

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E *HATE SPEECHES*: AS INFLUÊNCIAS DA JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E AS CONSEQUÊNCIAS DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO JULGAMENTO DO CASO ELLWANGER¹

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECHES: THE INFLUENCES OF THE JURISPRUDENCE OF VALUES AND THE CONSEQUENCES OF BALANCING PRINCIPLES IN THE CASE ELLWANGER

RESUMO: Este trabalho pretende analisar a prevalência tardia da Jurisprudência dos Valores e a ausência de uma teoria da decisão no Supremo Tribunal Federal, tendo como paradigma o caso do HC 82.424-2/RS. Parte-se do pressuposto de que a liberdade de expressão e comunicação é direito fundamental assegurado pela Constituição brasileira e está intimamente ligada à consolidação da democracia constitucional. Neste sentido, os contributos de Ronald Dworkin são utilizados para demonstrar, através de paralelo com a realidade da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América, a imprescindibilidade da livre expressão e comunicação de ideias para que o indivíduo se torne agente moral responsável no regime de democracia constitucional. Contudo, de acordo com a Constituição brasileira, com a legislação e com os tratados internacionais assinados pelo Brasil, essa liberdade não protege os discursos de incitamento ao ódio. O Supremo Tribunal Federal, ao ignorar tal realidade legislativa, preferiu aceitar a ideia de que a Constituição é uma ordem concreta de valores por ele ponderáveis, o que ocasionou forte discrepância nas decisões dos ministros e demonstrou que, através da ponderação de valores, há uma fragilização da democracia e da proteção dos direitos fundamentais. Este panorama revela a necessidade de se construir uma teoria da decisão judicial, capaz de impedir juízos irracionais e decisionismos judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão e comunicação; hate speeches; democracia constitucional; teoria da decisão.

ABSTRACT: This paper aims to analyse the prevalence of the Jurisprudence of Values and the absence of a decision theory in the Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court), using the case Ellwanger as an example. The author assumes that the freedom of expression and communication is a human right guaranteed by the Brazilian Constitution, which is deeply related to the consolidation of constitutional democracy. In this sense, the contributions of Ronald Dworkin are used to establish a parallel between the reality of the freedom of expression in the USA and argues that free speech and communication of ideas are essential to the development of citizens as responsible moral agents in a constitutional democracy. However, according to the Brazilian Constitution, statutes and treaties accessioned by Brazil, the freedom of expression doesn't protect hate speeches. The Supremo Tribunal Federal, by ignoring this legal background, has preferred to accept the idea that the Constitution is a concrete order of values, resulting in incompatible decisions and shown the impossibility of

¹ Autores:

Clarissa Tassinari – Bacharel em Direito (Universidade do Rio dos Sinos/UNISINOS). Mestre em Direito (UNISINOS). Doutoranda em Direito (UNISINOS). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5065376917812503>

Elias Jacob de Menezes Neto – Bacharel em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Norte/UFRN). Mestre em Direito (Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS). Doutorando em Direito (UNISINOS). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9152955193794784>

Endereço de correspondência:

Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. Avenida Unisinos, 950 - 93022-000 - São Leopoldo, RS – Brasil.

protecting human rights and the democracy with the balancing formula. This panorama shows the need to elaborate a judicial decision theory able to prevent irrational court orders and decisionisms.

KEYWORDS: Freedom of expression and communication; hate speeches; constitutional democracy; decision theory.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão e comunicação percorreu longo trajeto histórico para adquirir a força que tem hoje nos textos constitucionais.³ Ela está presente de maneira ampla na Constituição Federal brasileira de 1988 e aparece como liberdade de pensamento (art. 5º, IV); como liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura (art. 5º, IX); como direito de acesso à informação (art. 5º, XIV); como direito à livre manifestação de pensamento, liberdade de informação jornalística e vedação de censura política e ideológica (art. 220 e parágrafos).

No decorrer do presente trabalho, será analisado o conceito de liberdade de expressão e comunicação, especialmente sob a ótica da doutrina jurídica dos direitos fundamentais e do Estado democrático de direito. Utilizando-se do que foi teoricamente desenvolvido por Ronald Dworkin (1978, 2005), será feito um pequeno recorte, para demonstrar o pensamento corrente nos Estados Unidos da América sobre o tema, com as peculiaridades daquele país, ressaltando, a partir desta leitura, a imprescindibilidade da livre expressão e comunicação de ideias para que o indivíduo se torne agente moral responsável no regime de democracia constitucional.

Nesta abordagem, que relaciona democracia e liberdade de expressão, e no interior de uma sociedade plural e multifacetada como a brasileira, diversas questões, muitas vezes polêmicas, são colocadas para debate. Uma delas, relacionada à hipotética proteção dos discursos de ódio – *hate speeches* – pela liberdade de expressão, ficou famosa através do julgamento do HC 82.424-2/RS, denominado caso Ellwanger, que tratava sobre a possibilidade de caracterização da produção editoração de livros antisemitas como racismo para fins da imprescritibilidade atribuídos pela Constituição brasileira. Na realidade, a discussão, apesar de importante, foi desnecessária naquele caso, pois o “*hard case*” era extremamente simples: bastava manter a imprescritibilidade prevista pela Carta Magna para a prática de racismo, sendo sem maior relevância a alegação trazida pela defesa de que os judeus não são uma “raça” e que, assim, o paciente não teria cometido racismo.

³ A título de exemplo, pode-se observar também a liberdade de expressão e comunicação na constituições espanhola de 1978 (artigo 20.1, a, b, c, d); italiana de 1947 (artigo 21) e portuguesa de 1976 (artigos 37.1 e 37.2).

Apesar do resultado constitucionalmente adequado – tendo em vista que o *habeas corpus* foi julgado improcedente –, em face da argumentação produzida no julgamento, ficou patente o problema da ausência de uma teoria da decisão, como a proposta por Lenio Streck (2011a, 2011b). Através de uma adoção tardia e descontextualizada da Jurisprudência dos Valores e da teoria da argumentação, nos moldes colocados por Robert Alexy (1993, 2010), os ministros do Supremo Tribunal Federal buscaram compreender a situação como uma colisão entre os valores da liberdade de expressão e comunicação e a dignidade humana que só poderia ser solucionada, de maneira objetiva e justificável, pelo raciocínio de ponderação de valores.

O problema é que, sob o argumento da utilização da mesma “técnica de interpretação”, os ministros chegaram a resultados completamente opostos. Isso porque a própria ponderação – fundamental ao método da teoria da argumentação – depende, antes, de uma escolha dos valores que serão sopesados, o que, ao fim, revela, por um lado, a artificialidade desse raciocínio, uma vez que a própria escolha dos valores a ponderar ocorre antes de qualquer tipo de metodologia para resolver o caso, no sentido de que já antecipa a resposta antes mesmo do exercício da ponderação. Por outro lado, essa escolha antecipada de valores é justamente a manifestação de discricionariedades e arbitrariedades, questão que este artigo pretende enfrentar. Nesse sentido, o presente trabalho demonstrará os problemas que acarretam a utilização da “ponderação valores”, na medida em que revela um juízo discricionário.

