

**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO EM CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

JOÃO TRINDADE CAVALCANTE FILHO

**O “DISCURSO DO ÓDIO” NA JURISPRUDÊNCIA
ALEMÃ, AMERICANA E BRASILEIRA:**

Uma análise à luz da filosofia política

**BRASÍLIA
FEVEREIRO DE 2014**

**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
MESTRADO EM CONSTITUIÇÃO E SOCIEDADE**

JOÃO TRINDADE CAVALCANTE FILHO

**O “DISCURSO DO ÓDIO” NA JURISPRUDÊNCIA
ALEMÃ, AMERICANA E BRASILEIRA:**

Uma análise à luz da filosofia política

Trabalho apresentado como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, sob a orientação do prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho.

**BRASÍLIA
FEVEREIRO DE 2014**

“A lente da subjetividade é um espelho deformante. A autorreflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser” (Hans-Georg Gadamer, *Verdade e Método*).

“Os historiadores não aceitam nenhum dogma, nada lhes é proibido, eles não conhecem nenhum tabu. (...) Em um país livre, não é dado ao Parlamento ou a autoridades judiciais definir a verdade histórica”.

(*Liberdade para a História* – Manifesto dos Historiadores, assinado por 19 famosos historiadores franceses e publicado em 13 de dezembro de 2005 no jornal *Libération*, contra a aprovação de leis que reconheçam a escravidão como crime contra a Humanidade).

“As querelas entre as teorias ‘liberais’, ‘comunitaristas’, ‘republicanas’, ‘conservadoras’, em torno da ‘melhor constituição’ e, até, da ‘melhor teoria moral’ devem ficar fora da justiça constitucional quando se trata de pôr em causa princípios fundantes da constituição e estruturantes de uma ‘ordem de liberdade’” (José Joaquim Gomes Canotilho, *Jurisdição Constitucional e Novas Intranquilidades Discursivas: do melhor método à melhor teoria*).

Para Patrícia,

Porque só você sabe o quanto de suor e tempo está depositado nestas páginas.

Para meu pai,

Sim, papai, esta é a realização do nosso sonho.

Para meu irmão,

Pelas discussões sobre Política e Direito com um dos juristas a quem mais respeito.

Para minha mãe,

Porque nem tudo se resume ao Direito.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa empreendida foi o melhor que pudemos produzir. Os erros e as omissões são apenas a nós mesmos atribuíveis. Os acertos, porém, precisam ser compartilhados com algumas pessoas, a quem precisamos, por uma questão de justiça, agradecer.

Em primeiro lugar, ao nosso orientador, prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho, pelo auxílio inestimável, pela compreensão com as divagações do estudante e, principalmente, pelo auxílio na delimitação do tema e na busca sempre presente pelo rigor científico e acadêmico. O nascimento de uma amizade é o maior sinal de que a relação professor-aluno foi frutífera!

Também não posso deixar de agradecer à minha esposa, Patrícia, pela compreensão – mais uma vez – da importância da pesquisa para a minha vida. O amor é capaz de atos inexplicáveis, esse foi só mais um deles.

Um agradecimento final é destinado àqueles que, em meu ambiente de trabalho, contribuíram diretamente para a conclusão da dissertação, em especial Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira e Susane Guida. Muito obrigado!

Finalmente, também possuo uma dívida de gratidão com os professores do programa de Mestrado em Constituição e Sociedade do Instituto Brasiliense de Direito Público, pela qualidade das discussões que estimularam e estabeleceram, e que tiveram influência direta neste trabalho. Em especial, agradeço aos professores Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, Dr. Gilmar Ferreira Mendes, Dra. Julia Maurmann Ximenes e Dr. Álvaro Ciarlini. O agradecimento é extensivo aos colegas de mestrado, especialmente à Isabela Lisboa, ao Roberto Carlos Pontes, ao Alberto Cascais e à Gabrielle Tatih.

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA, 4

AGRADECIMENTOS, 5

INTRODUÇÃO, 9

PARTE I – FUNDAMENTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS

1. A CONSTITUIÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA: UM SISTEMA FECHADO?, 14

1.1. Kelsen e o conceito formal de Constituição, 14

1.2. Konrad Hesse: a Constituição material e aberta, dotada de força normativa, 18

1.3. A visão sistêmica de Niklas Luhmann: possibilidade de superação da dicotomia entre Kelsen e Hesse, 19

1.4. Constituição como acoplamento estrutural entre Direito e Política, 23

2. INTERPENETRAÇÃO OU ALOPOIESE? OS LIMITES DE INFLUÊNCIA DA POLÍTICA SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA VISÃO DE LUHMANN, 25

3. A INFLUÊNCIA DA POLÍTICA SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, 28

4. INTERPENETRAÇÃO POLÍTICA E ALOPOIESE APLICADAS A UM CASO ESPECÍFICO: O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO “DISCURSO DO ÓDIO”, 31

5. CATEGORIAS TEÓRICAS FUNDAMENTAIS, 32

5.1. Esclarecimentos metodológicos, 32

5.2. A insuficiência de uma análise estritamente jurídica sobre a jurisprudência acerca do discurso do ódio, 34

5.3. Breve panorama da leitura da Filosofia Política acerca do problema do discurso do ódio, 36

5.3.1. O(s) liberalimo(s) político(s), 37

5.3.2. O utilitarismo e a maximização do bem-estar da coletividade, 41

5.3.2.1. O problema da distinção entre o utilitarismo e o liberalismo utilitarista, 42

5.3.3. Comunitarismo: a restrição ao discurso do ódio como forma de proteger a unidade da

comunidade e a dignidade dos seus componentes, 43

5.3.4. Conclusões sobre as categorias teóricas básicas, 47

6. A METODOLOGIA DE ANÁLISE QUALITATIVA DE CONTEÚDO DOS PRECEDENTES: OS INDICADORES DE INFLUÊNCIA POLÍTICA, 47

6.1. Transformação de argumentos políticos em argumentos jurídicos, 49

6.2. Transcrição ou adoção de argumentos ou ideias típicos de uma ideologia política, 50

6.3. Utilização direta de argumentos políticos para conclusões jurídicas, 51

6.4. Frequência e centralidade de argumentos políticos e autores de política, 51

6.5. Falta de coerência interna da argumentação jurídica, 52

6.6. Conclusão parcial sobre os indicadores de influência política, 53

PARTE II – ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DA POLÍTICA SOBRE A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DISCURSO DO ÓDIO

CAPÍTULO 1 - A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO E DO UTILITARISMO NA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE O DISCURSO DO ÓDIO, 54

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, LIBERALISMO E UTILITARISMO, 54

2. BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (1919-1969), 57

3. QUEIMANDO CRUZES – O CASO *BRANDENBURG VS. OHIO* (395 U.S. 444, 1969), 59

4. E POR QUE NÃO? O CASO *SKOKIE*, 64

5. QUEIMANDO BANDEIRAS – *TEXAS VS. JOHNSON* (491 U.S. 397, de 1989), 66

6. AINDA QUEIMANDO CRUZES – O CASO *R.A.V. VS SAINT PAUL*, 69

7. UMA VEZ MAIS, A QUEIMA DA CRUZ: O CASO *VIRGINIA VS BLACK ET AL*, 75

8. CONCLUSÕES, 77

CAPÍTULO 2 - O COMUNITARISMO E A JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ SOBRE O DISCURSO DO ÓDIO, 82

1. BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ SOBRE O DISCURSO DO ÓDIO, 82

2. A NEGAÇÃO DO HOLOCAUSTO: O CASO AUSCHWITZ LIE (*CASO DA-VID IRVING*), 83

3. “SOLDADOS SÃO ASSASSINOS”: O CASO *TUCHOLSKKI*, 87

4. O “ETERNO RETORNO” DA NEGAÇÃO DO HOLOCAUSTO: O CASO RUDOLF HESS, 91

5. CONCLUSÕES PARCIAIS, 94

CAPÍTULO 3 - O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO DISCURSO DO ÓDIO NO BRASIL: A INFLUÊNCIA POLÍTICA MULTIFACETADA, 97

1. O DISCURSO DO ÓDIO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF, 97

2. O ONIPRESENTE CASO ELLWANGER, 97

2.1. Comentários iniciais, 98

2.2. Categorização dos votos de acordo com a presença de indicadores de influência política, 100

2.3. Análise dos votos “técnicos”, 102

2.4. Análise dos votos “políticos”, 105

2.4.1. A Bíblia, o Genoma e o Holocausto: o Voto do Ministro Maurício Corrêa, 107

2.4.2. Tudo depende da intenção: o voto do Ministro Nelson Jobim, 110

2.4.3. Ministro Marco Aurélio e a defesa do liberalismo, 111

3. CONCLUSÕES PARCIAIS, 114

PARTE III – CONCLUSÕES, 118

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, 121

INTRODUÇÃO

“Os negros devem ser mandados de volta para a África, e os Judeus devem ser mandados de volta para Israel”. “Não havia tecnologia suficiente para se utilizarem câmaras de gás em Auschwitz”. “Vamos dar algum desconto, porém, aos alemães, pois, se houve um Holocausto, este foi com seu povo”.

O que essas três absurdas afirmações têm em comum? Por que são tratadas pelo Judiciário de cada país de maneira tão distinta?

Principiemos pelo que elas têm em comum. Todas elas representam ocorrências do que se convencionou chamar de “discurso do ódio” (*hate speech*): o exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual, etc. Racismo, xenofobia, homofobia, antissemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso do ódio.

Mas e o que essas afirmações odiosas – em todos os sentidos da palavra – possuem de diferente? O contexto em que foram proferidas.

A primeira frase, proferida por um membro da Ku Kux Klan em rede de televisão nos EUA, foi considerada mero e regular exercício da liberdade de expressão (*caso Brandenburg vs Ohio*). Já os autores das duas últimas foram punidos, criminal ou administrativamente. A segunda frase, de autoria do “historiador revisionista” inglês David Irving, justificou a proibição pelo judiciário alemão de uma convenção neonazista (*caso Auschwitz Lie*). A terceira afirmação, de autoria de outro “historiador revisionista”, só que brasileiro (Siegfried Ellwanger Castan), custou-lhe uma condenação criminal mantida pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas o que há de tão diferente entre EUA, Alemanha e Brasil para justificar um tratamento tão dispar para situações aparentemente idênticas?

A explicação tradicional para esse fenômeno recorre à História e às tradições culturais e jurídicas de cada país. Assim, pelo fato de ter vivenciado de perto os males do nazismo, a Europa, em geral, e a Alemanha, em especial, tendem a tolerar pouco o discurso do ódio. Privilegiam a dignidade humana, em detrimento da liberdade de se dizer o que pensa.

Ao contrário, nos EUA, a tradição individualista, aliada ao fato de o país não ter sentido de perto as dores do Holocausto, fariam com que se tolere mais a liberdade de expressão, ainda que de

conteúdo racista ou discriminatório¹.

Essa explicação, contudo, sempre nos intrigou, por apresentar respostas insuficientes para determinados questionamentos específicos.

Com efeito, se a explicação para a menor tolerância ao discurso do ódio na Alemanha é mesmo a experiência nazista, o que explicaria a condenação de Ellwanger pelo STF em um país que não experimentou o trauma do Holocausto na mesma monta que os países europeus?

Além disso, os EUA possuem uma situação – para eles tão traumática quanto o extermínio de judeus – de discriminação, promovida pelo Estado contra os negros. Por que, então, lá se tolera que um membro da Ku Kux Klan dê uma entrevista ao vivo pela TV, sem ser importunado?

Como se percebe, a explicação histórica é importante, sem dúvida, mas oferece uma explicação insuficiente e parcial.

O que nos moveu primeiramente a empreender esta pesquisa foi a pergunta: então, além da experiência histórica diversa, *o que mais* explica essas diferenças? Propomos uma resposta: a ideologia política que predomina em cada país.

Isso porque, como se sabe, a Política e o Direito se influenciam mutuamente – e não é de hoje que se reconhece tal fato. Porém, com o fenômeno da positivação do Direito e com a sua consequente autonomização como sistema social, o código jurídico (lícito/ilícito) passou a operar de forma distinta (autopoiética) em relação aos demais sistemas sociais (Política, inclusive). Porém, essa é a teoria. Ou, melhor, essa é uma leitura sociológica do fenômeno da positivação do Direito nas sociedades hipercomplexas, mas, logicamente, essa evolução se deu de forma desigual em cada realidade concreta.

A partir da leitura de alguns precedentes – principalmente americanos e alemães –, percebemos que algumas das categorias fundamentais do liberalismo e do comunitarismo estavam lá presentes (respectivamente). Não no sentido “normal” de influência do sistema político sobre o jurídico, mas de uma maneira menos usual, mais direta, predominante, diríamos. Às vezes, a argumentação jurídica era pura e simplesmente substituída por argumentos políticos.

Decidimos, então, pesquisar se, e como, a ideologia política (liberalismo, utilitarismo, comunitarismo, etc.) predominante em cada país influencia a forma como os Tribunais Constitucionais (em sentido amplo) interpretam o discurso do ódio.

Para essa análise, adotamos a teoria que, a nosso ver, explica de maneira mais satisfatória a

¹ ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis**. Working Paper Series 41/11, 2001, p. 41. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939. Acesso em: 07.12.2010.

inter-relação entre sistemas sociais (no caso, entre Direito e Política): a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Com efeito, essa abordagem permite fugir de reducionismos (tanto do positivismo puro quanto do sociologismo), oferecendo um instrumental de categorias apto a explicar o fenômeno da interpenetração entre Direito e Política de forma satisfatória.

Realmente, se assumirmos que o Direito é um sistema autopoietico – operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto –, torna-se possível observar se a Política influencia o discurso judicial de forma “salutar” (como elemento cognitivo) ou de maneira indevida (substituindo a argumentação jurídica pela argumentação política).

Entretanto, a Teoria dos Sistemas explica o fenômeno tanto da interpenetração de sistemas quanto da corrupção de um pelo outro – mas não oferece instrumentos metodológicos para identificar ou indicar cada situação.

Precisamos, por conta disso, construir uma metodologia, lastreada na análise qualitativa de conteúdo, para identificar a influência da política nas decisões judiciais – e, a partir disso, poder mensurá-la, a fim de verificar se se encontrava em patamares “normais” ou “exacerbados”.

Essa construção metodológica é, certamente, a parte simultaneamente mais árida e mais relevante do trabalho. Realizamos uma análise em duas etapas: primeiramente, estudamos profundamente precedentes em que a influência política já era identificada pela doutrina (por isso a opção por EUA e Alemanha para a análise comparativa). A partir daí, foi possível elencar fatores que indicavam uma influência política, o que chamamos genericamente de “indicadores de influência política”.

Num segundo momento, com base nessa primeira análise e no tratamento das informações dela colhidas, foi possível estender a análise a outros precedentes, em que a influência política não era tão nítida, ou era duvidosa, ou ainda precisava ser provada. Nessa segunda “onda” de análise é que pudemos estudar criticamente todos os votos proferidos pelos Ministros do STF no caso *Ellwanger*, para verificar quais deles poderiam ser enquadrados como “técnicos”, e quais deveriam ser categorizados como “políticos”. A extensão dessa análise ao precedente como um todo permitiu concluir pela nítida influência política na resposta dada pela nossa Suprema Corte à questão do discurso do ódio.

Logicamente, para não tornar muito ampla (e pouco produtiva) nossa análise, realizamos uma série de recortes metodológicos, a fim de definir os precedentes a ser analisados. Após fixar a análise comparativa em EUA, Alemanha e Brasil, resolvemos adotar dois critérios de seleção de precedentes: 1) analisar exclusivamente decisões dos Tribunais Constitucionais (Suprema Corte, Tribunal Constitucional Federal e STF, respectivamente), por questões de relevância interna e

internacional do julgado; e 2) restringir o estudo aos precedentes que tinham a ver diretamente com o tema do discurso do ódio (excluindo da análise, por conseguinte, julgados, mesmo que relevantes, mas que tratavam da liberdade de expressão de forma mais genérica). Com isso, tentamos nos distanciar de uma mera coletânea de comentários a julgados, de modo a privilegiar a análise aprofundada e verticalizada de poucos precedentes, mas relacionados diretamente ao tema objeto de nosso estudo.

Não há, é preciso que se diga, muitos precedentes sobre a questão específica do discurso do ódio. Esse fato, ao mesmo tempo em que aparentemente facilitou nossa pesquisa, por outro lado, torna-a uma obra aberta, sujeita logicamente a – além de críticas e desmentidos – complementações futuras. No caso americano e alemão, até existe uma quantidade significativa de julgados. Porém, no caso brasileiro, apenas o citado caso *Ellwanger* diz respeito diretamente ao tema do discurso do ódio.

Como esse é um tema cada vez mais relevante na sociedade hipercomplexa, globalizada e multicultural de hoje, é praticamente certo que o assunto voltará à pauta dos tribunais – americanos, alemães e, principalmente, do STF. Isso, ao mesmo tempo em que atesta a atualidade e a relevância da pesquisa, destaca a possível utilidade que o estudo talvez venha a ter, em análises futuras sobre o fato de como a ideologia política influencia a leitura judicial sobre o discurso do ódio.

A pesquisa, embora se refira a um tema com farta bibliografia (mais em Língua estrangeira do que Portuguesa), pode ser considerada relativamente inédita. Com efeito, há diversas obras analisando *se* o discurso do ódio deve ou não ser permitido, ou realizando uma comparação entre o tratamento americano e o alemão. Mas, como dissemos, esses não são objeto de nossa pesquisa: a pergunta que buscamos responder diz mais respeito ao estudo sobre as relações entre Direito e Política.

Em outras palavras: nossa pesquisa é mais de Sociologia Política e Jurídica e Filosofia Política, do que propriamente de Direito Constitucional Comparado: o que nos preocupa são as relações entre ideologias políticas e discurso judicial – o discurso do ódio é apenas o “ambiente” e o “pretexto” em que essa análise se desenvolve.

O trabalho vem dividido em três partes, aparentemente autônomas, mas que são na verdade indissociáveis.

Na Parte I, expusemos os pressupostos teóricos e metodológicos. É nesse trecho que trabalhamos com a explicação da adequação da Teoria dos Sistemas de Luhmann à análise de temas constitucionais, de modo a superar as dicotomias entre os conceitos formal e material de Constituição.

Ainda na Parte I, explicamos quais são os indicadores de influência política que serão utilizados na análise constante da Parte II. É ainda na primeira parte do trabalho que explicitaremos as ideias principais do utilitarismo, do liberalismo e do comunitarismo sobre a liberdade de expressão e o discurso do ódio – ideias essas que constituem as categorias teóricas fundamentais para que possamos, na Parte II, identificar a utilização de argumentos políticos nos precedentes analisados.

A Parte II cuida mais especificamente da análise dos precedentes. Como, entretanto, nenhum julgado pode ser estudado separadamente do contexto jurídico em que prolatado, geralmente entremeamos a análise com exposições sobre a doutrina e a jurisprudência predominantes em cada país sobre a liberdade de expressão, em geral, e sobre a legitimidade constitucional do discurso do ódio, em especial.

Essa Parte é dividida em três capítulos. O primeiro deles destina-se a analisar a influência do liberalismo e do utilitarismo sobre a jurisprudência da Suprema Corte Americana. Nesse capítulo, estudamos os casos *Brandenburg vs Ohio*, *Texas vs Johnson*, *R.A.V. vs Saint Paul*, *Virginia vs Black et al* e, mais superficialmente (pelos motivos lá explicados), o caso *National Socialist Partie vs Skokie*.

O capítulo 2 destina-se ao estudo das decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, notoriamente influenciado pelo comunitarismo. Nesse trecho, foram objeto de estudo os casos *Auschwitz Lie*, *Tucholski II* e *Rudolf Hess*.

Finalmente, o capítulo 3 destina-se ao caso brasileiro e ao STF. Nesse momento, estudamos o caso *Ellwanger*, embora também haja referências a outros casos conexos, como o caso da *Marcha da Maconha* (ADPF nº 187/DF).

Na parte II – assim como, de resto, ao longo de todo o texto –, evitamos as citações diretas, que certamente tornariam a leitura mais cansativa. De toda forma, quando a transcrição se mostrou imprescindível, ainda assim tentamos reduzi-la ao máximo, notadamente para que o texto não se tornasse uma maçante e monótona reprodução de precedentes.

Quanto às citações em Língua estrangeira, optamos por traduzi-las, sob nossa responsabilidade. De toda sorte, sempre há a indicação de onde pode ser encontrado o texto original. Ademais, nessas traduções, tentamos ser o mais fiéis possível ao texto original, mas sempre buscando a adaptação ao vernáculo.

Por último, a Parte III alberga as conclusões do trabalho. Há conclusões parciais ao fim de cada capítulo da Parte II, mas é realmente ao término do trabalho que é possível ter uma visão mais clara da integração entre as duas primeiras partes.

PARTE I – FUNDAMENTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS

1. A CONSTITUIÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA: UM SISTEMA FECHADO?

A Constituição pode ser observada segundo diversos pontos de vista. Da mesma forma, pode ser conceituada de acordo com distintos parâmetros, que destacam esta ou aquela característica, ou, mesmo, que entendem de forma radicalmente oposta aquele que é o documento normativo de maior importância.

É por isso que existem tantos conceitos e concepções diferentes para um instituto tão central para o Direito, como é a Constituição. No presente estudo, buscamos analisar especificamente três desses conceitos, comparando-os e analisando-lhes as compatibilidades e discrepâncias, bem como a conformidade com os postulados de uma moderna teoria do Direito e da Constituição.

Escolhemos – por motivos não aleatórios, que oportunamente explicitaremos – os conceitos de Constituição oferecidos por Hans Kelsen, Konrad Hesse e Niklas Luhmann. Ao analisarmos os principais aspectos dessas três teorias sobre a Constituição, procuramos investigar as bases do que pode ser uma verdadeira teoria da interpretação constitucional lastreada nessas três visões, com as características, vicissitudes, vantagens e prejuízos que cada uma delas possui.

Nesse ponto, logo se percebe que dois desses autores colocam-se em pontos relativamente separados, no espectro da teoria da Constituição. Enquanto o Kelsen da Teoria Pura vê na Constituição (e no próprio ordenamento jurídico) uma norma pura, integrante de um sistema (relativamente) fechado (mas nem por isso pouco complexo), Hesse parte de um conceito “material” de Constituição, para defender que o sistema constitucional é aberto. Nesse contexto, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, que considera o Direito um sistema autopoiético, surge como uma possibilidade de superação da dicotomia entre os conceitos formal e material de Constituição².

1.1. Kelsen e o conceito formal de Constituição

Na realidade, ao contrário do que o senso comum dos juristas contemporâneos parece fazer

²Embora a teoria autopoiética possua vários pontos de contato com o Positivismo Jurídico, não é ser considerada, a rigor, uma teoria positivista. Sobre essa discussão, cf. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2006, p. 154.

crer, a Teoria Pura do Direito formula uma visão extremamente rica e, portanto, complexa do ordenamento jurídico. Apesar de conceituar a Constituição (em sentido jurídico-positivo) como norma pura e pregar a total separação entre Direito e Moral, Hans Kelsen jamais defendeu que a aplicação do Direito fosse uma tarefa mecânica, ou que só houvesse uma resposta correta, ou mesmo que a atividade do juiz se resumisse a uma mera subsunção. Essa tese vincula-se, na verdade, à Escola da Exegese, o que se pode chamar de um estágio muito inicial do Positivismo Jurídico.

Em verdade, a Teoria Pura do Direito expõe uma das versões mais sofisticadas – e, por isso mesmo, interessantes e úteis – do Juspositivismo. De acordo com Kelsen, o Direito é totalmente separado da Moral e da Religião. Além disso (ou por isso), a validade das normas jurídicas é algo que deve ser analisado tendo-se em conta apenas questões jurídicas (e não sociais ou “metajurídicas”). A validade é um conceito formal: é válida a norma que foi produzida de acordo com o procedimento previsto numa norma de escalão superior. Daí a visão do sistema jurídico positivo como um sistema escalonado.

É claro que o termo “procedimento” está empregado, aqui, num sentido amplo. Abrange não só a forma de se elaborar a norma (procedimento em sentido estrito, processo legislativo), quanto, se houver essa exigência na norma superior, o próprio conteúdo da norma a ser produzida. Com efeito, embora, pessoalmente, a Kelsen repugnasse a incorporação de valores ou a excessiva incrustação de normas “materiais” na Constituição, a Teoria Pura não é, ela mesma, incompatível com a inconstitucionalidade (ou, mais genericamente, invalidade) material de normas. Em resumo: segundo os paradigmas da Teoria Pura, é válida a norma que foi produzida respeitando-se os mandamentos da norma que lhe é hierarquicamente superior.

Porém, ao contrário do que pode parecer, isso não significa que Kelsen aceite o ordenamento jurídico como uma “bolha”, incomunicável com os demais sistemas normativos (Moral, Religião, Política). Ao contrário: o autor chega a afirmar que, no momento de aplicação da norma, o aplicador na verdade cria uma nova norma³. O aplicador é, também, “legislador”, tanto assim que Kelsen chega a nominar a interpretação jurídica feita pelos Tribunais de “interpretação autêntica”. Nesse tipo de situação, o aplicador pode escolher, dentre as várias possibilidades conferidas pela norma hierarquicamente superior, qualquer interpretação que se enquadre na “moldura normativa”⁴. Isso

³“O chamado 'juízo' judicial não é, de forma alguma, tampouco como a lei que o aplica, um juízo no sentido lógico da palavra, mas uma norma – uma norma individual, limitada na sua validade a um caso concreto”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, WMF/Martins Fontes, 2009, p. 21. Ou, ainda mais claramente: “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito” (p. 260).

⁴“A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um

dá ao intérprete/aplicador um grau de liberdade/discricionariedade muitas vezes esquecido, quando se aborda a Teoria Pura.

Eis, aliás, a grande característica do Positivismo Jurídico (seja na linha kelseniana ou hartiana): o reconhecimento de que, dentro dos limites impostos pela norma de escalão superior, o intérprete dispõe de discricionariedade para decidir por esta ou aquela interpretação⁵.

Como se percebe, os valores morais, religiosos ou políticos podem influenciar (e certamente influenciarão) o intérprete/aplicador nessa tarefa de concretização/produção normativa. Tal fato não é negado por Kelsen em nenhuma linha da Teoria Pura⁶. O que faz do Direito um sistema completamente separado da Moral (e de outros ordenamentos normativos) é que, em primeiro lugar, o intérprete/aplicador não pode negar a validade das normas superiores com base em valores morais, religiosos, políticos ou econômicos. Um juiz católico não pode deixar de aplicar a norma do Código Penal que isenta de pena o aborto praticado sob determinadas condições, embora seja inevitável que, dentro dos limites da norma posta, dê à norma uma interpretação influenciada por seus valores pessoais.

Tal fato talvez possa passar despercebido, mas possui, para nós, importância capital: o estabelecimento da norma superior como um ponto de não questionamento (uma norma imunizada, na feliz expressão de Tércio Sampaio Ferraz Jr.) permite a redução dos potenciais conflitos, “aliviando” (para se usar uma nomenclatura cara a Luhmann) o sistema jurídico de problemas de justificação. Um juiz católico, um umbandista, um hindu e um ateu certamente interpretarão de formas diversas o artigo 128 do Código Penal; mas nenhum deles poderá, sem cometer uma violência hermenêutica, condenar uma mulher que realizou aborto, se a gravidez decorreu de estupro.

É preciso atentar, aliás, para o fato que, no comentado Capítulo VIII da Teoria Pura, Kelsen deixa bem claras duas posições acerca da interpretação (e da sua teoria da interpretação, especificamente): a visão do aplicador (intrassistêmica) e a do observador/cientista do Direito

quadro ou moldura a preencher por este ato” (p. 388)

⁵“a interpretação de uma lei não deve levar necessariamente a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito” (pp. 390-391)

⁶“Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas [outras] disciplinas, fá-lo não por ignorar, ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. KELSEN, Hans. **Op. Cit.**, pp. 1-2. Da mesma forma: “A exigência de uma separação entre Direito e Moral (...) significa que a validade dessa ordem jurídica positiva é independente dessa Moral absoluta (...). Tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça (...) apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral” (p. 75).

(extrassistêmica)⁷. Dessa forma, se o intérprete-aplicador sofre inevitavelmente as influências da Moral ou de outros sistemas normativos (e isso está previsto na teoria kelseniana da interpretação, dentro da margem de discricionariedade do sujeito que interpreta), o intérprete-cientista (ou intérprete-observador) deve guardar uma postura neutra, abstando-se, o mais possível, de fazer juízos morais, ou políticos, ou econômicos, sobre o objeto da interpretação⁸.

Como se percebe, há uma dualidade pouco explicada na teoria kelseniana da interpretação, o que parece levar à confusão que se verifica quando autores de nomeada insistem em atribuir à Teoria Pura uma consideração do intérprete como mero repetidor acrítico das palavras da lei. Na verdade, o que Kelsen não admite é que o intérprete deixe de aplicar a norma por entendê-la imoral⁹, pois a validade é um conceito formal-objetivo. Mesmo porque, se se justifica o Direito e partir da Moral, tem-se, na verdade, um sistema jurídico que vai apenas repetir os valores morais predominantes, ainda que indesejáveis¹⁰. É a mesma crítica que, não por coincidência, Hesse faz em relação à teoria sociológica de Lassalle.

Eis o ponto que nos interessa mais diretamente: para Kelsen, sendo a validade um conceito formal, também é formal o conceito de Constituição. Embora a interpretação da norma fundamental positivada esteja sujeita às influências dos demais sistemas normativos, a Constituição, como norma em si mesma, existe independentemente do sistema da Moral ou da Política. É nesse sentido – e só nesse sentido – que é verdadeiro dizer que o conceito de Constituição, para Kelsen, é meramente formal. Não interessa o conteúdo da norma constitucional: o que a caracteriza é a rigidez, ou melhor, a supremacia formal: o fato de que se encontra no topo do escalão normativo. A Constituição existe, como norma, independentemente dos intérpretes/aplicadores, e não se encontra em diálogo direto com a sociedade. Sofre a influência da Moral, da Política e da Religião no momento de sua elaboração, mas, depois, se emancipa desses sistemas normativos.

⁷Nesse sentido, antes do citado Capítulo VIII: “A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm – como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica” (p. 81).

⁸De maneira bastante direta, Kelsen afirma que: “tem de distinguir-se rigorosamente a interpretação do Direito feita pela ciência jurídica, como não autêntica, da interpretação realizada pelos órgãos jurídicos. (...) A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. (...) Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única 'acertada', não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem” (pp. 395-396).

⁹“Se a concepção ético-política do juiz toma o lugar da concepção ético-política do legislador, este abdica em favor daquele” (p. 276).

¹⁰“A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito (...) porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade” (p. 78).

Já se vê que é desse conceito que parte Konrad Hesse, mas para buscar superá-lo. Realmente, o autor alemão não nega o fato de que a Constituição é um sistema normativo autônomo (pelo menos, não o faz explicitamente, nem dá a entender que adota essa opção). Hesse chega a afirmar, como não é de estranhar, que o texto é o limite último da interpretação, de maneira que “Onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele já não interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição”. Na parte em que nos interessa, trata-se de uma postura, *a priori*, bastante semelhante àquela esposada por Kelsen: a validade dos preceitos jurídicos, em geral, e constitucionais, em particular, independente do juízo moral/político/econômico/religioso que deles faz o intérprete. Tanto um kelseniano quanto um hesseano não deixarão de aplicar uma norma válida e eficaz por considerarem-na imoral ou antieconômica. Nesse aspecto, diga-se de passagem, a abordagem de Hesse é até mais próxima da de Kelsen do que a postura de outros positivistas de boa cepa, como Hart. Por isso mesmo se diz que Hesse parte do arcabouço teórico de Kelsen, para ir além dele.

1.2. Konrad Hesse: a Constituição material e aberta, dotada de força normativa

Hesse considera que a Constituição é a norma que estatui um equilíbrio importante entre ordem e desordem, entre mudança e permanência, entre unidade política e pluralidade jurídica. Esse caráter ambivalente e cambiante da Constituição é que permite ao autor alemão defender, na esteira dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal alemão, um retorno à ideia de “constituição material”: a Constituição como uma “ordem de valores” da sociedade¹¹. “Ordem de valores”, bem entendido, não como uma tábua ideológica do Estado – os alemães, mais do que ninguém, sabem os perigos que uma tal ideia representaria –, mas como um mínimo comum de valores a serem preservados, mesmo numa sociedade em constante mutação.

É por isso que Hesse recorre à abertura do sistema constitucional como uma forma de construir essa “constituição material”, em constante diálogo com a sociedade: a Constituição muda e transforma a sociedade (em outras palavras, possui força normativa), mas a sociedade também modifica a Constituição¹². Nem tanto Kelsen (a Constituição formal, fechada), nem tanto Lassalle (a Constituição como mero fato social, mero somatório dos fatores reais de poder). Nesse sentido, o conceito de Constituição em Hesse admite um condicionamento da Constituição (e não apenas na

¹¹HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 27.

¹²HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

interpretação da Constituição) pela sociedade. Uma inter-relação mais profunda, porque com a própria norma em si, com a estrutura da Constituição, algo inevitável, e não indesejável: a Constituição como um sistema *aberto* de regras e princípios.

Isso se refletirá, logicamente, no papel do intérprete. Para Hesse, ao aplicador da norma cabe interpretá-la em observância ao princípio da “ótima concretização”, é dizer, deve concretizar a norma de forma a que ela se adapte o mais possível às condições fáticas. Nas palavras do próprio autor, a “interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”¹³. Esta é, bem se vê, uma noção um tanto diferente daquela esposada por Kelsen: fatores “extrajurídicos” *vão* interferir no resultado da interpretação, pois essa é a natureza da própria Constituição (e, por conseguinte, da interpretação especificamente constitucional).

Nessa esteira, aliás, surgem possibilidades como a mutação constitucional (mudança da interpretação constitucional sem mudança do texto). Algo que, se já era possível para Kelsen, não representava, como em Hesse, uma mudança no ser, no âmago da própria Constituição. O que para Kelsen seria uma mera mudança conjuntural na interpretação é, em Hesse, uma verdadeira mudança estrutural na Constituição em si mesma; o que, para Kelsen, seria uma mudança da norma que é criada com base na interpretação da Constituição é, para Hesse, uma alteração da própria norma constitucional. Enfim, o que para Kelsen seria uma mera modificação da interpretação que é dada pelos intérpretes-aplicadores, dentro da moldura, é, para Hesse, uma alteração da própria moldura, uma mudança do próprio paradigma interpretativo e de seus limites.

1.3. A visão sistêmica de Niklas Luhmann: possibilidade de superação da dicotomia entre Kelsen e Hesse

Chegamos, então, à oposição Kelsen-Hesse. É a Constituição um sistema fechado, ou só pode sobreviver sob os influxos estruturais da própria sociedade, do ambiente? Será a norma constitucional uma norma formal, ou, antes, um sistema “aberto” e “material”, ligado intrínseca e inevitavelmente a uma “ordem de valores da sociedade”? Poderá o intérprete, em sua atividade, mover-se apenas dentro da “moldura” da norma, ou poderá até mesmo, em casos extremos de mudança fática e/ou da ordem de valores da sociedade, alterar a própria moldura? Eis algumas das questões com as quais nos colocamos, quando comparamos as abordagens de Kelsen e de Hesse.

¹³Idem, *ibidem*, pp. 22-23.

Entendemos, porém, que essas escolhas podem ser suplantadas – ou, melhor ainda, sintetizadas – por meio da abordagem sistêmica de Luhmann.

Luhmann propõe uma abordagem do sistema jurídico a partir do funcionalismo, isto é, pretende estudar como *funciona* o ordenamento, numa espécie de momento dinâmico do fenômeno normativo. A par disso, realiza uma análise do Direito com base na teoria dos sistemas sociais, utilizando-se dos conceitos de autopoiese e alopoiese colhidos nos trabalhos de biólogos como Maturana e Varela¹⁴.

A partir desse substrato, Luhmann expõe que a sociedade, como rede de comunicações, é composta por vários subsistemas: o sistema jurídico, o político, o econômico, etc. Todos esses sistemas regem-se por códigos que os tornam funcionais e permitem identificar seus elementos, distinguindo-os dos elementos dos demais sistemas (o ambiente). Assim, enquanto a Política encaminha-se de acordo com o código poder/não-poder (ou maioria/minoria), a economia se pauta pelo código do custo/benefício (poder/não-poder), e o Direito, pelo código binário do lícito/ilícito.

Esses sistemas – e, em especial, o sistema jurídico – representam na verdade uma redução da complexidade e da contingência típicas da sociedade hipercomplexa contemporânea. A contingência significa que as escolhas que são feitas não são necessárias nem inevitáveis, isto é, podem ser alteradas: são resultado de uma decisão. Não existem inevitabilidades¹⁵. De outra parte, a complexidade é a existência de várias opções para o mesmo problema, significando que nunca haverá consenso absoluto sobre determinada solução. Já se percebe que essas são, realmente, as duas grandes marcas da sociedade contemporânea.

Pois bem. De acordo com Luhmann, os sistemas representam uma redução da complexidade na medida em que internalizam a contingência, de acordo com sua linguagem calcada nos códigos binários. Na sociedade, se perguntarmos sobre a correção ou erro de se permitir o aborto, em caso de a mãe ser vítima de estupro, certamente ouviremos as mais variadas respostas. Contudo, a partir do momento em que se positiva ser isento de pena o aborto cometido em tais circunstâncias, a discussão deixa de ser a partir do certo/errado, para se guiar no sentido do lícito/ilícito. Reduz-se a complexidade. Aquele que, por motivos morais, entender errada a opção do legislador, poderá lutar politicamente pela alteração da norma, ou buscar convencer seus pares e concidadãos da imoralidade dessa regra, mas não poderá – sem cometer uma violência contra o sistema e seus códigos – deixar de aplicar a norma posta. É nesse sentido que o sistema (jurídico) reduz complexidades. É também pelo fato de essa decisão ser provisória (mutável, não inevitável) que se

¹⁴MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento**. São Paulo: Palas Atena, 2011.

¹⁵Nesse mesmo sentido, Kelsen afirma que: “as normas legisladas pelos homens – e não por uma autoridade supra-humana – apenas constituem valores relativos”. KELSEN, Hans. **Op. Cit.**, p. 19.

diz que ela absorve a contingência da sociedade. Para usar a linguagem de Luhmann, o ordenamento se alivia de adotar outras cargas de convencimento.

Nesse contexto, o Direito atua como um sistema autopoietico, ou seja, operacionalmente fechado. A norma jurídica, quando é criada, sofre óbvias influências dos outros sistemas normativos (Moral, Política, Religião). Mas, depois de elaborada, ela se autonomiza. O sistema passa a funcionar por si só, sem ser invadido pelos outros sistemas, que configuram apenas seu ambiente. A partir daí, todas as relações passam a ser analisadas pelo Direito segundo sua própria medida, sua própria régua: o código binário do lícito/ilícito¹⁶. Nesse sentido, o Direito é um sistema que se autoproduz e reproduz. Afinal, é o próprio Direito que irá dizer quais os requisitos para que se reconheça uma regra como jurídica ou não jurídica (lícita/ilícita). É, portanto, um sistema autopoietico, que trabalha com a programação condicional do se/então (se ocorre o fato, então deve ocorrer a consequência jurídica)¹⁷.

