2012.

_____. **Direitos Fundamentais e Técnica Constitucional. Reflexões sobre o positivismo científico de Pontes de Miranda**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/T%C3%A9cnica-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

_____. A educação em direitos humanos e a promoção da cidadania brasileira. *In: O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Vol. 2. Enoque Feitosa... [et al.] Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

_____. Direitos humanos e bioética. *In: Direitos Humanos e Bioética*. George Sarmento Lins Júnior (org.) Maceió: EDUFAL, 2002.

Série Inclusão: a conquista do voto feminino no Brasil. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Abril/serie-inclusao-a-conquista-do-voto-feminino-no-brasil>>. Acesso em: 07 set. 2014.

SCHMITT, Carl. **La tirania de los valores.** Prólogo de Jorge E. Dotti. Buenos Aires: Hydra.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais.** Trad. Lya Luft. Ver. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SILVA, A. G. da. Teoria do discurso, construtivismo filosófico e razão prática. *In: Virtú, Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/discursoconstrutivismo-filosofico-58965996>>. Acesso em: 7 jan. 2013.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade.** 2 ed. rev. aument. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

SÓFOCLES. **Antígona.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

STONE, Geoffrey R. **Sex, violence and the First Amendment.** The University of Chicago Law Review. Publicado em 18 de outubro de 2007. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/74.posner/74_Special_Stone.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. (2011) Princípio é preguiça? *In: Direito e interpretação – racionalidades e instituições.* Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catariana Barbieri (org). São Paulo: Saraiva.

TORRES, Ricardo Lobo. “A Jurisprudência dos Valores”. *In: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.* Daniel Sarmento (coord.) Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética.** Trad. Grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul. Revisão e organização da tradução Ernildo Stein. 8 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética.** Trad. João Dell’Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

VIEIRA, Willian. Caçada ao racismo: Como o Brasil se debate na luta simbólica e pragmática contra o preconceito racial, a exemplo da atual polêmica sobre a obra de Monteiro Lobato. **Carta Capital.** Publicado em 25 set. 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/cacada-ao-racismo-2/>>. Acesso em: 14 jan. 2015.

VILLANOVA, Bárbara Duarte. **Expressões de ódio: entre a garantia constitucional e a reputação penal.** Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Apresentado aos 28 de junho do ano de 2012.

Disponível em: <
http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/barbara_villanova.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2015.

UCHÔA, Bruno; EMANUEL, Cláudio. **Jornal O fluminense.** Publicado em: 27 abr. 2013. Disponível em: < <http://www.ofluminense.com.br/editorias/policia/skin-reds-armados-agridem-nordestino-no-centro-de-niteroi>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

WOLFSON, Nicholas. **Hate speech, Sex Speech, free speech.** Praeger: Westport, CT, 1997.

WEINSTEIN, James. **Hate speech, Pornography, and the Radical Attack on free speech Doctrine.** Westview Press: Boulder – CO, 1999.