O enfrentamento de discricionariedades (e, por consequência, de arbitrariedades) pode ser feito através da afirmação da necessidade de uma teoria da decisão, que exija do julgador a responsabilidade por uma resposta constitucionalmente adequada, passando longe do decisionismo judicial. Assim como a democracia, que não pode ser o resultado das vontades e escolhas dos ministros do Supremo Tribunal Federal, a concretização dos direitos fundamentais – ou, em outras palavras, sua proteção – não pode depender nem ser confundida com relativizações e ponderações.

2 – A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO E A DEMOCRACIA

O debate sobre a liberdade de expressão e comunicação deveria ser irrelevante, ou melhor, a proteção a esse direito fundamental deveria ser tão óbvio que as discussões não fossem mais necessárias. Pelo menos essa era a esperança de John Stuart Mill, no segundo

capítulo, denominado “*Of the liberty of thought and discussion*”, do seu clássico “*On Liberty*”.⁴ Para ele,

É de se esperar que já não seja mais necessária qualquer defesa da ‘liberdade de imprensa’, uma das garantias contra a governos tirânicos ou corruptos. Atualmente, podemos supor que não seja necessário nenhum argumento contra leis que permitam ao legislativo ou executivo, sem interesse popular, prescrever opiniões às pessoas e determinar quais doutrinas ou argumentos elas não podem ouvir. Este aspecto da questão, além disso, tem sido tão reforçada por escritores anteriores que não é necessário insistir nesse assunto (2006, p. 18)⁵.

No entanto, o tema ainda é extremamente rico, apesar do enfoque diverso àquele dado pelo autor britânico. Uma das referências obrigatórias para a liberdade de expressão é a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. Parte integrante da *Bill of Rights* (1791), tinha como objetivo proteger constitucionalmente as liberdades civis, em especial religiosa, de expressão e de reunião, através da proibição de elaboração de leis que violassem esses direitos fundamentais. Em seu texto lê-se que o congresso não deverá aprovar legislação que, dentre outros, proíba o livre exercício da religião ou restrinja a liberdade de expressão ou imprensa⁶.

A liberdade de expressão e comunicação “[...] constitui uma das características das atuais sociedades democráticas [...] é considerada inclusive como termômetro do regime democrático” (FARIAS, 2000, p. 159). No mesmo sentido é a afirmação feita por Noam Chomsky e Edward Herman (2003, p. 492) de que “a luta pela liberdade de expressão [...] está no cerne de toda uma gama de liberdades e direitos”.

Coloca-se, no entanto, a seguinte questão: sendo um direito fundamental tão precioso para a doutrina, estará sendo tratado com o mesmo apreço pelos juristas durante a aplicação em casos? A resposta é iluminada, em parte, pelo professor de filosofia do direito da Universidade de Oxford, Joseph Raz (1991, p. 303), para quem a liberdade de expressão é um quebra-cabeças liberal. Afinal, os liberais estão todos convictos de que ela é de vital importância, mas o motivo para merecer essa importância é um mistério. A fonte do

⁴ Para Ronald Dworkin (1978, p. 259), a obra de Stuart Mill foi, no decorrer da história, mais útil aos conservadores do que aos liberais, pois serviu de alvo fácil para os críticos do liberalismo.

⁵ No original: “The time, it is to be hoped, is gone by when any defence would be necessary of the 'liberty of the press' one of the securities against corrupt or tyrannical government. No argument, we may suppose, can now be needed, against permitting a legislature or an executive, not identified in interest with the people, to prescribe opinions to them, and determine what doctrines or what arguments they shall be allowed to hear. This aspect of the question, besides, has been so often and so triumphantly enforced by preceding writers, that it needs not be specially insisted on in this place.”

⁶ No original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”

problema, diz Raz, é simples: enquanto a liberdade de expressão de uma pessoa tem alta prioridade e é protegida – ou, na moralidade política, é tida como merecedora de proteção – em um nível muito maior do que o interesse dessa pessoa em ter um emprego ou não correr o risco de sofrer um acidente ao dirigir em vias públicas, é evidente que a maioria das pessoas valorizarão estes interesses (e tantos outros que não possuem proteção legal especial) muito mais que sua livre expressão. Raz conclui afirmando que não há muita dúvida de que a maioria das pessoas estejam certas ao não valorizar tanto sua liberdade de expressão.

No mesmo sentido, mas já dando pistas do momento em que a liberdade de expressão e comunicação adquire importância social, é a afirmação de David van Mill (2009), para quem o assunto é um dos mais debatidos nas sociedades liberais, pois, se não é muito valorizada pela sociedade, não encontra-se problemas em limitá-lo. Tais problemas só surgem quando as liberdades já foram restringidas. Já Giacomo Sani afirma que a dificuldade que a liberdade de expressão e comunicação tem para encontrar o consenso entre o público diz respeito à sua natureza de princípio (concebido pelo autor como genérico e abstrato). Segundo ele, pesquisas feitas nos Estados Unidos demonstraram que a aceitação da liberdade de expressão não encontra consenso entre o público e que é provável que

as diferenças de Consenso a nível da enunciação dos princípios e da sua aplicação a situações particulares sejam devidas ao fato de que os princípios são expressos de forma bastante genérica e abstrata, prestando-se a interpretações diversas, ao passo que, em sua aplicação, eles são inseridos, por assim dizer, nas situações e experiências particulares dos protagonistas, aí incluídas as divergências táticas derivadas da oposição das forças políticas (1998, p. 241).

Para que seja possível a mudança desse cenário, é necessário o reconhecimento e o desenvolvimento da liberdade de expressão e comunicação como direito fundamental, indispensável à proteção da dignidade e ao pleno desenvolvimento humano.

A comissão MacBride da Unesco subdividiu a liberdade de expressão e comunicação em três direitos: 1) o direito de saber, ou seja, de procurar e receber livremente as informações (não falseadas ou deturpadas) sempre que desejar, especialmente quando forem pertinentes à vida individual e coletiva do homem; 2) o direito do indivíduo comunicar aos outros a verdade (naquilo que entende por verdade) sem sofrer intimidação nem ser impedido de ter acesso aos meios de comunicação; 3) o direito de discutir, ou seja, de influir (e sofrer influência) nas decisões que o afetem.

Edilson Farias (2004, p. 64-74) defende a natureza dual da liberdade de expressão. Para ele, ela possui duas perspectivas: uma, de natureza subjetiva, considera a liberdade de

expressão indispensável para a proteção da dignidade humana e para o livre desenvolvimento do homem; outra, de natureza objetiva, diz respeito ao grau de diversidade dos pontos de vista expressos na sociedade e da sua pertinência com assuntos de interesse público.