Não se pense, numa leitura apressada, que Luhmann defenda uma visão artificial, em que o Direito vive em total separação da realidade dos demais sistemas. Não. O Direito é um sistema *operacionalmente* fechado, mas *cognitivamente* aberto. É dizer: os demais sistemas – que, em relação ao sistema jurídico, formam o ambiente – fornecem dados que influenciam o Direito, atuando no *input* sistêmico e “irritando” o sistema jurídico, aumentando-lhe a complexidade. Assim, fatores econômicos, morais, religiosos e políticos obviamente influenciam a manutenção ou revogação ou alteração das normas jurídicas, por exemplo. Mas isso principalmente no momento sempre da criação da norma (gênese), como elementos cognitivos (dados para serem processados dentro do sistema jurídico) que influenciarão a elaboração e reelaboração das normas do Direito. Mas tudo isso sempre segundo o código binário lícito/ilícito, característico do sistema jurídico¹⁸. Em outras palavras: os demais sistemas não interferem¹⁹ (ou não deveriam interferir) sobre a operação do sistema jurídico (que, então, deixaria de ser autopoietico e funcional para se tornar alopoietico e disfuncional), mas apenas na elaboração das normas jurídicas.

Nesse ponto, temos dois aspectos da teoria luhmanniana que merecem atenção redobrada: o

¹⁶Em sentido semelhante, Kelsen adverte que: “Não é uma qualquer qualidade imanente (...) que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito – mas (...) o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, uma sanção” (p. 125).

¹⁷“a contingência do comportamento e a contingência da sanção são combinadas em uma relação seletiva do tipo se/então”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito, volume II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 29.

¹⁸“O direito pode evidentemente assimilar-incorporar valores morais, mas, nesse caso, transforma-os em elementos jurídicos, isto é, modifica 'explicitamente' sua natureza; de moral para jurídica”. DIMOULIS, Dimitri. **Op. Cit.**, p. 155.

¹⁹Utilizamos, aqui, o conceito de interferência como a indevida “intromissão” de um sistema sobre a operação do outro, e não no sentido adotado por Gunther Teubner. Mais à frente, esclareceremos o conceito de interpenetração de sistemas, defendido por Luhmann. Para uma análise comparativa, confira-se NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 141.

conceito de legitimação pelo procedimento²⁰ e as influências cognitivas dos demais sistemas sobre o Direito.

A partir da distinção entre expectativas cognitivas (cujo descumprimento gera o desapontamento e deve ser absorvido psicologicamente pelo sujeito) e normativas (cujo descumprimento gera ou a “revogação” da expectativa ou a imposição de seu cumprimento, para que se reforce a expectativa), Luhmann sustenta que o Direito, como dissemos, é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto²¹. Em outras palavras: a influência dos demais sistemas sobre o Direito (como *input*, e não na operação estrutural do sistema) se dá por meio de expectativas cognitivas, e não normativas. Para nos mantermos fieis a um exemplo: se um grupo feminista luta pela legalização de todas as formas de aborto, isso se dá no campo político, a partir das regras específicas desse sistema, de acordo com seu característico código binário poder/não-poder. As feministas têm a expectativa de conseguir alterar a norma jurídica, tornando lícita uma conduta que, atualmente, é (salvo determinadas situações) ilícita.

Essa expectativa *política* sobre uma norma *jurídica* é, contudo, cognitiva: caso o grupo feminista não alcance a vitória política, terá que se contentar com a manutenção da regra (terá que absorver essa frustração). Uma juíza, ainda que seja militante do grupo feminista, não poderá absolver uma ré pelo delito de aborto, fora dos casos legalmente previstos, sem violentar o próprio sistema jurídico. A elaboração da norma é aberta, mas sua aplicação se dá dentro de um sistema fechado, que funciona segundo seu próprio código. Um valor moral pode entrar no ordenamento jurídico, nada impede tal fenômeno. Mas, uma vez “internalizado” no sistema, passa a ser uma norma jurídica, não mais regida pelo código do justo/injusto ou certo/errado, mas sim do lícito/ilícito.

Mas como o Direito absorve cognitivamente os influxos do ambiente? Por meio do procedimento de elaboração das normas. É nesse procedimento – principalmente, no processo legislativo – que os outros sistemas normativos influenciarão decisivamente a produção de normas jurídicas, de modo que o Direito se legitima por meio do procedimento de sua elaboração. Realmente, na sociedade hipercomplexa, o consenso a partir do conteúdo das normas jurídicas se torna problemático²². Ou se adota um consenso sobre normas tão genéricas que não se tornam operacionais (a dignidade humana parece ser um bom exemplo), ou não se consegue um mínimo consenso material que seja tão forte a ponto de legitimar o próprio Direito. Cada vez mais, o Direito

²⁰Em Luhmann, “processos são sistemas sociais especiais, que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas”. Cf. LUHMANN, Niklas. **Op. Cit.**, p. 65.

²¹O Direito é, portanto, um misto de expectativas cognitivas e normativas: espera-se normativamente que o destinatário da norma (e das decisões jurídicas) aceite cognitivamente as expectativas normativas sobre sua conduta.

²²Luhmann fala da impossibilidade de um consenso valorativo básico e da conseguinte absorção cognitiva do pluralismo pelo Direito. Cf. LUHMANN, Niklas. **Op. Cit.**, p. 48.

se legitima mais pelo respeito às “regras do jogo” do que propriamente por adotar um conteúdo específico. Nesse sentido, “o conceito de legitimação não mais caracteriza uma justificação externa antecipada, nem uma limitação da variabilidade do sistema político, mas sim um resultado desse próprio sistema”²³.

Nesse ponto, aliás, o conceito de Constituição para Luhmann – essencial procedimental – parece distanciar-se da concepção de Hesse – substancialista. Realmente, se, do ponto de vista hesseano, a Constituição é uma “ordem material de valores”, já para Luhmann impõe-se (em relação ao Direito em geral e, especialmente, com relação à Constituição), a “renúncia à concepção de 'sistemas valorativos' ou de 'hierarquias de valores' de cunho programático”²⁴.

1.4. Constituição como acoplamento estrutural entre Direito e Política

Por fim, há ainda um ponto na teoria de Luhmann que merece nossa atenção (na verdade, o tema mais importante para nós, no estudo que pretendemos realizar): o papel da Constituição e da interpretação constitucional.

Para Luhmann, a Constituição é o acoplamento estrutural entre Direito e Política. Faz a “ponte” entre os dois sistemas, permitindo a estabilização da Política e a legitimação do Direito²⁵. Integra, ao mesmo tempo, os dois sistemas. É esse o ponto que mais nos interessa.

Já dissemos que a teoria de Luhmann pode representar uma superação da dicotomia entre Kelsen e Hesse. Vejamos por quê.

As abordagens de Kelsen e de Luhmann se aproximam em vários aspectos, mas se distanciam em diversos outros. Luhmann, por exemplo, criticava a postura descritiva da Teoria Pura, argumentando que se deveria buscar estudar menos as estruturas puras e simples do Direito, e mais a função dos institutos jurídicos²⁶. Contrapunha à noção kelseniana de escalão normativo a ideia de normas entrelaçadas: não se trata de um corte nítido em que se separa a Constituição das leis ordinárias, ou estas dos atos administrativos. Antes, todas as normas se comunicam, estão entrelaçadas, sofrendo influências recíprocas dentro do ordenamento jurídico.

Porém, se relevarmos essas diferenças pontuais, é possível encontrar na teoria da

²³Idem, *ibidem*, p. 69.

²⁴Idem, *ibidem*, p. 49. No mesmo sentido: “a preservação dos valores fundamentais não é uma tarefa própria da Constituição e do direito constitucional”. ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010, p. 117.

²⁵LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2005, p. 548.

²⁶“não podemos mais definir nosso conceito de direito em termos ontológicos, mas só funcionalmente”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito, volume II**, p. 27.

interpretação de Kelsen e de Luhmann vários pontos de contato. Ambos entendem o Direito como um sistema fechado e autônomo em relação aos demais sistemas sociais, em geral, e à Moral, em particular. Tanto a Teoria Pura quanto a Teoria dos Sistemas negam ao intérprete do Direito a possibilidade de deixar de aplicar uma norma por considerá-la contrária à Moral ou à Política (nesse sentido, as duas são teorias que se distanciam de uma visão moralista do Direito – por isso também se contrapõem às visões tradicionais do Jusnaturalismo).

Na esteira dessa aproximação entre Kelsen e Luhmann, até mesmo a problemática ideia da “norma fundamental hipotética” de Kelsen pode ser “lida” a partir de Luhmann como sendo o ponto de contato (cognitivo) entre o Direito e os demais sistemas. A norma fundamental hipotética poderia ser, por exemplo, a legitimação mínima que o Direito precisa colher na Moral social vigente e na Política para manter-se funcional. Aliás, a “abertura” que Kelsen aceita, no Capítulo VIII da Teoria Pura, poderia não ser nada muito distinto da abertura cognitiva do Direito, a influência dos demais sistemas sociais “filtrada” pela linguagem e pelos procedimentos do Direito²⁷.

Entretanto, em um ponto relevante as teorias se distanciam: o papel da Constituição. Enquanto, para Kelsen, a Constituição positiva é norma pura, igual, em estrutura e natureza, às demais normas do ordenamento, Luhmann deixa transparecer que entende a Constituição como uma norma *sui generis*, que integra ao mesmo tempo o sistema jurídico e o político, servindo, justamente por isso, de acoplamento estrutural entre os dois sistemas sociais²⁸.

Essa distinção permitirá que, a partir da leitura que sugerimos da teoria dos sistemas sociais, se busque uma síntese que permita ler Hesse a partir de Luhmann. Com efeito, se as normas jurídicas são exclusivamente regidas pelo código do lícito/ilícito, e o Direito é um sistema operacionalmente fechado, o mesmo não se pode dizer da Constituição, pelo singelo fato de que ela não é mera norma, não integra apenas o sistema jurídico: faz parte, também, do sistema político. Nesse sentido, a Constituição pode ser entendida como um sistema (parcialmente) aberto: em termos políticos, serve como uma estabilização jurídica das “regras do jogo”; em termos jurídicos,

²⁷Dimitri Dimoulis, comparando a teoria autopoietica de Luhmann com as teorias positivistas, afirma que: “se trata [a teoria dos sistemas de Luhmann] de uma produtiva combinação de ambos [Kelsen e Hart], operando uma junção do imperativo kelseniano da pureza no estudo do direito (fechamento operativo) com a observação hartiana de que a validade depende do reconhecimento (que, no caso de Luhmann, não é externo-social, mas interno ao sistema jurídico consolidado)”. DIMOULIS, Dimitri. **Op. Cit.**, p. 157. Contra a leitura aproximativa entre os dois autores: NEVES, Marcelo. **Op. Cit.**, p. 139.

²⁸“O relacionamento do direito com os demais subsistemas sociais constitui, dentre outras, uma importante preocupação em Luhmann, pois ele considera que essa questão não foi respondida satisfatoriamente pelas teorias jurídicas tradicionais, como a de Kelsen. Isso porque a Teoria Pura, pautada numa teoria do conhecimento, apenas se limita a afirmar a dissociação do direito de outros sistemas, como a moral, a política, etc, mas não descreve como o sistema jurídico se relaciona com essas esferas, e o modo como as informações colhidas de outro sistema são processadas pelo direito”. LEITE, Glauco Salomão. **A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** In: PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD, n.3, Jun.2007.

serve como “abertura cognitiva” política de legitimação do sistema jurídico e possibilidade de imposição fática do Direito²⁹. Nesse sentido, a Constituição, tanto em Luhmann quanto em Hesse – autores à primeira vista tão díspares – estrutura-se como um sistema aberto.

Logicamente, essa “abertura” do sistema constitucional se reflete na interpretação específica da Constituição. Na tarefa de interpretar o Direito ordinário, a jurisdição trabalha exclusivamente com o código lícito/ilícito. Nesse sentido, Luhmann afirma que a distinção entre a jurisdição (ordinária) e a atividade do legislador não está na concretude ou abstração das normas que são produzidas, e sim no fato de que a jurisdição aplica o direito vigente, o que pode produzir frustrações; ao passo que o legislador avalia o direito vigente, mantendo-o ou modificando-o, de modo a absorver cognitivamente a influência do ambiente e dos outros sistemas. A jurisdição trabalha prioritariamente com a realização de expectativas normativas, ao passo que o legislador opera com a mediação de expectativas cognitivas³⁰, pois “as condições sistêmicas sob as quais o direito pode ser criado são diferentes daquelas sob as quais ele é aplicado”³¹.

Já a jurisdição especificamente constitucional precisa estar preparada para enfrentar também questões baseadas nos códigos de poder/não-poder, maioria/minoria, até mesmo para cumprir a função de resguardar as regras democráticas, com proteção dos direitos fundamentais das minorias, sem desrespeitar a legitimidade das pretensões da maioria, realizando aquilo que para Hart Ely seria sua função principal: “limpar” os canais democráticos³².

É justamente por isso que Luhmann afirma, referindo-se ao processo legislativo como *locus* de imbricação constitucional e acoplamento de dois sistemas, que “o processo legislativo (...) integra o juridicamente possível com o politicamente possível; o que é adaptável a uma dada ordem jurídica com o que pode ser resguardado pelas possibilidades de mobilização do apoio político”³³.

Nesse contexto, ganha especial relevância o conceito de interpenetração entre os sistemas, na teoria de Luhmann, fenômeno esse que pode representar fator de capital importância para a interpretação especificamente constitucional, suas relações com outros sistemas sociais (em especial a Política) e os limites da influência de fatores do “ambiente” sobre a concretização do Direito.

²⁹“É a diferenciação entre um Direito superior, a Constituição, e o demais Direito, que acopla estruturalmente Direito e política, possibilitando o fechamento operacional, a um só tempo, do Direito e da Política. Em outros termos, é por intermédio da Constituição que o sistema da política ganha legitimidade operacional e é também por meio dela que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva”. NETTO, Menelick de Carvalho. **A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: Notícia do Direito Brasileiro (Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília). Brasília: nº 6, jul/dez.1998, p. 233.

³⁰LUHMANN, Niklas. **Op. Cit.**, p. 38.

³¹Idem, *ibidem*, p. 51.

³²ELY, John Hart. **Op. Cit.**, pp. 136-137.

³³LUHMANN, Niklas. **Op. Cit.**, p. 67.

2. INTERPENETRAÇÃO OU ALOPOIESE? OS LIMITES DE INFLUÊNCIA DA POLÍTICA SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA VISÃO DE LUHMANN

O sistema jurídico é, segundo Luhmann, autopoietico. Nesse sentido, não é propriamente (totalmente) aberto nem fechado. Ou, em outras palavras, é simultaneamente aberto e fechado: normativamente (operacionalmente) fechado, mas cognitivamente aberto. O sistema produz seus elementos a partir de sua própria programação condicional (se/então), segundo seu próprio código (lícito/ilícito) – é, portanto, operacionalmente fechado. Mas se comunica com o ambiente, pois, quando se verifica uma assimetria ambiente-sistema, isso causa uma “irritação” do sistema, que é obrigado a internalizar essa complexidade, “aprendendo” (cognitivamente) a trazer para dentro dele próprio um dado do ambiente³⁴. É, portanto, cognitivamente aberto.

Por exemplo: a definição da constitucionalidade ou inconstitucionalidade (licitude/ilicitude) de uma lei é realizada por critérios exclusivamente jurídicos, de acordo com elementos já constantes do próprio sistema jurídico. Porém, a criação das leis e a definição do conteúdo do próprio parâmetro de controle (norma constitucional) é feito de acordo com influências (“prestações”) dos sistemas morais, religiosos, econômicos ou políticos.

Nesse contexto, é natural que os sistemas autopoieticos possuam pontos de contato e comunicação com outros sistemas (é justamente o conceito de acoplamento estrutural). Quando dois sistemas se comunicam (um remetendo dados e prestações ao outro), de forma a operar com valores iguais ou complementares, coevoluindo por meio do respectivo aumento de complexidade, tem-se o que Luhmann chama de interpenetração de sistemas³⁵. Algo que é não só salutar como pressuposto para se dizer que um sistema é autopoietico.

Assim, por exemplo, tanto Política quanto Direito avaliam, operam com o valor da igualdade; em termos jurídicos, a igualdade é um valor que serve para verificar a licitude ou não de condutas e/ou normas, enquanto, em termos políticos, a igualdade é perseguida ou refutada de acordo com o poder das majorias e minorias políticas. O tratamento jurídico da igualdade influencia o tratamento político (um partido que combata a igualdade certamente não conseguirá estabilizar suas expectativas normativas se se relacionar com um sistema jurídico em que a igualdade seja um direito fundamental), e vice-versa (a igualdade jurídica, para se realizar da forma mais plena possível, deve contar com a concordância da maioria parlamentar, que edite leis que concretizem esse princípio jurídico).

³⁴VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144.

³⁵VIANA, Ulisses Schwarz. **Op. Cit.**, p. 146.

Há que se diferenciar, porém, a interpenetração (característica do acoplamento estrutural e do relacionamento do sistema autopoietico com os outros subsistemas que compõem o ambiente) da alopoiese. Esta significa a negação da autopoiese. Trata-se da corrupção sistêmica, da definição dos elementos de um sistema a partir da programação condicional e do código de outro sistema. Em palavras simples: a alopoiese é a “invasão” de um sistema por outro, corrompendo seu código, aniquilando sua autonomia e tornando-o disfuncional.

Surge aqui uma questão de especial relevo para nossa investigação: até que ponto a “influência” de um outro sistema sobre o sistema jurídico representa aprendizado (interpenetração), e a partir de quando se torna indesejável, destruindo a autopoiese e transformando o Direito em um sistema alopoietico? Como diferenciar a “influência” “boa” daquela “má”?

Não se trata de questão simples. Inicialmente, podem-se estabelecer dois postulados, com base na análise luhmanniana, para que não se desnature o funcionamento autopoietico do Direito: a) a influência de um sistema sobre o outro tem de se realizar segundo o código de cada um deles – em outros termos, um sistema não pode corromper o código do outro; b) a interpenetração, como um instituto de aprendizagem sistêmica recíproca, só pode ocorrer por meios dos acoplamentos estruturais, e apenas cognitivamente, não normativamente (pois o sistema autopoietico, relembre-se, é normativamente fechado).

Desenvolvamos esses dois raciocínios.

Em primeiro lugar, para que haja salutar interpenetração, e não a indesejada corrupção sistêmica (a destruição da estrutura autopoietica de um sistema por outro), é preciso que sejam respeitados os códigos específicos de cada sistema. Assim, embora a Política influencie o Direito, não se pode tolerar que decisões jurídicas (judiciais ou administrativas, principalmente, mas até mesmo legislativas em sentido estrito) sejam tomadas com base em critérios de maioria/minoria, poder/não-poder. Se isso acontece, o Direito perdeu sua autonomia, por conta da desvirtuação de seu código binário e até mesmo de sua programação condicional, tornando-se disfuncional³⁶.

Por outro lado, a influência de um sistema sobre o outro só pode ocorrer de acordo com a estrutura de cada um deles. Para que isso se verifique, as comunicações entre sistemas verificam-se por meio dos acoplamentos estruturais. No caso da Política e do Direito, esse acoplamento é, como

³⁶Esse o motivo, para não se aceitar, por exemplo, o Realismo Jurídico – ou “Pragmatismo Jurídico”, como o denomina Dworkin – como uma teoria do Direito, já que simplesmente acaba por desfazer a autonomia do Direito, que, na verdade, não trabalharia com código binário ou programação condicional próprias, mas, sim, com programações verdadeiramente políticas. A mesma crítica pode ser feita em relação ao *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito). Enquanto ferramenta de análise, serve imensamente para se analisar o *output* sistêmico e, como isso, mensurar a efetividade dos institutos jurídicos. Porém, se for encarada como teoria do próprio Direito, termina por reduzir o sistema jurídico a um código ter/não-ter, custo/benefício, retirando-lhe a autonomia frente à Economia. Na verdade, a crítica a esse tipo de reducionismo não é nova.

vimos, a Constituição. É ela que media essa comunicação entre os dois sistemas. As influências políticas inconstitucionais ou não-constitucionais são, portanto, indicadores de que o sistema jurídico não está operando de forma realmente autopoietica³⁷.

Isso não significa que a influência da Política só possa ocorrer no âmbito do Direito Constitucional, mas, sim, que só pode ocorrer por meio da Constituição. Ademais, também não se pode cair na perigosa – e falsa – ideia de que só o Legislador poderia receber influência da Política. Como se sabe, a teoria de Luhmann – assim como a de Kelsen – reconhece que Administrador e Juiz também criam normas, e essa criação pode ser um momento de interpenetração entre Política e Direito. Contudo, o grau de influência da Política deve decrescer em cada um desses momentos (criação e aplicação do Direito).

3. A INFLUÊNCIA DA POLÍTICA SOBRE A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Chegamos, agora, ao ponto principal de nosso questionamento: até que ponto a Política influencia (legitimamente) a interpretação especificamente constitucional?

Para Luhmann, a distinção entre legislação e jurisdição não está no tipo de decisão que é tomada, nem na espécie de norma que é produzida (abstrata ou concreta). É o processo decisório o verdadeiro fator de distinção entre essas duas atividades.

Apontando a impropriedade da oposição entre “norma geral” (cuja elaboração seria a atividade do legislador) e “norma concreta” (como o resultado da atuação do juiz), Luhmann aponta a distinção de processos (operações): a jurisdição aplica o direito vigente, o que pode produzir frustrações (que devem ser cognitivamente assimiladas); por outro lado, o legislador avalia o direito vigente, mantendo-o ou modificando-o, de modo a absorver cognitivamente a influência do ambiente e dos outros sistemas. A jurisdição trabalha prioritariamente com a realização de expectativas normativas, ao passo que o legislador opera com a mediação de expectativas cognitivas³⁸.

Pode-se dizer, então, que o legislador está exposto a um grau maior de influência (cognitiva) da Política, enquanto o julgador se “alivia” (parcialmente) desse encargo de fundamentar

³⁷ “o direito não responde politicamente ao sistema político, nem economicamente ao sistema econômico. Isso representaria uma corrupção de códigos com a conseqüente des-diferenciação do direito”. LEITE, Glauco Salomão. **Op. Cit.**

³⁸ LUHMANN, Niklas. **Op. Cit.**, p. 38.

politicamente suas decisões, já que a relação com a Política não se dá, nesse último caso, de maneira imediata, mas apenas mediatamente. Essa distinção de graus de influência do sistema político é, na teoria luhmanniana, o principal fator de diferenciação entre Judiciário, Executivo e Legislativo: “as condições sistêmicas sob as quais o direito pode ser criado são diferentes daquelas sob as quais ele é aplicado”³⁹.

Essa diferenciação, entretanto, é mitigada quando se leva em conta a jurisdição constitucional. Realmente, esse tipo de julgamento não compartilha todos os pressupostos e limitações da jurisdição comum, por um motivo simples: sua base de análise (a Constituição) é o próprio acoplamento estrutural entre Direito e Política⁴⁰. Natural que a influência do sistema político sobre o jurídico seja, então, mais pronunciada⁴¹. O mesmo se diga, logicamente, na comparação entre a interpretação jurídica “ordinária” e a interpretação especificamente constitucional⁴².

Resta, então, a pergunta: em que sentido e em que medida se admite uma maior influência da Política sobre a interpretação constitucional, quando comparada à atividade de interpretar o Direito ordinário?

Na verdade, a maior influência da Política sobre a interpretação constitucional deve ser ressaltada sob o ponto de vista estritamente cognitivo, e não normativo. Em outras palavras: a interpretação constitucional deve respeitar a estrutura, o código e a programação do sistema jurídico, assegurando seu fechamento operacional. O intérprete de Constituição não deve utilizar-se de argumentos ou motivações (muito menos códigos) políticos em favor desta ou daquela interpretação. Isso seria corrupção sistêmica, alopoiese. Nesse caso, o Direito “reduzir-se-á em mero instrumento de implementação burocrática do poder político”, nas palavras do próprio

³⁹Idem, *ibidem*, pp. 48 e 51.

⁴⁰Com um embasamento distinto, mas chegando a resultado semelhante, Ney de Barros Bello Filho afirma que: “A Constituição é o estatuto jurídico do político, é um filtro onde a política social e a dogmática jurídica se fundem e dão o fundamento a toda a construção jurídica da sociedade. Ela é mais que lei, é mais que realidade, é exatamente a fusão entre o texto e o mundo dos fatos, e deve ser interpretada tendo em vista todas essas especificidades”. BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 225.

⁴¹“é no exercício da jurisdição constitucional que se verifica um maior atrito entre os sistemas jurídico e político. Em se tratando da jurisdição constitucional exercida pelo STF, verifica-se uma acentuação dessa problemática. Isso porque, sendo a Constituição o acoplamento estrutural entre direito e política e o STF o seu guardião precípua, esta Corte acaba figurando como o órgão do referido acoplamento. Assim, é inegável que o STF esteja mais suscetível às irritações do sistema político. Ocorre que, ao lidar com matéria política, o Tribunal deve se manter no marco dos limites estruturais do sistema jurídico, subordinando-se ao seu código específico. Dessa forma, decidir sobre temas políticos não significa decidir politicamente”. LEITE, George Salomão. **Op. Cit.** Igualmente: VIANA, Ulisses Schwarz. **Op. Cit.**, p. 150.

⁴²“a interpretação da constituição perturba ambos os sistemas [Política e Direito], mas com pressupostos e condições bem diversos”. LEITE, George Salomão. **Op. Cit.** No mesmo sentido: “Essa especificidade [da interpretação constitucional] surge da hierarquia, da legitimidade e, principalmente, do **aspecto político** subjacente ao conceito de Constituição”. BELLO FILHO, Ney de Barros. **Op. Cit.**, p. 224. Cf. LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 545.

Luhmann⁴³. Em tal situação, “as fronteiras entre sistema jurídico e ambiente não só se enfraquecem, elas desaparecem”⁴⁴.

A interpenetração ocorre pela via da interpretação constitucional porque esse tipo de atividade interpretativa precisa abordar temas, conteúdos que são comuns à Política e ao Direito. Essa, sim, a verdadeira abertura cognitiva, configura a interpenetração entre o sistema político e o jurídico.

Em outras palavras: afirmar que a interpretação constitucional trabalha com o acoplamento estrutural entre Direito e Política não significa que se possa utilizar critérios políticos para analisar questões jurídicas, mas sim que a interpretação constitucional não pode abster-se de decidir questões políticas⁴⁵. Luhmann afirma textualmente que “os acoplamentos estruturais não introduzem nunca normas do ambiente no sistema do direito. A única coisa que fazem é provocar irritação”⁴⁶.

Dessa maneira, a grande questão sobre os limites materiais da jurisdição constitucional não se refere à possibilidade ou não de analisar questões políticas, mas ao tratamento que será dado a essas questões. Na expressão de Glauco Salomão Leite, decidir temas políticos não significa decidir politicamente.

O fato de o sistema político interpenetrar-se com o sistema jurídico não autoriza o julgador, intérprete ou aplicador a fugir do código binário e da estrutura do Direito, para decidir segundo critérios políticos. Se assim fosse, estaríamos caindo no Realismo Jurídico, no Pragmatismo combatido por Dworkin⁴⁷. Eis, aliás, o que pode ser citado como um dos problemas que geram o déficit de fundamentação das decisões judiciais atualmente, pois não é raro o julgador confundir a existência de um sistema constitucional aberto com a possibilidade de decidir segundo critérios adrede escolhidos⁴⁸.

É possível, então, traçar, de forma prática, uma espécie de fronteira: quando o intérprete analisa temas políticos que “irritam” o sistema constitucional, está-se diante da necessária e inevitável interpenetração do Direito com a Política. Mas, quando se utilizam argumentos políticos para se fundamentar, explícita ou implicitamente, uma interpretação jurídico-constitucional, houve transposição da fronteira de legítima interpenetração, houve corrupção sistêmica, que deve ser

⁴³LUHMANN *apud* VIANA, Ulisses Schwarz. **Op. Cit.**, p. 162.

⁴⁴NEVES, Marcelo. **Op. Cit.**, p. 148.

⁴⁵Veja-se, por exemplo, o HC 300 (“Habeas Corpus Wandelkolk”), julgado pelo Supremo Tribunal Federal ainda no século XIX, em que se enfrentou, por influência da argumentação do impetrante (Rui Barbosa), a tormentosa questão da possibilidade ou não de análise das questões políticas pelo Tribunal.

⁴⁶LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**, p. 513.

⁴⁷DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**.

⁴⁸Nesse sentido: BELLO FILHO, Ney de Barros. **Op. Cit.**, p. 230.

combatida, sob pena de criar-se um Direito alopoiético e disfuncional.

4. INTERPENETRAÇÃO POLÍTICA E ALOPOIESE APLICADAS A UM CASO ESPECÍFICO: O DEBATE SOBRE A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO “DISCURSO DO ÓDIO”

O tema dos limites da influência da Política na interpretação constitucional pode ser analisado de forma mais proveitosa quando aplicado a um caso concreto: a discussão sobre a legitimidade constitucional do chamado “discurso do ódio” (“*hate speech*”), entendido, de forma ampla, como a expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos⁴⁹.

Trata-se de um caso nítido de tema que perpassa o Direito e a Política, mas deve ser analisado sob prismas e pressupostos distintos. Aborda-se a relação entre majorias e minorias, bem como os limites da desqualificação do “outro” como ator legítimo do processo e sujeito de prerrogativas, o que interessa ao sistema político. Por outro lado, também estão envolvidos temas como os limites da liberdade de expressão, a dignidade humana e o princípio democrático, assuntos de especial relevo para o Direito (e especificamente para a jurisdição constitucional).

Em se tratando de um tema comum à Política e ao Direito, é natural que as decisões de um e outro sistema acarretem irritações recíprocas. Porém, para o respeito à autonomia funcional de ambos, é preciso que cada sistema analise o tema comum segundo seus próprios códigos.

Dessa maneira, o fato de que casos de discurso do ódio sejam submetidos à análise de Cortes Constitucionais não representa nada além da necessária interpenetração entre os sistemas político e jurídico. Porém, quando se passa a utilizar argumentos políticos, especialmente de uma determinada corrente política (liberalismo, comunitarismo, utilitarismo), para se justificar a tomada de uma decisão sobre a constitucionalidade ou não de um determinado tipo de expressão, abre-se o espaço para a corrupção sistêmica.

Assim, por exemplo, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão decide sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo do Código Penal que criminaliza a negação do Holocausto, essa decisão, obviamente, terá repercussões políticas. Mas, se o Tribunal se utiliza de argumentos políticos do comunitarismo (a necessidade de se criar uma “democracia militante”, de

⁴⁹MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009, p. 92. Definição semelhante pode ser encontrada em LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011, p. 127.

se “defender os valores da comunidade”, de se “evitar o retorno das ideias racistas”) para sua decisão, já se está diante de um caso de corrupção do sistema jurídico – quadro esse que, reiterado, pode levar à alopoiese do próprio sistema jurídico.

A partir desses pressupostos, justifica-se a necessidade de apreciar, criticamente, os precedentes acerca do discurso do ódio, no Brasil, nos Estados Unidos e na Alemanha, para, por meio da técnica de análise qualitativa de conteúdo, poder identificar se há, no exercício da jurisdição constitucional nesses casos e países, a natural e inevitável interpenetração entre Direito e Política, ou se, pelo contrário, os Tribunais utilizam argumentos políticos para decidir questões jurídicas, o que pode acarretar consequências gravíssimas para a autonomia e funcionalidade do próprio Direito.

5. CATEGORIAS TEÓRICAS FUNDAMENTAIS

5.1. Esclarecimentos metodológicos

Que papel a filosofia política representa na interpretação jurisprudencial de casos difíceis? Em que medida a ideologia política dominante em cada país e contexto histórico influencia a interpretação constitucional feita pelos tribunais? As ideias políticas que permeiam o discurso jurisprudencial podem explicar as diferenças de significado atribuídas a determinadas categorias jurídicas em cada Estado?

Nenhuma resposta às perguntas acima elencadas é fácil. Se não se pode mais aceitar sem ressalvas a tese de Rui Barbosa de que “Direito e Política um com o outro se confundem”, também não é cientificamente adequado negar totalmente as inter-relações entre esses dois sistemas.

No presente estudo, buscamos analisar *se*, e *em que medida*, a ideologia política dominante em cada país influencia a interpretação constitucional realizada pelos tribunais. Como se sabe, as diferenças culturais entre Estados Unidos e Alemanha são instantaneamente apontadas, quando se compara o distinto tratamento que esses países dão ao discurso do ódio. Contudo, essa explicação com base apenas na história e na cultura de cada país se mostra insuficiente, uma vez que deixa escapar outros motivos para o tratamento judicial distinto.

Da mesma forma, não é apenas a normatização distinta que a Primeira Emenda e a Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz*) conferem à liberdade de expressão que explica essas diferenças. Segundo Eric Heinze,

(...) é tentador acreditar que essas diferenças superficiais da legislação devem, de alguma forma, estar correlacionadas a diferenças culturais profundas. Embora algumas diferenças culturais reais sejam, sem dúvida, influentes, deve-se evitar compreensões simplistas sobre elas⁵⁰.

É possível assumir, então, que outros motivos há – além das diferenças histórias e de arcabouço jurídico – que expliquem o tratamento diametralmente oposto que é conferido pelos Tribunais Constitucionais americano e alemão ao discurso do ódio. É nesse contexto que se encaixa nossa pesquisa: na perquirição sobre o que pode ser uma dessas outras explicações – a decisiva influência das ideologias políticas sobre a prática judicial.

Como o objeto assim definido é, a priori, excessivamente amplo para uma pesquisa que se pretende pontual, promovemos um recorte tríplice (espacial, conteudístico e temporal) em nossa análise.

Em termos espaciais, estudaremos a jurisprudência dos Estados Unidos da América, pois é um dos países em que a ideologia política predominante é mais claramente perceptível, com uma nítida prevalência de um pensamento liberal e até mesmo utilitarista. Essa percepção já não seria tão clara, por exemplo, em países como o Brasil, em que as ideologias políticas disputam a primazia num contexto muito mais matizado.

Mesmo assim, é preciso realizar um corte de conteúdo. Seria simplesmente inviável analisar a interpretação da Suprema Corte americana sobre todos os institutos do Direito Constitucional. Por isso, optamos por restringir a pesquisa ao campo dos direitos fundamentais – por ser particularmente objeto das discussões entre os diversos filósofos políticos – e, mais especificamente, à tensão entre a liberdade de expressão (garantida na Primeira Emenda) e o discurso do ódio (*hate speech*). Esse segundo passo de restrição é explicado pela predileção com que os filósofos utilitaristas, comunitaristas e liberais se debruçam sobre o tema específico da existência, ou não, da liberdade de propagar ideias ofensivas ou preconceituosas. Além disso, por se tratar de uma situação-limite, o discurso do ódio permite observar de forma mais clara a interação entre a interpretação constitucional e a filosofia política.

Realizamos, também, um recorte temporal, de modo a submeter à análise os julgados da Suprema Corte após a década de 60, quando a jurisprudência sobre o tema dos limites da liberdade de expressão ganhou os contornos atualmente conhecidos.

Em relação à Alemanha (outro país escolhido em virtude da nítida predileção por uma ideologia política, o comunitarismo), adotamos os mesmos filtros. Nesse caso, porém, a quantidade de precedentes é bem menor, até mesmo se se tiver em vista o caráter relativamente recente da

⁵⁰ HEINZE, Eric. **Wild-West Cowboys versus Cheese-Eating Surrender Monkeys: Some Problems in Comparative Approaches to Hate Speech**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 183.

instalação do Tribunal Constitucional Federal, nos moldes atuais.

O terceiro país objeto de nossa análise é o Brasil. Essa escolha nada teve de aleatória ou parcial. Ao contrário, buscamos com ela contrapor a “facilidade” da análise em relação a EUA e Alemanha. Com efeito, se no país norte-americano e no europeu a influência política é de há muito conhecida e comentada, o mesmo não se pode afirmar do caso brasileiro, em que sequer existe uma ideologia política nitidamente predominante. Na realidade, a análise dos casos americano e alemão serviu, inclusive, para se desenvolver uma metodologia de análise da influência política sobre as decisões judiciais, com o fito de aplicá-la ao estudo de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

A metodologia de trabalho é, ao mesmo tempo, analítica e empírica. Após um breve mapeamento das ideias políticas dos principais autores de filosofia política em voga nos EUA e na Europa, realizamos um levantamento dos precedentes mais importantes acerca do discurso do ódio e dos limites da liberdade de expressão. Na análise dos precedentes, utilizamos a técnica da análise qualitativa de conteúdo, de maneira que buscamos identificar, em cada voto e/ou fundamentação, se havia a influência de alguma doutrina política, ou de algum autor em especial⁵¹.

A partir desses recortes e da relevância temática dos julgamentos, selecionamos para análise os casos a seguir elencados, em ordem cronológica. Nos EUA: *Brandenburg vs Ohio*, *National Socialist Partie vs Skokie*, *Texas vs Johnson*, e *R.A.V. vs Saint Paul*. Na Alemanha: *Auschwitz Lie*, *Tucholski II* e *Rudolf Hess*. No Brasil: caso *Ellwanger* (Habeas Corpus nº 82.424/RS).

5.2. A insuficiência de uma análise estritamente jurídica sobre a jurisprudência acerca do discurso do ódio

O discurso do ódio, como registramos anteriormente, é um tema que perpassa o Direito e a Política, um caso de interpenetração entre os sistemas. Justamente por isso, é natural que as vivências históricas de cada país e a ideologia política em cada um deles predominante influenciem a leitura jurisprudencial sobre a legitimidade ou não de discursos extremistas. O objeto deste trabalho, contudo, vai um pouco além: trata-se de analisar se essa influência representa a mera, natural e esperada interpenetração dos sistemas jurídico e político, ou se chega a configurar uma

⁵¹ Logicamente, há diferenças de estrutura de decisão entre as três Cortes estudadas. Enquanto, nos EUA, um Ministro escreve a opinião da maioria, e os demais podem ou não redigir considerações em separado (sistema parecido com o adotado na Alemanha, embora lá essa redação em separado tenha-se mostrado menos frequente, ao menos nos casos ora analisados), no Brasil, cada Ministro deve redigir um voto individual. Essa diferença, contudo, não impactou a análise a ponto de inviabilizar a comparação – apenas exigiu um maior esforço analítico quando do estudo do *Caso Ellwanger*, decidido pelo STF.

corrupção do código jurídico pelo código político.

Dessa maneira, o que intentamos realizar é uma análise *externa* ao Direito. Não buscamos analisar se o *hate speech* é proibido ou não nos países objeto de análise. Sobre isso, já existem muitos e relevantes trabalhos de estudiosos de renome. Nosso objeto de estudo é o *grau de influência* da ideologia política sobre o discurso judicial acerca do discurso do ódio.

