**DA PERSPECTIVA BOBBIANA DAS PRÉ-CONDIÇÕES DA
DEMOCRACIA A UMA APROXIMAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS CASOS DOS DISCURSOS DO ÓDIO E DA
PORNOGRAFIA¹**

**DE LA PERSPECTIVA BOBBIANA DE LAS PRECONDICIONES DE LA
DEMOCRACIA A UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS CASOS DE LOS DISCURSOS DEL ODIO Y
DE LA PORNOGRAFÍA**

Sheila Stolz

RESUMO: Os valores-princípios da liberdade, igualdade e solidariedade estão atrelados as pré-condições de existência e também de sustentabilidade dos sistemas democráticos nos quais se fundamentam os Estados de Direito Constitucionais. Em sua matriz histórica a liberdade de expressão teve a pretensão de impossibilitar qualquer ação do Estado no sentido de coibir a manifestação de ideias, opiniões e pensamentos e, sendo assim, pode ser entendida, de forma sucinta, como o direito de toda/o a/o cidadã/ão de expressar livremente suas ideias e opiniões. Não obstante, cabe recordar que a inestimável carga libertária da liberdade de expressão também foi utilizada por grupos segregacionistas e racistas como escudo no qual ancoraram suas manifestações públicas de não reconhecimento da/o outra/o, manifestações a que usualmente dá-se o nome de discurso do ódio. Como identificar, contemporaneamente, *quando e em que medida* o exercício da liberdade de expressão deixa de ser uma prática de direito fundamental e passa a ser um abuso de direito? Para tentar responder esta pergunta faz-se imprescindível analisar as principais razões contra e a favor dos discursos segregacionistas e patriarcais/machistas, focando no impacto da liberação e proibição destas manifestações tanto em seus alvos diretos como também nos demais valores e direitos fundamentais constitucionalizados e necessários para o desenvolvimento daquelas sociedades que se vem a si mesma como plurais, democráticas e respeitosas da dignidade da pessoa humana. Para alcançar o objetivo proposto analisar-se-á o conteúdo dos Direitos Humanos e Fundamentais com o intuito de fixar suas bases constitutivas que servirão, ademais para indagar-se quanto à pertinência do pensamento de Norberto Bobbio acerca das pré-condições da democracia e sua relação com a tese de que a liberdade é *pré-condição* e *condição* dos sistemas democráticos. Acredita-se que, a partir deste arcabouço teórico, estar-se-á apto a demonstrar que a liberdade de expressão *pode e deve ser* limitada (no sentido de delimitada, de ser regulada) nos discursos do ódio e da pornografia.

¹ Uma versão inicial deste artigo foi apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Área de Concentração *Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado* para a disciplina *Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais no Direito Público no Direito Privado* ministrada pelo Professor Dr. Ingo Sarlet.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos e Fundamentais; Liberdade de Expressão; Igualdade e não-discriminação; Reconhecimento da/o outra/o; Estado de Direito Constitucional.