A perspectiva subjetiva da liberdade de expressão e comunicação é aquela voltada para o indivíduo e tem suas fontes em John Milton (1608-1674) e em John Stuart Mill (1806-1873). Para ambos, a verdade – que teria natureza objetiva – só poderia ser alcançada através da livre discussão de ideias, mesmo que erradas, pois estas seriam naturalmente rechaçadas e ajudariam a encontrar a verdade. Atualmente, um dos defensores da liberdade de expressão e comunicação na perspectiva subjetiva é o norte-americano Ronald Dworkin. Na sua conhecida obra *“Taking Rights Seriously”* (1978), Dworkin estabelece limites ao direito da coletividade interferir na liberdade de expressão e comunicação do indivíduo, pois, como todos os direitos fundamentais, a liberdade de expressão e comunicação deve ser “levada a sério”.

A perspectiva objetiva da liberdade de expressão e comunicação é aquela voltada para a sociedade. Nesse sentido, deve atuar como instrumento para a pluralidade de expressão e debate de ideias e, conseqüentemente, como suporte da democracia deliberativa. Foi nessa perspectiva que se deu a primeira emenda da Constituição norte-americana, já mencionada anteriormente. Para James Madison, só seria possível existir liberdade de expressão e comunicação quando houvesse a possibilidade de coexistência entre diversos pontos de vista relacionados aos assuntos de interesse público. O direito fundamental em questão cumpriria, assim, uma dupla função na democracia: uma função informativa pela qual o livre fluxo de informações possibilita o melhor conhecimento e a melhor avaliação dos assuntos de relevância pública. Destarte, estariam os cidadãos mais preparados para tomar decisões adequadas ao regime democrático. A outra função é a crítica, pela qual a liberdade de expressão e comunicação assegura aos cidadãos a faculdade de criticar o poder político, as instituições estabelecidas e os agentes públicos (FARIAS, 2004).

Para Alexander Meiklejohn (1948, p. 46), seria inevitável a ligação entre liberdade de expressão e comunicação com a democracia, pois, para que esta funcione, é necessário que os eleitores sejam livremente informados, sem restrições à livre circulação de pensamentos e informações. Meiklejohn está inserido, no entanto, no modelo que Luigi Ferrajoli (2008, p. 25) denomina de *“democracia mayoritaria o plebiscitaria”*. Apesar desse modelo ser diverso daquele que será trabalhado neste artigo, o pluralismo político almejado pela liberdade de expressão e comunicação é fundamental para o normal funcionamento tanto da democracia majoritária quanto da democracia constitucional.

3 – LIBERDADE DE EXPRESSÃO E HATE SPEECHES

3.1 A pergunta de Dworkin: por que a expressão deve ser livre?

Why Must Speech be Free? Esse questionamento feito por Ronald Dworkin (2005) será respondido por ele mesmo. Segundo o norte-americano, uma das grandes decisões sobre a liberdade de expressão da Suprema Corte dos Estados Unidos ocorreu no ano de 1964 em *New York Times v. Sullivan*. Nela foi garantida a liberdade de expressão para que jornalistas publicassem notícias sobre funcionários do governo. Questiona, inclusive, se o famoso caso *Watergate* teria ocorrido se essa decisão não tivesse sido tomada (DWORKIN, 2005, p. 195-196).

Segundo Dworkin, a liberdade de expressão é um conceito muito abstrato na Constituição norte-americana. Ela não pode ser aplicada em casos concretos a menos que lhe seja atribuída certa finalidade ou propósito. Afinal, não se trata simplesmente de tentar decifrar o que pensavam os responsáveis por esse trecho da primeira emenda. É necessário, sobretudo, buscar uma fundamentação política para a liberdade de expressão que seja capaz de adequar-se aos precedentes da Suprema Corte e que também “[...] ofereça um argumento convincente sobre os motivos que temos para dar à liberdade de expressão um lugar tão especial e privilegiado entre as nossas liberdades” (DWORKIN, 2005, p. 195-199).⁷

Por muito tempo, foi adotado naquele país o entendimento de William Blackstone, que afirmava que o governo não poderia impedir os cidadãos de publicarem o que eles quisessem, mas estaria livre para punir, após o evento, caso expressassem opiniões ofensivas ou perigosas (DWORKIN, 2005, p. 196-197). Não parece ser esse sentido o adotado pelos juizes que, a título de exemplo, proibiram a “marcha da maconha” no Brasil, pois, sem adentrar no mérito do problema que seria definir o que é “ofensivo e perigoso”, o que ocorria antes da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 187/DF era o verdadeiro “*previous restraint*” criticado até mesmo por Blackstone – cuja posição é similar a de John Milton e dos federalistas – com uma visão extremamente limitada da liberdade de expressão e comunicação (DWORKIN, 2005, p. 197).

O posicionamento de Blackstone permaneceu pacífico até o voto do juiz Learned Hand no caso *Masses Publishing Co. v. Patten* (1917). A partir daí foi desenvolvida nos

⁷ No original: “[...] provides a compelling reason why we should grant freedom of speech such a special and privileged place among our liberties.”

Estados Unidos a visão sobre a liberdade de expressão e comunicação que afirmava que a Constituição obriga os cidadãos ao experimento das opiniões, baseando-se na presunção de que o melhor teste para a verdade é o poder de determinada ideia ser aceita na “competição do mercado de ideias” (DWORKIN, 2005, p. 198).

Os estudiosos e advogados dos Estados Unidos propuseram, durante a história, diversas fundamentações para a liberdade de expressão e comunicação. A maioria delas, no entanto, pode ser enquadrada em dois grupos principais que não são mutuamente excludentes e que não pressupõem a liberdade de expressão absoluta

O primeiro grupo trata a liberdade de expressão como importante do ponto de vista instrumental, ou seja, não se fundamentam no fato de que as pessoas possuem um direito moral para se expressar livremente (DWORKIN, 2005, p. 200)⁸, mas porque permitir que expressem suas ideias sem óbices pode resultar em resultados positivos no resto da sociedade. É o clássico caso da afirmação – como as de John Milton e John Stuart Mill demonstradas anteriormente – de que a liberdade de expressão e comunicação é importante por permitir a descoberta da verdade e eliminar o erro ou de produzir boas leis. Para essa corrente, aquela liberdade seria parte de uma estratégia, uma aposta coletiva de que a livre expressão e divulgação de ideias traz, no geral, maior quantidade de resultados positivos do que negativos.