Logicamente, uma análise deste jaez não tem como ser realizada por meio de uma análise interna ao Direito⁵². É preciso adotar um ponto de vista externo ao Direito e à Política para verificar em que medida os sistemas se interpenetram, e se o sistema político corrompe ou não o código e as estruturas do sistema jurídico. É por isso que nossa análise se situa no campo da Sociologia Jurídica, e também é por esse motivo que adotamos como referencial teórico a Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Seria, porém, ingenuidade crer na existência de um “ponto de Arquimedes”, totalmente externo ao Direito, a partir do qual se pudesse analisar um discurso eminentemente jurídico, como o discurso judicial. Isso seria o mesmo que defender que a sociedade só pudesse ser analisada por alguém que estivesse alijado de qualquer relação social – um rematado absurdo. Procurando evitar essa ingenuidade metodológica, utilizamos mecanismos da Sociologia Jurídica para, por meio de categorias teóricas colhidas na Filosofia e na Sociologia Política (liberalismo, comunitarismo, neutralidade, livre mercado de ideias, democracia militante, etc.), analisar a influência dessas ideologias sobre o Direito. Contudo, esse estudo demanda, também, uma apreciação do discurso jurídico-judicial e da própria estrutura da argumentação jurídica, inclusive para que se perceba a corrupção – ou não – da argumentação jurídica e sua substituição pela defesa de uma ideologia política.

Partimos, então, do pressuposto de que o fenômeno da influência da Política sobre o Direito, na questão do discurso do ódio, não pode ser tratado apenas com base na História e na análise do Direito Positivo e Comparado. Embora questões históricas sem dúvida tenham papel decisivo na distinção de tratamento constitucional e judicial do *hate speech* nos países pesquisados, seria simplista atribuir essa distinção apenas a um fator. Faz-se necessário, portanto, um aporte sociológico para essa explicação. Com defende Stephen Holmes:

Não é preciso recorrer a Sigmund Freud para compreender que, se se tem dois continentes [América e Europa], em que em um deles um milhão de pessoas foi assassinada com base em violentíssimas ideologias de ódio, acompanhadas e propaladas por um extremo discurso do ódio, e outro em que, ao menos comparativamente, basicamente nada aconteceu, haverá diferentes tradições judiciais. Isso não é uma questão *jurídica*, simplesmente reflete o fato de que o que mais

⁵² Para Dieter Grimm, na análise comparativa do *hate speech*, “o texto constitucional não conta a história toda”. GRIMM, Dieter. **Freedom of Speech in a Globalized World**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 12.

influencia um povo em suas decisões é sua própria experiência – ou, para ser preciso, sua experiência rememorada.
(...) [Essa diferença de tratamento da questão entre EUA e Europa] não tem nada a ver com a Constituição.
(...) Por outro lado, penso que a *sociologia* pode ser muito mais importante do que [a análise das] razões⁵³.

Nesse sentido, o trabalho enquadra-se, ao mesmo tempo, como uma pesquisa de Sociologia Jurídica, Sociologia e Filosofia Políticas e Direito Constitucional Comparado. Ou, de forma mais apropriada, situa-se no limiar e na interseção desses quatro setores do conhecimento.

5.3. Breve panorama da leitura da Filosofia Política acerca do problema do discurso do ódio

O *discurso do ódio* (*hate speech*) pode ser definido, de forma ampla, como a expressão cujo conteúdo ofende a honra ou a imagem de grupos sociais, especialmente minorias, ou prega a discriminação contra os integrantes desses grupos⁵⁴.

Não se trata de um problema exclusivamente americano, mas de uma dificuldade que assola a sociedade hipercomplexa, globalizada e multicultural. Todavia, os EUA apresentam uma profusão de casos sobre o tema, o que também tem despertado vários filósofos da política a abordarem o tema.

É possível, grosso modo, agrupar esses estudiosos em três grandes grupos – reconhecendo, porém, a insuficiência dessa primeira classificação, por ser, às vezes, excessivamente esquemática.

Num primeiro grupo, podemos aproximar autores mais filiados a uma linha do individualismo liberal, como Stuart Mill, John Rawls e Ronald Dworkin. O primeiro deles, numa linha do chamado liberalismo clássico; os dois últimos, representando a corrente mais identificada como o liberalismo igualitário. Com um pouco de desapeço pelos detalhes, é possível também incluir nesse grupo autores do liberalismo “radical” libertário, como Robert Nozick.

Em outro extremo, podemos agrupar, sob a alcunha de comunitaristas, autores como Michael Walzer, Michael Sandel e Jeremy Waldron (embora Sandel rejeite esse rótulo, e Waldron seja mais um crítico da visão liberal do que propriamente um comunitarista).

E, ao redor de um terceiro núcleo de pensamento, agrupam-se os seguidores de Jeremy

⁵³ HOLMES, Stephen. **Waldron, Machiavelli, and Hate Speech**. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses**. New York: Cambridge University Press, 2012, pp. 345-347.

⁵⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Op. Cit.**, p. 92.

Bentham, a quem designaremos, genericamente, como utilitaristas.

É claro que essa divisão é por demais genérica. Além de não dar conta da complexidade que distingue os autores que integram cada grupo, ainda os une por conta de características muitas vezes tênues. Contudo, para os fins a que nos propomos nesta análise, essa classificação é suficiente, para não dizer necessária.

Realmente, na categorização dos argumentos políticos utilizados pelos Tribunais Constitucionais nos julgados, é preciso trabalhar com um espectro relativamente amplo e, ao mesmo tempo, com opções relativamente limitadas de enquadramento. Só assim será possível verificar a ocorrência – ou não – de uma influência direta das doutrinas políticas sobre a interpretação jurisprudencial do discurso do ódio.

A partir desses pressupostos, buscamos elencar as principais ideias dessas três correntes de pensamento sobre a liberdade de expressão, em geral, e sobre o discurso do ódio, em particular. Vale aqui a observação de que não é nosso objetivo reconstruir cada uma dessas ideologias políticas de forma abrangente. Assim, não procuramos historiar os ideais genéricos do liberalismo, do utilitarismo e do comunitarismo, mas apenas a parte que nos interessa analisar de cada uma dessas doutrinas.

Justo por isso, passaremos a trabalhar com a ideia de *categorias teóricas*, assim entendidas as principais ideias que servem para caracterizar cada doutrina política. Vale, nesse ponto, *mutatis mutandi*, a advertência de Julia Ximenes, para quem “a presente análise não tem como objeto a polêmica de cunho filosófico sobre a moral e a justiça propriamente dita. (...) Assim sendo, limitaremos a análise aos tópicos relacionados ao nosso tema principal por parte dos autores que representam a polêmica ‘liberal-comunitarista’”⁵⁵.

5.3.1. O(s) liberalimo(s) político(s)

O liberalismo é uma doutrina política de caráter basicamente individualista e universalista. Individualista porque o eu (indivíduo, *self*) é considerado a base do mundo e da sociedade. Trata-se de uma visão mecanicista (a sociedade é um mecanismo formado por várias partes autônomas, os indivíduos), em oposição a teorias organicistas (teses que, como o comunitarismo, enxergam a sociedade como um organismo próprio, indivisível em suas partes).

⁵⁵ XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23.

No aspecto da filosofia geral, o liberalismo situa-se como derivação do idealismo, sobretudo de matriz kantiana (ao passo que o utilitarismo pode ser aproximado dos empiristas, e os teóricos comunitaristas geralmente valorizam os ideais da dialética de Hegel). Parte-se do pressuposto da prioridade do eu (*self*) sobre o todo. Nesse contexto, aliás, surge a ideia da prevalência dos direitos individuais sobre o bem da coletividade. Noutras palavras, em termos morais: tem-se a prioridade do justo sobre o bom (para usar a descrição de Rawls⁵⁶).

Na realidade, a maioria dos escritos liberais visa a contrapor-se às ideias utilitaristas. Veja-se, por exemplo, a argumentação de Rawls e Dworkin contra as ideias morais calcadas no binômio custo-benefício (e, mais especificamente em relação a Dworkin, a defesa dos direitos fundamentais como “trunfos políticos”, além da busca por um argumento de princípio, ao invés de um argumento de utilidade). O debate com o comunitarismo surge historicamente depois, como uma resposta liberal às críticas dos teóricos da comunidade.

Porém, a ideia de um “liberalismo” não pode esconder a existência de, na verdade, *vários* *liberalismos*. Como aponta Michael Sandel, pode-se identificar um *liberalismo utilitarista*, representado pela linha de pensamento de Stuart Mill, e um *liberalismo “deontológico”*, inspirado nas ideias de Kant⁵⁷. E, acrescentaríamos, um *liberalismo “radical” e libertário* – o libertarianismo, cujo principal representante é Robert Nozick – inspirado na defesa feita por John Locke da propriedade como principal direito individual⁵⁸.

O primeiro tipo de liberalismo defende a liberdade individual como principal valor a ser seguido e respeitado por uma comunidade política (e por isso é liberal). Porém, chega a essa conclusão não por motivos puramente morais, deontológicos, senão por conta de uma leitura de que essa persecução trará maior bem-estar à coletividade. Veja-se, por exemplo, a defesa que Stuart Mill faz da liberdade de expressão, não lastreada em uma prioridade do justo sobre o bom, mas sim porque o “livre mercado de ideias” trará evolução à sociedade. Por isso mesmo, Sandel caracteriza essa linha de raciocínio como um liberalismo-utilitário.

Em outra linha do pensamento liberal, encontram-se os liberais *deontológicos*, que partem de um argumento moral para justificar a prioridade do eu sobre o conjunto, e do justo sobre o bom. Nessa linha, encontram-se os seguidores da teoria kantiana, tais como John Rawls e Ronald Dworkin. Uma das melhores definições dessa linha de pensamento foi dada justamente por um de seus críticos, Michael Sandel, que assim afirma:

⁵⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 49.

⁵⁷ Cf. SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1989, pp. 5 e ss.

⁵⁸ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, pp. 224 e ss.

O ‘liberalismo deontológico’ é, acima de tudo, uma teoria sobre a justiça, e em particular sobre a primazia da justiça entre os ideais morais e políticos. Sua principal tese pode ser definida assim: a sociedade, sendo composta de uma pluralidade de pessoas, cada uma com seus objetivos, interesses e concepções do bem, é mais bem arranjada quando é governada segundo princípios que não pressupõem por si sós nenhuma particular concepção de vida boa; o que justifica esses princípios acima de tudo não é o fato de que eles maximizam o bem-estar social ou promovem o bem, mas sim que eles conformam-se à ideia do que é *certo*, uma categoria moral prioritária em relação ao bem e que independe dele⁵⁹.

Essa distinção entre as duas primeiras linhas do liberalismo é fundamental porque, enquanto a primeira corresponde a uma visão mais “clássica” (tradicional), a segunda parece ser compartilhada pela maioria dos autores contemporâneos, ainda que alguns deles agreguem a essa noção alguns matizes diversos, como o multiculturalismo (veja-se o caso de Kymlicka⁶⁰). Assim, pode-se afirmar, com um esforço generalizante, que a ideia de liberalismo compartilhada no senso comum americano aproxima-se mais da primeira vertente (até por somar a ideia de direitos individuais à defesa da maximização do bem-estar da coletividade), ao passo que a segunda visão, deontológica, atualmente parece predominar em termos acadêmicos.

Essa segunda visão do liberalismo – cujo principal representante é Rawls –, baseada na ideia de justiça como equidade, é conhecida como *liberalismo igualitário*. Busca-se compatibilizar a noção de liberdade com a de igualdade, por meio da superação do argumento metafísico kantiano.

Num primeiro momento, Rawls busca substituir o argumento metafísico (a lei moral está dentro de nós, e é encontrada por meio de uma racionalidade *a priori*) por um argumento hipotético, de matriz contratualista: a ideia da posição original, conjugada com a ideia do véu da ignorância. Numa situação inicial hipotética, em que fossem ser distribuídos os bens primários da sociedade, ninguém deveria saber em que posição estaria quando fosse retirado o “véu da ignorância”⁶¹. Assim, sem saber se teria uma deficiência física, ou uma moléstia incurável, ou uma condição social mais baixa que a média, a tendência seria que todos buscassem distribuir os bens primários da forma mais equânime possível⁶².

Num segundo momento, Rawls reformula sua teoria, incorporando as críticas tanto de

⁵⁹ SANDEL, Michael. **Op. Cit.**, p. 1.

⁶⁰ Cf. KYMLICKA, Will. **Liberalism, Community and Culture**. Oxford: Oxford University, 1989.

⁶¹ RAWLS, John. **Op. Cit.**, p. 165.

⁶² De acordo com Amandino Teixeira Nunes Júnior, “Rawls concebe a sociedade como um todo e suas instituições como corpos (em sentido amplo), negando assim a visão individualista, que, por vezes, recai num utilitarismo, por ele combatido”. Assim, pode-se dizer, traça uma peculiar forma de liberalismo, que o distancia mais ainda do utilitarismo, ou mesmo do liberalismo-utilitarista de Stuart Mill. Cf. NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A teoria rawlsiana da justiça**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 216.

seguidores quanto de opositores, de que sua teoria seria muito abstrata e pouco factível.

Em *Liberalismo Político*, o autor funda sua teoria da justiça como equidade mais na ideia de *consenso sobreposto*: cada pessoa tem sua concepção abrangente (sobre o que é uma vida boa). Embora muito diferentes entre si, todas essas visões abrangentes (de natureza filosófica, política, religiosa, etc.) *razoáveis* têm entre si pontos de interseção. A partir deles, é preciso formar consensos: primeiramente, um mero consenso constitucional, a partir da constitucionalização dessas premissas básicas; e, num momento posterior, é possível formar um verdadeiro consenso sobreposto. A partir desses princípios compartilhados, é possível governar a sociedade, sem excluir a possibilidade de que cada pessoa viva de acordo com sua concepção de boa vida, com sua concepção abrangente⁶³.

Essa segunda versão da teoria rawlsiana torna o pensamento desse autor ainda mais peculiar dentro do contexto do liberalismo: além de tentar compatibilizar liberdade e igualdade (na linha da teoria da justiça como equidade), os princípios que devem governar a sociedade não mais são encontrados de forma abstrata, mas sim a partir de um consenso sobreposto entre várias concepções abrangentes *concretas*. É dizer: os princípios que compõem esse consenso sobreposto não são mais neutros e universais, como postulado no liberalismo clássico, senão são relativos a uma sociedade concreta, e variam de acordo com cada contexto histórico.

Numa terceira linha, mais afeta à defesa do direito de propriedade, tem-se a visão libertária, cuja voz predominante ainda é a de Robert Nozick. Dentro da classificação esquemática aqui adotada, Nozick pode ser enquadrado como liberal, embora com outras fontes de inspiração na filosofia geral (mais precisamente, a defesa de John Locke do direito de propriedade).

Sua visão é uma particular defesa da liberdade (por isso o enquadrámos entre os liberais *em sentido amplo*). Porém, a verdadeira liberdade só é alcançada com o respeito ao direito de propriedade, em todos os seus aspectos (inclusive a propriedade sobre si mesmo). Nesse sentido, é possível defender que Nozick e sua ideologia libertária defendem uma *particular* forma de liberalismo (o que parece se confirmar com a nítida distinção entre a linha de pensamento por ele defendida e os postulados do utilitarismo e, mais ainda, do comunitarismo).

Em resumo, as ideias prevalentes na ideologia liberal, e que serão buscadas nos precedentes, para confirmar ou infirmar sua influência sobre a interpretação do discurso do ódio, podem ser assim resumidas: a) o justo tem prioridade sobre o bom (o que é certo tem prioridade sobre o que é bom para a coletividade); b) os direitos têm preferência sobre a maximização do bem-estar (um direito só pode ser restringido em virtude de outro direito, mas não em virtude de a restrição trazer

⁶³ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, especialmente pp. 170 e ss.

bem-estar à coletividade)⁶⁴; c) o indivíduo e seus direitos têm prioridade sobre o bem-estar da coletividade; d) a sociedade não pode ser governada por nenhuma particular concepção de vida boa, mas sim por princípios neutros e justos que permitam a cada um viver segundo sua concepção de bem.

Especificamente em relação ao discurso do ódio, o liberalismo tende a admiti-lo, exceto quando há um perigo real e concreto de violência (física). Ou porque a liberdade, em geral, e a liberdade de expressão, em particular, representam uma especial manifestação do eu, que não pode ser tolhida pelo Estado (na linha do liberalismo deontológico); ou então porque a restrição baseada no conteúdo representaria um policiamento (ilegítimo) do Estado sobre a concepção de vida boa sufragada pelo emissor da mensagem (ainda na linha do liberalismo deontológico)⁶⁵; ou porque o direito de expressar os mais esdrúxulos conteúdos representa uma contribuição para o avanço da sociedade, na medida em que alimenta o “livre mercado de ideias” (argumento alinhado ao liberalismo “utilitarista”); ou, ainda, porque ao indivíduo, que é proprietário de si mesmo, não se podem impor amarras quanto àquilo que pensa, ou que afirma pensar (uma linha mais aproximada ao libertarianismo).

Dessa maneira, algumas categorias teóricas que poderão ser encontradas em precedentes (principalmente da Suprema Corte Americana) e que denotam, ou podem denotar, influência do liberalismo político são as ideias de *livre mercado de ideias*, *neutralidade do Estado*, *autonomia individual*, *prioridade do indivíduo sobre o Estado e da sociedade sobre o governo*, principalmente.

5.3.2. O utilitarismo e a maximização do bem-estar da coletividade

Diretamente inspirado nos filósofos empíricos, como David Hume, em uma visão contrária ao idealismo, os defensores do utilitarismo – em especial Jeremy Bentham – acreditam que o principal valor a ser alcançado por uma teoria moral e política é o bem. O que todo indivíduo ou sociedade busca é o bem, a maximização da felicidade com o mínimo de dor. A partir dessa ideia-motriz, é possível construir um raciocínio econômico, baseado na noção de custo-benefício: a

⁶⁴ Comentando a primeira formulação da teoria de Rawls, Eber Zoehler Santa Helena afirma que: “a liberdade possui valor absoluto em relação aos argumentos fundados no bem público (utilitarismo) e nos valores perfeccionistas. Por exemplo, não se pode negar liberdades políticas iguais a grupos sociais sob o pretexto de que, se a exercerem, isso permitiria bloquear políticas essenciais à eficácia e ao crescimento econômico”. HELENA, Eber Zoehler Santa. **Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 45 n. 178 abr./jun. 2008, p. 340.

⁶⁵ É nesse sentido que se afirma: “a justiça será violada se negado ao intolerante o direito de liberdade que é conferido a todos os demais, salvo se a liberdade do intolerante for nociva à ordem pública e à segurança da Constituição e das garantias fundamentais. A justiça não exige que os homens assistam passivamente enquanto outros destroem a base da sua existência. É, pois, necessário para a limitação de liberdade dos intolerantes que estes representem um perigo imediato para a igual liberdade dos outros”. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da Justiça de John Rawls**. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 196.

“regra de ouro” consiste em alcançar a maximização do bem-estar da coletividade, com o mínimo de danos possíveis.

Essa concepção não é, ao contrário do que se poderia pensar em um primeiro momento, incompatível com a existência de direitos fundamentais. Porém, esses direitos não são encarados com a mesma robustez do liberalismo: podem ser restringidos, não só quando entrarem em conflito com outros direitos, mas também simplesmente quando essa restrição maximizar o bem-estar da coletividade.

O que se tem é, na verdade, uma postura consequencialista (teleológica). Enquanto o liberalismo deontológico defende que a qualidade de um ato é avaliada pelo ato em si, e não por suas consequências, os teóricos do utilitarismo entendem justamente ao contrário: um ato é moralmente bom se suas consequências forem boas⁶⁶.

Especificamente no que diz respeito ao discurso do ódio, pode-se dizer que um utilitarista não terá pejo de restringir a liberdade de expressão de membros da sociedade, se esse discurso for impeditivo do bom desenvolvimento da coletividade. Um exemplo de aplicação dessa ideia seria a jurisprudência da Suprema Corte americana no início do século XX, com o desenvolvimento da teoria do *perigo claro e iminente* (confira-se, a respeito, os itens 1 e 2 do capítulo 1 da Parte II deste trabalho).

Desloca-se, aqui, o eixo de análise do tema trazido pelo liberalismo. O que interessa não é a abusividade ou não do comportamento, mas se os benefícios por ele trazidos cobrem os custos que deverão ser suportados. Em outras palavras: para o liberalismo, a liberdade de expressão, em geral, e o discurso do ódio, em especial, devem ser assegurados, *a não ser* que coloquem em risco a própria existência da sociedade ou impeçam o exercício da liberdade por outras pessoas; já para o utilitarismo, a liberdade de expressão poderá ser restringida *sempre que* isso maximize o bem-estar da coletividade.

5.3.2.1. O problema da distinção entre o utilitarismo e o liberalismo utilitarista

Como já expusemos, há uma distinção entre duas vertentes importantes do liberalismo: o liberalismo utilitarista, em que a defesa da liberdade é feita com base em argumentos consequencialistas, e o liberalismo deontológico, em que a defesa da liberdade é “uma questão de princípio”.

⁶⁶ Segundo Will Kymlicka, “o utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

Especificamente no que diz respeito à interpretação do discurso do ódio e dos limites da liberdade de expressão, as posições utilitarista “pura” e liberal-utilitarista aproximam-se bastante. Embora o liberalismo utilitarista de Stuart Mill defenda o respeito à liberdade de expressão, o faz porque ela alimentará o “livre mercado de ideias”. Porém, esse argumento aproxima-se bastante da postura utilitarista, que defende essa liberdade *desde que* ela maximize o bem-estar da coletividade. Em outras palavras: para ambas as interpretações, a liberdade é garantida, e se busca o bem-estar da coletividade: afirmar que a liberdade é garantida *porque* traz benefícios é praticamente o mesmo que defendê-la *se* trouxer benefícios.

É nesse sentido que se baseia a crítica de Frank Michelman contra a permissão de discursos racistas, machistas e discriminatórios em geral, nos EUA⁶⁷. Afinal, como adverte Ronald Dworkin, comentando a tese do professor Michelman,

Se nosso compromisso com a liberdade negativa de expressão é de natureza consequencialista – se queremos a liberdade de expressão para garantir a existência de uma sociedade em que todas as ideias podem entrar –, então temos de censurar algumas ideias para possibilitar a entrada de outras⁶⁸.

Como se percebe, a visão liberal da liberdade de expressão é mais bem resolvida na visão deontológica, em que esse valor é posto como um trunfo moral e político do qual não se pode abrir mão, *ainda que* o preço a ser pago seja alto. Nesse sentido, Dworkin assinala que:

Os arruaceiros [aqui entendidos como uma metonímia do discurso do ódio] nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, às vezes insuportável. Mas a liberdade é importante, importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso. As pessoas que a amam não devem dar trégua aos seus inimigos (...), mesmo em face das provocações violentas que eles fazem para nos tentar⁶⁹.

Obviamente, essa visão é suscetível a críticas. Contudo, é filosoficamente mais consistente que a visão liberal-utilitária, baseada na promoção de um “livre mercado de ideias”, que, na essência, sequer se distingue suficientemente da pura abordagem utilitarista.

5.3.3. Comunitarismo: a restrição ao discurso do ódio como forma de proteger a unidade da comunidade e a dignidade dos seus componentes

⁶⁷ MICHELMAN, Frank. **Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation**. In: *Tennessee Law Review*, vol. 56, n. 303, 1988-1989, pp. 303-304. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tenn56&div=17&g_sent=1&collection=journals. Acesso em: 11.dezembro.2012.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 357.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Op. Cit.**, p. 362.

O comunitarismo é uma corrente filosófica bastante difícil de definir, em virtude da extrema heterogeneidade dos autores que a compõem. Trata-se, na verdade, de uma “família de teorias com diversas variações”, e na qual “se deve primeiro distinguir similaridades gerais antes que se possa abordar as características específicas”⁷⁰.

Na verdade, os comunitaristas unem-se primeiramente pelas críticas ao liberalismo. Em linhas gerais, questiona-se a prioridade dada pelos liberais à ideia de indivíduo, quando o mais relevante é a comunidade em que se vive. Segundo esse raciocínio, não se pode entender o indivíduo como alguém isolado dos valores da comunidade. Ao contrário, o ambiente e os valores em que se vive são determinantes para a atuação do *self*.

Dessa maneira, a própria ideia de prioridade da liberdade perde força, uma vez que se questionam até mesmo os *pressupostos* dessa liberdade. Assim, “filiação, participação em grupos e a possibilidade de formação de elos comuns são elementos constituintes do comunitarismo”⁷¹. Mais importante que a liberdade é a definição da finalidade do exercício desse direito. Os valores da comunidade, do grupo, assim como as ideias de dignidade, honra e pertencimento sobrepõe-se à noção de um indivíduo isolado, atomístico, abstrato, defendida pelo liberalismo.

Isso significa uma oposição a algumas das ideias básicas do liberalismo (tanto deontológico quanto utilitário) já comentadas, em especial ao ideal de neutralidade do Estado. Ou, segundo a explicação de Kymlicka,

Os comunitaristas opõem-se ao Estado neutro. Acreditam que ele deve ser abandonado por uma “política do bem comum” (...).

Em uma sociedade comunitária (...) o bem comum é concebido como uma concepção substantiva da boa vida que define o “modo de vida” da comunidade. Este bem comum, em vez de ajustar-se ao padrão das preferências das pessoas, provê um padrão pelo qual estas preferências são avaliadas. O modo de vida da comunidade forma a base para uma hierarquização pública de concepção do bem e o peso dado às preferências de um indivíduo depende do quanto ele se conforma com o bem comum ou em que medida contribui para este. A busca pública dos objetivos compartilhados que definem o modo de vida da comunidade não é, portanto, limitada pela exigência de neutralidade. Ela tem precedência sobre o direito dos indivíduos aos recursos e liberdades necessários para que busquem suas próprias concepções do bem. Um Estado comunitário pode e deve encorajar as pessoas a adotar concepções de bem que se ajustem ao modo de vida da comunidade, ao mesmo tempo em que desencoraja concepções do bem que entrem em conflito com aquelas. Um Estado comunitário, portanto, é um Estado perfeccionista, já que envolve uma hierarquização pública do valor de diferentes modos de vida. Contudo, ao passo que o perfeccionismo marxista hierarquiza modos de vida segundo uma descrição trans-histórica do bem humano, o comunitarismo os hierarquiza segundo sua conformidade com as práticas existentes⁷².

Em outra frente, é possível ainda opor as ideias liberais às comunitaristas se considerarmos

⁷⁰ BRUGGER, Winfried. **O Comunitarismo como Teoria Social e Jurídica por Trás da Constituição Alemã**. Tradução de Felipe de Melo Fonte e Paola Enham Dias. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, ano 3, nº 11, jul/set. 2008, p. 57.

⁷¹ Idem, ibidem, p. 58.

⁷² KYMLICKA, Will. **Op. Cit.**, pp. 263-265.

que, enquanto a teoria liberal dos direitos fundamenta-se em normas e princípios, a teoria comunitarista defende que a interpretação constitucional seja, em regra, orientada pela realização de *valores*⁷³. Nesse quadro axiológico – ou ordem concreta de valores –, a liberdade tem relevo, mas decididamente não é o valor principal. Se os liberais a supervalorizam, pode-se dizer exatamente o contrário em relação aos comunitaristas, que inclusive já chegaram a sustentar que a verdadeira e desejada liberdade é a “liberdade de agir num sentido pré-estabelecido [?], de acordo com uma determinada concepção de bem”⁷⁴.

A partir dessa explicação geral, já é possível entrever que o comunitarismo tende a enxergar o discurso do ódio de maneira substancialmente mais restritiva do que o liberalismo. Ao passo que os teóricos liberais tendem a aceitar o discurso do ódio, por entenderem que o Estado não deve ser fiscal das ideias que podem ou não ser sustentadas, os comunitaristas tendencialmente aceitam as restrições ao *hate speech*.

As justificativas para essa limitação vão desde a assunção de que o discurso do ódio deve ser desencorajado, por ser danoso à ideia de pertencimento do outro e do ideal de fortalecimento dos laços comunitários, até a defesa de uma democracia militante, que se defenda daqueles que, se pudessem, a suprimiriam.

Em outras palavras, a diferença de tratamento do discurso do ódio entre liberais e comunitaristas pode ser expressa, grosso modo, com uma pergunta: cabe ao Estado proibir a propagação de ideias cujos efeitos sejam danosos à comunidade? Se se responde negativamente, por temer atribuir ao Estado o papel de censor das ideias alheias, está-se adotando uma postura liberal. Se, ao revés, a resposta é afirmativa, tendo em vista a necessidade de o Estado defender as ideias prejudiciais ao bem comum, aproxima-se mais da visão comunitária.

Na verdade, poucos dos autores comunitaristas “clássicos” (Walzer, McIntyre, entre outros) discutem de forma específica a questão da liberdade de expressão e do discurso do ódio. Porém, é possível identificar uma “visão comunitarista” sobre o discurso do ódio a partir de autores próximos dessa visão e que se debruçaram especificamente sobre o tema. Dentre eles, o maior exemplo é o de Jeremy Waldron⁷⁵.

Ao resumir as diferenças entre o liberalismo e o comunitarismo, Gargarella expõe que:

(...) o liberalismo defende que o Estado deve ser ‘neutro’ diante das distintas concepções do bem

⁷³ Cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 124.

⁷⁴ GARVEY, *apud* MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 167.

⁷⁵ Cf. WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. Embora Waldron não adote todos os pressupostos do comunitarismo, a obra é declaradamente uma resposta à visão liberal sobre o *hate speech*, defendida por Dworkin e Anthony Lewis.

que surgem em determinada comunidade, e deve permitir que, em suma, a vida pública seja um resultado ‘espontâneo’ dos livres acordos realizados pelos particulares. Por outro lado, para o comunitarismo, o Estado deve ser essencialmente um Estado ativista, comprometido com certos planos de vida e com certa organização da vida pública. Esse ‘compromisso’ estatal pode chegar a implicar – para alguns – a promoção de um ambiente cultural rico (de forma que melhore a qualidade das opções dos indivíduos), a proteção de certas práticas ou tradições consideradas ‘definidoras’ da comunidade, a criação de fóruns para a discussão coletiva, o fornecimento de informação de interesse público, etc.

(...) se for reconhecida a importância de os indivíduos intervirem ativamente na vida política de sua comunidade, então deve-se advertir que tal objetivo requer certas condições institucionais, mas também certas qualidades de caráter nos indivíduos. O Estado não deve ser indiferente, por exemplo, ao fato de os indivíduos possuírem ou não compromissos políticos: uma cidadania pouco comprometida politicamente acaba frustrando ou tornando impossível o sucesso do autogoverno desejado. E, mais ainda, o Estado deveria ajudar os indivíduos a se identificar com certas formas de vida comuns – já que, quando isso não ocorre, os indivíduos acabam se enfrentando e tirando a legitimidade do Estado (e esse parece ser, sem dúvida nenhuma, o mal próprio das sociedades modernas).

(...) [Por outro lado,] para mencionar apenas um exemplo [da postura liberal], a comunidade deverá respeitar o direito inviolável de cada um de expressar suas idéias livremente, por mais que essas idéias contribuam para solapar valores que o resto da comunidade considera como prioritários⁷⁶.

Um resumo sobre a visão comunitarista do discurso do ódio pode ser encontrado, também, em diretivas europeias sobre a criminalização do *hate speech*. Por exemplo, as recomendações do Programa Daphne III, da União Europeia, sobre as “melhores práticas para as leis sobre o discurso do ódio”. Nelas se afirma textualmente que:

(...) nossas medidas [de restrição à liberdade de expressão para combater o *hate speech*] dão continuidade à tradição de “democracia militante”. Isto é, a rejeição da noção liberal de neutralidade estatal em favor de provisões que refletem a necessidade de uma sociedade democrática de ser vigilante para proteger a si mesma e recusar-se a admitir que seus sistemas estabelecidos de direitos e liberdades sejam usados contra ela, em favor de agendas políticas teocráticas ou totalitárias⁷⁷.

Em resumo, portanto, é possível associar os ideais comunitaristas à restrição do discurso do ódio, de maneira a proteger a dignidade e a honra dos integrantes da comunidade; a reforçar os laços de unidade comunitários; e a desencorajar atitudes ameaçadoras da democracia. Ou, de outra forma, admite-se a restrição à liberdade de expressão para proibir a propagação de ideias que possam pôr em risco a própria convivência democrática, uma vez que se defende uma “democracia forte”⁷⁸, ou “democracia militante”⁷⁹.

⁷⁶ GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2008. p. 141.

⁷⁷ DAPHNE III PROGRAMME of the European Union. **EU Suggested Best Practice Document: critical analysis and policy recommendations for EU-wide hate crime laws**, pp. 36-37. Disponível em: http://www.uclan.ac.uk/research/environment/projects/assets/EU_SUGGESTED_BEST_PRACTICE_DOCUMENT.pdf. Acesso em 02.01.2014.

⁷⁸ ETZIONI, Amitai. **Introduction**. In: ETZIONI, Amitai (editor). **The Essencial Communitarian Reader**. Lanham: Rowman and Littlefield, 1998, p. XIX.

⁷⁹ DAPHNE III PROGRAMME of the European Union. **Op. Cit.**, p. 36.

5.3.4. Conclusões sobre as categorias teóricas básicas

Em se tratando de um tema comum à Política e ao Direito, é natural que as decisões de um e outro sistema acarretem irritações recíprocas. Porém, para o respeito à autonomia funcional de ambos, é preciso que cada sistema analise o tema comum segundo seus próprios códigos.

Dessa maneira, o fato de que casos de discurso do ódio sejam submetidos à análise de Cortes Constitucionais não representa nada além da necessária interpenetração entre os sistemas político e jurídico. Porém, quando se passa a utilizar argumentos políticos, especialmente de uma determinada corrente política (liberalismo, comunitarismo, utilitarismo), para se justificar a tomada de uma decisão sobre a constitucionalidade ou não de um determinado tipo de expressão, abre-se o espaço para a corrupção sistêmica.

Assim, por exemplo, quando o Tribunal Constitucional Federal alemão decide sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo do Código Penal que criminaliza a negação do Holocausto, essa decisão, obviamente, terá repercussões políticas. Mas, se o Tribunal se utiliza de argumentos políticos do comunitarismo (a necessidade de se criar uma “democracia militante”, de se “defender os valores da comunidade”, de se “evitar o retorno das ideias racistas”) para sua decisão, já se está diante de um caso de corrupção do sistema jurídico – quadro esse que, reiterado, pode levar à alopoiese do próprio sistema jurídico.

A partir desses pressupostos, justifica-se a necessidade de apreciar, criticamente, os precedentes acerca do discurso do ódio, no Brasil, nos Estados Unidos e na Alemanha, para, por meio da técnica de análise de conteúdo e do discurso, poder identificar se há, no exercício da jurisdição constitucional nesses casos e países, a natural e inevitável interpenetração entre Direito e Política, ou se, pelo contrário, os Tribunais utilizam argumentos políticos para decidir questões jurídicas, o que pode acarretar consequências gravíssimas para a autonomia e funcionalidade do próprio Direito.

6. A METODOLOGIA DE ANÁLISE QUALITATIVA DE CONTEÚDO DOS PRECEDENTES: OS INDICADORES DE INFLUÊNCIA POLÍTICA

Sabe-se que os sistemas sociais da Política e do Direito se inter-relacionam. Sabe-se, mais ainda, que essa influência recíproca pode-se dar de forma institucionalmente saudável, com respeito à autonomia de cada sistema, ou de maneira inadequada, de modo que um sistema corrompa o

código do outro, fazendo-o perder funcionalidade.

Nesse contexto, é preciso determinar *como é possível identificar a influência da Política nas decisões judiciais*.

Trata-se de tema de natureza instrumental-metodológica. Com efeito, existem diversos escritos sobre judicialização da política, ativismo judicial, influência da política sobre o Direito, mas pouco ou nada se há dito sobre quais os indicadores que podem servir para se diagnosticar a influência nítida do sistema político sobre o sistema jurídico.

Não se cuida de empreitada de pouca monta ou complexidade. Justamente por isso, para tentar torná-la mais realista e atingível, precisaremos restringir nosso objeto. Analisaremos não a influência da Política por inteiro, mas apenas das *ideologias políticas predominantes* (isto é, apenas a influência da Política em sentido amplo, não da política partidária).

Ademais, será estudada a influência da Política não sobre todo o sistema jurídico, mas sobre uma parte dele: mais especificamente, as decisões judiciais (e não legislativas ou executivas). Mais especificamente ainda: as decisões judiciais de Tribunais Constitucionais (aqui entendidos em sentido amplo, ou seja, tribunais que lidam com a interpretação direta da Constituição).

Nosso objetivo é construir uma metodologia que permita diagnosticar a influência da ideologia política em uma decisão judicial. Para isso, será preciso realizar uma pesquisa empírica, em que sejam analisados a fundo alguns precedentes adrede escolhidos, e nos quais se pressupõe uma influência da Política, para que se possa, então, encontrar, por amostragem, *indicadores* de influência da Política.

A utilização do termo *indicador* pressupõe uma metáfora trazida das ciências da natureza. Assim como os indicadores químicos podem servir para mostrar a acidez ou alcalinidade de um meio, também assim os indicadores de influência política podem servir para que se perceba a maior ou menor influência de argumentos políticos na decisão sob exame.

Mas, assim como os indicadores nem sempre indicam exatamente o pH do meio, também assim os indicadores de influência política não são, pelo menos nesse momento, utilizados para uma análise *quantitativa* da influência da Política – o que seria particularmente difícil de quantificar, mensurar, medir e classificar. Nossa preocupação é eminentemente *qualitativa*: *indicar* (e não medir) se, e quando, a Política influenciou em determinada decisão constitucional. Justamente por isso, é possível afirmar que nossa pesquisa se utiliza da técnica da análise *qualitativa de conteúdo*⁸⁰:

⁸⁰ Trata-se de uma metodologia próxima à que foi proposta por Bradley Cannon para identificar o ativismo judicial em precedentes jurisprudenciais: cf. CANNON, Bradley C. **Defining the Dimensions of Judicial Activism**. *Judicature*, n° 66, vol. 237, 1982/1983, pp. 237-247.

estuda-se o conteúdo dos precedentes, em busca de identificar o uso das categorias teóricas do liberalismo, do utilitarismo ou do comunitarismo, já elencadas no item anterior.

Como dissemos, a construção empírica desses indicadores se fez a partir da análise de precedentes jurisprudenciais em que previamente se conhecia a maior ou menor influência política. Essa análise abrangeu precedentes da Suprema Corte Americana, do Tribunal Constitucional Federal Alemão e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro acerca dos limites do legítimo exercício da liberdade de expressão em face do chamado “discurso do ódio”.

Nessa matéria, já é de há muito conhecida a influência das ideias políticas de cada país na forma como os tribunais interpretam a legitimidade, ou não, do exercício da liberdade de expressão para disseminar ideias preconceituosas. Winfried Brugger⁸¹ e Michel Rosenfeld⁸² já apontaram, na Alemanha e nos EUA (respectivamente) essa influência, sem que tenha havido grandes contestações. Dessa maneira, pode-se afirmar que, sendo a influência da Política em relação a essas interpretações um *dado*, servem tais amostras de um grupo representativo de precedentes para a identificação dessas “pistas” da influência do sistema político sobre a interpretação constitucional.

Obviamente, embora não exista um verdadeiro grupo de controle (pois isso pressuporia a existência de precedentes em que *não há* influência da Política, algo descartado pela Hermenêutica Filosófica), pode-se tomar como parâmetro de comparação o conteúdo e o procedimento mais comuns de decisões desses tribunais.