RESÚMEN: Los valores-principios de la libertad, igualdad y solidaridad están enlazados a las precondiciones de existencia y también de sostenibilidad de los sistemas democráticos en los cuales se fundamentan los Estados de Derecho Constitucionales. En su matriz histórica la libertad de expresión tuvo la pretensión de imposibilitar cualquier acción del Estado en el sentido de cohibir la manifestación de ideas, opiniones y pensamientos y, en así siendo, puede ser entendida, de forma sucinta, como el derecho de toda/o la/lo ciudadana/no de expresar libremente sus ideas y opiniones. No obstante, cabe recordar que el inestimable valor libertario de la libertad de expresión también fue utilizada por grupos segregacionistas y racistas como escudo en el cual anclaron sus manifestaciones públicas de no reconocimiento de la/del otra/o, manifestaciones a la que usualmente se les nombra de discurso del odio. ¿Cómo identificar, contemporáneamente, *cuándo y en qué medida* el ejercicio de la libertad de expresión deja de ser una práctica de derecho fundamental y pasa a ser un abuso de derecho? Para intentar responder esta pregunta se hace imprescindible analizar las principales razones en contra y a favor de los discursos segregacionistas y patriarcales/machistas, focalizando en el impacto de la liberación y prohibición de dichas manifestaciones tanto en sus blancos directos como también en los demás valores y derechos fundamentales constitucionalizados y necesarios para el desarrollo de aquellas sociedades que se perciben a si mismas como plurales, democráticas y respetosas de la dignidad de la persona humana. Para alcanzar el objetivo propuesto se analizará el contenido de los Derechos Humanos y Fundamentales con el objetivo de fijar sus bases constitutivas que servirán, además, para indagarse cuánto a la pertinencia del pensamiento de Norberto Bobbio a cerca de las precondiciones de la democracia y su relación con la tesis de que la libertad es *precondición* y *condición* de los sistemas democráticos. Se presupone que, a partir de este anclaje teórico, se estará apto a demostrar que la libertad de expresión *puede y debe ser* limitada (en el sentido de delimitada, de ser regulada) en los discursos del odio y de la pornografía.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos y Fundamentales; Libertad de Expresión; Igualdad y no discriminación; Reconocimiento de la/del otra/o; Estado de Derecho Constitucional.

Introdução

Notoriamente sabe-se que o Direito, além de ser um sistema que visa regular as condutas das/os cidadãs/ãos², desenvolve também um papel essencialmente epistêmico³ isto

² Na língua portuguesa, assim como eu outros idiomas, é comum o uso exclusivo do gênero gramatical masculino para designar o conjunto de homens e mulheres, ainda que morfologicamente existam formas gramaticais femininas. Admite-se que o gênero masculino “engloba” o feminino, como é o caso da usual utilização das expressões “o Homem” ou “os Homens” como sinônimos de “a Humanidade”. Tomando a parte pelo todo, identificam-se os Homens com a universalidade dos seres humanos. Não obstante a padronizada utilização do vernáculo empregar o gênero masculino como genérico, entende-se que subsumidas na referência linguística aos homens, as mulheres tornam-se praticamente invisíveis na linguagem e, quando visíveis, continuam marcadas por uma assimetria que as encerra numa especificidade, uma “diferença” natural (o sexo),

é, uma de suas principais finalidades é a de tornar mais determinado e cognoscível o que a Moralidade⁴ exige daquelas/es a quem o Direito governa⁵, precisamente por isto faz-se imprescindível que suas normas (princípios e regras) sejam claras, gerais e objetivas, como bem advogava Lon Fuller⁶. Portanto, a tese de que o Direito se encontra abalizado única e exclusivamente no valor absoluto da autonomia da consciência é equivocada seja porque não considera os limites a que está sujeita a consciência individual (não se pode inferir correção ética de todos os juízos individuais, posto que eles têm que satisfazer os postulados de universalidade e aceitabilidade por parte de um observador racional a fim de que sejam qualificados como morais⁷), seja porque não toma em consideração o fato de que as pessoas morais estão também vinculadas por deveres que não são o resultado de atos voluntários.

Onde então reside a autoridade do Direito? Sem a intenção de dar uma resposta final a tal interrogante, dado a abrangência do tema, se começará citando a Paul Ricouer quando argui que

[...] a autoridade confina com a violência na qualidade de poder de impor obediência, ou seja, na qualidade de dominação; mas o que a distingue desta é precisamente a credibilidade vinculada ao seu caráter de legitimidade pelo menos presumida e, como defrontantes, o crédito, o credenciamento, vinculados ao reconhecimento ou não do direito que tem meu superior – instituição ou indivíduo – de me impor obediência. (RICOUER, 2008, p. 103).