O segundo grupo de fundamentações, denominado constitutivo, trata a liberdade de expressão como possuidora de um valor *per se*. Sua virtude não estaria apenas nas consequências positivas para o pluralismo de ideias, mas, também, porque considera como essencial e caracterizadora de uma sociedade política justa que o governo trate todos os cidadãos como pessoas adultas, como agentes morais responsáveis. Justifica-se pelo fato de que pessoas moralmente responsáveis são capazes de formar sua própria opinião sobre o que é bom ou mau nas suas vidas e na política, ou o que é verdadeiro ou falso em assuntos como justiça. O governo, então, insulta os cidadãos e nega-lhes responsabilidade moral quando estabelece que eles não são capazes de analisar opiniões diversas e que podem ser persuadidos a adotarem posturas perigosas ou ofensivas. Assim, “somente somos capazes de manter nossa dignidade como indivíduos quando insistimos que ninguém –nenhum poder estatal e nenhuma maioria– tem o direito de esconder certa opinião de nós com o fundamento de que não somos capazes de ouvi-la e considerá-la” (DWORKIN, 2005, p. 200)⁹.

⁸ No original: “[...] a moral right to say what they wish [...]”

⁹ No original: “We retain our dignity, as individuals, only by insisting that no one – no official and no majority – has de right to withhold an opinion from us on the ground that we are not fit to hear and consider it.”

Para algumas pessoas, a responsabilidade moral possui outro aspecto mais ativo: a responsabilidade não apenas de formar convicções próprias, mas de expressá-las para outros por desejar que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem-estar seja garantido. O governo frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede determinadas pessoas de exercer a livre comunicação de ideias com o fundamento de que suas convicções desqualificam-nas como cidadãos de poucas virtudes (DWORKIN, 2005, p. 200). Violadora desse aspecto da responsabilidade moral foi a decisão da 11ª câmara criminal do TJ/SP, trazida na página 4 da petição inicial da ADPF 187/DF de autoria do Ministério Público Federal. Segundo a decisão:

A ninguém é dado ignorar consequência imediata de uma chamada popular com o título de ‘MARCHA DA MACONHA’; produto proscrito, por certo não aplaudirá o que já é sancionado, dando oportunidade a especulações de poucas virtudes, ainda que aparentemente sob o manto das liberdades democráticas, com consequências somente negativas e irremediáveis.

Levando-se em conta que o governo exerce domínio político sobre as pessoas e demanda obediência delas, não pode negá-las nenhum desses aspectos da responsabilidade moral. Caso o faça, perde uma das bases sólidas da sua própria legitimidade. A proibição pelo governo da expressão de determinada atitude ou preferência social é tão reprovável quanto a censura explícita do discurso. Os cidadãos têm tanto o direito de contribuir na formação moral quanto de participar na vida política.

Apesar de ter sido afirmado anteriormente que os grupos instrumental e substancial não são mutuamente excludentes e até compartilham elementos comum, fica fácil perceber a maior fragilidade e limitação do primeiro. Frágil, porque, em determinadas circunstâncias¹⁰, seus objetivos acabam restringindo, ao invés de proteger, a liberdade de expressão e comunicação; limitada, porque sua fundamentação está centrada somente na proteção do discurso político. Na realidade, uma justificativa exclusivamente instrumental da liberdade de expressão e comunicação é perigosa, pois, além de aberta à tirania das majorias, não explica por que não se deve permitir que mesmo a maioria dos membros de uma sociedade sejam capazes de impor censuras (DWORKIN, 2005, p. 201-202). Essa é a natureza contramajoritária de uma democracia constitucional. Em outro texto bastante ácido, Dworkin afirma que “em uma democracia, ninguém, seja poderoso ou impotente, tem o direito de não se sentir insultado ou ofendido” (2006, p. 44).¹¹ Mas, pergunta-se, se toda a expressão deve

¹⁰ Os detalhes de quais são essas circunstâncias estão em DWORKIN, 2005, p. 202 e seguintes.

¹¹ No original: “[...] in a democracy no one, however powerful or impotent, can have a right not to be insulted or offended.”

ser livre, quais os motivos para a proibição dos discursos de ódio – *hate speeches* – na democracia constitucional ou, para fins do presente artigo, no HC 82.424-2/RS?

3.2 *Hate speeches*

Os discursos de incitamento ao ódio¹² – *hate speeches* – são representações simbólicas que expressam ódio, desprezo ou desrespeito a outra pessoa ou grupo. O uso de expressões pejorativas para grupos étnicos é um claro exemplo. De maneira mais ampla, é possível incluir até mesmo os pontos de vista que sejam extremamente ofensivos aos outros, que podemos exemplificar com afirmações sobre a suposta inferioridade da mulher em relação ao homem. Michel Rosenfeld (2001) define os *hate speeches* como aqueles discursos elaborados com a finalidade de promover o ódio e que são fundamentados em diferenças de raça, religião, etnia ou nacionalidade. Trata-se de uma restrição à liberdade de expressão cuja regulamentação foi fenômeno posterior à segunda grande guerra mundial e nasceu pela ligação nítida entre a propaganda racista da Alemanha nazista e o holocausto.

Obviamente, os *hate speeches* da atualidade são bem mais sutis que no passado. Por exemplo, os antissemitas podem tentar “[...] negar o holocausto ou minimizá-lo considerando os atuais debates entre historiadores. Ou, podem atacar o sionismo para ofuscar as fronteiras entre o que pode ser considerado debate genuíno sobre ideologia política e o que é puro e simples antissemitismo” (ROSENFELD, 2001, p. 6)¹³.

Seu tratamento varia igualmente entre os países. Ilustrativamente, negar que a existência do holocausto tenha ocorrido é considerado crime no Canadá – e em mais onze países da Europa –, ao passo que, nos Estados Unidos, essa conduta é protegida pela liberdade de expressão da primeira emenda (LEWIS, 2009, po. 2127)¹⁴. No entanto, em 1952, no caso *Beauharnais v. Illinois*, a Suprema Corte americana decidiu manter legislação do Illinois que criminalizava a publicação de material com conteúdo discriminatório contra determinados

¹²Jeremy Waldron (2009, p. 1599-1600) prefere utilizar a expressão *group libel* ao invés de *hate speech*, por considerar que o discurso – *speech* – só pode ocorrer através da fala, meio incapaz de violar direitos fundamentais, especialmente se comparados com a publicação de material escrito. Também considera que o ódio – *hate* – sugere emoções, não atitudes, daquele que promove os atos e que, como pensamentos, não devem ser punidos. Tal distinção parece, na realidade, irrelevante para o fim que se destina.

¹³ No original: “Holocaust denial or minimizing under the guise of weighing in on an on going historians’ debate. Or, they may attack Zionism in order to blur the boundaries between what might qualify as a genuine debate concerning political ideology and what is pure and simple anti-Semitism.”

¹⁴ A abreviatura “po.” servirá, no presente artigo, para referenciar obras digitais que não trabalham com páginas, mas com “posições”.

grupos sociais e Joseph Beauharnais havia sido condenado sob essa lei por distribuir panfletos convocando a população branca de Chicago para lutar contra a invasão dos negros.