Assim, o cotejo entre uma decisão sabidamente com influência da Política e outra em que essa interação Política-Direito é menos intensa permite a percepção de alguns indicadores que, se estiverem presentes, denotam uma interpenetração clara dos sistemas político e jurídico.

Essa análise, aliás, pode ser realizada não só em relação ao acórdão, na íntegra, mas também – e principalmente – na análise de votos separados.

Passamos, ora por diante, a elencar alguns desses indicadores, que foram identificados quando da análise qualitativa de conteúdo dos precedentes estudados nos capítulos 1 e 2 da Parte II deste trabalho⁸³.

6.1. Transformação de argumentos políticos em argumentos jurídicos

⁸¹ BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano.** In: Direito Público, Brasília, n. 15, Jan/Mar. 2007, pp. 117-136.

⁸² Cf. ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 24.

⁸³ O precedente analisado no capítulo III da Parte II representa a *aplicação* da metodologia dos indicadores de influência política.

Nesse sentido, a análise dos precedentes evidencia um aspecto que pode servir nitidamente como um indicador: a utilização de argumentos da Política (ou da Filosofia Política) para construir argumentos jurídicos.

Logicamente, é impossível distinguir totalmente argumentos políticos de argumentos jurídicos. Contudo, ao se reconhecer (algo que aqui se pressupõe) o caráter autopoiético dos sistemas jurídico e político (aqui, especialmente do sistema jurídico), é possível analisar os códigos binários predominantes em cada argumento, de modo a classificá-lo como *eminente político* ou *eminente jurídico*. Além disso, o conteúdo da argumentação – inclusive quanto às fontes utilizadas – pode servir para identificar a natureza do argumento⁸⁴.

Dessa maneira, quando o julgador se utiliza de um argumento tipicamente político para construir um argumento tipicamente jurídico, pode-se apontar essa *ponte argumentativa* como um indicador de influência política.

Essa transformação de argumentos políticos em argumentos jurídicos significa, em última análise, a substituição do código binário do Direito (lícito/ilícito) pelo da Política (poder/não poder, maioria/minoria). Está presente, sobretudo, em alguns trechos do caso *R.A.V. vs St. Paul*, decidido pela Suprema Corte Americana em 1992 (ver capítulo 1 da Parte II), e no caso *Auschwitz Lie*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (cf. capítulo 2 da Parte II).

6.2. Transcrição ou adoção de argumentos ou ideias típicos de uma ideologia política

Outro indicador de influência da Política sobre a decisão judicial é a transcrição ou adoção de argumentos típicos de uma doutrina política. Essa situação, menos comum nos precedentes alemães, mas bastante presente nos julgados da Suprema Corte Americana, denota um grau relativamente alto de influência direta da ideologia política citada sobre o entendimento jurisprudencial esposado na oportunidade⁸⁵.

É precisamente para esse indicador que será mais relevante o inventário de categorias

⁸⁴ Admitindo a possibilidade de se identificar a diferença entre argumentos jurídicos e “outros argumentos do discurso prático”, cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Shcild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013, especialmente pp. 210 e ss.

⁸⁵ Logicamente, é preciso “descontar” esse fator como indicador de influência política quando a doutrina política citada é a base para a própria norma que se analisa, como acontece com o comunitarismo em relação à Lei Fundamental alemã. Cf. BRUGGER, Winfried. **O Comunitarismo como Teoria Social e Jurídica por Trás da Constituição Alemã**, cit.

teóricas do liberalismo, do comunitarismo e do utilitarismo, realizado há pouco. Dessa forma, quando identificarmos, em um determinado precedente, a utilização de categorias como “neutralidade do Estado” ou “livre mercado de ideias”, isso poderá significar que naquele caso há uma influência do liberalismo político.

6.3. Utilização direta de argumentos políticos para conclusões jurídicas

Mais um indicador de influência política é a utilização direta de argumentos políticos para fundamentar a decisão jurídica. Aqui se tem um indicador ainda mais forte que a mera transmutação de argumentos jurídicos em argumentos políticos. Realmente, a transformação de um argumento em outro significa que o julgador, a partir de um juízo político-moral, constrói um argumento jurídico. Assim ocorre, por exemplo, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão, no caso *Rudolf Hess*, decidiu que a lei de criminalização da negação do Holocausto é constitucional (conclusão jurídica) porque alberga um valor importante subjacente à Lei Fundamental (argumento jurídico): o combate às ideias nazistas (argumento político).

Esse indicador que ora expomos reflete uma situação que vai além: nesse caso, o julgador utiliza diretamente um argumento político. É o caso, por exemplo, do julgamento da Suprema Corte Americana em *R.A.V.*, quando se defende que o Estado não pode criminalizar apenas algumas expressões discriminatórias e não outras, porque não pode abdicar da neutralidade: passa-se *diretamente* de um argumento político (o Estado deve ser neutro) para uma conclusão jurídica (a lei é inconstitucional), sem sequer “transformar” o argumento político em uma “forma” jurídica. Em situações tais, a corrupção do código jurídico pelo código político é ainda mais evidente.

6.4. Frequência e centralidade de argumentos políticos e autores de política

A mera citação ou adoção de uma ideia central de uma doutrina política pode não significar, por si só, que aquela decisão judicial foi tomada por influência maior que o normal da Política. Contudo, quando esses argumentos ou ideias desempenham papel central na decisão, pode-se afirmar que essa centralidade é um indicador de influência política.

Por exemplo, podemos citar o caso *Brandenburg vs Ohio*, em que as noções de livre mercado de ideias e de neutralidade do Estado são tão centrais, que são citadas diversas vezes ao longo do voto que representa a maioria.

Esse indicador, na verdade, pode ou não vir associado a outros (como, por exemplo, a citação de teóricos de uma determinada doutrina). Com efeito, uma situação é a ocorrência de uma citação marginal da defesa de Stuart Mill sobre a liberdade de expressão em um precedente. Outro fenômeno bastante distinto é a citação do filósofo liberal como argumento central do voto do Ministro Marco Aurélio no HC nº 82.424/RS, como um dos argumentos principais para justificar a absolvição de Ellwanger (cf. capítulo 3 da Parte II).

6.5. Falta de coerência interna da argumentação jurídica

É possível afirmar que, quanto mais forte e consistente é a argumentação jurídica, menos relevância têm os indicadores de influência política como forma de identificar uma influência “indevida” da Política sobre o Direito. Realmente, se a argumentação jurídica é concatenada de forma coesa e persuasiva (justificação interna), é bastante provável que a ocorrência de um indicador de influência política nada mais signifique que a natural interpenetração de sistemas, tão comum em se tratando de temas constitucionais.

Entretanto, se a argumentação jurídica é frágil, do ponto de vista da coerência interna, e, além disso, há indicadores de influência política identificáveis na decisão, então é possível afirmar existir uma grande probabilidade de que a decisão tenha sido influenciada pela Política em um nível superior ao aceitável ou desejável.

Com base nisso, pode-se afirmar que a falta de coerência interna da argumentação jurídica presente na decisão é, ela mesma, um indicador de influência política. Todavia, a fraqueza argumentativa não significa, sozinha, necessariamente uma influência do sistema político. Pode tratar-se, apenas e tão-somente, de uma decisão mal fundamentada, mas não necessariamente influenciada pela Política. Porém, se essa fraqueza argumentativa vem acompanhada de outros indicadores, então um potencializa o outro.

Perceba-se que, para a verificação desse indicador, não se analisa a justificação externa da decisão (isto é, a correção jurídica de suas premissas⁸⁶), mas apenas a justificação interna, isto é, “verifica-se se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação”⁸⁷. A crítica a defeitos de justificação interna de um precedente não significa, portanto, discordância em relação às premissas adotadas, mas ao desenvolvimento do raciocínio. Da mesma maneira, o reconhecimento da correta justificação interna de uma argumentação não

⁸⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Op. Cit.**, p. 219.

⁸⁷ Idem, *ibidem*, p. 219.

significa concordância com a conclusão a que se chega, pois é possível discordar da correção das premissas adotadas (ou seja, da justificação externa). Em outras palavras: na análise desse indicador de influência política, não se analisa a correção da conclusão a que se chega ou das premissas de que se parte, mas apenas se verifica se a argumentação jurídica é sustentável.

6.6. Conclusão parcial sobre os indicadores de influência política

Quanto mais indicadores estiverem presentes em uma decisão, maior a probabilidade de a influência da Política, nesse caso, ter desbordado das raias da normal interpenetração sistêmica para uma verdadeira invasão do campo do Direito pela Política. Por isso, em cada precedente analisado, buscaremos identificar todos os indicadores aqui elencados e que estejam presentes, para, só depois, fazer um balanço sobre a efetiva influência de uma doutrina política na decisão judicial.

Obviamente, como se trata de uma análise qualitativa, essas conclusões são refutáveis – de resto, como qualquer conclusão científica deve ser. Contudo, a partir da análise dos precedentes realizada na Parte II, é possível perceber como a utilização desses indicadores pode ser útil numa análise sociológica sobre a influência da Política nas decisões judiciais acerca da legitimidade constitucional do discurso do ódio.

PARTE II – ANÁLISE DA INFLUÊNCIA DA POLÍTICA SOBRE A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DISCURSO DO ÓDIO

CAPÍTULO 1

A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO E DO UTILITARISMO NA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE O DISCURSO DO ÓDIO

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, LIBERALISMO E UTILITARISMO

A predominância das ideias liberais – e, principalmente, utilitaristas – na sociedade americana não é uma novidade⁸⁸. Como aponta Mary Ann Glendon, é bastante difundida entre os “americanos médios” a ideia de que determinados direitos (individuais) são absolutos, o que afasta, segundo esse pensamento, qualquer atuação do Estado ou da coletividade que vise a limitar um direito – ainda que seja para, digamos, fortalecer determinados valores importantes para a coletividade⁸⁹.

Esse pensamento pode ser identificado com uma vertente do liberalismo político – aquela denominada por Michael Sandel de *liberalismo-utilitário*⁹⁰. De acordo com essa visão, os valores fundamentais da liberdade devem ser preservados, não apenas pelo seu valor intrínseco, mas também porque sua realização maximiza o bem-estar da comunidade.

De antemão se nota que essa visão está próxima e distante do chamado *liberalismo igualitário* de Rawls ou de Dworkin. Próxima, porque valoriza a liberdade como objetivo último da sociedade política. Distante, pois não se baseia na ideia da *prioridade do justo sobre o bom*, como defende Rawls, mas justamente no pensamento oposto: a liberdade é o objetivo principal da sociedade política não porque seja algo justo, mas porque isso trará mais benefícios à coletividade.

Realmente, numa sociedade em que já disse haver dois partidos opostos – um de direita e outro de extrema-direita – mas em que as ideologias mais “à esquerda” sempre encontraram resistências de relevo, teorias como a de Rawls e Dworkin sofrem algumas críticas justamente por

⁸⁸ Segundo Kymlicka, comentando sobre as sociedades norteamericanas, em geral, e estadunidense, em particular: “Rawls acredita, corretamente penso, que, na nossa sociedade, o utilitarismo opera como uma espécie de pano de fundo tácito contra o qual outras teorias têm de se afirmar e se defender”. KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11.

⁸⁹ GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk. The impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1991, p. 12 e ss.

⁹⁰ Cf. SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. pp. 4-5.

serem *insuficientemente liberais*.

Basta que se analise com mais acuro a (belíssima) argumentação de John Stuart Mill em defesa da liberdade de expressão para que se perceba esse viés *liberal-utilitarista*. Os argumentos centrais levantados pelo autor para defender a liberdade de expressão não se lastreiam no valor intrínseco desse direito, ou mesmo na existência de um *direito natural e inalienável* a expressar-se. Antes, a argumentação baseia-se em que o cerceamento da liberdade de expressão dificultará à sociedade conhecer a verdade sobre os fatos – um argumento utilitarista, em suma.

É nesse contexto que surge a noção de um *livre mercado de ideias*, em que qualquer ideologia pode ser publicamente sustentada, desde que não se trate de *palavras de luta* (*fighting words*). O argumento pressuposto na noção de livre mercado de ideias é justamente o de que se deve permitir a expressão de todos, para que a melhor ideia prevaleça. Não se trata, em última análise, de um argumento liberal puro, mas sim, em verdade, de um argumento *liberal-utilitário*.

É à luz desse quadro que deve ser analisada a jurisprudência da Suprema Corte americana sobre os limites da liberdade de expressão, em geral, e a legitimidade do discurso do ódio, em particular.

Precisamos, porém, inicialmente, fixar a posição de algumas categorias teóricas importantes para o entendimento da visão americana sobre o discurso do ódio. É preciso, primeiramente, destacar que existe uma disputa entre as várias correntes teóricas para decidir qual o verdadeiro fundamento pelo qual devem ser albergados à luz da Primeira Emenda mesmo os discursos extremistas⁹¹.

Na linhagem mais tradicional da defesa da liberdade de expressão (liberal-utilitária), surgem duas justificativas interligadas: a busca da verdade e a ideia de um “livre mercado de ideias”. Ambas são reiteradamente citadas em decisões da Suprema Corte, mais precisamente nos casos da “segunda geração” (*Brandenburg vs Ohio*, por exemplo, comentado mais à frente). Nascem, contudo, de uma fonte bem mais antiga – a argumentação de John Stuart Mill em defesa da liberdade, em geral, e da liberdade de expressão, em particular.

Nessa linha de raciocínio, em suma, a liberdade de expressão deve ser assegurada sem ressalvas – ou com as mínimas ressalvas possíveis – porque só a partir dela se pode ter efetivamente uma busca pela verdade. Dessa maneira, argumenta Mill, como não há uma certeza, uma verdade absoluta, a manifestação de qualquer ideia deve ser permitida, pois o que era certeza ontem pode se mostrar falso amanhã. Uma forma “atualizada” desse argumento refere-se ao “livre mercado de

⁹¹ Para uma análise mais aprofundada, cf. POST, Robert. **Hate Speech**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 123 e ss.

ideias” (*marketplace of ideas*), ambiente no qual todas as ideias devem competir, de maneira que as melhores fatalmente prevalecerão.

Esse argumento pode ser caracterizado como liberal-utilitário porque se baseia nos benefícios que a liberdade de expressão pode trazer para a sociedade. É liberal, pela defesa que faz da liberdade como valor fundamental; mas é ainda parcialmente utilitarista, na medida em que a liberdade é defendida não pelo seu valor intrínseco, mas por meio de uma análise de custo-benefício.

Por isso mesmo, esse argumento da busca da verdade é refutado por liberais radicais (ou liberais deontológicos, para usar a categorização de Sandel), como Dworkin⁹². Para esses autores – dentre os quais podemos também destacar Rawls –, o que justifica a liberdade de expressão não é a busca da verdade (se assim fosse, ideias que são evidentemente falsas ou mentirosas ou danosas, como a negação do Holocausto, não poderiam ser permitidas). Segundo a defesa dos liberais radicais, o que justifica a liberdade de expressão (quase) absoluta é a necessidade de neutralidade do Estado. Na linha de argumentação de Dworkin, trata-se de um argumento de princípio, não de utilidade: o Estado não pode decidir o que é verdade ou não, sob pena de se vulnerar a própria ideia de direitos fundamentais. Dessa maneira, a liberdade de expressão, inclusive em relação a discursos extremistas, deve ser garantida, como uma forma especial de assegurar a neutralidade do Estado⁹³.

Nas palavras de Dworkin, “se a liberdade de expressão é um direito fundamental, isso ocorre não em virtude de argumentos instrumentais, como os de Mill, que supõem que a liberdade é importante por causa de suas consequências. Isso se dá por razões de princípio”⁹⁴. Aliás, é justamente por essa “questão de princípio” que Dworkin praticamente defende o caráter absoluto da liberdade de expressão⁹⁵.

Em outro artigo, Dworkin explica sua visão da conexão entre neutralidade do Estado e direito à liberdade:

O Governo não deve adotar nenhuma convicção ética – nenhuma opinião sobre a verdadeira base da dignidade humana – e impor essa visão aos cidadãos que dela dissentirem. Deve reconhecer um direito à independência ética. Mas reconhecer esse direito significa que nenhum cidadão será forçado a aceitar qualquer convicção ética oficial ou ser impedido a expressar sua convicção dissidente⁹⁶.

⁹² Cf. DWORKIN, Ronald. **Foreword**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. VII.

⁹³ A ideia de desconfiança no Estado e, por conseguinte, de crença na necessidade de neutralidade é compartilhada pela maioria da população americana, como comprovam os dados estatísticos referenciados em GREENE, Jamal. **Hate Speech and the Demos**. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 105.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Op. Cit.**, p. VII.

⁹⁵ Idem, *ibidem*, p. IX.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Reply to Jeremy Waldron**. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 342.

A partir dessas duas correntes básicas, é possível estabelecer categorias que nos permitirão identificar mais facilmente a influência da ideologia nas decisões que serão a seguir analisadas: uma corrente *liberal-utilitária*, que defende a liberdade de expressão com base em argumentos consequencialistas, utiliza-se basicamente de argumentos como a busca da verdade e a ideia de um livre mercado de ideias; e uma corrente *liberal-radical*, ou *liberal-deontológica*, que tende a defender a prevalência da liberdade de expressão com base na ideia de neutralidade do Estado.

2. BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (1919-1969)

Nos primórdios do século XX, a jurisprudência americana adotou como linha interpretativa sobre os limites do exercício do direito à liberdade de expressão (assegurado, em termos bastante genéricos, pela Primeira Emenda) a teoria do *clear and present danger* (perigo claro e iminente).

Em termos teóricos, essa visão significa que é legítimo o exercício da liberdade de expressão, ainda que possa causar danos a terceiros, desde que com isso não se cause um perigo claro e iminente. Essa doutrina, aparentemente liberal, terminou por justificar decisões que limitavam sobremaneira a liberdade de manifestação do pensamento. Até mesmo a propaganda de partidos comunistas foi considerada um perigo claro e iminente (Caso *Schenck vs. United States*, 1919), comprovando que instrumentos teoricamente coerentes podem ser sujeitos a práticas que os desvirtuem.

Posteriormente, a Corte adotou uma versão menos restritiva do teste *clear and present danger*, quando, no Caso *Whitney vs. California* (1927), decidiu pela aplicação da teoria da má intenção (*bad intention*). Exigia-se, a partir de então, que o discurso proibido não só acarretasse um perigo claro e iminente, mas também que fosse revestido de má intenção, uma intenção ilegítima⁹⁷.

É perceptível, porém, que o teste *clear and present danger* – tanto na versão mais radical adotada em *Schenk*, quando na versão “branda” delineada em *Whitney* – traduz uma análise baseada no conteúdo do discurso, o que tradicionalmente a doutrina norte-americana considera, *a priori*, incompatível com a Primeira Emenda.

Posteriormente, o teste *clear and present danger* foi substituído pela jurisprudência baseada na proibição das *fighting words*. Essa linha jurisprudencial, adotada no precedente *Chaplinski vs.*

⁹⁷ WOLFE, Christian. *La Transformación da la Interpretación Constitucional*. Tradução de Maria García Rubio e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991, p. 252.

New Hampshire (1942), era, em tese, mais liberal que o teste do perigo claro e iminente. Considerava-se que a restrição a um discurso só se justificava quando o agente proferisse verdadeiras palavras de conflito.

Contudo, apesar dessa aparente mudança de entendimento, não houve a superação formal do precedente *Schenk* ou de *Whitney*. Ademais, a nova linha era apenas aparentemente mais liberal, uma vez que, em suma, a essência era a mesma do teste anterior: o exercício legítimo da liberdade de expressão não protege o autor de palavras de guerra, que possam causar um perigo claro e iminente.

A doutrina restritiva da liberdade de expressão – representada por *Schenk*, *Whitney* e, de certa maneira, por *Chaplinski* – só foi formalmente superada no julgamento do Caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969), em que a Suprema Corte passou a adotar a teoria (mais garantidora da liberdade) da *imminent Lawless action*. A partir de então, a Corte passou a entender que a restrição à liberdade de expressão somente se justifica quando desencadeie uma *iminente ação ilegal*. Fora disso, trata-se do mero e regular exercício do direito garantido na Primeira Emenda.

Há uma tendência de alguns autores – brasileiros, principalmente – de identificar as teses do *clear and present danger* e da *imminent Lawless action*⁹⁸. Contudo, no Direito Americano, o segundo “teste” veio a justamente *substituir* o primeiro, já que a decisão em *Brandenburg vs Ohio* (1969) expressamente superou o precedente de *Schenck*.

Nesse sentido,

(...) embora a regra de Holmes [*clear and present danger*], aplicada em *Schenk* e *Gitlow*, assemelhe-se com a de *Brandenburg* [*imminent Lawless action*], há uma diferença importante entre elas. Enquanto em *Brandenburg* se exige que haja incitamento voltado para a realização de ato **ilegal** e **iminente**, na formulação de Holmes a questão se concentra no perigo potencial da expressão de pensamento. Essa distinção é importante porque expõe a fragilidade da regra [de Holmes]⁹⁹.

Essa crítica ao teste do *clear and present danger*, aliás, é formulada por Rawls, quando ironicamente afirma que, “*evidentemente*, a expressão política que expressa doutrinas que rejeitamos ou consideramos contrárias a nossos interesses muito facilmente nos parecerá perigosa”¹⁰⁰. Resta claro, portanto, que as teorias do *clear and present danger* (seja na versão

⁹⁸ Nesse sentido, a título meramente exemplificativo: “(...) em cada caso a Suprema Corte tem sopesado, de um lado, o interesse estatal e, do outro, o direito à liberdade de expressão, **mas se utilizando sempre do critério do ‘perigo claro e iminente’**”. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: RT, 2009, p. 148.

⁹⁹ BRANDÃO, Maureen da Silva; MARQUES, Amanda Ravena Martis; MUNIZ, Arnaldo Brasil. **A Liberdade de Expressão e suas Ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424)**. In: PARDO, David Wilson de Abreu [organizador]. **Casos Constitucionais em Destaque: princípios fundamentais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 115.

¹⁰⁰ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 414. Rawls ainda critica a teoria do perigo claro e iminente, por enxergar nela uma feição utilitarista, pois justifica a

“clássica” de *Schenck*, seja na “releitura” de *Whitney*) e da *imminent Lawless action* não são coincidentes, mas sucessivamente adotadas pela Suprema Corte Americana, numa evolução para proteger mais a liberdade de expressão.

Essa evolução da interpretação da Suprema Corte pode ser representada em uma linha do tempo (sem que se deixe de registrar, entretanto, a complexidade muito maior dessa mudança, representada por diversas “idas e vindas” aqui apenas esquematizadas¹⁰¹):

(linha do tempo).

Schenk (1919) – Whitney (1927) – Chaplinski (1942) – Brandenburg (1969)

Clear and present danger – Bad Intention – Fighting words – Imminent Lawless action

Analisaremos, a partir de agora, alguns precedentes relevantes dessa terceira fase da jurisprudência norte-americana, em que a influência de doutrinas políticas – em especial do liberalismo e do utilitarismo – se faz particularmente presente.

3. QUEIMANDO CRUZES – O CASO *BRANDENBURG VS. OHIO* (395 U.S. 444, 1969)

Um fazendeiro, olhando fixamente para a câmera, reafirma a uma audiência de televisão os valores racistas da Ku Kux Klan: A supremacia branca, a inferioridade intrínseca dos negros. Diz ele: “Pessoalmente, acredito que os negros deveriam ser devolvidos à África, e os judeus devolvidos a Israel”¹⁰². Ao fundo, uma convenção dessa facção. Ouvem-se gritos e palavras de ordem de correligionários da causa.

Que dizer dessa cena, além do anacronismo de ter sido transmitida ao vivo uma convenção da Ku Kux Klan em plena década de 60 do Século XX? O fazendeiro racista, com seu discurso de ódio contra os negros, cometeu crime, ou nada mais fez que expor legitimamente seu pensamento, protegido pela Primeira Emenda?

liberdade de expressão “pelo que é necessário para maximizar a soma líquida de benefícios sociais, ou o equilíbrio de valores sociais” (p. 410) – justamente a visão de justiça que o autor pretende combater.

¹⁰¹ Comentando a coexistência de mais de seis “testes” sobre os limites da liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte americana, a arbitrariedade da escolha do método e a influência dessa escolha sobre o resultado do julgamento, cf. o que afirma Dieter Grimm: “Em uma recente avaliação sobre a jurisprudência da Suprema Corte acerca da liberdade de expressão, nada menos que oito desses testes foram enumerados. A escolha entre eles tende a ser decisiva na construção da decisão. Se essa abordagem é superior à proporcionalidade [adotada na Alemanha] em termos de previsibilidade de resultados não é incontestado mesmo nos Estados Unidos”. GRIMM, Dieter. **Freedom of Speech in a Globalized World**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 13.

¹⁰² LEWIS, Anthony. **Liberdade para as Ideias que Odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011, p. 189.

As instâncias ordinárias o condenaram criminalmente. Em suma, entendeu-se que suas palavras causavam um perigo claro e iminente de que se desencadeasse uma onda de violência contra os negros, o que fazia as malfadadas palavras estarem ao arripio da proteção do *free speech*.

Com essa tese não concordou, porém, a maioria dos *Justices* da Suprema Corte. Ao contrário, decidiu-se reverter a condenação do fazendeiro, uma vez que suas palavras, apesar de moralmente reprováveis e repulsivas, não se configuravam em palavras de luta (*fighting words*), até mesmo pelo contexto em que foram proferidas. Não caberia ao Estado – à luz da Primeira Emenda – promover um juízo de valor sobre a bondade ou maldade das palavras de quem quer que seja. Não se admite, em resumo, um juízo baseado no conteúdo do discurso em si. Só se pode limitar a liberdade de expressão quando houver clara e imediata incitação à violência, independentemente do conteúdo das palavras proferidas – uma iminente ação ilegal (*imminent Lawless action*).

Aliás, eventuais abusos da liberdade de expressão não se combatem com a supressão do discurso, mas sim com mais liberdade de expressão. Afinal, no livre mercado de ideias, cabe à sociedade – e não ao Estado – decidir quais as ideias que irão granjear a simpatia da maioria das pessoas.

Por conta disso, superou-se formalmente o precedente – já então obsoleto, mas que nunca sofrera explicitamente o *overruling* – do caso *Whitney vs. California*, que sedimentara a teoria do *clear and present danger* (na versão da “má intenção”).

Pode-se gostar ou não dessa argumentação, ou mesmo questionar-lhe a pertinência em relação aos pressupostos da Primeira Emenda, ou mesmo a compatibilidade desse entendimento com a jurisprudência tradicional da Suprema Corte. O que não se pode, no entanto, é deixar de reconhecer a nítida adoção de ideais do liberalismo político (mais especificamente do liberalismo utilitário de Stuart Mill) em sua construção.

Conscientemente ou não, a redação do voto da maioria exprime um verdadeiro resumo das ideias liberais sobre liberdade de expressão, uma verdadeira cartilha do liberalismo aplicado ao contexto do *free speech*.

Todos os elementos básicos do liberalismo estão nela presentes. A ideia de neutralidade do Estado (não cabe ao Estado definir quais as ideias que são boas ou más, recomendáveis ou abomináveis)¹⁰³; a noção de que no livre mercado de ideias (*à la* Stuart Mill) as ideias verdadeiras irão prevalecer; o princípio de que não cabe ao Estado (no caso, ao Judiciário) realizar julgamento

¹⁰³ Em suma, o princípio da neutralidade significa “vedar ao Estado que venha a regulamentar a manifestação de opiniões tendo em vista o seu conteúdo, ou, melhor dizendo, o Estado não deve tomar partido na discussão, pois cabe à sociedade e não a ele escolher qual dos diversos pontos de vista em debate irá adotar. A decisão fica a cargo da capacidade de discernimento de cada um” (MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Op. Cit.**, p. 138). Trata-se, à toda vista, de um princípio que bebe das raízes do pensamento liberal, desde Locke até Stuart Mill.

sobre um discurso com base em seu conteúdo, mas apenas em seus efeitos; e, até mesmo, com um pouco de cuidado, pode-se perceber subjacente a adoção do princípio da prioridade do justo sobre o bom (deve-se permitir a liberdade de expressão – por ser justo, devido – ainda que, com isso, seja preciso tolerar a propagação de ideias que, segundo a maioria, são prejudiciais à sociedade).

Obviamente, nenhum dos *Justices* que formou a maioria desconhecia a argumentação de Mill sobre a liberdade de expressão. De outra parte, embora Rawls ainda não houvesse sequer publicado *Uma teoria da Justiça*, é certo que as ideias de prioridade do justo sobre o bom e do liberalismo político já existiam bem antes do liberalismo igualitário surgir. Contudo, alguns elementos denotam uma forte influência da ideologia liberal nas ideias adotadas nesse julgamento – e é possível que, ao menos em alguma medida, essa influência não se tenha dado de forma totalmente consciente.

Em primeiro lugar, a ideia de livre mercado de ideias é quase um lugar comum na doutrina e na jurisprudência americanas. A ideia de que abusos da liberdade de expressão combatem-se com mais liberdade de expressão também não é exatamente uma novidade. Contudo, a maneira *espontânea* com que esses argumentos brotam no voto da maioria causa espécie. Não são citados autores que defendam essas teses, nem se indicam precedentes em que tenham sido especificamente adotadas: simplesmente, *pressupõe-se* a validade desses argumentos – que são, antes de mais nada, *argumentos de política*.

Como se vê, temos aqui a presença de dois indicadores de influência política: a internalização de argumentos de autores representativos de uma ideologia (no caso, basicamente, Stuart Mill) e, principalmente, a construção de argumentos de direito a partir de argumentos de política.

Existem, porém, outros elementos típicos do liberalismo, tais como a proibição de um juízo sobre o discurso baseado no seu conteúdo. Esse, entretanto, não pode ser considerado por si só um indicativo de influência política – ao menos neste caso –, uma vez que já era adotado em outros precedentes da Suprema Corte (devidamente apontados no voto).

Já no voto do *Justice* Douglas, concorrendo para a maioria, percebe-se que os últimos parágrafos poderiam muito bem estar contidos em um texto de um liberal. Após – de forma juridicamente embasada – apontar a inadequação do teste do *clear and present danger*, o *Justice* desfila uma série de ideias centrais liberais: argumentos de política em reforço de argumentos de direito.

Afinal, o que seria a afirmação de que “a crença [convicção] de alguém tem sido pensada há longo tempo como para ser o santuário que o governo não pode invadir”? Ou a de que “todas as

questões ideológicas estão além do alcance da penalização e da sondagem de investigadores”? Trata-se nitidamente de um argumento de origem política¹⁰⁴, embora também seja embasado nos ideais que inspiraram a Primeira Emenda. Pode-se dizer, então, que aqui se tem uma interpenetração entre Política e Direito, que subsiste desde a promulgação da Primeira Emenda até quase 200 anos depois, no julgamento de *Brandenburg*.

É possível questionar, contudo: mas, se se trata de um argumento político, como explicar a relativização de seu uso, no relativamente longo período em que a Corte usou a tese do *clear and present danger* para limitar a liberdade de ideias não tão convenientes? Justamente, esse é o argumento que *confirma* tratar-se de um argumento de política, e não estritamente jurídico – e, mais ainda, confirma a maneira decisiva como a política influencia a interpretação da categoria jurídica da liberdade de expressão.

Embora a ideia da neutralidade do estado e da sacralidade da liberdade de expressão seja substrato ideológico nítido da Primeira Emenda, a adoção desse argumento ou o afastamento de sua utilização deu-se, ao longo do tempo, ao sabor da ideologia política predominante. Quando predominava a ideia de que seria necessário limitar a liberdade de expressão, em tempos de instabilidade política, superou-se essa sacralidade da liberdade (*clear and present danger*). Depois, quando as ideias liberais “puras” voltaram a prevalecer sobre o utilitarismo típico de tempos de instabilidade, a ideia da sacralidade do pensamento e da liberdade de expressão voltou a ser utilizada (*imminent lawless action, fighting words*).

Em precedentes que aplicaram a teoria do *clear and present danger*, fica nítida a tendência à utilização de argumentos utilitaristas, baseados no sopesamento das consequências que o ato poderia ter. Argumentos *de facto* e nitidamente políticos, consequencialistas, não faltam nesses precedentes – como, por exemplo, em *United States vs. O’Brien*, quando a Corte manteve a condenação de um homem que queimou o cartão de alistamento no Exército, porque julgou que a legislação que garantia a higidez do cartão de alistamento servia “a um legítimo e substancial propósito no sistema de administração” (391 U.S. 367, 382).

Já nos precedentes da fase *imminent Lawless action*, ocorre justamente o contrário: recorre-se a argumentos de política para reforçar argumentos jurídicos – mas, desta vez, predomina o liberalismo político, em vez do utilitarismo anteriormente preponderante.

Em *Brandenburg*, aliás, a Corte, além de infirmar a tese de *Whitney vs. California*,

¹⁰⁴ Trata-se de uma variante do argumento de neutralidade do Estado, ou, no dizer de Dworkin, da “independência ética”. Cf., tratando especificamente da aplicação do princípio da independência ética no caso *Brandenburg*, DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 373.

reafirmou verdadeiros dogmas do liberalismo político. Nesse sentido, mais uma vez o *Justice Douglas* foi quem deixou registrado que “o governo não tem poder de invadir o santuário da crença e da consciência”, motivo por que “o discurso é imune à persecução criminal”. Desde o princípio da neutralidade do Estado até a defesa do livre mercado de ideias e da mutabilidade das instituições, todas as grandes teses liberais sobre a liberdade de expressão estão registradas no acórdão.

Basta comparar a crítica ao teste do *clear and present danger*. É possível infirmar a qualidade metodológica do teste – sua falha como forma segura de identificar os limites da liberdade de expressão. No entanto, também é possível criticar o próprio fundamento do teste – cuja análise baseada no conteúdo e no “perigo” da expressão é incompatível com a Primeira Emenda. Qual o caminho trilhado no voto do *Justice Douglas*? Exatamente a segunda crítica¹⁰⁵.

Vejam-se, por exemplo, duas críticas diferentes ao teste: a) com a aplicação do teste, “grandes dúvidas são despertadas (...) e as opiniões só são punidas seriamente por juízes tão apegados ao *status quo* que qualquer análise crítica os deixa nervosos. O teste (...) erodiu partes substanciais da Primeira Emenda”; b) “a expressão política que expressa doutrinas que rejeitamos ou consideramos contrárias a nossos interesses muito facilmente nos parecerá perigosa”. Uma dessas críticas está contida no voto de Douglas em *Brandenburg*. A outra é veiculada por Rawls em *Liberalismo Político*.

É difícil identificar qual delas é a crítica de um pensador político e qual é a proferida pela pena de um julgador, porque ambas são, em suma, iguais: apontam os riscos de se deixar nas mãos do Estado – ou de seus agentes – a definição de quais ideias são perigosas ou inofensivas. A proximidade, não só da argumentação, mas até do vocabulário, indica como as ideias liberais estão internalizadas no raciocínio jurídico americano. Para fins de registro, a primeira crítica é a de Douglas. A segunda está contida na p. 414 do *Liberalismo Político*¹⁰⁶.

O conjunto da opinião da Corte, em *Brandenburg*, aponta para a adoção nítida dos pressupostos do liberalismo político. Mais que argumentos de direito, a decisão baseia-se em argumentos de política *transmutados* em argumentos jurídicos. É bem verdade que se trata da ideologia subjacente à própria formulação da Primeira Emenda. Isso, porém, não infirma a decisiva influência do liberalismo político na decisão, uma vez que não são poucos os casos em que a Suprema Corte “leu” dispositivos de Emendas sob óticas ideológicas diferentes daquelas sob as

¹⁰⁵ O voto do *Justice Douglas* também critica, é verdade, a própria metodologia do teste. Porém, a crítica é muito mais contundente e focada com relação à própria incompatibilidade da tese com a Primeira Emenda: “Embora eu tenha dúvidas sobre se o teste ‘clear and present danger’ é compatível com a Primeira Emenda em tempos de guerra [caso, por exemplo, de *Schenck vs. California* e *Whitney vs. California*], estou certo de que não é conciliável com a Primeira Emenda em dias de paz”.

¹⁰⁶ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 414.

quais foram formuladas¹⁰⁷ (em outras palavras, o *originalismo* não parece, em regra, predominar na composição da Corte¹⁰⁸).

Brandenburg é, portanto, muito mais que a superação formal da tese do *clear and present danger*: é a superação da própria ideologia utilitarista de que limitações à liberdade de expressão seriam admissíveis, se com isso se evitassem consequências perigosas. É o retorno à predominância do liberalismo como ideologia dominante na interpretação dos limites da liberdade de expressão. É a substituição da ideia de consequências boas ou más pela ideia do santuário das convicções, imune à atuação estatal.

4. E POR QUE NÃO? O CASO SKOKIE

Dentro de um bairro majoritariamente ocupado por judeus, uma marcha do Partido Nacional Socialista, organizada com suásticas e diversos símbolos nazistas, movimentou-se decididamente, com cantos e palavras de ordem que pregam a segregação – para dizer o mínimo – dos judeus e seus descendentes.

Não, o cenário não é a Alemanha dos anos 1940, mas os Estados Unidos, na década de 70. Mais precisamente, a aldeia de Skokie, no Estado de Illinois, formada inclusive por sobreviventes do Holocausto¹⁰⁹. A marcha era organizada pelo Partido Nacional Socialista da América (*National Socialist Party of America*).

A manifestação foi proibida pelas autoridades judiciárias locais, que expediram ordem para impedir os partidários neonazistas de “marchar, caminhar ou realizar desfiles com o uniforme do Partido Nacional Socialista da América ou exibindo a suástica”, bem como de “distribuir panfletos ou disponibilizar materiais incitando ou promovendo o ódio contra Judeus ou contra pessoas de qualquer fé ou ascendência, raça ou religião”¹¹⁰.

Os neonazistas apelaram, alegando o desrespeito à liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda. Contudo, a Corte Suprema Estadual não conheceu do apelo. Foi justamente contra essa decisão que os partidários da marcha se insurgiram perante a Suprema Corte, que, por

¹⁰⁷ Veja-se, por exemplo, o caso *Roe vs. Wade* (sobre a questão do aborto, nitidamente não prevista pelos constituintes), e até mesmo os precedentes derivados de *Schenk vs United States*, que adotaram uma visão restritiva da liberdade de expressão significativamente distante da ideia “original” da Primeira Emenda.

¹⁰⁸ Aliás, a própria feição original da Primeira Emenda não conferia uma leitura absoluta da liberdade de expressão. Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Op. Cit.**, p. 131.

¹⁰⁹ Cf. SOUZA, Victor Oliveira. **O Direito à Igualdade e à Não-discriminação diante do Discurso do Ódio**. Universidade de Brasília [monografia de conclusão de curso], 2011, p. 32.

¹¹⁰ 432 U.S. 43, 1977, caso *National Socialist Party vs. Skokie*, conhecido como Caso *Skokie*. Inteiro teor disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=432&invol=43>. Acesso em 03.12.2013.

motivos processuais, concedeu o *certiorary*, para permitir a realização da manifestação, enquanto não fosse julgado o recurso na esfera estadual¹¹¹.