Tomando como base as palavras de Ricouer, cabe pensar onde reside o caráter de legitimidade do Direito para que possa exercer a coerção e impor que a cidadania siga as suas normativas. A resposta dada a este interrogante servirá, ademais, de fundamento – ainda que não seja o único – para a defesa da regulação da liberdade de expressão.

numa “humanidade” de um outro tipo. Ademais, em se tratando das relações sociais onde existem reais abismos entre homens e mulheres entende-se por bem utilizar-se na linguagem acadêmica aqui expressa o gênero gramatical feminino e masculino como meio promotor da igualdade.

³ Sobre o caráter epistêmico do Direito, interessante aporte encontra-se em ALEXANDER: 1990, p. 16-19.

⁴ O termo *Moralidade* aqui utilizado ainda que leve em consideração a *Moral Positiva* ou *Social* – entendida como aquele conjunto de normas morais vigentes em um determinado grupo social e em um momento histórico concreto – tem como fundamento a *Moral Crítica* – entendida como aquele conjunto de princípios morais que se consideram justificados e que se utilizam para criticar as instituições sociais vigentes, incluída a moral positiva. Neste sentido, os princípios da moral crítica podem coincidir ou não (ou somente coincidir em parte) com a moral positiva existente. Ademais, cabe mencionar que em um Estado de Direito Constitucional a Moralidade é, em essência, aquela estipulada na Constituição, ou seja, nos valores por ela expressos.

⁵ Sobre normas jurídicas determinadas pelas autoridades que não são morais, mas que podem ser reduzidas a elas, veja-se DWORKIN: 1978, p. 105-123.

⁶ Veja-se Lon Fuller (1964) e a abordagem da proposta fulleriana em STOLZ (2007b).

⁷ Neste sentido, veja-se Váldez, 1993, p. 541 e ss.

Os valores-princípios da liberdade, igualdade e solidariedade estão atrelados as pré-condições de existência e também de sustentabilidade dos sistemas democráticos nos quais se fundamentam os Estados de Direito Constitucionais.

A liberdade de expressão, direito que decorre do valor da liberdade, pode ser entendida como o direito de toda/o a/o cidadã/ão de expressar livremente as suas ideias e opiniões tendo como origem histórica a pretensão de impossibilitar qualquer ação do Estado no sentido de coibir a manifestação de ideias, opiniões e pensamentos.

Também historicamente os grupos segregacionistas e racistas utilizaram-se do direito à liberdade de expressão como escudo no qual ancoraram suas manifestações públicas de não reconhecimento da/o outra/o, manifestações a que usualmente dá-se o nome de discurso do ódio.

Porém, como identificar *quando* e *em que medida* o exercício da liberdade de expressão deixa de ser uma prática de direito fundamental e passa a ser um abuso de direito?

Para tentar responder esta pergunta faz-se imprescindível analisar as principais razões contra e a favor dos discursos do ódio e da pornografia, focando no impacto da liberação e proibição destas manifestações tanto em seus alvos diretos como também nos demais valores e direitos fundamentais constitucionalizados e necessários para o desenvolvimento daquelas sociedades que se vem a si mesma como plurais, democráticas e respeitosas da dignidade da pessoa humana.

Metodologicamente partir-se-á do pressuposto que o princípio da dignidade humana além de imperativo axiológico dos distintos direitos de liberdade e igualdade formais destina-se a defesa de tais direitos desde sua materialidade. E, no que tange a Ordem Constitucional brasileira (entendida aqui no sentido dado por Canotilho de uma *Constituição Dirigente*⁸) que se fundamenta na premissa de que um regime genuinamente democrático pressupõe certo grau de autonomia, liberdade, igualdade, pluralidade e segurança para suas/seus membros, o direito fundamental à liberdade de expressão não pode ser um fator gerador de desigualdade e discriminação, mas sim de pleno desenvolvimento da *personalidade humana*⁹.