Cass Sunstein afirma que os *hate speeches* com fundamento étnico ou racial são proibidos em diversas democracias com, aparentemente, poucos efeitos negativos à liberdade de expressão. Para ele, “[...] parece um pouco confuso ou mesmo arrogante insistir, como fazem muitos, que qualquer esforço regulatório na expressão nessas áreas coloque realmente em perigo o tipo de liberdade que é pré-requisito para o governo democrático [...]” (1995, p. 15)¹⁵. A distinção entre crimes de ódio e discursos de ódio adotada pela Suprema Corte americana, ao colocar aqueles como condutas não protegidas por não possuírem intenção comunicativa, deixa de lado alguns casos em que os crimes têm a “*communicative intention or effect*” (1995, p. 193), o que resulta em uma proteção da liberdade de expressão que, no Brasil, pode ser considerada excessiva.

A aceitação de *hate speeches* por parte do Estado mina a igualdade daqueles que são alvos desses discursos ofensivos e viola direitos fundamentais dos cidadãos. Sob essa perspectiva, o Brasil, através do decreto 592/92, inseriu no ordenamento nacional o pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966. Os artigos 19.3, 20.2 e 26, apesar de garantirem a liberdade de expressão, asseguram a proibição de qualquer apologia ao ódio que constitua discriminação, hostilidade ou violência e aplica essas restrições à liberdade de expressão.

A legislação brasileira, democraticamente elaborada, além de atribuir caráter criminoso à prática, indução ou incitação de determinados discursos preconceituosos, prescreve pena mais grave quando ocorre veiculação através de meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Tal medida legislativa está de acordo com o ditame da dignidade humana presente no art. 5º inciso XLII da Constituição brasileira que, ciosa do ódio e do sangue que maculou a história do país, tornou esses crimes imprescritíveis.

4 A TARDIA APLIAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E O CASO ELLWANGER

4.1 A Jurisprudência dos Valores (*Wertungsjurisprudenz*)

¹⁵ No original: “[...] it may seem a bit puzzling or even cavalier to insist, as many do, that any regulatory efforts in these areas will really endanger the kind [...]”

A experiência germânica, apesar de baseada em um direito cujo paradigma é a lei, vivenciou, após a Segunda Guerra Mundial, a prevalência da Jurisprudência dos Valores, que serviu para diminuir a tensão criada pela outorga de uma carta constitucional pelos aliados, sem a ampla participação do povo alemão. A solução encontrada pelo Tribunal Constitucional alemão – *Bundesverfassungsgericht* – foi o “retorno” ao direito natural como forma de superar, através de elementos extrajurídicos, uma situação em que predominava o pensamento positivista-legalista. O recurso aos elementos decisórios fora do estrito legalismo permitiu a “abertura” do direito alemão aos valores, possibilitando a resolução das questões que a subsunção e a lógica não eram capazes de lidar.

Nessa perspectiva de busca por alternativas metodológicas que rompessem com o modelo anterior, a Jurisprudência dos Valores foi construída como avanço em relação à Jurisprudência de Interesses a partir do ideal de separação entre direito e subsunção (LARENZ, 1997, p. 163). A aplicação da lei por subsunção “[...] requer, como já se apontou, em muitos, se não na maioria, dos casos, que a norma à qual a situação de facto deva ser subsumida seja previamente interpretada, isto é, que seja estabelecido o seu sentido preciso e determinante” (LARENZ, 1997, p. 165) e, por isso, deveria ser fundamentada em uma ordem de valores coletivamente aceita dentro de um grupo social, de forma que fosse admissível que o juiz “[...] quando a norma carece de interpretação, forme em primeiro lugar o seu convencimento do que seria aqui a decisão ‘justa’ [...] e só então [...] passe a procurar fundamentar na lei o resultado previamente obtido” (LARENZ, 1997, p. 168). Deste modo, a justiça da decisão seria determinada pelo “sentimento jurídico”, cuja impossibilidade de aferição é confessada pelo próprio Karl Larenz, para quem “[...] a própria questão do que seja o conteúdo de tal sentimento, o que é que é verdadeiramente ‘sentido’, é desde logo polémica” (1997, p. 169).

Sendo a decisão judicial amparada em juízos de valor ou na ponderação de bens e interesses, os teóricos que seguem essa corrente se questionam sobre a existência de critérios orientadores da valoração e da ponderação ou se, ao contrário, elas dependem somente dos “valores do juiz” e da sua opinião. Quais os limites da decisão de natureza objetiva e em que medida o juiz “escolhe” ao invés de decidir? A resposta de Zippelius, aceita por Larenz (1997, p. 173), é de que a “bússola das valorações” dos agentes com poder decisório é o *ethos* jurídico dominante nas concepções de justiça de uma comunidade, não como soma de todas as concepções, mas como unidade resultante de uma suposta consciência múltipla de um grupo social. Apesar de parecer impossível determinar o hipotético conteúdo de uma consciência coletiva, os defensores dessa teoria acreditam que ele pode ser encontrado na

forma de direitos fundamentais inscritos nas constituições, em outras normas jurídicas, em proposições jurídicas fundamentais da atividade jurisprudencial e administrativa, nos costumes e instituições da vida social e, por fim, num “[...] ‘uso tradicional’, mas apenas ‘quando constitui expressão da concepção valorativa dominante’” (LARENZ, 1997, p. 173). Essas “fontes valorativas” parecem, na realidade, opostas aos direitos fundamentais da atualidade, pois, ao valorizar um suposto “sentimento coletivo”, ignoram as minorias, que têm proteção especial nas cartas constitucionais como a brasileira.

Ainda assim, o *ethos* jurídico dominante não é capaz de dar respostas unívocas para muitas questões, conforme reconhecem os próprios teóricos. Os “valores”, além de possuírem lacunas, sofrem constante mutação e são facilmente manipuláveis. Nessas situações, o único recurso possível ao juiz é decidir conforme suas ideias pessoais de justiça e com ponderações de adequação aos fins. O importante, ressalta Larenz, é destacar que

[...] a noção de que os ‘valores’, enquanto conteúdos de consciência, não são idênticos aos actos em que são vivenciados, que os ‘valores’ são assim partilháveis e susceptíveis de complementação mediante processos de pensamento e, acrescentamos nós, comunicáveis mediante analogia de acções susceptíveis de comparação ou outras situações. Ainda aqui se trata não de actos de valoração, que enquanto tais ocorrem uma vez só, não são repetíveis, e assim não são transmissíveis, mas de conteúdos, as valorações (1997, p. 174-175).