Como se vê, a decisão da Suprema Corte em *Skokie* tratou mais de questões processuais¹¹². Contudo, o próprio Tribunal reconheceu que precisaria abordar questões “colaterais ao mérito”. Nesse ponto, é importante perceber que a maioria dos *Justices* – inclusive os que, por questões processuais, foram voto vencido – reconheceram que “a liminar expedida pela Corte [Estadual] é excessivamente ampla”, esperando, portanto, que, ao ser apreciada em sede de apelação, a decisão provisória fosse “substancialmente modificada”¹¹³.

Ora, o que se tem é uma concordância da totalidade da Corte sobre o fato de a liminar que restringiu a Marcha ser excessivamente ampla. Logo, mais uma vez, confirma-se a tendência da Suprema Corte americana a defender a prioridade da liberdade de expressão sobre a dignidade e a proteção à honra (no caso, dos Judeus residentes em Skokie). Não se tem – até mesmo por causa da pequeníssima extensão do acórdão – mais debates sobre o mérito, que permitam atestar uma influência inequívoca do liberalismo, mas a própria ausência de discussões sobre o mérito e a *naturalidade* com que a Corte reiterou a prevalência da liberdade atestam a *posição preferencial* desse direito sobre os demais¹¹⁴.

A comparação com as decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão é inevitável. Entre os germânicos, a simples tentativa de organizar uma conferência em que se minimizariam os atos praticados durante o Holocausto foi considerada um insulto ao povo Judeu, a ponto de justificar, no limite, a suspensão da reunião (confira-se, mais à frente, a análise do caso *Auschwitz Lie*). Já no ordenamento americano, a realização de uma marcha neonazista em pleno bairro Judeu de Chicago não chegou a sensibilizar os Ministros da Suprema Corte, que se ativeram a questões processuais para *revogar* a liminar que restringia a manifestação.

Não se tem aqui – ao contrário de outros casos – indicadores de influência política individualizados, que permitam concluir pela substituição do código jurídico pelo código político.

¹¹¹ A Corte levou em consideração o fato de que a excessiva demora para o julgamento do apelo, de acordo com a previsão da Corte Estadual, consistia em negativa de jurisdição.

¹¹² Não abordaremos os desdobramentos do caso – a Marcha foi, afinal, permitida, inclusive quanto à exibição da suástica, mas os organizadores decidiram realiza-la em outro lugar – porque o caso foi decidido pelas instâncias ordinárias, o que foge a nosso objeto de pesquisa. Em sentido contrário, tratando a decisão como se substantiva fosse, cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Op. Cit.**, p. 143. No sentido do texto, esclarecendo que a decisão da Suprema Corte se ateve quase que exclusivamente a questões processuais, cf. WEINSTEIN, James. **An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 87. No mesmo sentido: LEWIS, Anthony. **Op. Cit.**, p. 190.

¹¹³ Trecho do voto dissidente do *Justice* Renquist.

¹¹⁴ Cf. CHEQUER, Cláudio. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie*. Análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 96 e ss.

Porém, a nítida influência do liberalismo na Corte Americana, com a posição preferencial atribuída à liberdade de expressão, é substancialmente reforçada por uma decisão com tamanho impacto simbólico¹¹⁵.

5. QUEIMANDO BANDEIRAS – *TEXAS VS. JOHNSON* (491 U.S. 397, de 1989)

O caso *Texas vs. Johnson* (1989), embora não se enquadre, em sentido estrito, como uma discussão sobre o discurso do ódio, trata da questão dos limites da liberdade de expressão, quanto à manifestação de ideias ofensivas à comunidade. Ademais, a influência da doutrina liberal sobre a interpretação adotada pela Suprema Corte o torna pertinente à nossa análise.

Em 1984, durante uma convenção do Partido Republicano, um grupo de 100 pessoas reuniu-se para protestar contra as políticas de Ronald Reagan. Dentre eles, Johnson, que, ao fim do ato, queimou a bandeira americana. Foi, então, criminalmente processado e, ao final, condenado a cumprir um ano de prisão e a pagar dois mil dólares de multa, com base na lei do Estado do Texas que criminalizava o ato de desrespeitar a bandeira.

Em grau de recurso, a condenação foi afastada, porque a Corte estadual entendeu inconstitucional a lei do Texas. O Estado, porém, recorreu à Suprema Corte.

As conclusões do acórdão proferido pelo Tribunal máximo resumem à perfeição as ideias do liberalismo político sobre a liberdade de expressão.

A principal conclusão do voto do *Justice* Brennan, que representou a vontade da maioria, é a de que “o governo não pode proibir a expressão verbal ou não verbal apenas porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável”. Essa singela formulação esconde – ou revela – séculos de construção liberal em defesa da liberdade de expressão¹¹⁶.

Basta ver que esse argumento de que as ideias podem ser publicamente sustentadas, ainda que sejam ofensivas ou desprezadas pela maioria, é central na defesa que dois grandes autores liberais fazem da liberdade de expressão: Stuart Mill¹¹⁷ e Dworkin.

Em Dworkin, por exemplo, é afirmado e reafirmado que “a essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às expressões heroicas, mas também às de mau gosto”¹¹⁸. Suas palavras dirigem-se em defesa da legitimidade da pornografia, mas são perfeitamente intercambiáveis com a defesa de Brennan sobre a legitimidade da queima da

¹¹⁵ Interessante registrar que, conhecida a vitória nos tribunais, o grupo neonazista resolveu marchar em outro local, renunciando ao direito de se manifestar em Skokie. Cf. ROSENFELD, Michel. **Op. Cit.**

¹¹⁶ HAUPT, Claudia E. **Regulatin Hate Speech – damned if you do and damned if you don’t: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches.** In: Boston: Boston University International Law Journal, n. 23, 2005, p. 314.

¹¹⁷ MILL, John Stuart. **A Liberdade/Utilitarismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 29.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição Norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 351.

bandeira.

Em outra passagem – igualmente substituta perfeita da frase de Brennan –, Dworkin afirma que “não podemos aprovar o princípio de que uma opinião pode ser proibida quando os que estão no poder têm a certeza de que ela é falsa ou de que algum grupo será profunda e compreensivelmente melindrado se essa opinião for publicada”¹¹⁹. Essa argumentação é, logo após, reforçada com vários exemplos de situações em que as ideias – sobre as quais havia convicção de que estavam erradas – depois se fizeram predominantes (como, por exemplo o evolucionismo). Dworkin termina, com sua verve afiada, advertindo: “Tome cuidado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você”¹²⁰.

Mas o que essa coincidência entre as ideias de Dworkin e Stuart Mill e a argumentação expendida pela Suprema Corte em *Texas vs. Johnson* indica? Que a Corte adota as ideias de Dworkin como norte jurídico para a interpretação dos limites da liberdade de expressão? Não necessariamente. Na verdade, essa coincidência indica algo um pouco mais sutil: que Dworkin, Stuart Mill e a Corte compartilham a mesma ideologia de base – o liberalismo político. Em outras palavras: não é que Dworkin e Mill tenham influenciado diretamente a Suprema Corte; é que as mesmas ideias *políticas* que influenciaram Dworkin e Mill são as que embasaram o julgado do Tribunal em *Texas*.

A análise do contraponto oferecido pela argumentação do Estado do Texas em defesa da constitucionalidade de seu Código Penal corrobora essa leitura. Com efeito, o argumento em defesa da lei se baseia em ideais que podem ser considerados contrapostos ao liberalismo: o utilitarismo e o comunitarismo. Brennan registra que o Texas alegou “dois interesses separados para justificar a condenação [de Johnson]: prevenir a violação da paz e preservar a bandeira como um símbolo da nacionalidade e da unidade nacional”.

Ora, o primeiro argumento – a necessidade de criminalização da queima da bandeira como necessária à preservação da paz – remete à tese utilitarista-consequencialista do *clear and present danger*, superada pela Corte em *Brandenburg*. Já o segundo argumento, ao apelar para a preservação de valores como nacionalidade e unidade nacional, aproxima-se bastante do comunitarismo (em que o fortalecimento dos valores da comunidade está *prima facie* acima da liberdade meramente individual), inclusive em sua vertente mais propagada nos Estados Unidos, o republicanismo.

O contraponto entre a argumentação *política* do Texas em defesa da sua lei e a argumentação – igualmente *política* – da Corte contra essa mesma lei denota o grau de influência da política na interpretação constitucional sobre os limites da liberdade de expressão, bem como a centralidade de

¹¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 361.

¹²⁰ Idem, *ibidem*, p. 361.

argumentos políticos no debate sobre a legitimidade de expressões de caráter ofensivo. É o sistema político interferindo diretamente no sistema jurídico, pela via da interpretação judicial.

A esse argumento político se agregam construções que dão origem, mais à frente, a argumentos jurídicos. A tese – política – de que o estado não deve repelir expressões simplesmente por serem elas contrárias à vontade da maioria é, no curso da argumentação, transformada em princípio jurídico.

Realmente, mais à frente em seu voto, Brennan afirma que “se existe um princípio básico subjacente à Primeira Emenda, é o de que o governo não pode proibir a expressão de uma ideia simplesmente porque a sociedade a considera por si só ofensiva ou desagradável”. Perceba-se um detalhe desse discurso fundamental para nossa análise: o que era formulado como um argumento de filosofia política (o que é um bom governo?) transmuta-se agora, de forma muito sutil, mas muito significativa, em um princípio jurídico. Mais ainda: em um princípio básico *subjacente* à Primeira Emenda. Um argumento de política transformando-se (ou sendo transformado) em argumento de Direito – o acoplamento estrutural entre Direito e Política permitindo a interpenetração entres os sistemas.

Na verdade, os indicadores de influência da política em *Texas vs. Johnson* são de diversos tipos. A opinião da Corte é, toda ela, uma sucessão de argumentos colhidos do liberalismo político – em suas várias formulações e vertentes – em defesa da liberdade de expressão. A questão mais puramente jurídica debatida no caso foi a configuração, ou não, da queima da bandeira na categoria jurídica do *discurso* protegido pela Primeira Emenda.

Tudo o mais são ou argumentos políticos, ou argumentos político-jurídicos.

O princípio da neutralidade do Estado – talvez o argumento que mais resume as ideias do liberalismo abrangente¹²¹ – é repetido à exaustão na opinião da Corte. Afirma-se no julgamento que “o governo não pode proibir uma expressão simplesmente porque discorda da sua mensagem”.

Ademais, deixa-se claro que, no “livre mercado de ideias” – uma vez mais o conceito retorna – não há espaço para símbolos ou ideias inquestionáveis, por mais importantes que sejam: “A Primeira Emenda não garante que outros conceitos virtualmente sagrados para a Nação inteira – como o princípio de que a discriminação com base na raça é odiosa e destrutiva – não serão questionados no mercado de ideias”.

O voto condutor de Brennan termina, enfim, reforçando mais um argumento puramente liberal: se existem símbolos sagrados e inquestionáveis, a quem caberá defini-los? Ao Estado/Governo? Às parcelas majoritárias da sociedade? Como, para o liberalismo, não há resposta aceitável para essa pergunta, conclui-se pela inconstitucionalidade da Lei do Texas.

¹²¹ Trata-se, no dizer de Gargarella, de “um ideal caracteristicamente liberal”. Cf. GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2008. p. 141.

Essa conclusão resume as ideias liberais sobre liberdade de expressão de uma maneira que evidencia uma nítida incorporação – mais que mera influência – do liberalismo político pela Corte. Basta comparar as conclusões de *Texas* com a descrição que Gargarella faz da visão liberal sobre liberdade de expressão, ao afirmar que

(...) o liberalismo defende que o Estado deve ser ‘neutro’ diante das distintas concepções do bem que surgem em determinada comunidade, e deve permitir que, em suma, a vida pública seja um resultado ‘espontâneo’ dos livres acordos realizados pelos particulares¹²².

Ao final do voto, Brennan reforça uma vez mais duas ideias típicas do liberalismo: o princípio da tolerância (“nossa tolerância a críticas como a de Johnson é um sinal de nossa força”) e a crença no livre mercado de ideias e na persuasão como formas de combater noções “erradas”:

O caminho para preservar o papel especial da bandeira não é punir aqueles que pensam diferente sobre isso. É persuadi-los de que estão errados. (...) Nós não consagramos a bandeira punindo o desrespeito a ela, pois assim nós diluímos a liberdade que esse amado símbolo representa.

Esse trecho – que significa, em suma, que os abusos da liberdade de expressão devem ser combatidos com mais liberdade de expressão – nada mais é que uma paráfrase de Stuart Mill¹²³.

Outro elemento que confirma o grau de aproximação entre a opinião da Corte em *Texas* e os pressupostos do liberalismo são a natureza e a origem das críticas que lhes foram dirigidas. Não à toa, essas críticas partiram justamente de teóricos comunitaristas, ou se basearam em argumentos caros a essa corrente doutrinária.

Mary Ann Glendon, conhecida teórica do comunitarismo, afirmou que, no caso *Texas*, “a Suprema Corte teve o cuidado de utilizar a Primeira Emenda não para proteger a incitação verbal [mas sim] a quebra imediata do local público”¹²⁴.

6. AINDA QUEIMANDO CRUZES – O CASO *R.A.V. VS SAINT PAUL*

Uma família negra – que recentemente se mudara para um bairro majoritariamente branco da cidade de *Saint Paul* – acorda, e, em seu jardim, queima uma grande cruz de madeira. Inevitável pensar em todo o contexto histórico americano de segregação dos negros. Impossível não associar a queima da cruz aos atos da Ku Kux Klan.

O jovem responsável pelo ato – menor da idade à época, e por isso conhecido apenas pelas

¹²² GARGARELLA, Roberto. **Op. Cit.**, p. 141.

¹²³ MILL, John Stuart. **Op. Cit.**, p. 32.

¹²⁴ GLENDON, Mary Ann. **Op. Cit.**, p. 9. Vale lembrar que – ao menos segundo o relato do caso na Suprema Corte – não houve quebra de lugares ou equipamentos públicos, mas apenas uma manifestação que culminou com a queima da bandeira americana.

iniciais (R.A.V.) é processado criminalmente, com base na Lei do Estado de Minnesota de combate aos crimes de ódio e que criminaliza a utilização de símbolos que se saiba ou se tenha razão para saber que “despertem ódio, alarme ou ressentimento em outros com base na raça, cor, credo ou gênero”¹²⁵.

Apesar disso, as instâncias ordinárias o absolveram, por declararem a inconstitucionalidade da lei estadual em face da Primeira Emenda. Entendeu-se que a lei era materialmente inconstitucional, por definir a conduta criminosa de maneira excessivamente ampla, bem como por ser “baseada no conteúdo” (*content based*).

A Suprema Corte Estadual reverteu a decisão, considerando a lei constitucional, inclusive pelo fato de que as condutas criminalizadas configurariam *fighting words*, não protegidas pela Primeira Emenda. E, mais ainda, a lei serviria à realização do “interesse governamental” de “proteger a comunidade” contra crimes motivados por preconceito.

Desde já se percebe a proximidade da argumentação *em defesa* da lei com os pressupostos comunitaristas de defesa da comunidade e do combate ao preconceito. Como se esperava, entretanto, a Suprema Corte Americana reverteu a decisão da Suprema Corte Estadual, declarando a inconstitucionalidade da lei, num acórdão que é uma sucessiva repetição das mais famosas ideias e dos mais decantados clichês do pensamento liberal, a ponto de mergulhar quase em uma argumentação puramente política.

A opinião da Corte foi redigida pelo *Justice* Scalia, notório conservador e originalista – que, ao que parece, não foi assim tão fiel às intenções originais dos *founding fathers* (como já vimos, as ideias predominantes na época da redação da Primeira Emenda não eram propriamente liberais, mas em grande medida utilitaristas)¹²⁶.

O argumento da Corte começa por um lugar-comum jurisprudencial (ainda se utilizando do código jurídico): a ideia de que “regulamentações [legais] baseadas no conteúdo são *presumivelmente* inválidas” (grifo nosso). Cita-se, ademais, o precedente de *Texas vs. Johnson*.

A partir desse ponto, inicia-se uma argumentação política, criada a partir desse argumento jurídico. Pouco mais à frente, afirma-se que “o governo não pode regular comportamentos com base na hostilidade – ou favoritismo – em relação à mensagem subjacente [ao discurso]”. Essa afirmação

¹²⁵ 505 U.S. 377, 1992, conhecido como Caso *R.A.V. vs Saint Paul*. Inteiro teor disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=505&invol=377>. Acesso em 21.07.2013.

¹²⁶ Cf. análise sobre diversas condenações baseadas no *Sedition Act*, que criminalizava atos de “libelo sedicioso” (subversão) nos primeiros anos dos EUA em WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 20 e ss. Na verdade, o autor adverte que, na “primeira fase” da interpretação da Primeira Emenda, entendia-se que era proibida qualquer censura *prévia* baseada no conteúdo, mas não se consideravam inconstitucionais leis que permitiam a punição criminal *a posteriori*. No mesmo sentido, inclusive com críticas aos originalistas: LEWIS, Anthony. **Op. Cit.**, p. 54.

já se encontra na fronteira entre o código jurídico e o código político. Perceba-se, porém, que ela representa duas ideias típicas do liberalismo: o princípio da neutralidade do Estado e – de forma menos óbvia, mas definitivamente mais significativa – a distinção entre governo (Estado) e sociedade.

Há muito mais, porém. O *Justice Scalia* cita diversos precedentes em que a Corte invalidou a regulamentação da liberdade de expressão realizada com base no conteúdo, reafirmando que essa prática “aumentou o espectro em que o Governo pode efetivamente conduzir certas ideias ou pontos de vista no mercado de ideias”. Além de ser um argumento completamente colhido no liberalismo político, do ponto de vista do conteúdo, também no aspecto formal as próprias expressões utilizadas traem a influência direta do liberalismo, quando se utilizam conceitos como “mercado de ideias”.

Finaliza-se a primeira parte da argumentação com a ideia de que até pode haver restrições à liberdade de expressão, mas não baseadas no conteúdo. O que não se admite é que o Estado vise a proibir expressões discriminatórias por conta do seu conteúdo, não dos seus efeitos.

Após essa análise geral sobre as leis que buscam regulamentar a liberdade de expressão com base no conteúdo, a Corte passa a analisar especificamente a validade da lei do Estado de Minnesota. A legislação é, afinal, considerada “nitidamente inconstitucional” (*facially unconstitutional*), por criminalizar apenas os que usam *palavras de luta* motivadas por determinados preconceitos, mas não por outros.

Assim, “aqueles que desejam usar *fighting words* em conexão com outras ideias – para expressar hostilidade, por exemplo, com base na filiação política (...) ou homossexualidade – não estão cobertos [pela previsão legal do crime]”. Chega-se, por isso, à conclusão de que “a Primeira Emenda não permite (...) impor proibições especiais sobre os oradores que expressam opiniões sobre temas ‘desfavorecidos’ [no caso, ofensivos]”.

Esse raciocínio demonstra uma influência política indisfarçável. Aliás, de suas premissas não decorre a conclusão a que se chega – o que, como vimos, caracteriza um indicador de influência política, consistente na falha de justificação interna da decisão.

Com efeito, se é verdade que não se pode criminalizar apenas algumas formas de discriminação abusiva, então haveria uma inconstitucionalidade por omissão parcial. Seria o caso de se imaginar, por exemplo, uma lei que criminalizasse o homicídio cometido com arma branca. A inconstitucionalidade, nesse caso, não está em tipificar *apenas* uma forma de cometimento do crime, mas na omissão em criminalizar as outras formas. Em outras palavras: com base na argumentação (jurídica) expendida pela Suprema Corte, a lei seria insuficiente, mas não inconstitucional *na criminalização de apenas uma parte dos delitos*. Essa seria a consequência

jurídica desse raciocínio¹²⁷.

Ocorre, porém, que, daqui por diante, a influência da política deturpa o código jurídico. Para um liberal, o inaceitável é o Estado criminalizar apenas a propagação de algumas ideias, e não de outras¹²⁸. Mas, se se leva ao paroxismo esse raciocínio, não se poderia regular nada além do uso de palavras de luta. Qualquer lei que especificasse o tipo de discriminação seria inconstitucional.

A conclusão jurídica de que a Primeira Emenda não aceita leis que criminalizem o uso de palavras de luta em determinadas circunstâncias é um nítido caso de um argumento jurídico construído a partir de argumentos políticos – um forte indicador de influência política, conforme a metodologia explicitada no capítulo I.

A “conversão” de argumentos políticos em argumentos jurídicos não cessa. Inicialmente, a Corte refutou a tese – adotada pela Suprema Corte de Minnessota para manter a lei – de que haveria “uma responsabilidade, até uma obrigação, das diversas comunidades de combater essas ideias [discriminatórias] em qualquer forma que apareçam”. Mais ainda: além de refutar uma tese “comunitarista”, ainda o faz com um argumento puramente liberal: o de que, segundo a Primeira Emenda, as “preferências da maioria precisam ser expressas de uma forma outra, que não a de calar discursos com base em seu conteúdo”.

O que se tem aqui é nitidamente uma leitura de que existe uma tensão entre um direito fundamental (liberdade de expressão) e a vontade da maioria (princípio majoritário). E, de acordo com os teóricos do liberalismo deontológico, os direitos devem ter, nesse caso, a prevalência¹²⁹.

Em primeiro lugar, é possível fazer uma objeção a esse pensamento, porque a tensão também pode ser lida como um conflito não de um direito fundamental (dos *haters*) com a vontade da maioria, mas sim uma tensão entre o direito fundamental à liberdade de expressão e outro direito fundamental (a dignidade e a honra das vítimas).

¹²⁷ Em defesa da decisão da Suprema Corte, Dworkin entende que o objeto principal do caso *R.A.V.* foi analisar se o Estado pode prever penas maiores para delitos, quando a intenção é expressar uma convicção que a comunidade não aprova (DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 327). Todavia, embora esse tema possa ser considerado efetivamente relevante para o caso, não corresponde exatamente ao que decidiu a Suprema Corte. Tanto assim, que, ao invalidar a Lei de Saint Paul, o que restou foi a inexistência de qualquer punição. Em outras palavras: diferentemente da leitura de Dworkin, entendemos que o objeto da decisão foi a possibilidade, ou não, de criminalizar as condutas discriminatórias ou propagadoras do discurso do ódio, e não se essa criminalização pode ser feita de forma mais veemente.

¹²⁸ Nesse sentido, Julie Suk afirma que “a Corte de *R.A.V.* articula um sentimento que tem poderosa ressonância em nossa [EUA] cultura política e jurídica: A reprovação estatal do racismo pode alienar [do debate] pessoas que remanesçam como participantes iguais na política democrática, e, dessa forma, compromete a legitimidade da autoridade estatal para governar todos nós”. SUK, Julie C. **Holocaust Denial and the Free-Speech Theory of State**. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 147. Em defesa da existência desse déficit de legitimidade democrática do Estado, em caso de proibição de manifestação de determinadas ideias – mesmo que ofensivas – cf. DWORKIN, Ronald. **Foreword**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. VIII.

¹²⁹ Cf. SANDEL, Michael. **Op. Cit.**, p. 9.

A própria forma como o conflito é lido juridicamente (direitos fundamentais *versus* vontade da maioria) trai a influência do liberalismo como pré-compreensão a moldar o próprio raciocínio da maioria dos Ministros da Suprema Corte. Com efeito, essa tensão “direitos fundamentais *versus* maioria” nada mais é do que uma derivação da clássica oposição liberal entre indivíduo e poder, ou entre sociedade e Estado.

Não por acaso, na Alemanha – cuja cultura jurídica é inequivocamente influenciada pelo comunitarismo¹³⁰ – a tensão não é lida da mesma forma que nos EUA.

Ao contrário, como se vê da decisão no caso *Auschwitz Lie* (confira-se a análise no capítulo 2), o Tribunal Constitucional Federal alemão “leu” essa tensão como um conflito entre direitos fundamentais – que, portanto, deve ser resolvido pelo extremamente complexo procedimento da ponderação de valores, e não pela “fácil” afirmação da prevalência do direito fundamental sobre a vontade da maioria.

Em outras palavras: a própria forma de “ler” a tensão entre o discurso do ódio e os danos por ele causados é moldada pela ideologia política predominante em cada país. E, ainda mais, a leitura estrutural desse conflito influencia decisivamente a decisão *jurídica* a ser tomada.

Ao se encarar a tensão como um conflito entre direitos fundamentais, tem-se uma estrutura complexa em que há que se buscar “evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”¹³¹. Será necessário, portanto, dar uma resposta também complexa a essa situação conflituosa, que precisará levar em conta ou a delimitação da incidência da norma de direito fundamental, ou a ponderação entre bens e valores¹³².

Por outro lado, quando se enxerga essa tensão como um conflito entre o direito de uns de se manifestarem e a vontade da maioria, de silenciá-los, o problema se torna artificialmente fácil de resolver, pois nenhuma teoria ocidental dos direitos fundamentais (seja comunitarista ou liberal) afirmará com tranquilidade a primazia da vontade da maioria sobre o direito fundamental¹³³ - embora seja “menos árduo” para os comunitaristas defender a soberania popular.

Na realidade, toda a argumentação da maioria em *R.A.V.* se funda nessa oposição “Estado

¹³⁰ Cf. BRUGGER, Winfried. **Op. Cit.**, passim.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1225.

¹³² Na verdade, como veremos ao analisar a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão em *Auschwitz Lie*, essa “complexidade de resposta” teoricamente exigida nem sempre é metodologicamente respeitada. Nesse caso alemão, por exemplo, a resposta ao conflito não se deu propriamente com o uso das técnicas de ponderação tradicionais (Alexy), mas pela afirmação de que haveria um “insulto ao povo judeu”.

¹³³ Para uma forma distinta de abordar a questão, buscando superar a aparente contradição entre direitos fundamentais e soberania popular, cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. .

versus sociedade”¹³⁴, “maioria *versus* minoria” (como se a minoria não fosse a família negra simbolicamente atacada em seu próprio jardim). É presente a preocupação (liberal) de que uma “seletividade desse tipo [baseada no conteúdo] cria a possibilidade de que a cidade busque prejudicar determinadas ideias” – ou seja, teme-se que a cidade (o Estado) busque regular o mercado de ideias (sociedade). Prossegue-se, contudo, para afirmar que “essa possibilidade seria por si só suficiente para tornar a lei supostamente inválida, mas os comentários da cidade de Saint Paul (...) elevam essa possibilidade a uma certeza”.

Tudo porque a cidade defendeu a legislação, alegando a finalidade de “proteger contra a vitimização de pessoas (...) particularmente vulneráveis pelo fato de pertencerem a grupos historicamente discriminados”. Isso, na visão da maioria da Corte, é uma restrição baseada no conteúdo, inaceitável *ipso facto*, à luz da Primeira Emenda. Entretanto, a negação desse motivo como justo para restringir a liberdade de expressão reafirma a ideia liberal da prioridade do direito sobre o bem – ou, como nota Sandel, da prioridade do sujeito sobre as finalidades¹³⁵, o que vem a ser, em suma, o mesmo. Mais uma vez, a estrutura da teoria liberal deontológica está toda ela presente, do começo ao fim do acórdão.

A frase que encerra o acórdão é significativamente um resumo de todas as ideias liberais sobre a liberdade de expressão:

Que não haja dúvida sobre nossa crença de que queimar uma cruz no jardim de alguém é repreensível. Mas Saint Paul tem suficientes meios à disposição para prevenir esse tipo de comportamento, sem acrescentar a Primeira Emenda à fogueira.

Quais seriam esses “outros meios”, não se sabe – mesmo porque a adoção de mecanismos administrativos de restrição ao discurso cairia, igualmente, no campo de restrições consideradas indevidas.

De qualquer sorte, mais um indicador de influência da política está aqui presente: não só a transformação de argumentos políticos em argumentos jurídicos, mas também a utilização direta de argumentos políticos. Afinal, essa conclusão nada mais é que uma nova forma para a afirmação atribuída a Voltaire (defender até a morte o direito de alguém dizer o que pensa, mesmo que dele discorde)¹³⁶. Coincidentemente, a obra de um dos maiores teóricos liberais americanos sobre a legitimidade do discurso extremista chama-se “Liberdade para as ideias que odiamos”¹³⁷.

¹³⁴ Maleiha Malik corrobora essa opinião, ao defender que “a abordagem da teoria política liberal tradicional sobre o problema do extremismo é invocar a dicotomia público-privado”. MALIK, Maleiha. **Extrem Speech and Liberalism**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 107.

¹³⁵ SANDEL, Michael. **Op. Cit.**, p. 5.

¹³⁶ Cf. WALDRON, Jeremy. **Op. Cit.**, p. 3.

¹³⁷ LEWIS, Anthony. **Op. Cit.**

Da mesma forma, Dworkin justifica o princípio da tolerância para com os intolerantes com base no fato de ser a sociedade americana uma “sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual”¹³⁸.

Ora, o fato de a sociedade americana ser liberal, considerando um dogma a “responsabilidade moral individual” confirma nossa tese – o caso é decidido com base em códigos políticos (o que pensa ou em que crê a maioria da sociedade) e não estritamente jurídicos (se a conduta é lícita ou ilícita, de acordo com os critérios de justificação interna do ordenamento).

Em suma: a disputa entre as duas “opções” sobre o tratamento judicial do discurso do ódio (proteger a comunidade e a dignidade *versus* assegurar a neutralidade do Estado) não é uma discussão jurídica: é uma discussão política sobre os propósitos do Estado, disfarçada – e mal disfarçada – de discussão jurídica sobre os limites da Primeira Emenda. Por isso a influência liberal tão notória em casos como *R.A.V.*

Aliás, o voto do *Justice* Blackmun (concordando com a maioria, mas, assim como os *Justices* White, O’Connor e Stevens, apenas quanto à conclusão pela inconstitucionalidade da lei, por não se ater a criminalizar “palavras de luta”) deixa claro o temor de que a Corte tenha “manipulado a doutrina para invalidar uma lei a cujas premissas se opõe”, cedendo à “tentação de decidir o tema do ‘discurso politicamente correto’ e da ‘diversidade cultural’ [que não são objeto do caso]”. O que Blackmun denuncia é justamente o que identificamos em nossa análise: a corrupção do código jurídico pelo código político, comprometendo a autopoiese do sistema jurídico¹³⁹.

7. UMA VEZ MAIS, A QUEIMA DA CRUZ: O CASO *VIRGINIA VS BLACK ET AL*

No ano de 2003, a Suprema Corte teve a chance de apreciar novamente, com algumas peculiaridades, um diploma legal estadual que criminaliza a queima de cruzeiros. Foi o que se deu no caso *Virginia vs Black et al* – 538 U.S. 343 (2003).

Barry Elton Black, Richard J. Elliot e Jonathan O’Mara foram condenados com base numa lei do Estado da Virgínia que criminalizou a queima de uma cruz com a intenção de intimidar uma pessoa ou grupo de pessoas.

Black participara, juntamente com várias outras pessoas, de um encontro da Ku Kux Klan,

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **Op. Cit.**, p. 327.

¹³⁹ Mesmo os votos parcialmente dissonantes adotam motivações liberais. Assim, por exemplo, o *Justice* Stevens, que votou pela constitucionalidade da lei, o fez por considerar que ela não feria a neutralidade do Estado, apenas buscava prevenir os danos causados por um tipo de discurso. Uma argumentação totalmente compatível com o liberalismo, perceba-se.

pelo que foi condenado pelo júri. Durante o julgamento, o conselho foi advertido de que, à luz da legislação da Virgínia, a queima da cruz possuía uma presunção de intenção intimidatória.

Já Elliot e O'Mara foram condenados porque – de maneira bem parecida com *R.A.V.* – queimaram uma cruz em frente à casa de James Jubilee, um negro que se mudara recentemente para *Virginia Beach*. O'Mara confessou o crime, sem prejuízo do direito de questionar a constitucionalidade da lei, e Elliot também foi condenado pelo júri, mas sem o uso da presunção de intenção intimidatória.

Em grau de recurso, a Suprema Corte Estadual invalidou as condenações, por considerar a lei inteiramente inconstitucional, utilizando-se do precedente de *R.A.V.*

Já a Suprema Corte Federal, ao apreciar a matéria sob a ótica constitucional, declarou que a o tipo penal criado pela lei é compatível com a Primeira Emenda. Apesar disso, declarou a inconstitucionalidade parcial da lei, apenas em relação ao dispositivo que previa uma presunção de que a queima da cruz possui uma intenção de intimidar. Por tais motivos, foram mantidas as condenações de O'Mara (que confessou o crime) e Elliot (porque a cláusula de presunção não foi utilizada), mas foi provido o recurso de Black, que teve direito a novo julgamento, sem a utilização da presunção.

A decisão, cuja manifestação da maioria foi redigida pela *Justice* O'Connor, teve concordâncias e discordâncias de vários juízes em vários aspectos. Pela declaração de constitucionalidade da lei, na parte em que estatuiu como crime a queima da cruz com intenção de intimidar, votaram os *Justices* O'Connor, Stevens, Renquist, Breyer e Scalia (sendo que este último concordou apenas em parte com a declaração de inconstitucionalidade da presunção). Os juízes Souter, Kennedy e Ginsburg julgavam a lei completamente inconstitucional. Por fim, o *Justice* Thomas considerava a lei integralmente constitucional.

Ao contrário do que uma leitura mais apressada pode sugerir, *Virginia vs Black* não representa uma mudança substancial na jurisprudência da Suprema Corte sobre o discurso do ódio. Ao contrário: não só não houve a superação (*overruling*) do precedente de *R.A.V.*, como a Corte expressamente consignou que se tratava de um caso distinto (utilizando-se, portanto, da técnica do *distinguishing*). Ademais, o único juiz a discordar completamente de *R.A.V.* foi o *Justice* Thomas, que, em seu voto dissidente, afirmou que a queima da cruz, em qualquer circunstância, é um ato de terrorismo, não coberto pela Primeira Emenda. No mais, os demais juízes praticamente confirmaram o precedente de *R.A.V.*

Em verdade, o resultado do julgamento em *Virginia* foi parcialmente diferente porque a própria lei impugnada era distinta. Enquanto a lei de Saint Paul proibia atos que denotassem a discriminação por motivo de raça, origem, cor, etc., a lei da Virgínia criminalizava, genericamente, a conduta de queimar uma cruz, com a intenção de intimidar (por qualquer razão).

Assim, de acordo com a leitura da Suprema Corte – que já tivemos a oportunidade de criticar no item anterior – o que é inconstitucional é punir apenas algumas condutas abusivas e outras não (o que seria uma distinção baseada no conteúdo). Desse vício, porém, não padece a lei da Virgínia, uma vez que criminaliza a intenção de ameaçar quem quer que seja, por qualquer motivo, por intermédio da queima da cruz. Por isso, não se pode considerar a criminalização uma distinção baseada no conteúdo.

Em outras palavras, portanto, “caso a lei [da Virgínia] restringisse esse alcance para a proibição da queima da cruz com intenção de intimidar pessoa ou grupo com base na cor, raça ou religião, então poderia ser considerada inconstitucional [como se decidiu em *R.A.V.*]”¹⁴⁰.

É por isso que, como dissemos, *Virginia* não representa um novo marco na jurisprudência da Suprema Corte. Ao contrário: trata-se da reafirmação, em suma, da tese adotada em *R.A.V.*

Até mesmo na parte em que a lei foi declarada inconstitucional, verifica-se não estar ameaçada a primazia da liberdade de expressão. Com efeito, a presunção de que a queima da cruz tenha intenção de intimidar não foi declarada inconstitucional por violar qualquer prerrogativa penal ou processual dos réus (presunção de inocência ou devido processo legal, por exemplo), mas por desrespeitar a Primeira Emenda.

Dessa maneira, sustentou a Corte que, se alguém queimar uma cruz sem a intenção de intimidar (como, por exemplo, apenas para expressar opinião), essa manifestação não poderia ser criminalizada, sem desrespeito à Primeira Emenda.

Como se vê, parece muito distante o dia em que a Suprema Corte americana tolerará a criminalização do discurso do ódio, pura e simplesmente. A liberdade de expressão ainda goza de uma posição preferencial na jurisprudência da Corte Maior dos EUA, e nada indica que isso vá sofrer alteração.

Vale ressaltar que não encontramos indicadores de influência política no julgamento do caso *Virginia vs Black* – provavelmente pelo fato de que esses indicadores já estavam presentes, à fatura, no caso que serviu de base a esse novo julgamento (*R.A.V. vs St. Paul*).

8. CONCLUSÕES

A jurisprudência da Suprema Corte americana acerca da liberdade de expressão, em geral, e do discurso do ódio, em particular, sofreu grandes mudanças, ao longo dos séculos XX e XXI. De uma visão utilitarista de que a expressão deveria ser permitida, a não ser que trouxesse um perigo

¹⁴⁰ POTIGUAR, Alex Lobato. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença*. Brasília: Consulex, 2012, p. 71.

claro e iminente (que poderia ser apenas potencial), evoluiu-se para a construção de que nem mesmo o conteúdo odioso justifica a restrição à liberdade garantida na Primeira Emenda, salvo se houver uma iminente ação ilegal.

A análise dos precedentes dessa nova fase, inaugurada com *Brandenburg vs Ohio* e reafirmada posteriormente, demonstra a nítida influência do liberalismo sobre o discurso judicial. Seja na versão liberal-utilitária de Stuart Mill, seja na feição liberal-deontológica de Rawls e Dworkin, o ideário liberal encontra guarida – e, mais que isso, encontra reafirmação e garantia – nos votos vencedores.

Os indicadores de influência política mostram, notadamente no caso *R.A.V. vs St. Paul*, uma verdadeira substituição do código jurídico pelo código político, de modo a fazer prevalecer as noções liberais de neutralidade do Estado, dicotomia Estado e Sociedade, e a defesa do livre mercado de ideias.

Apesar disso, estudiosos há que já enxergam na Suprema Corte uma tendência de relativizar essa jurisprudência tradicional, passando de uma primazia da liberdade de expressão a uma necessidade de sopesamento (*balancing*) entre os valores em conflito de acordo com o caso concreto, mas a verdade é que ainda é raro encontrar casos em que se tenha julgado legítima a restrição à liberdade de manifestar o pensamento¹⁴¹. Essa tendência, porém, parece ser mais desejada do que real.

Assim, em 20 de abril de 2010, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei que proibia a propagação de vídeos contendo crueldade contra animais, a Corte teve a oportunidade de enfrentar a tese da ponderação (*balancing*) entre os benefícios e os custos da liberdade de expressão (caso *United States vs. Stevens*¹⁴²). Nesse caso, a União, em defesa da constitucionalidade da lei, “propôs um novo teste legal, nunca antes adotado por Cortes americanas (...), um teste de simples ponderação”, consistente em que a análise de “se uma dada categoria de discurso goza da proteção da Primeira Emenda depende de uma ponderação categórica do valor do discurso, em face dos seus custos sociais”¹⁴³.

A Corte rejeitou veementemente esse novo teste proposto, – muito alinhado, diga-se de passagem, com a ideia utilitarista pura de análise de custo-benefício – nos termos seguintes:

Como um “teste flutuante” sobre a cobertura da Primeira Emenda, a sentença é surpreendente e perigosa. A garantia de liberdade de expressão contida na Primeira Emenda não se estende somente às categorias de discurso que sobrevivem a uma ponderação *ad hoc* dos relativos custos e benefícios sociais. A Primeira Emenda reflete por si só uma decisão do povo Americano de que os

¹⁴¹POTIGUAR, Alex Lobato. **Op. Cit.**

¹⁴² 559 U.S. 460 (2010).