⁸ Canotilho busca a reconstrução da Teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição. Segundo o constitucionalista português, as constituições contemporâneas pretendem de uma forma ou outra, conformar o político e por isto a sua força de direção. Pode-se dizer, sucintamente, que o núcleo da idéia de Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da Constituição pelos fins e tarefas previstos no texto constitucional (CANOTILHO, 2000 e 2001, p. 27-30, 42-49 e 462-471).

⁹ De acordo com Pérez Luño, “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo” (PÉREZ LUÑO, 2010, p. 318). Neste sentido veja-se também: Paulo Mota Pinto, 2000, p. 61-84.

Para alcançar o objetivo proposto – averiguar *quando e em que medida* o exercício da liberdade de expressão deixa de ser uma prática de direito fundamental e passa a ser um abuso de direito – analisar-se-á, em um primeiro momento, o conteúdo dos Direitos Humanos e Fundamentais com o intuito de fixar suas bases constitutivas que servirão, ademais e *a posteriori*, para indagar-se quanto à pertinência do pensamento de Norberto Bobbio acerca das pré-condições da democracia e sua relação com a tese de que a liberdade é *pré-condição e condição* dos sistemas democráticos. Acredita-se que, a partir deste arcabouço teórico, estar-se-á apto a demonstrar, já na última seção, que a liberdade de expressão *pode e deve ser* limitada (no sentido de delimitada, de ser regulada¹⁰) nos discursos do ódio e da pornografia.

1. Refletindo sobre os Direitos Humanos positivados

Nesta seção realizar-se-á, primeiramente, algumas considerações em torno à definição e o conteúdo da noção de Direitos Humanos. Uma concepção plausível sobre ditos Direitos inclui uma série de *standars* normativos importantes, urgentes e também universais, posto que todas as comunidades políticas (pelo menos as Ocidentais) são apreciadas a partir deles e da forma como tratam a seus membros. Tal concepção necessita formular, ainda que de forma não definitiva, um rol de direitos que inclua uma explicação sobre os direitos que formam parte desta listagem, como também as pautas para interpretá-los. Esta concepção de Direitos Humanos implica uma reflexão sobre por que ditos direitos tem determinado conteúdo e o modo como podem ser ampliados, interpretados e revisados. Em outras palavras, dita concepção pressupõe que os Direitos Humanos positivados (também chamados de direitos fundamentais) sejam um terreno propício para a argumentação política indispensável, sobretudo, quando entra em jogo o pertencimento dos sujeitos cidadãos a uma dada comunidade política¹¹, ou seja, a noção de *ser e sentir-se membro* de tal comunidade e *de estar efetivamente incluído* nela, faz parte da concepção de Direitos Humanos aqui

¹⁰ A expressão *limitada* é aqui utilizada muito mais desde o ponto de vista teórico do que de plausibilidade fática de limitação daquilo que se divulga cotidianamente nos distintos *Mass Media* – Meios de Comunicação Social de Massa.

¹¹ O termo comunidade política é aqui utilizado com o mesmo sentido outorgado, entre outros, por John Rawls e Ronald Dworkin. A comunidade política é entendida como o *locus* apropriado para a formulação do que se constitui o bem político. E, ainda que a ideia de comunidade política de destino – de coletividade auto determinada – não possa mais só e exclusivamente situar-se dentro dos limites de uma só nação-Estado em face da multiplicidade de intersecções propiciadas pela globalização, estar-se-á, no que segue, empregando o termo em sua acepção primeira.

abordada¹². A ideia de *pertencimento*, de ser membro de uma comunidade política neste contexto formulada é normativa, ou seja, implica que se considere devidamente o bem de cada uma/um das/dos membros da comunidade política tanto no processo de tomada das decisões como no conteúdo e efetividade das mesmas.