A Jurisprudência dos Valores é bastante criticada, afinal, o uso de critérios extralegais permite a reformulação do sistema jurídico por aqueles que não são legitimados para tal, o que, em uma democracia, é de vital importância. Para Habermas (1997, p. 320), a Jurisprudência dos Valores levanta o problema da legitimidade, pois implica na concretização de normas alheias ao direito democraticamente elaborado e transforma o tribunal constitucional em legislador concorrente e autoritário. Afinal, caso ocorra colisão de princípios, “[...] *todas* as razões podem assumir o carácter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestre introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito” (HABERMAS, 1997, p. 321).

Quando um tribunal adota a Jurisprudência dos Valores como base das suas decisões, como diz Habermas, aumenta o risco de juízos irracionais, pois “[...] valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido” (HABERMAS, 1997, p. 321). Apesar das críticas de Habermas e de outros autores à Jurisprudência dos Valores, o Tribunal Constitucional Alemão continuou a atuar de modo a convalidar tal tese, aumentando o papel do Judiciário.

No Brasil, houve uma incorporação desta “estratégia metodológica”. O problema é que, nas palavras de Lenio Streck, os juristas brasileiros não perceberam as diferenças históricas que separam a realidade alemã da brasileira, pois, aqui, nem mesmo a legalidade burguesa é respeitada, ou seja, a “[...] grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional” (2011b, p. 48). Apesar disso, o Judiciário brasileiro passou a conceber a a Constituição como uma ordem concreta de valores, importando equivocadamente, a teoria da argumentação proposta por Robert Alexy, sendo com base nessa proposta, aceitável ponderar direitos fundamentais. O resultado é o ocorrido no caso Ellwanger.

4.2 O caso Ellwanger

Em 12 de setembro de 2002, os advogados de Siegfried Ellwanger Castan impetraram no Supremo Tribunal Federal o *habeas corpus* 82.424. O julgamento, iniciado em 12 de dezembro de 2002, levou 279 dias para acabar e resultou em acórdão de 488 páginas.

A história do caso começou quando, em 14 de novembro de 1991, a juíza da 8ª vara criminal de Porto Alegre/RS recebeu a denúncia que acusava Ellwanger de crime de racismo (art. 5º, XLII da Constituição Federal e art. 20, da lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90) pelo fato de escrever, editar e publicar livros com conteúdo antissemita. O acusado foi absolvido de todas as acusações em primeira instância, razão pelo qual foi interposto recurso à 3ª câmara criminal do Tribunal de Justiça/RS. Os desembargadores reformaram a decisão monocrática e condenaram Ellwanger ao cumprimento de dois anos de reclusão. A defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça contra a decisão do acórdão na tentativa de desconstituir a imprescritibilidade do ato pelo qual Ellwanger havia sido condenado. Denegado o remédio constitucional pelo STJ, a defesa recorreu ao Supremo Tribunal Federal.

O debate na corte constitucional girou em torno de dois pontos: os limites de significado da palavra “racismo” e a suposta colisão, solucionável através da ponderação, de dois direitos fundamentais: liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana. Apesar da decisão constitucionalmente adequada denegando o HC, os votos, vencedores e vencidos, demonstram a fragilidade dos debates, baseados em argumentos de política ou nos juízos de

ponderação de valores. Essa fragilidade¹⁶, como será visto, demonstra a ausência de uma teoria da decisão, que exija uma resposta constitucionalmente adequada, e deixa os direitos fundamentais nas mãos do “relativismo ponderativo [...], porta aberta à discricionariedade” (STRECK, 2011b, p. 50).

Parte dos debates ocorreram na seara da suposta (i)legitimidade histórica do trabalho de Ellwanger, fato que pouco contribuiu para a decisão, pois ele havia escrito apenas um dos livros que compunham a denúncia. Segundo o ministro Marco Aurélio, Ellwanger somente escreveu e difundiu sua versão da história através de “[...] uma pesquisa científica, com os elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações” (BRASIL, 2004, p. 883). No mesmo sentido, o ministro Carlos Ayres Britto, além de ter realizado “crítica literária” sobre a qualidade estilística da obra do paciente, afirma que ele “esforçou-se por transitar no puro domínio das ideias e se valeu de farto material de pesquisa [...]” (BRASIL, 2004, p. 863). Na mesma linha, outros membros passaram a debater a precisão historiográfica das obras publicadas pela editora do paciente. Tal fato, além de irrelevante para o caso, é perigoso, pois, de certa maneira, coloca o judiciário como “legitimador” das verdades históricas. Assim, é imprescindível questionar a validade dos argumentos utilizados na decisão do caso.

A maioria da corte entendeu ter ocorrido colisão entre os “valores” da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana e, para solucionar o suposto problema, buscaram o raciocínio da ponderação proporcional desses valores, pois “cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição [...]” (BRASIL, 2004, p. 584). O problema é que “[...] a solução da controvérsia era na verdade constrangedoramente simples” (STRECK, 2011b, p. 599), pois ela “[...] não deveria ter sido compreendida como uma colisão entre valores, em que se julga se a liberdade de expressão é melhor ou pior do que, ou para, a promoção da dignidade humana [...]” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 119), mas apenas como a prática de um fato criminoso que deve ser punido pelo direito. Nesse sentido alertou o ministro Moreira Alves

[...] no presente habeas corpus, não se está discutindo se a condenação viola a liberdade de pensamento, mas, sim e apenas, a questão de imprescritibilidade sob a alegação de que, no caso, não houve crime de racismo. Por isso, após a observação do Ministro Pertence, salientei que só

¹⁶ Como um dos argumentos para conceder o habeas corpus, o Ministro Marco Aurélio utilizou o fato de que as obras não iriam causar uma revolução nazista no Brasil porque “[...] o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler” (BRASIL, 2004, p. 888)

por concessão de ofício se poderia chegar à inexistência de crime de discriminação por atos de incitamento em face da referida liberdade (BRASIL, 2004, p. 610).

A conduta em questão ou é ilegal ou legal, não sendo possível falar em atitudes ilícitas “ponderadas” como lícitas ou vice-versa. Preciso, então, o questionamento feito por Marcelo Cattoni de Oliveira: “[...] como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito à liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito?” (2007, p. 118).

O fato de votos divergentes utilizarem a mesma “técnica” demonstra um pouco do problema. A ponderação, da maneira utilizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, foi capaz de justificar resultados totalmente contrários. Como exemplo, os votos dos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello: este, pela denegação; aquele, pela concessão. Segundo o ministro Marco Aurélio,

[...] estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática da ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela (BRASIL, 2004, p. 869-870).

O ministro utiliza Robert Alexy para justificar que as colisões de direitos fundamentais só podem ser superadas através da restrição de um – ou ambos – os “lados” da balança e que o “[...] o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da ‘ponderação’, que possibilita um meio termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos” (BRASIL, 2004, p. 885). Assim, afirma que uma “atitude de ponderação dos valores em jogo” é um mecanismo de resolução do conflito de direitos fundamentais válido e amplamente utilizado pelas cortes constitucionais no mundo e conclui que

[...] aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – por sinal, a reformar a sentença do Juízo – não foi o meio mais adequado, necessário e razoável (BRASIL, 2004, p. 901).