¹⁴³ ABRAMS, Floyd. **On American Hate Speech Law**. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 117.

benefícios das restrições ao Governo [quanto à limitação da liberdade de expressão] superam os custos. Nossa Constituição exclui qualquer tentativa de revisar essa decisão com base simplesmente no argumento de que determinado discurso não vale a pena¹⁴⁴.

Como se percebe, a Corte refutou a possibilidade de ponderação baseada nos custos e benefícios, baseando-se na necessidade de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão. Independentemente da correção ou erro do raciocínio, o que se tem é uma reafirmação da ideia liberal contra relativizações puramente utilitaristas.

Ademais, ao refutar – ao menos nessa configuração – a tese da ponderação, a Corte também reafirma a distinção da “leitura” americana para a alemã, em relação ao conflito entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, conforme já citado na análise do caso *R.A.V.*

Logicamente, essa peculiar forma de interpretar a Primeira Emenda tem raízes na própria cultura norte-americana, que de há muito reconhece a posição preferencial da liberdade de expressão dentre os direitos fundamentais. Segundo Michel Rosenfed,

A liberdade de expressão não é apenas o mais importante direito constitucional americano, mas também um dos seus mais famosos símbolos culturais. Ademais, a proeminência do livre discurso nos Estados Unidos é devida a vários fatores, inclusive à sensível preferência pela liberdade em detrimento da igualdade, valorização do individualismo e uma tradição de direitos humanos naturais derivada de Locke¹⁴⁵.

Contudo, não é só essa tradição jurídica que explica um tratamento tão peculiar. A ideologia política predominante nos EUA (liberal e utilitária, principalmente) influencia diretamente a forma como a Suprema Corte “lê” as questões envolvendo a liberdade de expressão. A presença de vários indicadores de influência política nas decisões – principalmente a transformação de argumentos políticos em argumentos jurídicos – confirma essa tese.

Nesse contexto, é correto afirmar que

(...) diversamente dos alemães, os americanos não confiam no governo para selecionar as “boas” opiniões das “más” – uma consequência dessa postura é que a discriminação feita por atores governamentais com base em pontos de vista, mesmo se direcionada ao “discurso do mal”, é vista com suspeita e pode até ser caracterizada como “pecado capital”¹⁴⁶.

Apesar disso, há uma característica da ideologia liberal – a defesa dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade da comunidade – que faz com que a tendência contramajoritária seja muito mais presente nas decisões da Corte americana do que nos julgados alemães. Basta, para tanto, comparar o caso *Texas vs. Johnson* (queima da bandeira americana) com os casos *Auschwitz Lie* e *Tucholski* (confira-se a análise desses e de outros casos no Capítulo 3).

¹⁴⁴ Texto em Inglês disponível em: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-769.pdf>. Acesso em 14.12.2013.

¹⁴⁵ ROSENFELD, Michel. **Hate Speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis.**

¹⁴⁶ BRUGGER, Winfried. **Op. Cit.**

Em *Texas*, a Corte americana declarou a constitucionalidade de queimar a bandeira do país, mesmo contra a parcela amplamente majoritária da população¹⁴⁷, o que seria mais difícil de imaginar se a ideologia política predominante fosse o comunitarismo.

Confirmando essa tendência contramajoritária da decisão no caso *Texas*, Owen M. Fiss afirma que “a Corte se utilizou da Primeira Emenda para invalidar uma lei nacional (sic) altamente popular. Estava protegendo a democracia frente a si mesma ou, para empregar outra fórmula, estava evitando uma tirania da maioria”¹⁴⁸.

Ora, a parte final dessa afirmação trai o caráter nitidamente liberal da tese: garantir os direitos fundamentais (no caso, a liberdade de expressão), mesmo contra a vontade da maioria. Em *Texas*, é realmente isso que acontece (sem que precisemos validar o mérito da decisão para fazer essa afirmação).

Entretanto, como já expusemos na análise de *R.A.V.*, essa leitura do conflito pode levar a resultados enganosos. Com efeito, se em *Texas* temos um caso nítido de afirmação contramajoritária de um direito fundamental, o que dizer da decisão que invalidou a Lei de Saint Paul? Naquele caso, quem seria a maioria? A família negra, perseguida por ter-se mudado para o bairro branco? Certamente não.

A maneira “fácil” de se ler o tema do discurso do ódio como uma oposição entre o direito fundamental à liberdade de expressão, de um lado, e a vontade da maioria de proibir esse discurso, de outro, nem sempre dá conta da complexidade fática por trás do conflito. Em *R.A.V.*, por exemplo, o que se tem é um conflito entre *dois direitos fundamentais*: o direito à liberdade de expressão *versus* o direito à honra e à dignidade das vítimas.

Na realidade, essa leitura do conflito como uma oposição entre direitos da minoria *versus* vontade da maioria (de silenciar aquele discurso) pode induzir a respostas fáceis para problemas complexos, como parece ter ocorrido nitidamente em *R.A.V.* e, em menor intensidade, em *Brandenburg*. É preciso, contudo, destacar que, mais do que um agir estratégico, de tornar o conflito mais fácil para se chegar à resposta desejada, essa forma de leitura representa mais um indicador de influência política.

Por força da predominância das ideias liberais, os juízes tendem a enxergar na situação um conflito entre direito fundamental do indivíduo contra a vontade da maioria, o que se encaixa mais aos arquétipos liberais de oposição (Estado X sociedade, Grupo X indivíduo, direitos da minoria X

¹⁴⁷“Decidiu-se que [...] não interessa quão impopular possa ser a queima da bandeira norte-americana, a Primeira Emenda protege esse ato e demais formas de expressão”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri: Manole, 2004, p. 94.

¹⁴⁸ FISS, Owen M. **La ironia de la Libertad de Expresión**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 77.

vontade da maioria, direitos fundamentais X soberania popular) ¹⁴⁹. Ou, mais claramente: a ideologia predominante influencia até mesmo a forma como se lê a situação fática, induzindo decisivamente, em alguns casos, as respostas a serem dadas aos conflitos.

Confirma-se, em casos como *R.A.V.*, a não completa autonomia do sistema jurídico em face do sistema político; a corrupção do código jurídico pelo código político; a potencialização das pré-compreensões como elemento decisivo na hermenêutica – não só as pré-compreensões do intérprete, mas da própria sociedade.

Em suma, o que se tem é a influência direta do liberalismo, (atualmente) predominante na sociedade americana e nos meios acadêmicos, sobre as decisões judiciais. Não só uma influência, mas uma verdadeira confusão entre a análise jurídica e a reafirmação de uma ideologia política, como se vê em *R.A.V.* Afinal, as decisões da Suprema Corte americana sobre o discurso do ódio se baseiam (não só) em um direito individual a expressar-se de forma odiosa, mas também na reafirmação de uma particular teoria do Estado ¹⁵⁰ – o liberalismo político.

“Num exame minucioso” – afirma Julie Suk – todos os argumentos utilizados pela Corte para permitir o *hate speech* são baseados “na assunção de que o Estado deve ser neutro, antipaternalista, facilitador de um debate público imparcial e tolerante a ideias que ele [Estado] desaprova”¹⁵¹. Ou seja: as decisões se baseiam, como vimos, nos dogmas e preceitos do liberalismo político deontológico.

¹⁴⁹ HAUPT, Claudia E. **Op. Cit.**, pp. 299 e ss,

¹⁵⁰ Nesse sentido: SUK, Julie C. **Op. Cit.**, p. 145.

¹⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 145.

CAPÍTULO 2

O COMUNITARISMO E A JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ SOBRE O DISCURSO DO ÓDIO

1. BREVE ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ SOBRE O DISCURSO DO ÓDIO

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão acerca do discurso do ódio traz em si algumas ambiguidades. Ao mesmo tempo em que formalmente se reconhece um valor *a priori* da liberdade de expressão (Caso *Auschwitz Lie*), reafirma-se a necessidade de se fazer uma ponderação entre a liberdade de opinião (art. 5º, 1, da *Grundgesetz*).

Estranhamente – ou não –, essa ponderação invariavelmente se resolve em prol da posição que mais reforça os valores de unidade da comunidade. Quando o interesse em defender a dignidade e a honra contra os “inimigos da democracia”, a ponderação se resolve em favor da liberdade de expressão (como nos casos *Lüth* e *Tucholski I*). Por outro lado, quando se trata de analisar o discurso do ódio que ataca os valores da democracia militante ou a integridade da comunidade, a ponderação admite restrições à liberdade de expressão (como nos casos *Auschwitz Lie* e *Rudolf Hess*).

Aliás, o que se tem é um verdadeiro paradoxo, em se tratando da proteção à liberdade de expressão: protegem-se justamente as opiniões que não necessitam da salvaguarda do Direito, pois que majoritárias na sociedade alemã. Se levarmos em conta que o direito à liberdade de expressão existe precisamente para proteger as opiniões odiosas ou, ao menos, minoritárias¹⁵², pode-se até mesmo falar em uma proteção insuficiente a esse direito fundamental.

Na verdade, a análise detida dos argumentos – e, mais ainda, das palavras-chave – utilizadas nos acórdãos aponta para a uma nítida (ainda que nem sempre declarada) influência da ideologia comunitarista na interpretação do art. 5º da Lei Fundamental Alemã.

Sob a influência do comunitarismo, o Tribunal Constitucional Federal alemão termina por reforçar as ideias de dignidade e honra, em detrimento da liberdade de expressão. O que se tem,

¹⁵² Cf. DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 372. Afinal, “a proteção à liberdade de expressão seria desnecessária se seu objeto fossem discursos considerados benfazejos”. BRANDÃO, Maureen da Silva; MARQUES, Amanda Ravena Martis; MUNIZ, Arnaldo Brasil. **A Liberdade de Expressão e suas Ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424)**. In: PARDO, David Wilson de Abreu [organizador]. **Casos Constitucionais em Destaque: princípios fundamentais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 123.

formalmente, é uma ponderação entre os bens jurídicos em jogo. Mas, em termos materiais, o que se verifica a partir da análise cuidadosa dos precedentes é que essa ponderação só se resolve em favor da liberdade de discurso quando não se tem um verdadeiro ataque à honra (ou, ao menos, um ataque não politicamente inaceitável). O tribunal valida, portanto, a afirmação de Philip Selznik, para quem “uma moralidade comunitária não é, em sua essência, uma filosofia de libertação. Seu valor central não é a liberdade ou a independência, mas o pertencimento”¹⁵³.

Essa adoção clara do comunitarismo pelo Tribunal, contudo, não é nova na jurisprudência. Ao contrário: já nas primeiras decisões, a Corte explicitou uma “clara perspectiva comunitária na concepção de ser humano”¹⁵⁴, quando, em 1954, consignou que

A imagem do homem na Lei Fundamental não é aquela de um indivíduo isolado, soberano; pelo contrário, a Lei Fundamental optou em favor de uma relação entre o indivíduo e a comunidade no sentido de que aquele depende e deve se comprometer com esta, sem que haja violação de seus valores individuais¹⁵⁵.

Como veremos a partir da análise dos precedentes, essa afirmação pode ser estendida não só à Lei Fundamental de Bonn, mas à própria prática jurisprudencial da Corte.

2. A NEGAÇÃO DO HOLOCAUSTO: O CASO *AUSCHWITZ LIE* (CASO *DA-VID IRVING*)

No julgamento do caso *Auschwitz Lie*, ou *Irving* (BverfGE 90, 241), a Corte declarou constitucional ato da administração pública que proibira a realização de palestra do revisionista inglês David Irving.

No relato do próprio Tribunal, as autoridades administrativas impuseram aos organizadores do evento o cumprimento da condição de que “nada fosse dito na palestra sobre a perseguição aos Judeus durante o Terceiro Reich que pudesse negar ou colocar em cheque aquela perseguição”¹⁵⁶. Além disso, deveria ser cumprida a condição de que “o caráter criminoso dessas opiniões [negação do Holocausto] deveria ser pontuado no início da reunião”, que, ainda assim, poderia ser a qualquer momento interrompida ou ter o fim decretado. Tudo isso porque, na visão das autoridades administrativas, a afirmação de tais opiniões configuraria a prática dos delitos previstos nos §§ 130,

¹⁵³ SELZNICK, Philip. **The Idea of a Communitarian Morality**. In: California Law Review, nº 75, 1987, p. 445.

¹⁵⁴ BRUGGER, Winfried. **O Comunitarismo como Teoria Social e Jurídica por Trás da Constituição Alemã**. P. 60.

¹⁵⁵ BVerfGE 4, 7. Tradução para o Português constante de BRUGGER, Winfried. **Op. Cit.**, p. 60.

¹⁵⁶ Tradução livre do autor, a partir do Inglês, disponibilizado pela Universidade do Texas, sob a direção dos professores P. Shlechtriem, B. Markensis e S. Lorenz. Tradução para o Inglês de Raymond Youngs. Disponível em: http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=621. Acesso em: 21.11.2013.

185, e 189 do Código Penal Alemão¹⁵⁷.

Os Tribunais ordinários consideraram legítimas as restrições, à luz da legislação infraconstitucional. Essa também foi a conclusão do Tribunal Constitucional Federal, ao analisar a questão com base no Direito Constitucional.

A fundamentação do acórdão começa por traçar uma distinção entre *afirmações sobre opiniões* e *afirmações sobre fatos*. Nesse contexto, as opiniões propriamente ditas devem ser livres, uma vez que não se pode afirmar sem dúvidas sua veracidade ou falsidade. Ao contrário, a admissibilidade das afirmações sobre fatos submete-se a um juízo sobre a veracidade ou não dos fatos afirmados. Em outras palavras, na dicção do próprio Tribunal: afirmar que a Alemanha não deu causa à 2ª Guerra Mundial é uma opinião, que, embora improvável, deve ser admitida (BVerfGE 90, 1, conhecido como “Caso Fabricação Histórica”¹⁵⁸). Porém, negar ou minimizar o Holocausto é uma afirmação sobre fatos – afirmação essa já cabalmente refutada.

Passaremos ao largo da artificialidade da distinção entre afirmações sobre opiniões e afirmações sobre fatos¹⁵⁹ – ainda mais diante dos postulados da moderna Hermenêutica, segundo os quais não se pode separar o sujeito cognoscente do objeto cognoscível¹⁶⁰. Aliás, Nietzsche já alertava para que não existem fatos, só existem interpretações sobre fatos¹⁶¹. Também não focaremos a análise na dificuldade de, em matérias históricas, distinguir entre fatos e opiniões (a responsabilidade da Alemanha sobre o desencadeamento da 2ª Guerra não é um fato?). Dessa maneira, por critérios metodológicos, analisaremos o precedente da mesma forma como fizemos em relação aos julgados da Suprema Corte americana, buscando encontrar elementos que denotem uma influência da ideologia política predominante na Alemanha sobre o discurso do Tribunal Constitucional Federal.

Inicialmente, vale destacar que o acórdão implicitamente refuta alguns dogmas do liberalismo – como, por exemplo, a neutralidade do Estado. Ao contrário, assume-se a legitimidade de o Poder Público colocar fora de discussão alguns temas ou fatos – no caso, a perseguição aos judeus durante

¹⁵⁷ Os tipos citados correspondem, respectivamente, aos delitos de amotinamento do povo, injúria e denegrir a honra dos mortos (o § 194, citado no acórdão, trata de regras procedimentais).

¹⁵⁸ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University Press, 2012, p. 497. Os autores apontam, inclusive, que “a opinião da Corte [em *Auschwitz Lie*] falhou em convencer todos os comentadores de que o Tribunal distinguiu adequadamente suas razões em *Fabricação Histórica* em relação às razões que embasaram a supressão da expressão em *Negação do Holocausto [Auschwitz Lie]*”.

¹⁵⁹ Apesar disso, segundo a dogmática constitucional alemã, a distinção faz sentido, à luz do art. 5º da Lei Fundamental. Cf. GRIMM, Dieter. **The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 559-560. O autor reconhece, contudo, a extrema dificuldade em diferenciar uma categoria da outra.

¹⁶⁰ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método, vol. 1**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 368.

¹⁶¹ Cf. MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 425: “do ponto de vista teórico-cognitivo, é há muito dada como assente a impossibilidade de um conhecimento dos factos totalmente impermeável a valorações subjectivas”.

o Terceiro Reich¹⁶². Certamente, na jurisprudência americana, a imposição de tal condicionamento para a realização do encontro seria considerada uma análise baseada no conteúdo e, assim, violadora da Primeira Emenda. Isso, contudo, demonstra uma diferença entre a legislação constitucional dos dois países, mas não significa, necessariamente, uma influência do comunitarismo sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão.

Essa influência se mostra, porém, por meio de outros elementos.

Um sinal dessa recepção de ideias comunitaristas se dá com a argumentação em favor da constitucionalidade da tipificação penal do comportamento de negação do Holocausto. A Corte expressamente identifica que, nesse caso, o bem jurídico penalmente protegido é a humanidade e a dignidade humana (art. 1º, 1, da *Grundgesetz*).

Ora, se o fato de apontar como bem jurídico protegido a humanidade assustaria qualquer teórico do Direito Penal, não se trata de argumento totalmente estranho à lógica do comunitarismo¹⁶³.

O ponto em que se pode identificar uma influência direta das ideias comunitaristas se verifica quando o Tribunal Constitucional reafirma o entendimento do Tribunal Superior Federal (que apreciara a questão à luz da legislação penal). Nitidamente, há uma assunção da ideia de que o indivíduo é considerado não (só) isoladamente, mas no contexto de membro de um grupo, portador de uma identidade¹⁶⁴. Nesse sentido, “a negação da perseguição aos Judeus é julgada como um insulto infringido ao próprio grupo”.

O acórdão emanado do Tribunal Superior – e integralmente validado, do ponto de vista estritamente da Constituição, pelo Tribunal Constitucional¹⁶⁵ – poderia caber em qualquer declaração de princípios comunitarista. Vale a pena transcrevê-la:

O fato histórico de que os seres humanos [Judeus] foram separados de acordo com os critérios de descendência das chamadas *leis de Nuremberg* e foram roubados de sua individualidade, com o objetivo de seu extermínio, dá aos judeus que vivem na República Federal uma relação pessoal especial com seus concidadãos; neste relacionamento, o passado está presente ainda hoje. É parte de sua autoimagem pessoal que eles são vistos como ligados a um grupo de pessoas marcadas por seu destino, grupo em relação ao qual existe uma responsabilidade moral especial por parte de todos os outros [cidadãos] e que é uma parte de sua dignidade. O respeito por esta autoimagem pessoal é para cada um deles realmente uma das garantias contra a repetição de tal discriminação e uma condição básica para a sua vida na República Federal. Quem procura negar esses eventos nega a cada um deles individualmente esse valor pessoal ao qual eles têm direito. Para as vítimas, isso significa a continuação da discriminação contra o grupo de seres humanos ao qual elas pertencem, e contra sua própria pessoa.

¹⁶² O princípio da neutralidade é ainda negado uma vez mais, quando se entende ser constitucional proibir a realização da reunião, mesmo que em recinto fechado, se houver indícios “de que os organizadores ou seus seguidores defenderão pontos de vista ou tolerarão declarações que incitem à prática de um crime ou de uma ofensa (...) perseguida [criminalmente] pelo Estado”.

¹⁶³ Defendendo a criminalização do *hate speech* com base no “bem comum”, cf. WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 4 e ss.

¹⁶⁴ Ressaltando o caráter decisivo do quesito *identidade* para a compreensão de *Auschwitz Lie*, cf. GRIMM, Dieter. **Op. Cit.**, p. 560.

¹⁶⁵ O Tribunal Constitucional reconhece que a decisão do Tribunal Superior sofreu críticas do ponto de vista da dogmática penal. Contudo, a Corte Constitucional se absteve – corretamente – de apreciar essa questão, por lhe faltar competência para analisar a correta interpretação da legislação infraconstitucional.

Primeiramente, é possível apontar que o argumento central dessa exposição é integralmente colhido do comunitarismo: a identificação entre o insulto contra o grupo e o insulto contra o indivíduo. Assim, aquele que nega a perseguição aos Judeus durante o Terceiro Reich não só estimula o ressurgimento dessa conduta, como insulta ao grupo e a cada um de seus membros, por desrespeitar a ideia de *pertencimento* à comunidade.

De outra parte, outro indicador de influência política se faz presente (além da já citada utilização de argumentos políticos para chegar a conclusões jurídico-penais): trata-se da internalização, na linguagem jurídica, de ideias e códigos da política, sem qualquer indicação da base normativa que justifique esse proceder. Dessa maneira, quando se reconhece que os Judeus possuem “uma relação pessoal especial com seus concidadãos”, ou quando se reconhece *juridicamente* que “existe uma responsabilidade moral especial por parte de todos os outros” para com os Judeus. Ora, embora não se negue a veracidade histórica e política dessa afirmação, aqui já não se está utilizando o código jurídico (lícito/ilícito), mas sim o código político (maioria/minoria) e, mais ainda, o código moral (bom/ruim, certo/errado). Afinal, é no mínimo arrojado fazer resultar da Lei Fundamental deveres morais dos cidadãos. Essa própria fundamentação já está, por si só, léguas distante do liberalismo – e contígua a qualquer das subcorrentes do comunitarismo.

Nesse mesmo sentido, Jeffrey Hall afirma que, apesar de, em outros casos, o Tribunal Constitucional ter considerado que insultos a grupos são, em geral, protegidos (veja-se, mais adiante, a decisão do caso *Tucholski*), nesse caso específico o colegiado decidiu que a negação do Holocausto é um insulto aos Judeus *como grupo*. Assim, “a despeito da aparente existência de regras que permitiram o discurso, o Tribunal examinou a história política da Alemanha e entendeu que a moralidade política da Nação requeria uma decisão contrária [à liberdade de expressão]”¹⁶⁶.

Outro fator que indica uma forte influência comunitarista sobre a decisão dos Tribunais (Superior e Constitucional) é a repetição de termos e ideias caros aos autores comunitaristas. Apenas no pequeno trecho acima transcrito, é possível identificar como diretamente relacionados ao comunitarismo os termos/expressões “relação pessoal especial com (...) os concidadãos”, “responsabilidade moral especial”, além da ideia várias vezes repetida de pertencimento ao grupo. Em outras palavras: toda a argumentação pela ilegitimidade da negação do Holocausto gravita, em última análise, em torno de argumentos político-morais do comunitarismo. Em todo o trecho da argumentação acima transcrita, não há um só argumento jurídico (talvez apenas a referência – extremamente vaga – à dignidade), mas abundam ideias políticas e morais diretamente transpostas

¹⁶⁶ HALL, Jeffrey P. **Taking “Rechts” Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany.** *In*: German Law Journal, nº 6, vol. 9, 2008, p. 788.

da ideologia comunitarista.

Winfried Brugger, aliás, corrobora a ocorrência de um fato que neste trabalho já qualificamos como indicador de influência da política: a transformação de argumentos político-morais em argumentos jurídicos. Afirma o autor alemão que a Corte errou porque “transformou um dever moral em um dever legal”¹⁶⁷.

Pode-se perceber, portanto, que, tanto do ponto de vista da forma, quanto do conteúdo, a decisão introjeta no mundo jurídico, por intermédio da jurisprudência, ideias do comunitarismo, o que indica a nítida influência dessa doutrina sobre o discurso judicial alemão no tema do discurso do ódio.

É bem verdade que, na análise da influência do comunitarismo sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso *Auschwitz Lie*, é preciso descontar o fato de que foi a ideologia comunitarista que influenciou a própria formulação da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, como aponta Winfried Brugger¹⁶⁸. Contudo – e assim como fizemos em relação aos julgados da Suprema Corte americana –, mesmo com esse “desconto” da ideologia intrínseca ao próprio marco normativo, ainda é possível identificar vários indicadores de influência do comunitarismo diretamente sobre a interpretação judicial.

3. “SOLDADOS SÃO ASSASSINOS”: O CASO *TUCHOLSKI*

“Soldados são assassinos”. “Soldados são potenciais assassinos”. “Não houve a utilização de câmaras de gás em Auschwitz”. Essas expressões, com os respectivos conteúdos de que se revestem, representam o mero exercício da liberdade de expressão (ainda que de forma ofensiva), ou, ao contrário, configuram insulto a uma coletividade, penalmente punível?

Já vimos que, em relação ao terceiro caso, o Tribunal Constitucional Federal entendeu que há uma conduta penalmente punível (§ 130 do Código Penal) de difamação coletiva do povo judeu. Mas e em relação aos dois primeiros casos? Não deveria haver um entendimento semelhante? Não se teria, também, um insulto coletivo à categoria dos soldados?

O Tribunal, no julgamento do caso “Soldaten sind Mörder” (BVerfGE, 93, 266), também conhecido como caso “Tucholsky II”¹⁶⁹, entendeu que não.

¹⁶⁷ *Apud* HAUPT, Claudia E. **Op. Cit.**, p. 330.

¹⁶⁸ BRUGGER, Winfried. **Op. Cit.**, p. 55.

¹⁶⁹ Na verdade, *Tucholski II* é praticamente uma reiteração do caso *Tucholski* (julgado em 1994: 21 Europäische Grundrechte-Zeitschrift [EuGRZ] 463). Contudo, diante da dificuldade em se encontrar o inteiro teor do acórdão do

Apesar de se tratar de casos semelhantes de opiniões radicais e ofensivas a uma coletividade, e de decisões próximas inclusive no tempo, o Tribunal interpretou diferentemente os limites da liberdade de expressão, validando a declaração de que soldados são assassinos, apesar de meses antes ter considerado não protegida a negação da utilização de câmaras de gás em Auschwitz.

Indisfarçavelmente, a decisão em Tucholsky II foi influenciada pelo fato de que a opinião dos réus – embora radical – é politicamente aceita na sociedade alemã. O fato de se tratar de opinião ofensiva (passível de ser enquadrada, a nosso ver, na categoria do discurso do ódio), mas politicamente correta, desempenhou papel decisivo para o teor do acórdão prolatado pela Corte.

Nesse julgamento, analisava-se a condenação criminal por injúria (§ 185 do Código Penal) de quatro réus que, em casos diferentes, utilizaram-se da famosa frase cunhada na década de 30 pelo escritor pacifista Kurt Tucholsky, segundo a qual “Soldados são assassinos” (*Soldaten sind Mörder*). Ao apreciar a queixa constitucional, o Tribunal Constitucional Federal invalidou todas as condenações, por entender que a interpretação excessivamente ampla dada pelas Cortes ordinárias ao dispositivo penal violava o direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5º, 1, da Lei Fundamental).

Na decisão não há, propriamente, indicadores de influência direta da ideologia comunitarista (ao contrário do que vimos em *Auschwitz Lie*). Contudo, as nítidas diferenças de tratamento constitucional e hermenêutico em relação ao (então recentíssimo) caso *Auschwitz Lie* revelam-se indicadores de influência política – confirmam a influência do sistema político sobre a interpretação no caso Tucholsky e, secundariamente, confirmam o caráter político da adoção de argumentos contrários para as bases fáticas semelhantes presentes em *Auschwitz Lie*. Senão, vejamos.

Toda a argumentação para refutar as opiniões revisionistas em *Auschwitz Lie* baseou-se no argumento de que se tratava de afirmações sobre fato (não sobre opiniões) e que, além disso, não possuíam apoio fático. Não podiam, dessa maneira, ser protegidas como regular exercício da liberdade de expressão.

Porém, surpreendentemente, ao se deparar com a afirmação de que “soldados são assassinos” (também, logicamente, destituída de base fática que a sustente), o Tribunal afirmou que a proteção à liberdade de expressão existe

independentemente de ser a expressão racional ou emocional, fundamentada ou sem base alguma e se é considerada por outros como útil ou prejudicial, valiosa ou sem valor (...). Pelo fato de ser formulada de modo polêmico ou ofensivo, [a opinião] não deixa de fazer parte da área de proteção do direito fundamental¹⁷⁰.

primeiro caso, e da preferência metodológica pela pesquisa em fontes primárias, optamos por analisar o caso II.

¹⁷⁰ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Tradução, organização e introdução de Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005, p. 419.

Das duas uma: ou essa expressão supera o precedente de *Auschwitz Lie*, ou então o que se tem é um nítido casuísmo argumentativo para proteger uma expressão radical e ofensiva, mas “politicamente correta”. Como não há, em *Tucholsky II*, sequer referência ao caso anterior sobre a negação do Holocausto, a segunda opção nos parece mais verossímil.

Com efeito, a negação da utilização de câmaras de gás em Auschwitz é uma opinião “sem base alguma”, “polêmica”, “ofensiva”, “sem valor”. Mas, de acordo com a argumentação agora – e só agora, no caso *Tucholsky II* – utilizada, “não deixa de fazer parte da área de proteção do direito fundamental”. Por que a nítida diferença de tratamento? Porque, em *Auschwitz Lie*, a ideia de democracia militante não poderia suportar a afirmação – liberal – de que estão protegidas pela liberdade de expressão mesmo afirmações *realmente* ofensivas e radicais.

Com efeito, a ideia de que a negação do Holocausto é um insulto aos Judeus (*Auschwitz Lie*) é incompatível com a conclusão de que a afirmação de que “Soldados são assassinos” constitui fato atípico. Comentando a decisão em *Tucholski II*, Kommers e Miller notam que “a Corte sugere que a natureza do grupo [vítima do insulto] deve ser levada em consideração”. Isso porque “Quanto maior ou mais genérico é o grupo, maior a dificuldade de associar uma declaração depreciativa a um insulto a um indivíduo em particular, e nesse caso a liberdade de expressão deve prevalecer contra objeções baseadas na dignidade ou na honra”¹⁷¹.

Ora, qual grupo é mais genérico? “Judeus” ou “soldados”? Ambos são igualmente genéricos. Se se admite a criminalização do insulto contra um dos grupos (Judeus), não se poderia – por razões *jurídicas* – chegar a conclusão radicalmente distinta em relação ao grupo “soldados”.

Dada a repercussão da decisão em *Tucholsky* (que dividiu os meios jurídicos¹⁷², mas que obteve apoio em parcela significativa da sociedade alemã¹⁷³), e levando-se em conta a quantidade de manifestações antimilitaristas apreciadas pelos Tribunais, não seria leviano afirmar que a faixa com os dizeres “Soldados são assassinos” é ofensiva aos soldados, mas não à sociedade alemã. Por isso, e só por isso, essa opinião radical foi aceita.

É por isso que *Tucholsky II* é tão distante do que decidido pela Suprema Corte americana em *Texas vs. Johnson*: o caráter contramajoritário de *Texas* é nítido; já quanto a *Tucholsky II*, não se pode afirmar o mesmo. *Texas* valida a expressão radical e ofensiva de queimar a bandeira americana porque a Suprema Corte adota a ideia liberal da neutralidade do Estado. Já *Tucholsky II* admite a

¹⁷¹ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University Press, 2012, p. 473.

¹⁷² Idem, *ibidem*, p. 469.

¹⁷³ SCHWABE, Jürgen. **Op. Cit.**, p. 418. A despeito disso, KOMMERS e MILLER noticiam que “vários alemães, particularmente social e politicamente conservadores, consideraram árduo conciliar a decisão [de *Tucholski I*] com o respeito alemão pelos valores tradicionais da honra e da reputação”. Na verdade, essa posição crítica se aproxima mais de decisões como a de *Auschwitz Lie*, o que manteria a linha jurisprudencial da Corte.

expressão radical e ofensiva porque, no contexto da sociedade alemã, ela não soa assim tão ofensiva e radical.

Rigorosamente, *Tucholsky II*, por si só, não confirma nem infirma a influência da política sobre a interpretação judicial do discurso do ódio na Alemanha. Contudo, a diametral oposição aos argumentos aduzidos em *Auschwitz Lie* confirma o fenômeno.

Essa distinção – arbitrária – se confirma quando se analisa outro argumento: o do insulto coletivo.

No caso *Auschwitz Lie*, a negação da utilização de câmaras de gás em Auschwitz foi considerada um insulto coletivo ao povo judeu. Ao revés, em *Tucholsky*, a Corte decidiu que afirmar que “Soldados são assassinos” não é penalmente punível porque os réus “não fizeram afirmações sobre soldados certos e determinados que teriam cometido assassinatos no passado”¹⁷⁴. Não é possível ser mais contraditório do que isso.

Mas a Corte vai além e termina por trair o verdadeiro fundamento para reverter a condenação dos radicais pacifistas, quando afirma ser protegida constitucionalmente a manifestação agressiva, “se a expressão controversa for uma contribuição à formação da opinião pública”¹⁷⁵. Isto é: admitem-se opiniões radicais e até mesmo ofensivas, desde que sejam construtivas. Este não é um argumento jurídico. Isso é a política invadindo o discurso judicial pela porta dos fundos, trazendo a ideia comunitarista de que cabe ao Estado encorajar ou desencorajar opiniões, de acordo com o efeito de fortalecimento da comunidade que elas gerem ou não.

Comparando a decisão de *Auschwitz Lie* com o célebre Caso *Lüth* – comparação semelhante à que fizemos entre *Auschwitz* e *Soldaten sind Morder* – Krotoszynski afirma que

O Governo Alemão apoiava os pontos de vista e atitudes esposadas por Lüth [que defendeu o boicote a um filme de um director de cinema que fora nazista] e detesta as visões expressão pelo Sr. Irving e pelo NPD [partido neonazista alemão]. Trata-se de um simples caso de discriminação de ideias reforçada pelo Estado¹⁷⁶.

Igualmente, Kommers e Miller apontam para o “delicado ato de sopesamento” que levou à conclusão do Tribunal em *Tucholski II*¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Idem, ibidem, p. 420.

¹⁷⁵ Idem, ibidem, p. 424.

¹⁷⁶ *Apud* HAUPT, Claudia E. **Op. Cit.**, p. 330.

¹⁷⁷ KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **Op. Cit.**, p. 471.

4. O “ETERNO RETORNO” DA NEGAÇÃO DO HOLOCAUSTO: O CASO RUDOLF HESS¹⁷⁸

Imagine-se que, no Brasil do século XXI, um partido de extrema direita resolvesse realizar uma festa em comemoração ao aniversário de Emílio Garrastazu Médici. Isso pode dar uma rápida e superficial ideia do que se abordou no Caso Rudolf Hess¹⁷⁹.

Em 2005, o Partido Nacional Socialista Alemão (NPD, na sigla alemã) manifestou o desejo de realizar, entre os anos de 2005 e 2010, uma reunião anual, na cidade de Wunsiedel, “em homenagem a Rudolf Hess”.

Rudolf Hess foi um deputado nazista e assessor direto de Hitler, entre os anos de 1933 e 1941. Preso ainda durante a Guerra, foi condenado em Nuremberg a prisão perpétua. Morreu, ainda na prisão, em 1977, e foi enterrado na dita cidade alemã¹⁸⁰.

A reunião foi proibida pelas autoridades administrativas, com base no mesmo dispositivo da Lei de Reuniões citada no já analisado caso *Auschwitz Lie*. Há aqui, porém, uma peculiaridade: a proibição se deu já sob a vigência da nova redação do art. 130 do Código Penal alemão.

Em 1995, após o julgamento de *Auschwitz Lie*, o Parlamento Alemão aprovou uma alteração ao § 130 do StGB, inserindo as alíneas 3 e 4, de modo a criminalizar especificamente a negação do Holocausto. O dispositivo está assim redigido:

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 nacionalismo e da índole disposta no § 220 a (1), de tal maneira que seja capaz de perturbar a ordem pública¹⁸¹.

Antes de prosseguirmos com a análise específica do caso *Hess*, em busca de indicadores de influência política na decisão, é preciso fazer algumas observações sobre o tipo penal em questão.

Trata-se de um delito de perigo abstrato. Apesar da ressalva final (“de tal maneira que seja capaz de perturbar a ordem pública”), não se exige, para a adequação típica, a demonstração de

¹⁷⁸ Há outro caso, também relativo a Rudolf Hess, julgado em 1980, mas que dizia respeito às condições da prisão. O caso que ora analisamos foi julgado em 4 de novembro de 2009. A referência oficial é 1 BvR 2150/08. A íntegra da decisão (em alemão) está disponível em http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20091104_1bvr215008.html, acesso em 13.12.2013.

¹⁷⁹ Logicamente, não se quer, aqui, comparar a tortura praticada pela ditadura militar brasileira e o Holocausto, mas apenas traçar um paralelo entre o que as duas “comemorações” representariam nos respectivos países.

¹⁸⁰ Em 2011, no intuito de se livrar do incômodo das marchas neonazistas anualmente realizadas – de forma autorizada ou não – a cidade de Wunsiedel exumou os restos mortais de Hess e destruiu seu túmulo (onde se lia o significativo epitáfio: “Eu ousei”). Cf. Portal Terra. **Túmulo do nazista Rudolf Hess é destruído e restos são exumados**. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/europa/tumulo-do-nazista-rudolf-hess-e-destruido-e-restos-sao-exumados,dd782352316fa310VgnCLD200000bbcecb0aRCRD.html>. Acesso em 12.12.2013.

¹⁸¹ A tradução é de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (**Op. Cit.**, p. 181).

ocorrência de um perigo concreto, em vista da expressão “seja capaz de”. Nesse sentido, a criminalização dessa conduta representa, conforme a dogmática penal, uma antecipação punitiva do legislador, de modo a sancionar atos que, em regra, seriam considerados meramente preparatórios. Não se cuida, entretanto, de técnica legislativa incomum na legislação penal alemã¹⁸².

Perceba-se que a lei considera crime até mesmo a conduta de *minimizar* os efeitos do Holocausto, o que representa, segundo setores da própria doutrina alemã, uma indevida intromissão na liberdade de expressão¹⁸³.

O dirigente do Partido Neonazista recorreu ao Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), que manteve a proibição. Utilizou, então, a queixa constitucional para levar o tema ao Tribunal Constitucional Federal, alegando a violação à liberdade de opinião (art. 5º da GG) e ao princípio da legalidade (art. 103 da GG), em virtude dos termos excessivamente amplos do tipo penal.

A decisão da Corte Constitucional é prenha de indicadores de influência política, o que se percebe a partir da análise de sua fundamentação.

Em suma, a Corte reconhece que o § 130, 4, do StGB, **não** é uma lei geral, no sentido exigido pelo art. 5, 2, da GG¹⁸⁴. Sendo assim, deveria ser considerada inconstitucional (de acordo com a estrutura típica do sistema jurídico e do seu código binário lícito/ilícito). Todavia, surpreendentemente, após esse reconhecimento expresso de que não se trata de uma lei geral, como exigido pelo dispositivo constitucional, o Tribunal afirma que, **excepcionalmente**, o dispositivo é compatível com a Lei Fundamental, por se tratar de um caso excepcional em que essa legislação especial é “inerente” aos dispositivos constitucionais que tratam da liberdade de expressão.

Vale a pena transcrever o trecho do acórdão:

Apesar de não ser uma lei geral, o § 130.4 do Código Penal é, por via de exceção, compatível com os artigos 5.1 e 5.2 da Lei Fundamental. Tendo em vista a injustiça e o terror causados pelo regime Nacional-Socialista, uma exceção para banir por lei especial é inerente aos artigos 5.1 e 5.2 da Lei Fundamental em relação a provisões que imponham limites à aprovação propagandística do histórico de arbitrariedades do regime Nacional-Socialista¹⁸⁵.