E, ainda que a maioria dos Direitos Humanos (positivados ou não) não se limite a questões de procedimento (o direito a não ser torturado e o direito a não padecer de fome deliberadamente, são exemplos de direitos substantivos e não procedimentais), os pré-requisitos do processo coletivo de autodeterminação (incluindo a liberdade de expressão, ideológica, de consciência, religiosa e o direito a dissentir) se encontram, sem dúvida, entre tais direitos.

Portanto, uma aproximação plausível a ideia de obrigação jurídico-política deve tomar em consideração o atendimento ao bem comum das/dos membros da comunidade política e em alguma interpretação de tal bem faz-se necessário, se é que as exigências impostas pelas instituições estatais pretendem ter um *status* de genuínas obrigações e não de meras imposições forçosas ou de exercício espúrio do poder, que se respeitem, salvaguardem e fomentem tais bens. Adota-se, neste particular, a teoria associativa da autoridade do Direito – proposta por Dworkin – e, segundo a qual, é o vínculo político que determina o contorno da obrigação de obediência ao Direito. Vínculo este que requer que o Direito para ser obedecido adote o elemento emotivo encontrado no modelo dworkiniano de *comunidade fraternal* – aquela onde as/os suas/seus integrantes têm interesse específico e igualitário pelo resto das/dos membros e no qual as/os participantes adquirem o compromisso de agregar ao Direito o equilíbrio entre os valores¹³ que, em conjunto, justificam a coerção estatal. Se esta explicação é razoável, então os direitos necessários para que as pessoas sejam tratadas como membros da comunidade política são idênticos aos direitos necessários para que as obrigações legalmente impostas constituam obrigações genuínas. Neste mesmo sentido assevera Honneth que os direitos são,

[...] grosso modo, aquelas pretensões individuais com cuja satisfação social uma pessoa pode contar de maneira legítima, já que ela, como membro de igual valor em uma coletividade, participa em pé de igualdade de sua ordem institucional; se agora lhe são denegados certos direitos dessa espécie, então está implicitamente associada a isso a afirmação de que não lhe é concedida imputabilidade moral na mesma medida que aos outros membros da sociedade. Por isto, a particularidade nas formas de respeito, como as existentes nas privações de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua

¹² Estas noções foram analisadas por STOLZ, Sheila, 2010 (a, b), 2008 (a, b) e 2007.

¹³ Dworkin (1986) sugere para o seu ordenamento que tome os valores da justiça, da equidade e do devido processo.

associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da integração com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; neste sentido, de maneira típica, vai de par com a privação de direitos uma parcela de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos. (HONNETH, 2009, p. 216-217).

A denegação de pretensões jurídicas – como as existentes nas privações de direitos e na marginalização social por motivos de étnico-raciais e sexistas, por exemplo, corresponde à negação da dignidade humana em seu caráter multidimensional, ou seja, não somente no que se convencionou denominar de *concepção ontológica da dignidade* – aquela que afirma a dignidade como uma qualidade inerente ao ser humano¹⁴ –, mas também no que se refere ao seu âmbito intersubjetivo e político. A dimensão intersubjetiva implica ademais do valor intrínseco da pessoa, o conjunto de deveres e direitos correlativos indispensáveis ao *florescimento humano*. A perspectiva política da dignidade humana está sendo aqui projetada no sentido dado por Hannah Arendt quando aborda o conceito e pressupostos da condição e existência humana afirmando que todos

[...] os aspectos da condição humana têm alguma relação com a política; mas esta pluralidade é especificamente a condição – não apenas a *conditio sine qua non* –, mas a *conditio per quam* de toda a vida política. (...) a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir. (ARENDRT, 2002, p. 16).