Já o ministro Celso de Mello, que votou pela denegação do *habeas corpus*, entende que a colisão de princípios constitucionais deve ser realizada através de

[...] critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, ‘hic et nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais [...] (BRASIL, 2004, p. 631).

Assim, no caso de liberdades aparentemente em conflito, dever-se-ia equacionar a colisão através do método da ponderação de bens e valores que, nas palavras de Habermas (1997, p. 315, 321), é um discurso frouxo, capaz de transformar o tribunal constitucional em uma instancia autoritária e sem legitimidade.

5 A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO

Apesar de ter finalizado com um resultado adequado, o Supremo Tribunal Federal demonstrou como a postura adotada pelos seus ministros coloca em risco a garantia consistente dos direitos fundamentais, pois, além de resumi-los ao simples e perigoso cálculo de custo/benefício, transforma aquele tribunal em um poder legislativo de “segundo grau” que controla, fora da sua função jurisdicional, “[...] as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus onze Ministros considerem ser o *melhor* – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 120).

Dessa forma, é possível constatar os perigos trazidos pela irracionalidade na importação e mixagem da teoria da argumentação e da Jurisprudência dos Valores pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. O entendimento por eles adotado pressupõe ser possível a aplicação gradual de normas por confundir princípios com valores e, nas palavras de Lenio Streck, essa utilização do “relativismo ponderativo”, além de obscurecer a importância da tradição como guia da interpretação, viabiliza a discricionariedade. Assim,

o ‘pendor da balança’ em pretensos conflitos de direitos pode acabar por reconhecer direito onde direito não há, como na edição de obras evidentemente racistas. Tanto não há liberdade de expressão na veiculação de ideias racistas em livros que, desde a Lei n. 9.459/97, a discriminação ou preconceito ‘cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza’ configura, na verdade, a forma qualificada do delito do art. 20 da Lei n. 7.716/89. Onde o direito brasileiro vê um crime mais grave – porque evidentemente atentatório a um dos principais objetivos

da República e à própria dignidade humana como direito fundamental –, um misto de relativismo axiológico e ponderação principiológica pode até mesmo enxergar um fato atípico (2011b, p. 600).

A noção equivocada de que a Constituição é uma ordem concreta de valores foi inadequadamente adaptada à teoria da colisão de princípios, “[...] sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção estrutural regra-princípio e à ponderação [...]” (STRECK, 2011b, p. 49). Nesse sentido, o julgamento do caso Ellwanger demonstra que os ministros fizeram uma indevida “mixagem teórica” (STRECK, 2011b) entre a teoria da argumentação e a Jurisprudência dos Valores e resolveram a ponderação diretamente no caso, escolhendo qual princípio – liberdade de expressão ou dignidade humana – pesaria mais, fato que contraria completamente o proposto por Robert Alexy (1993).

Transformou-se, assim, a regra da ponderação em princípio, num “[...] enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos [...]” (STRECK, 2011b, p. 50). Essa transformação ocorre, também, em decorrência do fenômeno que Lenio Streck (2011a, 2011b) chama de pamprincipiologismo, fenômeno derivado da prática pela qual, com o alegado intuito de aplicar os princípios constitucionais, juristas acabam multiplicando descontroladamente e “encontrando” diversos princípios inexistentes na Constituição. A decisão, na metáfora do jogo de Herbert Hart (1994, p. 142), deixa de ser fundamentada nas regras constitucionais, pois os intérpretes passam a criar as próprias regras. Parafraseando o autor britânico, essa situação pode até ser interessante, mas aí seria necessário trocar o juiz por um oráculo; a lei por uma “inspiração”; a legalidade pela discricionariedade; decisão por escolha, enfim, essa situação poderia ser quase tudo, menos um Estado democrático de direito.

Nas situações em que o caso está na “zona de penumbra”, as teorias procedural-argumentativas tentam substituir a discricionariedade do intérprete pela – igualmente discricionária, como já demonstrado acima – ponderação. Em caso de colisão de princípios, regras de aritmética e lógica, bem como a atribuição *a priori* de pesos aos princípios, permitem a certeza dos resultados para Alexy (STRECK, 2011b). A insuficiência dessas teorias argumentativas fica mais evidente ainda na distinção entre processos de justificação interna, em que a subsunção é suficiente para resolver os *easy cases* e alguns *hard cases*, e a justificativa externa, em que os valores aparecem como elementos com capacidade corretiva externos ao direito positivo.

A alternativa, proposta por Lenio Streck (2011a, 2011b), é fruto da combinação entre a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, a hermenêutica filosófica de Hans-Georg

Gadamer e a teoria integratária de Ronald Dworkin. Essa proposta antirrelativista de hermenêutica funda-se no que Streck chama de “[...] dupla ruptura paradigmática: a revolução do constitucionalismo, que institucionaliza um elevado grau de autonomia do direito e a revolução copernicana provocada pelo giro-linguístico-ontológico” (2011b, p. 588). Para ele, os sentidos da Constituição não estão nem na essência das coisas (como nas posturas essencialistas presas ao paradigma da metafísica clássica) nem na subjetividade do intérprete (como querem as posturas voluntaristas atreladas à filosofia da consciência) e não existem valores a serem descobertos pelos intérpretes, como queriam os ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424-2/RS.

Na democracia constitucional, o Supremo Tribunal Federal, apesar da importância que passou a ter, não pode se tornar um “poder constituinte permanente” e ignorar os próprios ditames da Constituição. Nem o ativismo judicial, que resulta em discricionariedade e arbitrariedades, nem o conservadorismo na atuação do judiciário são compatíveis com o Estado democrático de direito, pois este exige o adequado controle hermenêutico a ser realizado pela doutrina e, com certo otimismo¹⁷, pela opinião pública (STRECK, 2011b).

Uma teoria da decisão deve respeitar a autonomia do direito democraticamente produzido. Como elaborada por Lenio Streck, ela deve estar fundamentada em quatro elementos centrais: a) um novo modo de compreender o fenômeno jurídico, seja através da desmistificação dos conceitos jurídicos como enunciados com conteúdos determinados *a priori*, seja a partir da diferença entre texto e norma¹⁸; b) a responsabilidade política dos juízes, inspirada no pensamento de Dworkin, no sentido de que os juízes, ao tomarem suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade; c) o dever de fundamentação, que se desdobra na diferença entre decisão e escolha¹⁹; d) a exigência de respostas constitucionalmente adequadas, ganhando

¹⁷ Apesar do autor fazer menção à opinião pública como controladora das decisões do Supremo Tribunal Federal, o otimismo dessa postura não é repetido quando coloca, ainda que de maneira tangencial, a formação viciada de uma opinião pública alimentada pelos meios de comunicação de massas (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2011a, p. 191-199) e (STRECK, 2011a, p. 35-38).