O raciocínio do Tribunal é relativamente simples – e incrivelmente sincero, do ponto de vista da motivação e da argumentação: o § 130 não é uma lei geral, tal como exigido pelo art. 5.2 da GG, mas é com ele compatível, pois existe uma “exceção inerente” a esse dispositivo

¹⁸² GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Panorama do Princípio da Legalidade no Direito Penal Alemão Vigente**. In: DireitoGV, São Paulo, ano 2, nº 6, julho-dezembro de 2010, p. 575.

¹⁸³ BRUGGER, Winfried. **Op. Cit.**, p. 133.

¹⁸⁴ De acordo com esse dispositivo, a liberdade de expressão pode ser restringida por meio de leis gerais. Tem-se uma reserva legal qualificada, de modo que não se proibam “certas convicções, atitudes ou ideologias”, no dizer do próprio Tribunal.

¹⁸⁵ GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Op. Cit.**, p. 578.

constitucional, em relação à propaganda de ideias nazistas.

O que se tem aqui é uma inegável e evidente mistura de códigos. A um pressuposto jurídico são ligadas conclusões políticas. Ou, melhor dizendo: a conclusão jurídica é *alterada* por conta de questões histórico-políticas.

Na verdade, o raciocínio, em vez de “se o § 130 não é uma lei geral, é inconstitucional”, foi transformado em “apesar de não ser uma lei geral, o § 130 é excepcionalmente constitucional, pois proíbe ideias que a sociedade alemã não aceita”. Aliás, a ideia de que há “proibições inerentes” na cláusula do art. 5 da GG é, no mínimo, juridicamente arrojada, mesmo à luz da jurisprudência do Tribunal.

A decisão sofreu duras críticas da dogmática alemã. Brugger chegou a afirmar que

(...) a Corte transforma uma obrigação moral em uma obrigação jurídica e, quando a lei penal é utilizada como *ultima ratio* para reconhecer um destino histórico terrível, devem ser trazidos à discussão fundamentos adicionais relativos à necessidade dos meios e aos interesses protegidos¹⁸⁶.

Perceba-se a primeira parte da afirmação do autor: o que a Corte fez foi transformar uma obrigação moral em obrigação jurídica. Diríamos, no vocabulário da teoria dos sistemas: o que a Corte fez foi corromper o código jurídico com motivos extrajurídicos, exclusivamente políticos. Aqui não temos interpenetração de sistemas. O que se tem em *Hess* é a *substituição* da argumentação jurídica pela argumentação histórica e política.

Estudiosos brasileiros corroboram a crítica. Depois de considerar o preceito do § 130 “extremamente genérico”, Nereu José Giacomolli e Pablo Rodrigo Alflen Silva afirmam que o Tribunal entendeu que não há qualquer violação à exigência de certeza da lei penal, “apesar da total generalidade do preceito”¹⁸⁷.

A ideia de que se substitui a argumentação jurídica por outras é confirmada pela análise da fundamentação do acórdão, em que se apela a valores, ao simbolismo, à “legitimação objetiva” e à “visão da realidade histórica” para justificar a decisão, o que vem ao encontro de um “traço altamente eticizante, marcantes (sic) da história e da tradição [penal] alemã”¹⁸⁸.

Ao apreciar a proporcionalidade da restrição estabelecida pelo § 130, o TCF decidiu que o preceito atende ao critério de proibição do excesso. Tendo por objetivo a preservação da paz pública, essa previsão penal teria uma “legitimidade objetiva”. Isso porque, na opinião da Corte, “a proteção da paz pública deve ser entendida, num sentido restrito, como a proteção da tranquilidade do debate público”.

¹⁸⁶ BRUGGER, Winfried. **Op. Cit.**, p. 133.

¹⁸⁷ GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Op. Cit.**, p. 576.

¹⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 570.

Contudo, apesar do que sua argumentação indica, a Corte adverte que isso não significa defender uma proteção contra “o envenenamento do ambiente intelectual”, mas sim deriva do fato de que, numa visão da realidade histórica, a defesa do Nacional-Socialismo é vista “pela população de hoje como um ato agressivo e um ataque contra aqueles que veem seu valor e seus direitos questionados, e que (...) tem um efeito mais danoso que a mera confrontação com uma ideologia que é hostil à democracia e à liberdade”. Mais ainda: a Corte destaca que o enaltecimento do Nacional-Socialismo tem um “alto valor simbólico”.

Perceba-se que, assim como em *Auschwitz Lie*, o dano do discurso é algo difuso. O bem jurídico tutelado pela norma do § 130, 3 e 4, é a “dignidade coletiva do povo judeu”. Mas, como já vimos, o mesmo raciocínio não fora empregado, em relação aos soldados, quanto ao insulto coletivo por eles sofrido, e apreciado em *Tucholski II*.

Na argumentação do caso *Hess*, já identificamos indicadores de influência política, quais sejam, a extração de conclusões jurídicas a partir de premissas políticas, assim como a incongruência da argumentação jurídica (deficiente justificação interna). Aqui, podemos apontar mais um indicador: a utilização reiterada de categorias da política. O uso de categorias como “legitimação objetiva”, “valor simbólico” e “realidade histórica” indicam a influência do comunitarismo sobre a decisão jurídica.

Mais uma vez – e em *Hess*, segundo nossa visão, da maneira mais clara possível – tem-se a corrupção do código jurídico pelo código político. O reconhecimento de que a lei não é geral, mas está protegida por uma “proibição implícita”, que leva em conta a “realidade histórica”, possui uma “legitimação objetiva” e “alto valor simbólico” não é a mera influência da política sobre o direito: é a substituição deste por aquela.

5. CONCLUSÕES PARCIAIS

As diferenças entre o tratamento constitucional do discurso do ódio nos EUA e na Alemanha começam no próprio marco normativo (Primeira Emenda *versus* Lei Fundamental). Enquanto a Primeira Emenda à Constituição Americana assegura a liberdade de expressão de forma ampla, a *Grundgesetz*, além de principiar seu texto proclamando a dignidade humana, no próprio dispositivo em que positiva a liberdade de expressão, já prevê expressamente possibilidades de limitação a esse direito.

Também a própria história institucional de cada país parece induzir a que, na Alemanha, haja

uma tolerância significativamente menor a discursos extremistas, notadamente os relacionados à negação ou minimização do Holocausto.

Isso, contudo, é apenas o ponto de partida.

Como a análise dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal Alemão mostra, há uma nítida influência da ideologia política predominante naquele país (o comunitarismo) sobre a forma como a Corte Constitucional interpreta a questão do *hate speech*. A necessidade de defender a identidade de determinados grupos minoritários (principalmente os Judeus); a prevalência da defesa da dignidade dos membros do grupo; o resguardo dos valores da comunidade são ideias nitidamente comunitaristas adotadas pelo Tribunal em diversos julgados.

Assim como ocorre com a Suprema Corte Americana em relação ao liberalismo político (e, em certa medida, também ao utilitarismo), o Tribunal Constitucional Federal Alemão é direta e decisivamente influenciado pelo comunitarismo em suas decisões; a ponto de se poder afirmar, com base nos indicadores de influência política identificados nos precedentes estudados, que em alguns momentos a Política chega a ameaçar o caráter autopoiético do Direito, pretendendo substituir as estruturas e o código do sistema jurídico pelos correspondentes do sistema político.

Um dos exemplos mais gritantes disso foi a decisão recente no caso Rudolf Hess, em que a Corte, não obstante tenha reconhecido que a lei que criminalizou a negação do Holocausto não atende aos pressupostos constitucionalmente exigidos, deveria *excepcionalmente* ser admitida, por se tratar de um caso particular na história do povo alemão.

Esse julgado representa a invasão do Direito pela Política, muito mais do que a mera, esperada e natural interpenetração entre sistemas. Basta que se imaginem quais as consequências para a coerência do sistema jurídico – e sua função de redução de complexidades – se esse raciocínio peculiar fosse adotado em casos outros.

A visão alemã, portanto, se aproxima do tratamento americano apenas no que diz respeito à decisiva influência da Política sobre o discurso judicial acerca do *hate speech*. Nos EUA, a Suprema Corte tende a autorizar discursos extremistas, com base na subjacente desconfiança em relação ao governo como censor de ideias. Já na Alemanha, contrariamente, confia-se no Estado como indutor de ideias que reforcem a unidade política e o respeito mútuo entre os integrantes da comunidade.

Ao comparar a jurisprudência alemã e a americana sobre o discurso do ódio, conclui Claudia E. Haupt que

Geralmente, a tradição Americana confia muito mais na força das boas opiniões que compete com as ruins; mais comumente se assume que as boas ideias prevalecerão. (...) Como a desconfiança

no governo prevalece nos Estados Unidos, um pensamento não comumente encontrado na Alemanha, há uma grande relutância a deixar o governo selecionar as boas e as más opiniões. Finalmente, os tribunais americanos tendem a procurar por um elemento de interesse público que possa se encontrado no discurso do ódio, tendência essa ausente da jurisprudência alemã¹⁸⁹.

Diversos autores veem nessa diferença de tratamento entre EUA e Alemanha algo natural, em razão da história alemã¹⁹⁰. Contudo, a partir da análise qualitativa de conteúdo realizada em relação aos precedentes, e com base na visão comparativa entre EUA e Alemanha, é possível enxergar nessa diferença de tratamento uma ameaça à alopoiese do Direito. Se, no caso alemão, isso pode ser explicado por conta da adoção de conceitos comunitaristas pela própria Lei Fundamental, deve-se advertir que isso não significa uma autorização para a substituição de argumentos jurídicos por razões de política na tomada de decisões judiciais.

¹⁸⁹ HAUPT, Claudia E. **Op. Cit.**, p. 336.

¹⁹⁰ Em defesa da noção de “democracia militante”, Dieter Grimm sustenta que “a explicação para essa solução [proibição do discurso do ódio] é a autodestruição da democracia alemã em 1933, quando o sistema democrático foi abolido, não por uma revolução, mas através de meios democráticos. Entrementes, o conceito de democracia militante tem sido adotado também por outros países e ganhado apoio mesmo nos Estados Unidos”. GRIMM, Dieter. **Freedom of Speech in a Globalized World**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 14.

CAPÍTULO 3

O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO DISCURSO DO ÓDIO NO BRASIL: A INFLUÊNCIA POLÍTICA MULTIFACETADA

1. O DISCURSO DO ÓDIO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

De acordo com o rígido recorte metodológico a que nos propusemos, é lícito reconhecer a existência de pouquíssimos casos de discurso do ódio, em sentido estrito, na jurisprudência brasileira. Quando se restringe o campo de análise aos precedentes do STF, esse rol se torna, logicamente, ainda mais escasso.

Com efeito, em várias oportunidades, a Corte se pronunciou sobre o tema dos limites à liberdade de expressão, em sentido amplo. Porém, como já justificamos anteriormente, a análise de todos esses precedentes ampliaria por demais nosso objeto de pesquisa, sem ganhos de representatividade das decisões ou de aprofundamento da pesquisa. Assim, com base nesses pressupostos, pode-se afirmar existir apenas um caso em que o STF analisou especificamente a questão do discurso do ódio. Trata-se do conhecido *Caso Ellwanger* (HC nº 82.959/RS)¹⁹¹.

Outros casos sobre os limites da liberdade de expressão poderão ser citados, mas apenas de forma marginal. Nossa análise focará especificamente os votos proferidos no citado caso, à procura da existência, ou não, de indicadores de influência política que nos permitam comparar o tratamento brasileiro com a forma como EUA e Alemanha cuidam da matéria.

2. O ONIPRESENTE CASO ELLWANGER

O caso *Ellwanger* é, certamente, um dos mais importantes julgados da história do STF. Proporcional a essa importância é a quantidade de obras que se propõem a analisá-lo, sob os mais diversos prismas. A decisão, aliás, dividiu a doutrina e a opinião pública¹⁹². Na realidade, quem quer

¹⁹¹ O julgamento do caso pelo Tribunal Pleno teve início em 12 de dezembro de 2002, com a leitura do relatório e do voto do Ministro Moreira Alves. Após diversos debates e pedidos de vista, a conclusão do julgamento só se deu quase um ano depois, em 17 de setembro de 2003. A publicação no Diário da Justiça data de 19 de março de 2004.

¹⁹² Em defesa da decisão: 1) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 351; 2) POTIGUAR, Alex Lobato. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio. A luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex, 2012; 3) HONÓRIO, Cláudia; KROL, Heloísa. **Jurisdição constitucional, democracia e liberdade de expressão: análise do caso Ellwanger**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 77-92, abr./jun. 2008. Contra: 1) MARTINS, Leonardo. **Sigfried Ellwanger: liberdade de expressão e crime de racismo: parecer sobre o caso**

que objetivo estudar a jurisprudência brasileira sobre a liberdade de expressão precisa ter em mente a decisão prolatada pelo Plenário da Corte nesse caso.

É de se ressaltar que os próprios Ministros tinham, na época do julgamento, consciência ao menos parcial da importância que o precedente teria, como se pode notar a partir das observações feitas por diversos julgadores – Celso de Mello, mais especialmente.

Para nossa análise, o caso ganha ainda mais relevo, pois se trata daquele que pode ser considerado o único caso em que o STF se debruçou sobre o tema específico do *hate speech*, em sentido estrito.

2.1. Comentários iniciais

Um editor de livros gaúcho – o Rio Grande do Sul se caracteriza, vale lembrar, por forte colonização alemã e pela existência eventual mas relevante de defensores da secessão – chamado Siegfried Ellwanger Castan escreveu, publicou e editou a obra “Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século”¹⁹³. No livro, veiculado pela Editora Revisão, o autor buscava demonstrar, com intuito pretensamente histórico, que o verdadeiro extermínio ocorrido na Segunda Guerra teria vitimado os alemães¹⁹⁴. Trata-se, como se vê, de uma variante da Negação do Holocausto (*Holocaust Denial*), já analisada anteriormente, no Capítulo III (Caso *Auschwitz Lie*).

Afora isso, a editora, de propriedade de Ellwanger, ainda publicou diversas outras obras, de autores consagrados ou não, com conteúdo antisemita¹⁹⁵.

Por conta dessas condutas, Ellwanger foi denunciado por incitação ao racismo, nos termos do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, na redação dada ao dispositivo pela Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1991¹⁹⁶. Absolvido em primeira instância, o réu foi condenado pelo Tribunal

decidido pelo STF no HC 82.424/RS. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 179-209, out./dez. 2007; 2) MEYER-PFLUG, Samatha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: RT, 2009, pp. 218 e ss; 3) CARVALHO, Lucas Borges de. **Justiça e liberdade de expressão: uma releitura do caso Ellwanger.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2009.

¹⁹³ CASTAN, S. E. **Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do Século.** Porto Alegre: Revisão, 1987.

¹⁹⁴ O livro foi publicado com a autoria atribuída a S. E. Castan (a edição apreciada pelo STF é de 1989) e até hoje se encontra disponível para compra, por preços mais que acessíveis, em sebos.

¹⁹⁵ Caso, por exemplo, de “O Judeu Internacional”, de autoria de Henri Ford.

¹⁹⁶ De acordo com o dispositivo – posteriormente modificado pela Lei nº 9.459, de 15 de maio de 1997 – constitui crime “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”. A pena prevista era a reclusão, de dois a cinco anos. Segundo a atual redação, a figura típica consiste em praticar, induzir ou incitar a discriminação, independentemente do meio utilizado – a propagação pelos meios de comunicação ou publicação passou a constituir uma forma qualificada.

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), em grau de apelação, à pena mínima (2 anos), aplicando-se-lhe a suspensão condicional da pena.

A defesa impetrou habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que denegou a ordem. Daí o novo habeas corpus, dirigido ao STF.

Na impetração, o único argumento levantado era a questão da extinção da punibilidade, em virtude da prescrição. Isso porque, de acordo com o inciso XLII da Constituição Federal (CF), o crime de racismo é inafiançável e imprescritível. Mas, de acordo com o que sustentava a defesa, como os judeus não constituíam uma raça, não se poderia punir o paciente pelo crime de racismo. Logo, o delito cometido poderia prescrever.

Note-se que a argumentação original não tratava da possível proteção constitucional da publicação com base na liberdade de expressão. Apesar disso, o tema foi objeto de debate e decisão da Corte, tanto porque havia sido apreciado no acórdão prolatado no TJRS, quanto por provocação dos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Britto.

O Tribunal, ao fim, denegou o habeas corpus, por 8 votos a 3, restando vencidos os Ministros Moreira Alves (Relator), Marco Aurélio e Carlos Britto.

A análise minuciosa dos votos – que somam, juntamente com o relatório, 488 páginas – demonstra, contudo, que foram adotadas as mais diversas razões, tanto para indeferir o *writ*, quanto para votar pela concessão. Assim, por exemplo, o Ministro Relator, Moreira Alves, concedia a ordem, para declarar a prescrição da pretensão punitiva, lastreando-se no fato de que, cientificamente, os judeus não constituiriam uma raça, tornando-se impossível, dessa forma, condenar o paciente pelo delito imprescritível de racismo. Não abordou o tema da liberdade de expressão, que só surgiu efetivamente depois, durante os debates¹⁹⁷.

Já o Ministro Marco Aurélio concedia o *writ* com base, principalmente, em argumentos em defesa da liberdade de expressão, além de acompanhar o Relator quanto à impossibilidade de se considerar imprescritível a conduta do paciente.

Por sua vez, o Ministro Carlos Britto votou pela concessão de habeas corpus de ofício, por considerar que a publicação das obras constituía fato atípico, uma vez que coberta pela cláusula constitucional da liberdade de expressão.

Também os votos pela denegação pouco tiveram de comum entre si. Enquanto o Ministro Maurício Corrêa – que abriu a divergência – tenha-se preocupado mais em enfatizar o compromisso político da repressão ao nazismo e ao antissemitismo (assim como o Ministro Nelson Jobim), outros

¹⁹⁷ Vale registrar que o Relator foi aposentado compulsoriamente, por completar 70 anos, durante o julgamento.

Ministros enveredaram mais profundamente sobre o tema dos tratados internacionais que cuidam da matéria (Celso de Mello). Já o Ministro Gilmar Mendes ocupou-se mais da questão da ponderação entre os dois bens em conflito (liberdade de expressão *versus* proibição do racismo).

Essa diversidade de fundamentos permite concluir, desde já, pela reafirmação, nesse julgamento, de uma tendência característica do STF: não há necessariamente uma decisão *da Corte*, como órgão colegiado, mas sim a junção de várias vontades individuais dos Ministros. Tanto assim que, se comparado com o Tribunal Constitucional Federal Alemão e com a Suprema Corte americana, só no STF todos os Ministros precisam proferir seu voto. Na Suprema Corte, em geral, um *Justice* redige a opinião da Corte, e os demais *podem* consignar sua concordância total ou parcial (*concurring*) ou discordância (*dissenting*). De maneira parecida trabalha o TCF Alemão.

Essa peculiaridade do STF é relevante para nossa análise, uma vez que, mais do que nos outros casos, é possível analisar a existência ou não de influência política no voto de cada Ministro, isoladamente. Todavia, tal singularidade também dificulta nossa análise, pois é mais difícil emitir juízo sobre a posição *da Corte*, já que o que se tem é, em verdade, a somatória de decisões individuais.

Por outro lado, essa multiplicidade de fundamentações, além de confirmar a complexidade do tema, vem a corroborar uma de nossas hipóteses: a de que, no Brasil, como não existe uma ideologia política predominante, também a leitura jurisprudencial da questão tende a ser mais variada, menos monolítica.

2.2. Categorização dos votos de acordo com a presença de indicadores de influência política

Dentro dessa multiplicidade de fundamentos lançados nos vários votos, é possível realizar uma categorização do tipo de argumento utilizado por cada Ministro. Assim, podemos classificar os votos em “políticos”, de um lado, e “técnicos”, de outro.

Logicamente, essa classificação embute uma simplificação, uma vez que nenhum voto é puramente técnico ou exclusivamente político. Trata-se de identificar a prevalência do argumento mais forte utilizado por um Ministro – se baseado primordialmente em aspectos técnicos, ou se lastreado de maneira mais explícita em argumento de política.

Essa distinção entre argumentos jurídicos e argumentos políticos não é estranha à pesquisa, e já se mostrou suficientemente confiável a partir da análise de precedentes da Suprema Corte

Americana e do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

A classificação deu-se, basicamente, de acordo com a frequência com que foram identificados indicadores de influência política. Com base nisso, votos em que esses indicadores foram identificados com frequência puderam ser enquadrados como “políticos”. Ao revés, os votos em que não foram encontrados indicadores, ou o foram de forma muito marginal, foram categorizados como votos “técnicos”.

Logicamente, busca-se aqui um distanciamento de juízos de valor. Sem deixar de reconhecer a influência de nossas pré-compreensões – ao que, adiantamos, discordamos da decisão proferida pelo STF – procuramos realizar uma análise factual, sem corresponder à correção ou coerência dos votos. Em outras palavras: o fato de um voto ser categorizado como “técnico” não significa o acerto ou a coerência da argumentação, da mesma forma que a classificação como “político” não significa que o voto se encaminhe de maneira incongruente, ou mesmo errada. Tanto assim que há votos de ambas as categorias entre os que adotaram a tese vencedora e entre os que restaram vencidos. Trata-se, é bom que se reitere, de uma análise de sociologia jurídica e política, que procura se basear em juízos analíticos factuais¹⁹⁸.

Dentre os votos vencedores, podem ser categorizados como políticos os dos Ministros Maurício Corrêa (que abriu a divergência) e Nelson Jobim. Ressalte-se que o fato de ambos terem sido políticos, antes de ocuparem a cadeira de Ministro do STF, embora provavelmente não seja uma coincidência, tem valor neutro em nossa análise. O que se analisa é o voto, e não o Ministro.

Esses dois votos – notadamente o do Ministro Maurício Corrêa (que, segundo José Emílio Medauar Ommati, busca “equiparar o Supremo Tribunal Federal a um tribunal religioso”¹⁹⁹) – apresentaram vários indicadores de influência política, desde a utilização pura de argumentos políticos (como “os judeus merecem a proteção do Estado”), até a transformação de argumentos de política em argumentos jurídicos (“como os judeus sofreram várias atrocidades, então qualquer conduta que minimize essa situação merece ser caracterizada como imprescritível”), passando pela incongruência argumentativa – que, como assumimos no Capítulo I, pode ser apontada como um indicador de influência política, embora não isoladamente.

Já entre os votos vencidos, apenas o do Ministro Marco Aurélio pode ser categorizado como “político”. A manifestação do Ministro Moreira Alves foi estritamente técnica – como reconheceu,

¹⁹⁸ Justamente por isso, deveremos nos abster de analisar a correção jurídica dos votos, por ser matéria que foge ao âmbito de nossa pesquisa. A análise será centrada na verificação da existência, ou não, de influência política na decisão, tão-somente. Aqui nossa pesquisa se distancia, percebe-se, de outras obras que visam a analisar a correção jurídica da decisão do STF, citadas adiante.

¹⁹⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 23.

inclusive, o Ministro Gilmar Mendes, mesmo a ela se opondo²⁰⁰. Por outro lado, o Ministro Carlos Britto, a par de concordar com vários argumentos do Ministro Marco Aurélio, o fez com base mais em análises factuais do que na reafirmação dos ideais liberais.

Quanto aos votos dos Ministros Carlos Velloso, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence, até mesmo em virtude da pequena extensão, dificilmente podem ser categorizados, representando uma importância relativamente pequena para nossa análise. Apesar disso, abordaremos rapidamente uma parte do voto do Ministro Carlos Velloso, quando comentarmos um indicador de influência política presente no voto do Ministro Nelson Jobim.

2.3. Análise dos votos “técnicos”

O primeiro voto técnico – e o que mais se caracteriza como tal – foi o do Relator, Ministro Moreira Alves. Praticamente adotando os fundamentos lançados na impetração, o Ministro reconheceu que: a) os judeus não podem ser (cientificamente) conceituados como raça, nem se enxergam nessa categoria; além disso, b) a discussão na Constituinte para a inclusão do inciso XLII do art. 5º restringiu-se à questão dos negros, nada sendo decidido em relação aos judeus; e, portanto, c) a conduta do paciente não poderia ser enquadrada como racismo, o que leva à conclusão de que d) o crime pelo qual Ellwanger foi condenado é prescritível, de modo que e) o habeas corpus deveria ser concedido, para declarar a prescrição da pretensão punitiva.

A coerência interna do voto não merece reparos, embora as premissas de que judeus não constituem raça e de que não haveria, portanto, o crime de racismo, tenham sido veementemente rejeitadas por quase todos os que o sucederam. Nesse sentido, aliás, pode-se dizer que a posição do Ministro restou isolada.

Porém, não encontramos indicadores de influência política no voto, o que nos permite enquadrá-lo na categoria dos votos técnicos²⁰¹ (como, reitere-se, reconhecido pelos Ministros que votaram posteriormente, ainda que de forma diversa).

Mesmo havendo passagens em que se verifica uma influência política, esse fato não decorre de uma deturpação do código jurídico, mas da natural interpenetração dos sistemas. Assim, por

²⁰⁰ Não se pode esquecer que a opção por uma argumentação estritamente técnico-jurídica pode se configurar, ela mesma, uma opção política, ainda mais quando se trata de decisão em controle de constitucionalidade (no caso, difuso), por se tratar de uma análise fronteira entre Direito e Política. Contudo, além de esse questionamento fugir ao objeto de nossa pesquisa, não parece ser o caso do voto do Ministro Moreira Alves.

²⁰¹ No que pareceu uma crítica velada à postura que aqui denominamos “política” de alguns Ministros – principalmente Maurício Corrêa, Moreira Alves justificou seu voto, afirmando: “procurei cumprir a Constituição, sem levar em consideração aspectos emocionais que não diziam, nem dizem, respeito à nossa tradição racial” (p. 611).

exemplo, quando o Ministro reconhece que, no contexto brasileiro, a questão relevante é a discriminação contra o negro (uma vez que a questão judaica tem pouca relação com nossa realidade), essa conclusão deriva da análise dos discursos dos constituintes, no seio de uma análise jurídica sobre os elementos da interpretação constitucional (p. 536).

Ademais, norteou o Ministro Moreira Alves uma preocupação dogmático-penal com a excessiva abertura do termo “racismo”, na interpretação que viria a sagrar-se vencedora.

Outro voto técnico – mas adotando posição diametralmente oposta à do Relator – foi o do Ministro Celso de Mello. Quase todo calcado na análise de tratados e convenções internacionais de que o Brasil é signatário e que impõem o combate a qualquer forma de racismo, o Ministro reconheceu o valor constitucional da liberdade de expressão. Contudo, após reiterar que esse direito fundamental não possui caráter absoluto, defendeu não estarem por ele albergadas expressões de caráter discriminatório e racista.

Há algumas passagens – assim como no voto de Moreira Alves – em que se pode notar influência política. Entretanto, não se verifica a substituição do código jurídico. Ao contrário: a argumentação política vem em reforço da argumentação jurídica, e não o contrário. Assim, por exemplo, quando se afirma que:

(...) publicações – como a 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 (p. 628).

Pode-se criticar a coerência externa do raciocínio – afinal, não é assente que apenas obras que contenham “indagações científicas” estejam protegidas pela liberdade de expressão. Da mesma forma, o Ministro Moreira Alves chegou a rebater o argumento baseado em tratados internacionais, ao afirmar que “nenhuma dessas convenções impõe a imprescritibilidade do crime de racismo” (p. 605). A crítica quedou sem resposta. Mas, apesar dessas possibilidades de crítica, não há, no voto do Ministro Celso de Mello, indicadores de influência política²⁰².

Ainda no campo dos votos técnicos encontra-se a manifestação do Ministro Gilmar Mendes.

²⁰² Na confirmação do voto, o Ministro conclui com argumentos que podem ser considerados argumentos de política transformados em argumentos jurídicos, ao assumir, por exemplo, que o objeto de discussão é “o conflito entre a civilização e a barbárie”, de maneira que caberia ao STF “fazer prevalecer” a dignidade humana “acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática”, devem prevalecer “os princípios que exaltam e afirmam a superioridade ética dos direitos humanos”, de modo que a proibição da negação do Holocausto permaneça “como uma advertência, para as presentes e as futuras gerações, de que o MAL jamais deverá triunfar outra vez” (pp. 944-945). O que se tem é a afirmação do conceito de democracia militante – que, como já se viu, é essencial à visão comunitarista sobre o discurso do ódio. Esse indicador de influência política, contudo, não desnatura o caráter técnico do voto do Ministro Celso de Mello, uma vez que se aproxima mais de uma figura retórica do que de um argumento central (e essas palavras foram proferidas, registre-se, apenas na confirmação do voto).

Apesar de utilizar-se de argumentos nitidamente liberais em defesa da liberdade de expressão (como, por exemplo, na p. 649, em que reconhece a importância dessa liberdade como mecanismo de “controle do próprio governo”), o cerne do raciocínio do Ministro diz respeito à ponderação entre liberdade de expressão e proibição do racismo²⁰³.

O uso da técnica da ponderação não está imune a críticas, até por parte de defensores do acórdão²⁰⁴, e a própria conclusão da aplicação do critério da proporcionalidade é questionável²⁰⁵ (tanto assim que o Ministro Marco Aurélio, ao utilizar o mesmo critério, chegou a conclusão diversa)²⁰⁶. Da mesma maneira, o voto pode ser objeto das já citadas críticas a partir da visão dogmático-penal²⁰⁷. Nada disso, no entanto, indica influência política indevida ou excessiva no voto.

Com efeito, o Ministro recorreu a subsídios doutrinários estrangeiros, ao Direito Comparado – assim como, aliás, fizera o Ministro Celso de Mello – e à teoria geral do Direito, tendo como cerne da argumentação o critério de ponderação. Sua argumentação baseou-se no código jurídico de licitude/ilicitude, e, em nossa análise, não encontramos indicadores de influência política que permitam retirar a manifestação do grupo dos votos “técnicos”.

Outro voto “técnico” – só que em defesa da concessão do habeas corpus – foi o do Ministro Carlos Britto.

Apesar da forte defesa da liberdade de expressão – inclusive concedendo de ofício o habeas corpus, para considerar absolutamente atípica a conduta do paciente –, o voto não apresenta muitos indicadores de influência política.

Na verdade, trata-se do voto que mais analisou questões fáticas, como passagens das obras referidas, o que mereceu severas críticas por parte do Ministro Nelson Jobim, mais afeito à teoria clássica sobre a impossibilidade de análise probatória aprofundada em sede de habeas corpus. Na manifestação do Ministro Carlos Britto, analisa-se a extensão da liberdade de expressão, conjugada com a liberdade de consciência e crença, e o Ministro chega à conclusão de que, na conduta de

²⁰³ Aliás, o próprio Ministro, na confirmação do voto, defende uma “revisão ou aprimoramento da chamada teoria liberal dos direitos fundamentais para uma teoria democrático-funcional” (p. 954). Apesar do que a utilização do adjetivo “liberal” pode fazer parecer, a discussão é mais de teoria dos direitos fundamentais do que de teoria política.

²⁰⁴ Cf. POTIGUAR, Alex Lobato. **Op. Cit.**, pp. 237 e ss.

²⁰⁵ Utilizando-se da técnica da ponderação para justificar a concessão do habeas corpus, cf. MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional. Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 228.

²⁰⁶ Também é possível registrar que o voto centra a análise da proporcionalidade da condenação, mas não aborda – ao menos não de forma detalhada – a questão da proporcionalidade do próprio tipo penal incriminador (p. 669). Cf. MARTINS, Leonardo. **Op. Cit.**, pp. 228 e ss.

²⁰⁷ O Ministro reconhece que o preceito que criminaliza a incitação ao racismo é “inevitavelmente aberto”, o que (também) justificaria o recurso à técnica da ponderação – e que pode ser perigoso para um juízo de tipicidade penal.

Ellwanger, não houve incitação ao racismo, mas a mera defesa de uma ideologia²⁰⁸.

Como se disse, apesar da nítida defesa da liberdade de expressão, tal fato não significa, por si só, influência política indevida, motivo por que enquadrámos o voto do Ministro na categoria dos “técnicos”.

2.4. Análise dos votos “políticos”

Significativo é o fato de que o voto do Relator, Moreira Alves, foi por nós categorizado como um voto “técnico”, ao passo que justamente o voto do Ministro que abriu a divergência, Maurício Corrêa, foi categorizado como “político”. Disso não se pode inferir que a própria decisão do caso *Ellwanger* seja mais política do que técnico-jurídica, mas não deixa de ser algo a se destacar.

2.4.1. A Bíblia, o Genoma e o Holocausto: o Voto do Ministro Maurício Corrêa

O voto do Ministro Maurício Corrêa é, juntamente com a manifestação do Ministro Nelson Jobim, o que mais apresenta indicadores de influência política. Embora esses traços também estejam presentes no voto de um dos Ministros que compôs a minoria (Marco Aurélio), em termos qualitativos e, principalmente, quantitativos, não há comparação entre as duas situações: os votos de Maurício Corrêa e Nelson Jobim são decididamente mais políticos do que técnicos.

Nas “incidências ao voto” (uma espécie de manifestação prévia antes do pedido de vista), o Ministro Maurício Corrêa começou realizando um “histórico” do povo judeu a partir... da Bíblia! São quase cinco páginas inteiras de paráfrases bíblicas e digressões até mesmo sobre a etimologia da palavra “judiar”, tudo isso para justificar a afirmação de que “o povo judeu foi estigmatizado” (p. 551) – o que não é exatamente uma assertiva bombástica. Ademais, a questão religiosa é – ou deveria ser – absolutamente irrelevante para o do Direito Constitucional.

²⁰⁸ Podem-se considerar as afirmações de Ellwanger uma espécie de agir estratégico, mas é verdade que, em algumas passagens do livro, o autor tenta registrar que dirige suas críticas ao movimento sionista, e não aos judeus em si. Por exemplo, quando afirma que “este livro nada tem a ver com os brasileiros natos ou naturalizados que professam a religião judaica, que trabalham e lutam conosco por um Brasil mais unido e forte, que se destacam nos mais variados serviços, profissões e funções, mas que infelizmente às vezes são vistos com desconfianças, pelas tropelias e estripulias que os sionistas armam pelo mundo afora, e que só trazem para os pacatos praticantes judeus, (sic) apreensões e mal-estar. (...) **Uma boa forma de combater o Sionismo: – Nunca discriminar o brasileiro nato ou naturalizado que professa a Religião Judaica!**” (grifos do original). CASTAN, S. E. *Op. Cit.*, p. 305.

Ao analisar o voto de Maurício Corrêa – assim como na pesquisa que ora empreendemos, sob o prisma da Teoria dos Sistemas de Luhmann –, José Emílio Medauar Ommati, embora concorde com as conclusões do STF, afirma ser problemático o proceder do Ministro, no marco do Direito Moderno²⁰⁹, uma vez que, “ao assim agir, o Ministro (...) desconsiderou que o Direito Moderno é autônomo em relação aos outros subsistemas da sociedade”²¹⁰.

Mas esse singular introito seria apenas uma figura retórica ou uma digressão sem importância, se fosse secundada por argumentos jurídicos. Não é propriamente o que se verifica.

Ao tentar rebater os argumentos do Ministro Moreira Alves de que a intenção do constituinte originário seria criminalizar a discriminação contra o negro, especificamente, o Ministro Maurício Corrêa parte para uma estéril busca da *mens legislatoris*, ao se perguntar se “todos os constituintes” (vale lembrar que ele mesmo e o Ministro Nelson Jobim haviam sido constituintes) “votaram a disposição tão-só com esse desiderato” (p. 552). Essa é apenas uma discussão infrutífera, ultrapassada até, mas ainda realizada no campo jurídico.

O que causa espécie é a incursão do voto por questões políticas e históricas, sem qualquer esforço ou preocupação *prima facie* em tecer uma argumentação jurídica, e com resultados de caráter duvidoso, para se dizer o mínimo.

Há passagens em que o voto chega a conclusões problemáticas, quando minimiza o sofrimento de outros grupos vulneráveis, para, por comparação, destacar o sofrimento dos judeus: “Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu” (p. 553).

Nos dois parágrafos seguintes, chega o Ministro a uma conclusão bastante impactante para o julgamento de um caso penal, quando afirma que “há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça” (p. 553).

Não está bem claro o que seria, no contexto brasileiro do julgamento de um caso penal, “fazer justiça” aos judeus, nem em que medida essa conclusão evidentemente política influencia – ou deva influenciar – o desfecho jurídico do caso. De toda forma, o que se tem aqui é a utilização direta de argumentos políticos na solução de um caso jurídico – aquilo que anteriormente já havíamos elencado como um forte indicador de influência política.

A partir dessas premissas, o Ministro parte para a desconstrução científica do conceito de

²⁰⁹ OMMATI, José Emílio Medauar. **Op. Cit.**, p. 27.

²¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 28.

raça, a partir do mapeamento do genoma humano, para combater o argumento do Ministro Moreira Alves. O ponto da argumentação é: se cientificamente não existe raça *alguma*, ou a descrição típica do racismo baseia-se em um conceito *social* de raça, não faz sentido algum sua criminalização, seja em relação a judeus ou a negros. Nesse ponto, o Ministro rebate os argumentos (técnicos) do Ministro Moreira Alves e do impetrante, de modo que essa passagem não pode ser considerada “política”.

Contudo, é da premissa inicial – de que a humanidade possui uma dívida de justiça para com os judeus – que decorrem as conclusões do voto. Após afirmar que “pregar a restauração dessa doutrina [racial], ainda que por vezes sob o disfarce de ‘revisão’, (...) é praticar racismo” (p. 569), o voto se aproxima parcialmente da argumentação de *Auschwitz Lie*, ao tratar a questão como “afirmação sobre fatos”. Nas palavras do Ministro, Ellwanger “pretende (...) alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu” (p. 570).

No entanto, se a distinção entre afirmação sobre fatos e afirmação sobre ideias é problemática no âmbito da *Grundgesetz* alemã, mais ainda sob a égide da Constituição brasileira, que em momento algum dá pistas de que aceite essa diferenciação. Também não se fala dessa distinção claramente, mas ela está pressuposta no raciocínio engendrado pelo Ministro. A argumentação é, nesse ponto, jurídica, mas está presente um indicador de influência política (fraco, mas que deve ser registrado e percebido dentro de um conjunto): a baixa coerência interna da argumentação jurídica.

Logo após esse trecho, o Ministro passa a tecer argumentos jurídicos sobre os tratados internacionais de que o Brasil é signatário e que impõem a punição do racismo. Trata-se de argumento muito semelhante ao desenvolvido pelo Ministro Celso de Mello. Nesse ponto, o voto é mais técnico do que político.

Mais à frente, porém, volta-se a encontrar indicadores de influência política, como, por exemplo, a utilização de argumentos de política em sede de Direito Comparado. Diferentemente dos votos dos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, que recorrem ao Direito Comparado para informar o estado da arte da discussão sobre *hate speech* em outros países, o voto do Ministro Maurício Corrêa recorre a experiências de outros países – de forma seletiva, abordando apenas aqueles que criminalizam o discurso do ódio – para sobre elas fazer um juízo de valor *político* e estender esse juízo ao caso brasileiro.

Nesse sentido, é sintomática a passagem em que o Ministro afirma que “no plano do direito comparado, **dispensou-se tratamento adequado a tais discriminações** [juízo de valor político]”

(p. 578, sem grifos no original). A partir de então, o voto passa a elencar vários exemplos de criminalização²¹¹ do discurso do ódio, tais como França e Espanha. No entanto, não menciona que, no caso francês, a lei que criminalizou a negação do Holocausto encontrou seriíssimas restrições²¹². Também são citados casos em que a Suprema Corte Americana considerou que os judeus se enquadram na categoria “raça”, para fins de proteção – mas os casos citados não têm a ver com o exercício da liberdade de expressão, e sim com a prática de condutas discriminatórias. Aliás, o voto “esquece” outros precedentes menos convenientes da Suprema Corte, como *R.A.V. vs. Saint Paul* – nesse ponto, inclusive, sofre velada crítica do Ministro Moreira Alves.

Esse uso seletivo dos precedentes do Direito Comparado, dentro do macrocontexto do voto, pode ser considerado um indicador de influência política; mais um elemento que denota estarmos diante de uma exacerbada influência do código político sobre a interpretação jurídica.

No prosseguimento do voto, o Ministro adota alguns preceitos do comunitarismo – próximos do que decidiu o Tribunal Constitucional Federal Alemão em *Auschwitz Lie*. Embora não use explicitamente o termo “democracia militante”, é disso que se trata na passagem do voto a seguir: “[a criminalização da negação do Holocausto] deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental” (p. 583). Nesse trecho, estão presentes simultaneamente dois indicadores de influência política: a utilização direta de argumentos políticos e, ainda, a substituição do código jurídico (lícito/ilícito) pelo código moral (certo/errado) e político (poder/não-poder). Com efeito, não se diz que, à luz da Constituição, a conduta do paciente é ou não prescritível; o que se diz é que é importante combater o racismo, o que já extravasa para um juízo político e moral.

A ideia de “democracia militante” é retomada em outro ponto do voto, quando se afirma que “as grandes catástrofes da história só se tornaram tristes realidades diante do silêncio daqueles que tinham o dever de reagir, e não o fizeram” (p. 586). Logo após, cita-se o poema “No caminho, com Maiakóvski”, de Eduardo Alves da Costa. Uma vez mais, não é citada a expressão “democracia militante”, mas esse é o conceito subjacente à ideia de a democracia reagir para defender-se dos antidemocratas.

Em alguns trechos, a aproximação com o ideário comunitarista é ainda mais evidente. Assim quando, por exemplo, na ementa, o Ministro faz consignar a “inconciabilidade (sic) [da conduta de

²¹¹ Não se aborda, contudo, o fato de que o cerne do habeas corpus não era a criminalização em si, mas a incidência ou não da cláusula de imprescritibilidade. Essa, contudo, é uma crítica do ponto de vista jurídico, mas que não afeta a coerência interna da argumentação a ponto de poder ser considerada um indicador de influência política.

²¹² Cf. WEIL, Patrick. **The Politics of Memory: bans and commemorations**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 571.

Ellwanger] com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo” (p. 524). Como se sabe, o recurso a valores éticos e morais para reprimir o discurso do ódio é um dos argumentos mais próximos da ideia comunitarista, conforme fixado no capítulo 1.

Há outras passagens em que se encontram indícios de substituição do código jurídico pelo código político. Outras, entretanto, são meros exageros retóricos, mas que, no conjunto do voto, denotam uma preocupação maior com o convencimento e a reafirmação de uma posição política do que com a construção de um raciocínio jurídico. Desse jaez são, por exemplo, os trechos em que o Ministro Maurício Corrêa defende que a conduta de Ellwanger atinge “até mesmo a própria vida” dos judeus (p. 585), ou quando implicitamente defende uma tipificação direta do racismo pela própria Constituição, independentemente de intermediação legislativa regulamentadora (p. 768, em aparte ao Ministro Carlos Britto).

Todos esses elementos são suficientes para classificar o voto do Ministro Maurício Corrêa entre os votos “políticos” – o que é bastante grave, tendo em vista que esse foi o voto que liderou a divergência e, além do mais, com ele praticamente concordaram integralmente os Ministros Nelson Jobim, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Cezar Peluso.

A “corrupção” do código jurídico no voto do Ministro Maurício Corrêa, com a substituição pelo código moral, político e até religioso, é verificada (e criticada) até mesmo por autores que defenderam veementemente a decisão do STF. José Emílio Medauar Ommati chega a afirmar:

Ora, se o Direito Moderno opera funcionalmente fechado, a partir de um código específico e se, (sic) apenas encontra-se aberto em termos comunicacionais, traduzindo essas informações para seu próprio código, percebe-se claramente que a história bíblica enquanto informação de outro subsistema, não desempenha, para o caso concreto em análise, qualquer função para a reestabilização das expectativas normativas de comportamento. (...) para a solução da controvérsia, era indiferente se os judeus haviam ou não sido perseguidos durante toda a história da humanidade. O que estava sendo discutido era se uma publicação pretensamente científica buscando uma revisão histórica do Holocausto poderia ou não configurar crime de racismo contra os judeus.

Sob o pretexto de analisar esse caso concreto, o Supremo Tribunal Federal não pode se transformar em um Tribunal Religioso, Literário, Científico ou Moral da Sociedade. Estaria ele, se assim fizesse, como realmente fez o Ministro Maurício Corrêa, desconsiderando o código específico do Direito e a própria função, importantíssima, do Poder Judiciário. Se levarmos a sério a argumentação do Ministro Maurício Corrêa e o que subjaz a ela, (...) teríamos também de considerar racista e, portanto, contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, toda a produção científica de Gilberto Freyre e de outros sociólogos brasileiros que defenderam a democracia racial no Brasil. Haveria, assim, uma desdiferenciação do sistema jurídico, em que as decisões seriam agora dadas em função de preferências morais, religiosas, estéticas, literárias dos juízes (...). (...) o Ministro Maurício Corrêa praticou uma verdadeira ‘teologia constitucional’, colocando-se como um superego da sociedade²¹³.

Como se percebe, a substituição do código jurídico pelo código político no voto condutor do

²¹³ OMMATI, José Emílio Medauar. **Op. Cit.**, pp. 58-59.

caso *Ellwanger* é reconhecida e criticada até por partidários da decisão, o que corrobora nossa hipótese de que, ao menos nos votos decisivos desse caso (embora não em todos eles), houve uma decisiva – e abusiva – influência da política sobre a decisão judicial.

2.4.2. Tudo depende da intenção: o voto do Ministro Nelson Jobim

O voto do Ministro Nelson Jobim é curto, embora tenha ele participado intensamente dos debates, principalmente se contrapondo à argumentação do Ministro Carlos Britto.

Porém, apesar da curta extensão, a conclusão e o argumento central do voto são de uma incongruência interna e transmitem de tal modo a veiculação jurídica de uma preferência pessoal que não podem deixar de ser classificados como indicadores de influência política.

Creemos que não é preciso dizer muito mais, quando se analisa o trecho em que o Ministro afirma que o crime de racismo não é publicar os livros, nem escrevê-los, nem divulgá-los, mas sim a intenção com a qual se pratica essas condutas (como que a exigir – sem o afirmar – um especial fim de agir no delito previsto no art. 20 da Lei de Combate ao Racismo).

Segundo o peculiar raciocínio do Ministro, como a edição dos livros não se deu por motivos históricos, a conduta é típica²¹⁴. A partir disso, o Ministro recorre às sempre convenientes “peculiaridades do caso concreto” para indeferir o habeas corpus.

No final do voto, afirma-se o seguinte:

Vamos admitir que a Biblioteca do Exército ou a Biblioteca Nacional editassem o livro para registros históricos. Mas aqui não é o caso. Aqui, temos esses livros, de controle histórico – como é o caso do Gustavo Barroso, que também já li –, e juntando aos demais, toda a conduta atrás disto mostra que a edição do livro é um instrumento para a prática de racismo. Não é a edição do livro **stricto sensu** que seja a prática do racismo, mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode produzir-se racismo. Pode-se produzir essa forma de edições, pode-se editar por motivos históricos, mas pode-se manejar, manipular e mexer esses instrumentos para, com eles, produzir o resultado desejado, que é exatamente difamar e praticar o racismo (p. 696).

Há algumas graves incongruências no raciocínio.

Primeiramente, é preciso reiterar que a Constituição, ao proteger a liberdade de expressão, não faz distinção entre publicações de caráter histórico, científico ou literário. Aliás, como já dissemos, não só os historiadores, cientistas e acadêmicos são titulares da liberdade de dizerem o que pensam.

²¹⁴ Na verdade, a desqualificação da obra como “histórica” ou “científica”, embora esteja presente em vários votos e em estudos e obras sobre o caso *Ellwanger*, deveria ser, a princípio, irrelevante. Afinal, a liberdade de expressão constitucionalmente assegurada não protege apenas as obras de caráter histórico, mas, em tese, a liberdade de dizer o que se pensa. Não são só os cientistas ou historiadores que são titulares da liberdade de expressão.

Por outro lado, a afirmação deixa transparecer que o Ministro substituiu o marco normativo constitucional (jurídico) pela sua opinião (política) sobre a admissibilidade ou não da publicação. Se fosse uma publicação da Biblioteca do Exército, seria permitida; mas de um editor do interior, então isso não se admite.

Além de tudo, tem-se aqui uma nítida distinção baseada no conteúdo – ou, pior ainda, baseada na intenção. Em outras palavras: há uma gradação entre as abordagens americana, alemã e a do Ministro Nelson Jobim. Nos EUA, uma distinção baseada no conteúdo é inadmissível; na Alemanha, é admissível, em algumas ocasiões (afirmações sobre opiniões, não sobre fatos); na argumentação construída pelo Ministro Jobim, não se tem sequer uma distinção baseada no conteúdo, mas na intenção. A publicação de livros com o mesmo conteúdo pode ser lícita ou não, a depender da intenção – louvável ou deplorável – do editor. Trata-se, como dissemos, de uma argumentação bastante peculiar, que não utiliza qualquer marco normativo jurídico-constitucional, apenas a opinião do Ministro sobre qual a intenção justa ou injusta de publicar um livro.

Esses fatores nos levaram a incluir o voto na categoria dos “políticos”.

Reitere-se que essa visão “baseada na intenção” não foi adotada apenas pelo Ministro Jobim. No voto do Ministro Carlos Velloso, também se deixa implícito que a liberdade de expressão apenas protegeria as publicações científico-históricas, inspiradas pelos mais altos objetivos, e não apenas as meramente panfletárias. Afirma-se que:

(...) as publicações [de Ellwanger] não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância. Não podem, portanto, ser consideradas obras que contribuem para o aperfeiçoamento do comportamento humano (p. 688).

A contrario sensu, se a publicação fosse “comportada”, ou “estritamente científica”, seria lícita, ainda que veiculasse o mesmo conteúdo. Tem-se aqui uma visão mais próxima até do utilitarismo. Não só pela negação do preceito liberal da neutralidade do Estado, mas também pela análise de custo-benefício: a publicação é inadmissível porque não “contribui para o aperfeiçoamento do comportamento humano”. O que seja isso, só o próprio Ministro poderia esclarecer.

Na verdade, a adoção desse raciocínio representa a ressurreição da teoria da *bad intention*, utilizada pela Suprema Corte Americana, como variante da teoria do *clear and present danger*, no caso *Whitney*, e reconhecidamente restritiva da liberdade de expressão (veja-se a discussão a respeito no capítulo II, em especial item 2).

Mesmo reiterando a advertência que fizemos no início deste capítulo – analisaremos os votos, não os Ministros – é importante salientar que a tendência liberal do Ministro Marco Aurélio é de todos conhecida. Foi, inclusive, objeto de estudos específicos²¹⁵. Essa tendência à incorporação do ideário liberal é confirmada a partir da análise do voto no caso *Ellwanger*.

Não obstante essa constatação, o voto do Ministro Marco Aurélio é o menos “político” de todos os que foram por nós classificados nessa teoria. Existem indicadores de influência política na manifestação, mas o cerne do voto gira em torno de uma questão jurídico-técnica: o juízo de ponderação (assim como ocorreu com o Ministro Gilmar Mendes, apesar dos resultados conflitantes). Por isso, podemos afirmar que o voto do Ministro Marco Aurélio situa-se no limiar entre os votos “técnicos” e os “políticos”.

Predomina, porém, o viés político – o que não é, diga-se de passagem, algo a se estranhar, visto que o próprio Ministro reconhece um quê de “realismo jurídico” em suas decisões. Chegou mesmo a afirmar, em entrevista: “Primeiro idealizo a solução mais justa. (...) Só depois vou buscar o apoio na lei”²¹⁶.

Com base nisso, pode-se entender melhor a defesa do liberalismo político em que se transforma o voto do Ministro.

Logo no início, o Ministro deixa clara a importância capital que confere à liberdade de expressão (apesar de reconhecer que não se trata de um direito absoluto). Ao justificar essa posição, termina por adotar quase todas as justificações possíveis, sob um paradigma liberal.

Há a citação do princípio da neutralidade como justificativa para a liberdade de expressão, numa verve que se aproxima bastante dos precedentes americanos, quando se afirma:

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade (p. 876).

Há, aqui, vários elementos do ideário liberal utilizados como substrato para uma decisão jurídica, o que pode ser elencado como um indicador de influência política. Não só a adoção do princípio da neutralidade, mas também a própria forma de contrapor Estado e Sociedade, Governo e Indivíduo são características da argumentação do liberalismo político acerca da liberdade de

²¹⁵ PRETZEL, Bruna Romano. **Argumentação sobre Liberdade de Expressão: resultados da análise de votos do Ministro Marco Aurélio**. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 53 e ss (em especial p. 55, quando se diz que “existe (...) a impressão de que o Ministro tem, em geral, um posicionamento liberal”).

²¹⁶ Cf. PRETZEL, Bruna Romano. **Op. Cit.**, p. 54.

expressão, conforme já estabelecido nos capítulos anteriores.

Essa afirmação do princípio da neutralidade é reforçada mais à frente, quando o Ministro afirma que “a ninguém é dado o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade” (p. 881). E, uma vez ainda, sustenta o Ministro que “avocar ao Judiciário o papel de censor não somente das obras dos próprios autores, responsabilizando-os, como sobretudo daquelas simplesmente [por eles] editadas enseja um precedente perigosíssimo” (p. 898).

Outra categoria nitidamente liberal é a justificação a partir do livre mercado de ideias, “em que se privilegia o intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada” (p. 878).

Um indicador de influência política bastante forte e que se apresenta no voto, ainda, é a citação direta de autores liberais. Especificamente, o Ministro cita Stuart Mill (p. 880) – que, como expusemos nos capítulos anteriores, é um dos “pais fundadores” da noção liberal-utilitária de liberdade de expressão. Essa citação, destaque-se, não é algo marginal, um acréscimo de reforço argumentativo, mas uma das bases do raciocínio que escuda o voto, possuindo valor central na argumentação desenvolvida. Isso reforça o caráter de indicador de influência política.

Ainda uma vez, o Ministro recorre às ideias liberais de contraposição entre Estado e Sociedade (“a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado”, p. 882) e, principalmente, à proibição da restrição baseada em conteúdo (“não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante”, *idem*).

Mais não seria preciso dizer para afirmar a nítida influência – mais que isso, a decisiva influência – da ideologia liberal sobre a manifestação do Ministro. Mas vale lembrar ainda que a vedação à restrição “baseada no conteúdo” (*content based*), além de “importada” da jurisprudência da Suprema Corte; além de contraposta aos votos dos Ministros Nelson Jobim e Carlos Velloso; ainda é dificilmente compatível com o regramento da Constituição brasileira para a liberdade de expressão.

Realmente, se nossa Constituição assegura a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e de expressão (art. 5º, IX), independentemente de censura ou licença, admitem-se, ao menos em alguns casos, restrições baseadas no conteúdo da mensagem (como, por exemplo, propagandas de determinados produtos nocivos). A generalização da proibição baseada no conteúdo, afirmada pelo Ministro Marco Aurélio, parece despregar-se do ordenamento constitucional objetivo, o que reforça a legitimidade de se apontar essa argumentação como (mais um) indicador de influência política presente no voto.

Nesse contexto, consta do voto do Ministro Marco Aurélio uma das passagens mais impactantes, sinceras e diretas, especificamente sobre o discurso do ódio. Fiel aos seus ideais liberais, o Ministro afirma que não é por ser discriminatória que uma decisão não está protegida:

(...) não pode servir de substrato para a restrição da liberdade de expressão simples alegação de que a opinião manifestada seja discriminatória, abusiva, radical, absurda, sem que haja elementos concretos a demonstrarem a existência de motivos suficientes para a limitação propugnada (p. 884).

Logo após, o Ministro caminha, inclusive, para dar uma solução *à americana* ao tema. Aproxima-se, ora da teoria do perigo claro e iminente²¹⁷, ora da teoria da iminente ação ilegal (p. 888), quando se sustenta que a restrição de caráter penal à liberdade de expressão somente se justificaria “quando a divulgação da idéia ocorra **de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado** no seio da sociedade” (original sem grifos).

É de justiça ressaltar, contudo, que, conforme havíamos advertido no início desta etapa da análise, o voto não é exclusivamente “político”. Ao contrário, em diversas passagens, contém uma crítica justamente ao conteúdo político dos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim, principalmente.

É o que ocorre, por exemplo, quando no voto critica-se a “importação” de problemas estrangeiros, desapegados da realidade brasileira, pois

É imprescindível que a solução deste habeas passe necessariamente por exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade (p. 894).

Essa preocupação retorna em pelos menos mais dois outros trechos do voto (pp. 891 e 917), o que demonstra tratar-se de um tema central na argumentação.

O balanço, portanto, que se pode fazer do voto do Ministro Marco Aurélio é de que se trata de um voto “político”, com diversos indicadores de influência direta das ideias liberais sobre a conclusão jurídica a que se chega – embora não chegue ao ponto de, como os votos dos Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim, substituir o código jurídico pelo código político.

3. CONCLUSÕES PARCIAIS

²¹⁷ Cf. BRANDÃO, Maureen da Silva; MARQUES, Amanda Ravena Martis; MUNIZ, Arnaldo Brasil. **A Liberdade de Expressão e suas Ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424)**. In: PARDO, David Wilson de Abreu [organizador]. **Casos Constitucionais em Destaque: princípios fundamentais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 117.

Ao contrário do caso alemão (*Auschwitz Lie*), em que o Código Penal tipifica a negação do Holocausto de forma explícita e específica, no caso brasileiro a tipificação da negação do Holocausto exigiu um esforço interpretativo – bastante questionável, para se dizer o mínimo, ainda mais em se tratando de Direito Penal – para justificar a punição a título de incitação ao racismo – delito de caráter imprescritível, lembre-se²¹⁸. Dessa forma, se as críticas aos precedentes alemães já foram duras, mais merecedora de reparos ainda é, sob o prisma da dogmática penal, a decisão do STF em *Ellwanger*²¹⁹.

Nesse ponto, a própria utilização do juízo de ponderação para decidir uma questão de enquadramento típico penal é bastante controversa. Com efeito, levando-se em conta a ideia de certeza da lei penal (uma consequência do princípio da estrita legalidade), há um grave déficit de segurança jurídica (e, por conseguinte, de limitação ao *jus puniendi*) quando o enquadramento de uma conduta como crime depender de um juízo de ponderação, não de subsunção²²⁰.

Ademais, é preciso analisar a realidade social em que se deu a publicação. Sem necessariamente nos comprometermos com a adoção das teorias do *clear and present danger* ou da *imminent Lawless action*, é preciso reconhecer que o perigo concreto de uma incitação ao racismo contra judeus, feita mediante a publicação de um livro no interior do Rio Grande do Sul, é realmente diminuta. Assim, se na Alemanha ainda é possível encontrar *alguma* justificativa para a criminalização da negação do Holocausto, em vista da específica importância para a História local²²¹, a adoção desse mesmo proceder no Brasil chega a ser um exagero – e um exagero cometido com a utilização do Direito Penal.

A influência política é nítida em alguns votos. Mas, ao contrário do que ocorre quando se analisam precedentes dos EUA e da Alemanha, não é tão fácil identificar uma corrente política específica. Há elementos do liberalismo e do comunitarismo – e até do utilitarismo –, ora

²¹⁸ Com análise crítica, sob o prisma da dogmática penal, sobre o entendimento do STF em *Ellwanger*, cf. SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 140 e ss.

²¹⁹ Sobre isso, confira-se a preocupação principalmente do Ministro Moreira Alves, a partir da p. 596: “Se se der ao termo ‘racismo’ a amplitude que agora se pretende dar no sentido de que ele alcança quaisquer grupos humanos com características próprias, **vamos ter o crime de racismo como um crime de conteúdo aberto**, uma vez que os grupos humanos com características culturais próprias são inúmeros, e não apenas, além do judaico, o dos curdos, o dos bascos, o dos galegos, o dos ciganos, grupos esses últimos com relação aos quais não há que se falar em holocausto para justificar a imprescritibilidade” (sem grifos no original).

²²⁰ Para uma explicação mais detalhada dessa crítica, cf. SHIRAKI, Ariella Toyama. **A Configuração do Ilícito Penal na Jurisprudência do STF: Muito Além da Mera Subsunção? O julgamento do “Caso Ellwanger” (HC 82.424/RS)**. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 538 e ss.

²²¹ Nesse sentido, Dieter Grimm afirma que, “em última análise, é a responsabilidade da Alemanha pelo Holocausto que explica essa decisão [de criminalizar o *Holocaust Denial*]”. GRIMM, Dieter. **The Holocaust Denial Decision of The Federal Constitutional Court**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 561.

integrados, ora sobrepostos, ora distintos, além de outros fragmentos de um ideário político difuso.

Pelo fato – e essa é a hipótese principal de nossa pesquisa – de não existir no Brasil uma ideologia política claramente predominante (temos um amálgama de ideias colhidas do liberalismo, do comunitarismo, do utilitarismo e também do marxismo), também se verifica nos votos dos Ministros uma pluralidade de pontos de vista políticos. Ao contrário de EUA – com a nítida predominância do liberalismo e do utilitarismo – e da Alemanha – em que predomina, como de resto em toda a Europa, a ideologia comunitarista –, no Brasil não há uma ideologia predominante. Isso tem como consequência o caráter algo vacilante da jurisprudência do STF sobre o discurso do ódio.

Por fim, vale ressaltar que, embora o caso *Ellwanger* tenha-se tornado paradigma nas discussões sobre o caso, não se pode afirmar a existência de uma verdadeira jurisprudência do STF em tema de *hate speech*, uma vez que julgou apenas um caso isolado; a decisão foi tomada por maioria (8x3), e muitos dos Ministros que denegaram o *writ* já estão aposentados (a composição da Corte mudou radicalmente, de 2003 até hoje).

Basta que se advirta que, posteriormente, no julgamento da ADPF nº 187/DF (caso *Marcha da Maconha*), a Corte, com outra composição, considerou – por unanimidade – que defender publicamente a descriminalização das drogas não se confunde com fazer apologia ao crime ou incitar a prática de delitos. Aparentemente, a lógica aqui é bem diversa do que foi decidido em *Ellwanger*, quando a publicação de um livro foi considerada incitação.

A propósito, a decisão em *Ellwanger*, longe de imune a críticas, sofreu duros ataques, do ponto de vista metodológico, inclusive (e principalmente) por defensores da restrição ao *hate speech*. Uma dessas críticas, aliás, é justamente pelo fato de a Corte não ter debatido de forma aprofundada a distinção entre a defesa de ideias e a incitação²²².

Realmente, no Brasil a conduta de *Ellwanger* foi punida a título de incitação, não de crime contra a honra (como no caso alemão). Esse entendimento, porém, foi abandonado em julgados posteriores, como o da *Marcha da Maconha*, em que o Tribunal adotou critérios mais rígidos para a tipificação da incitação.

A substituição do código jurídico pelo código político em *Ellwanger*, ou ao menos em alguns dos votos que foram decisivos para a controvérsia, produziu efeitos danosos não só para o paciente, mas também para todo o sistema jurídico. Realmente, quando se corrompe o código de um sistema social, afeta-se a sua característica de autopoiese, seu fechamento operacional, aquilo que é justamente o principal fator de estabilização das expectativas normativas.

²²² Cf. POTIGUAR, Alex Lobato. **Op. Cit.**, p. 62.

Imediatamente, o sistema político apropriou-se da decisão em *Ellwanger* para “digeri-la” e “processá-la” sob seu código próprio (maioria/minoria, poder/não-poder) – o que, convenhamos, não foi difícil, uma vez que muitos dos votos já eram “políticos”, já haviam abandonado o código jurídico em favor do código político.

Apenas a título exemplificativo dessa “apropriação” da decisão pelo sistema político, cite-se a propositura, pelo então Deputado Federal Marcelo Itagiba, de Projeto de Lei (PL) visando a alterar a Lei de Combate ao Racismo, para criminalizar a negação do Holocausto. Na Ementa do Projeto, explica-se que a proposição “Penaliza quem negar ocorrência do Holocausto ou de outros crimes contra a humanidade, com a finalidade de incentivar ou induzir a prática de atos discriminatórios ou de segregação racial”.

O PL foi apresentado em 2007 e, desde então, encontra-se apensado a outra proposição (que busca reformar a Lei nº 7.716, de 1989), aguardando parecer da Comissão de Direitos Humanos e Minorias. A justificção do PL não cita expressamente o caso *Ellwanger* (mesmo porque, a rigor, se prevalecer a interpretação do STF, o PL seria provavelmente desnecessário), mas incorpora vários dos precedentes estrangeiros citados pela Corte²²³.

Esse fato demonstra os efeitos colaterais danosos que *Ellwanger* pode ter: é o preço que se paga quando se põe em xeque a autonomia do sistema jurídico.

²²³ De acordo com Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, “a propositura desse projeto de lei é em grande parte consequência da decisão tomada pelo STF no HC 82.424/RS”. **Op. Cit.**, p. 217.

PARTE III – CONCLUSÕES

A partir das noções de acoplamentos estruturais, autopoiese sistêmica e abertura cognitiva, colhidas da Teoria dos Sistemas de Luhmann, é possível construir uma explicação factível e realista, a partir da Sociologia, para as relações entre Direito e Política. Especificamente quanto aos precedentes dos Tribunais Constitucionais, torna-se possível usar o instrumental teórico acima descrito para construir uma metodologia de análise qualitativa de conteúdo, que forneça subsídios para a identificação da influência política no discurso jurisprudencial, por meio dos indicadores de influência política.

A partir desse arsenal metodológico, uma análise qualitativa de conteúdo dos precedentes pode apontar se existe a mera e natural interpenetração sistêmica entre Direito e Política, por meio dos mecanismos de acoplamento estrutural e abertura cognitiva desses dois sistemas, ou se ocorre a invasão de um sistema pelo outro, de modo ameaçador à própria autopoiese do sistema jurídico – condição necessária para a manutenção da função operacional do Direito na sociedade hipercomplexa, a redução de complexidades por meio da realização das expectativas normativas.

Quando se analisa especificamente o tema do tratamento constitucional do discurso do ódio (*hate speech*) em países como Brasil, Estados Unidos e Alemanha, percebe-se que, nesse assunto, a autopoiese do Direito é seriamente ameaçada, pois a presença de vários indicadores de influência política mostra que a ideologia política predominante em cada país influi decisivamente na forma como os tribunais consideram o *hate speech* constitucionalmente protegido ou proibido.

Assim, nos EUA, em que predominam tendências liberais e utilitaristas, a Suprema Corte tende a ler os casos envolvendo o discurso do ódio como uma maneira de reafirmar a posição preferencial da liberdade de expressão, até mesmo “criando” uma situação de conflito e oposição entre Estado e Sociedade, de modo a reforçar dogmas liberais como a neutralidade do Estado e a necessidade de se garantir um livre mercado de ideias.

Por outro lado, o Tribunal Constitucional Federal Alemão – talvez de forma ainda mais nítida que no caso americano – compromete-se de tal maneira com ideais comunitaristas de democracia militante e defesa da comunidade, que chega, em algumas decisões, a substituir a argumentação jurídica, baseada no código binário lícito/ilícito, pela argumentação estritamente política.

Até mesmo em países como o Brasil, em que não se pode afirmar que exista uma ideologia política predominante, a análise individualizada dos votos dos Ministros no conhecido *caso Ellwanger* demonstra que boa parte dessas manifestações transcende o Direito, chegando mesmo a

utilizar diretamente argumentos políticos para justificar e fundamentar a tomada de uma decisão (que deveria ser) jurídica.

Logicamente, não defendemos – e isso iria justamente contra todo o arcabouço teórico acima apresentado – uma ideia de que o Direito deva ser alijado de elementos políticos, ou de que o sistema jurídico esteja alheio ao seu meio ambiente social e político. Porém, o reconhecimento dessa abertura cognitiva do Direito à Política não pode transformar-se em uma desfuncionalização do sistema jurídico, pela corrupção do seu código binário. O Direito deve ser – inclusive na questão do tratamento constitucional do discurso do ódio – cognitivamente aberto, mas operacionalmente fechado, sob pena de alopoiese. Nesse sentido, “a teoria dos sistemas chama a atenção para os riscos de disfunção que ocorrem quando um dos sistemas sociais pretende colonizar e dominar todos os outros”²²⁴.

No terreno fértil e pantanoso da proibição ou proteção do discurso do ódio, deve-se, para evitar os riscos de demasiada influência política e as ameaças à autonomia do sistema jurídico, buscar sempre uma decisão juridicamente fundamentada, e com forte justificação interna e externa. Sem necessariamente se comprometer com os “modelos” americano-liberal e alemão-comunitarista, cabe ao intérprete e ao julgador policiar-se para evitar usar argumentos de política como se jurídicos fossem, bem como para evitar substituir o código binário jurídico pelo correspondente código binário da política. Parafraseando Gadamer, quanto mais o intérprete tem consciência de suas pré-concepções, mais próximo está de aceitá-las e levá-las em conta, da mesma forma se pode dizer que, quanto mais o intérprete sabe que determinado assunto está sujeito a uma grande influência política, mais condições tem de minimizar esse risco.

Por isso, não há respostas prontas sobre o tema do *hate speech*, especialmente no Brasil.

Por um lado, é difícil justificar a aceitação radical das ideias liberais-utilitárias americanas, que consideram legítimo um jovem queimar uma cruz em frente ao jardim de uma família negra, como forma de intimidá-la.

Por outro lado, a ideia de dignidade e de respeito à honra, geralmente utilizada como fundamento jurídico para as decisões restritivas da liberdade de expressão tomadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, nem sempre têm a extensão com que se as considera. Afinal, em uma democracia, o direito à honra e ao tratamento digno não podem ser levados ao paroxismo de se proibir todo e qualquer ataque. A noção de “minorias indefesas” não pode autorizar, por si só, a restrição a discursos extremistas, sob pena de se criar uma democracia anódina, insípida – não a

²²⁴ MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 134.

“democracia forte”, de que falam os comunitaristas, mas uma “democracia medrosa”.

É justamente por isso que, em relação ao discurso do ódio, não podem existir soluções fáceis. Afinal, como adverte Dworkin, “em uma democracia, ninguém, seja poderoso ou impotente, pode ter um direito a não ser ofendido ou insultado”²²⁵.

Por outro lado, geralmente se justifica a postura alemã de restrição ao *hate speech* com base no medo de que uma tolerância para com ideias extremistas possa fazer reviverem os horrores do nazismo.

Esse medo do “excesso de democracia” é constantemente apontado como uma razão para proibir o discurso do ódio. Trata-se, realmente, de uma justificativa bastante plausível. É preciso, entretanto, lembrar que restrições à liberdade de expressão também foram o primeiro (ou o decisivo) passo de muitas ditaduras. Assim, se é verdade que a República de Weimar soçobrou em virtude da propaganda de ideias racistas (por excesso de democracia), também é preciso ponderar que na China de Mao foi a restrição à liberdade de expressão, aprofundada durante a Revolução Cultural, um grande instrumento ditatorial.

A humanidade que matou milhões de judeus nos campos de concentração nazista é a mesma humanidade que assassinou milhões de chineses na Revolução Cultural. Nem a proibição do discurso do ódio nem a sua irrestrita admissão – nem mesmo qualquer instituição política ou jurídica – servem como “vacina” contra as crueldades de que é capaz o ser humano.

Por fim, quanto mais claro for que o tema do *hate speech* está sujeito a decisivas influências das ideologias políticas predominantes em cada país, tanto mais fácil será controlar a coerência e a justificação das decisões dos Tribunais Constitucionais sobre o tema, a fim de evitar a alopoiese do Direito e sua conseqüente perda de função na sociedade hipercomplexa.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **Foreword**. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. VIII.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Floyd. **On American Hate Speech Law**. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses**. New York: Cambridge University Press, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Shcild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANDÃO, Maureen da Silva; MARQUES, Amanda Ravena Martis; MUNIZ, Arnaldo Brasil. **A Liberdade de Expressão e suas Ameaças: reflexões a partir do caso Ellwanger (HC 82.424)**. In: PARDO, David Wilson de Abreu [organizador]. **Casos Constitucionais em Destaque: princípios fundamentais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

BRUGGER, Winfried. **O Comunitarismo como Teoria Social e Jurídica por Trás da Constituição Alemã**. Tradução de Felipe de Melo Fonte e Paola Enham Dias. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado, ano 3, nº 11, jul/set. 2008.

_____. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano**. In: Direito Público, Brasília, n. 15, Jan/Mar. 2007.

CANNON, Bradley C. **Defining the Dimensions of Judicial Activism**. *Judicature*, nº 66, vol. 237, 1982/1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Justiça e liberdade de expressão: uma releitura do caso Ellwanger**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2009.

CASTAN, Siegfried Ellwanger. **Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século**. Porto Alegre: Revisão, 1987.

CHEQUER, Cláudio. **A Liberdade de Expressão como Direito Fundamental Preferencial *Prima Facie*. Análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos de filosofia constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DAPHNE III PROGRAMME of the European Union. **EU Suggested Best Practice Document: critical analysis and policy recommendations for EU-wide hate crime laws**, pp. 36-37. Disponível em: http://www.uclan.ac.uk/research/environment/projects/assets/EU_SUGGESTED_BEST_PRACTICE_DOCUMENT.pdf. Acesso em 02.01.2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico.** São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Reply to Jeremy Waldron.** In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses.** New York: Cambridge University Press, 2012.

_____. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. **Foreword.** In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. **O Império do Direito.** Tradução de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança.** São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2010.

ETZIONI, Amitai (editor). **The Essential Communitarian Reader.** Lanham: Rowman and Littlefield, 1998.

FISS, Owen M. **La ironia de la Libertad de Expresión.** Barcelona: Gedisa, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método, vol. 1.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política.** São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Panorama do Princípio da Legalidade no Direito Penal Alemão Vigente.** In: DireitoGV, São Paulo, ano 2, nº 6, julho-dezembro de 2010.

GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk. The impoverishment of political discourse.** New York: The Free Press, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos.** Barueri: Manole, 2004.

GREENE, Jamal. **Hate Speech and the Demos.** *In:* HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses.** New York: Cambridge University Press, 2012.

GRIMM, Dieter. **Freedom of Speech in a Globalized World.** *In:* HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. **The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany.** *In:* HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade, vol. 1.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

HALL, Jeffrey P. **Taking “Rechts” Seriously: Ronald Dworkin and the Federal Constitutional Court of Germany.** *In:* German Law Journal, nº 6, vol. 9, 2008.

HAUPT, Claudia E. **Regulating Hate Speech – damned if you do and damned if you don’t: lessons learned from comparing the German and U.S. approaches.** *In:* Boston: Boston University International Law Journal, n. 23, 2005.

HEINZE, Eric. **Wild-West Cowboys versus Cheese-Eating Surrender Monkeys: Some Problems in Comparative Approaches to Hate Speech.** *In:* HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

HELENA, Eber Zoehler Santa. **Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls.** *In:* Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen. **Waldron, Machiavelli, and Hate Speech.** *In:* HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses.** New York: Cambridge University Press, 2012.

HONÓRIO, Cláudia; KROL, Heloísa. **Jurisdição constitucional, democracia e liberdade de expressão: análise do caso Ellwanger**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 77-92, abr./jun. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo, WMF/Martins Fontes, 2009.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. Durham: Duke University Press, 2012.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Liberalism, Community and Culture**. Oxford: Oxford University, 1989.

LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *In*: PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD, n.3, Jun.2007.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos**. São Paulo: Aracati, 2011.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2005.

_____. **Sociologia do Direito, volume II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MALIK, Maleiha. **Extrem Speech and Liberalism**. *In*: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional. Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Sigfried Ellwanger: liberdade de expressão e crime de racismo: parecer sobre o caso decidido pelo STF no HC 82.424/RS**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, p. 179-209, out./dez. 2007.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento**. São Paulo: Palas Atena, 2011.

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

MICHELMAN, Frank. **Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation.** *In:* *Tennessee Law Review*, vol. 56, n. 303, 1988-1989, pp. 303-304. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tenn56&div=17&g_sent=1&collection=journals. Acesso em: 11.dezembro.2012.

MILL, John Stuart. **A Liberdade/Utilitarismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia.** Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A teoria rawlsiana da justiça.** *In:* *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 42, n. 168, out./dez. 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PRETZEL, Bruna Romano. **Argumentação sobre Liberdade de Expressão: resultados da análise de votos do Ministro Marco Aurélio.** *In:* COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009.

PORTAL TERRA. **Túmulo do nazista Rudolf Hess é destruído e restos são exumados.** Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/europa/tumulo-do-nazista-rudolf-hess-e-destruido-e-restos-sao-exumados,dd782352316fa310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em 12.12.2013.

POST, Robert. **Hate Speech.** *In:* HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

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

RAWLS, John. **Liberalismo Político.** Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma Teoria da Justiça.** Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Tradução de Menelick de

Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. **Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis.** Working Paper Series 41/11, 2001, p. 41. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939. Acesso em: 07.12.2010.

SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 1989.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Tradução, organização e introdução de Leonardo Martins. Montevideo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

SELZNICK, Philip. **The Idea of a Communitarian Morality.** *In:* California Law Review, nº 75, 1987.

SHIRAKI, Ariella Toyama. **A Configuração do Ilícito Penal na Jurisprudência do STF: Muito Além da Mera Subsunção? O julgamento do “Caso Ellwanger” (HC 82.424/RS).** *In:* COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. **Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião.** São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da Justiça de John Rawls.** *In:* Revista de Informação Legislativa. Brasília: a. 35, n. 138, abr./jun. 1998.

SOUZA, Victor Oliveira. **O Direito à Igualdade e à Não-discriminação diante do Discurso do Ódio.** Universidade de Brasília [monografia de conclusão de curso], 2011.

SUK, Julie C. **Holocaust Denial and the Free-Speech Theory of State.** *In:* HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. **The Content and Context of Hate Speech. Rethinking regulation and responses.** New York: Cambridge University Press, 2012.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão Geral sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.** São Paulo: Saraiva, 2011.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech.** Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WEIL, Patrick. **The Politics of Memory: bans and commemorations.** *In:* HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: Oxford University

Press, 2010.

WEINSTEIN, James. **An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech.** *In*: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (editores). **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2010.

WOLFE, Christian. **La Transformación de la Interpretación Constitucional.** Tradução de Maria García Rubio e Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991.

XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.