¹⁸ A diferença entre texto e norma vai na linha do que foi elaborado por Friedrich Müller: “‘Concretização’ da norma não significa tornar ‘mais concreta’ uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*.” (MÜLLER, 2007, pp. 45-52, grifos do autor)

¹⁹ Na palavras de Streck, “A escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do*

espaço o papel dos princípios como fechamento interpretativo e o respeito à história institucional do direito para a superação das posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito.

No julgamento do caso Ellwanger, os direitos constitucionais liberdade de expressão e dignidade humana foram utilizados como argumentos de política, manejados como álibis teóricos²⁰ para obtenção de respostas de acordo com os valores de cada ministro, como se a Constituição fosse aquilo que os ministros do Supremo Tribunal Federal querem que ela seja, ignorando o pacto democrático firmado nela.. Os direitos fundamentais não podem ser reduzidos ao que aqueles ministros pensam que eles sejam, sob o risco de esvaziar o núcleo do Estado democrático de direito. Por isso, é fundamental a análise da decisão judicial à luz de uma proposta que demonstre as insuficiências e os problemas da Jurisprudência dos Valores e da importação equivocada da ponderação de Alexy, em favor de respostas constitucionalmente adequadas e da refutação de ponderações e relativizações dos direitos fundamentais.

6 – QUESTÕES ABERTAS

Como foi visto, a liberdade de expressão e comunicação é direito fundamental na democracia constitucional. Sua importância vem sendo demonstrada tanto no direito interno, especialmente na Constituição brasileira de 1988, quanto no direito internacional, com ênfase na declaração universal dos direitos humanos. A mesma importância tem o pluralismo político, pois somente através da livre circulação de ideias é possível falar em possibilidades do diálogo democrático.

Nesse sentido, procurou-se utilizar Ronald Dworkin para sustentar que a liberdade de expressão, numa postura constitutiva, coloca o cidadão como agente moral responsável pelos rumos da política. Assim, o Estado não pode impossibilitar que as minorias discutam temas polêmicos e desqualificar essas pessoas como se fossem de poucas virtudes.

comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)”. (STRECK, 2012. p. 105-106).

²⁰ Para uma leitura sobre a problemática da utilização dos princípios, ler a obra de Rafael Tomaz de Oliveira, que faz um debate da questão sob os aportes da nova crítica do direito, com imbricação na filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica, proposta por Lenio Streck. Ver: TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Um desses temas polêmicos, pelo menos aparentemente, é a (in)existência de compatibilidade entre a liberdade de expressão e comunicação e os *hate speeches*. Pelo que foi visto, não restam dúvidas de que esse tipo de discurso não está protegido pela liberdade de expressão, sendo, inclusive, constitucionalmente reprovado com o adicional de imprescritibilidade.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso Ellwanger, não atentou para o fato de que a liberdade de expressão não pode servir para apoiar discursos de ódio, conforme explicitado na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e nos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil. Apesar disso, travou longo debate sobre a possibilidade de colisão de valores, demonstrando a recepção tardia, descontextualizada e problemática da, muito criticada até mesmo na Alemanha, Jurisprudência dos Valores e da teoria da argumentação nos moldes colocados por Robert Alexy.

Apesar do resultado constitucionalmente adequado de improcedência do pedido, restou nítido o problema da adoção desses vieses teóricos pelos ministros do Supremo Tribunal, que buscaram compreender o caso Ellwanger, exemplo privilegiado do problema da ausência de uma teoria da decisão constitucionalmente adequada, como uma colisão entre valores que só poderia ser solucionada de maneira objetiva e justificável pelo raciocínio de ponderação de valores. Ainda que fundamentados na mesma técnica, os resultados foram os mais diversos possíveis, inclusive chegando ao absurdo de atipicidade penal, o que demonstra a impossibilidade de ponderar valores.

Por fim, tentou-se demonstrar a importância de uma teoria da decisão, na matriz teórica trabalhada por Lenio Streck, para evitar discricionariedade e arbitrariedades. Ao demonstrar que decidir não equivale a escolher, o autor protege a democracia, a legitimidade do poder judiciário e os direitos fundamentais que, ao invés de ponderados, devem ser concretizados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, junho 2003. ISSN 1467-9337.

_____. The Dual Nature of Law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 23, n. 2, p. 167-182, June 2010. ISSN 1467-9337.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993. 397p.

BOLZAN DE MORAIS, José L.; STRECK, Lenio L. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. 211p.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semisismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Siegried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Moreira Alveso. Decisão: 17 set. 2003. DJ 19 mar. 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 176p.

CHOMSKY, Noam. HERMAN, Edward. S. **Contendo a democracia**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003. 516p.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. 371p.

_____. The Right to Ridicule. **New York Review of Books**, New York, v. 53, n. 5, p. 44-44, 23 mar. 2006. ISSN 00287504. Acesso através do portal de periódicos CAPES.

_____. Why Must Speech Be Free? In: _____. **Freedom's Law**: The moral reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 195-213.

FARIAS, Edilsom. **Colisão de Direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. 208p.

_____. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304p.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 2008. 373p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. 354p.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1994. 315p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate**: a biography of the First Amendment. Kindle Edition. New York: Basic Books, 2009. 3867po.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free speech and its relation to self-government**. New York: Harper & Brothers Publishers, 1948. 107 p. Disponível em <<http://digital.library.wisc.edu/1711.dl/UW.MeikFreeSp>>. Acesso em: 16 jan 2012.

MILL, John. S. **On Liberty**. State College: Pennsylvania State University, 2006. 119 p. ISBN 1449518141. Disponível em: <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/jsmill/JS-Mill-On-Liberty.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2012.

MÜLLER, Friedrich. Teoria da Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Orgs.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 45-52.

RAZ, Joseph. Free Expression and Personal Identification. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 11, n. 3, p. 303-324, Summer 1991. ISSN 0143-6503. Acesso através do portal de periódicos CAPES.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence. **Cardozo Law School, Public Law Research Papers**, New York, n. 41, p. 1-63, April 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=265939>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

SANI, Giacomo. Consenso. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 240-242.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a. 420p.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b. 639p.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUNSTEIN, Cass. **Democracy and the problem of free speech**. Kindle Edition. New York: The Free Press, 1995. 326p.

VAN MILL, David. Freedom of Speech. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Winter 2009. ISSN 1095-5054. Disponível em:
<<http://plato.stanford.edu/archives/win2009/entries/freedom-speech>>. Acesso em: 16 jan. 2012.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: The Visibility of Hate. 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures. **Harvard Law Review**, Harvard, v. 123, n. 7, p. 1596-1657, May 2010. ISSN 0017-811X.