Perspectiva multidimensional da dignidade humana que é também objeto de expressa previsão Constitucional no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. E, independentemente do debate sobre a correção ou não do seu enquadramento constitucional, a dignidade da pessoa humana, tal como reconhecida no pensamento jurídico-constitucional português (entre outros, CANOTILHO) e espanhol (entre outros, PÉREZ LUÑO), é um princípio (valor) fundamental da comunidade política brasileira que, como bem leciona Ingo Sarlet

[...] muito embora os direitos fundamentais encontrem seu fundamento, ao menos em regra, na dignidade da pessoa humana e tendo em conta que –

¹⁴ Concepção herdada do pensamento kantiano que concilia e relaciona a dimensão axiológica – dignidade como valor intrínseco – como as noções de racionalidade, autonomia e moralidade, concebidas como fundamento e conteúdo da dignidade. Afirma Kant que “o homem – e, de maneira geral, todo ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como um fim” (KANT, 2011, p. 58).

como ainda teremos oportunidade de demonstrar – do próprio princípio da dignidade da pessoa (isoladamente considerado) podem e até mesmo devem ser deduzidos direitos fundamentais autônomos, não especificados (e, portanto, também se poderá admitir que – neste sentido – se trata de uma norma de direito fundamental), não há como reconhecer que existe uma norma de direito fundamental à dignidade, ainda que vez por outra se encontre alguma referência neste sentido¹⁵.

O reconhecimento normativo da dignidade humana declarado como princípio (e, vez por outra, também como regra¹⁶) constitucional fundamental, não exclui o seu papel como valor fundamental para toda a ordem jurídica, concedendo-lhe uma maior pretensão de eficácia e efetividade. E, embora não seja este o momento oportuno para aprofundar a questão, convém destacar a função instrumental – integradora e hermenêutica – do princípio da dignidade humana, na medida em que serve de parâmetro para interpretação, integração e aplicação tanto dos direitos fundamentais como das demais normas constitucionais ou infraconstitucionais que conformam o ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, deduz-se que o princípio da dignidade humana além de imperativo axiológico dos distintos direitos de liberdade e igualdade formais, destina-se a defesa dos direitos de liberdade e igualdade materiais, ou seja, a Ordem Constitucional brasileira protege a personalidade humana e fundamenta-se na premissa de que um regime genuinamente democrático pressupõe certo grau de autonomia, liberdade e segurança para suas/seus membros, temas que serão tratados à continuação.

2. As pré-condições da democracia

Na teoria do Direito três grandes teóricos – Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli e Ernesto Garzón Valdés –, cunharam termos para analisar aquela parte dos direitos que se encontram na esfera dos direitos considerados invioláveis. Em outros termos, na fronteira que resguarda alguns determinados direitos do princípio da maioria. Na obra intitulada *Teoria generale della politica*, Norberto BOBBIO assim se refere a este espaço¹⁷:

¹⁵ SARLET, 2011, p. 77.

¹⁶ A título de esclarecimento adota-se aqui a classificação de normas jurídicas em princípios e regras seguindo a Ronald Dworkin.

¹⁷ Para indicar o mesmo conceito ainda que com conteúdo mais amplo, Ferrajoli cunhou o termo “esfera do não decidível” no artigo *Diritti fondamentali* (publicado em Teoria Política, XIV, n.º 2, 1998, p. 3-33, especialmente, p. 15). Posteriormente tratará do tema na obra *El fundamento de los derechos fundamentales* (2001, p. 36).

Todas as constituições liberais se caracterizam pela afirmação dos direitos do homem e do cidadão, qualificados de «invioláveis». Agora bem, o inviolável reside precisamente em que estes direitos não podem limitar-se, e muito menos suprimir-se, por meio de uma decisão coletiva, ainda que seja majoritária. Por seu caráter de inalienáveis frente a qualquer decisão majoritária, estes direitos foram chamados de direitos contra a maioria, e em algumas constituições são garantidos juridicamente por meio do controle constitucional das leis (ou seja, das decisões tomadas por maiorias), declarando ilegítimas as leis que não respeitam tais direitos. A ampla esfera dos direitos de liberdade pode interpretar-se como uma espécie de território fronteiro ante o qual se detém a força do princípio majoritário (BOBBIO, 1999, p. 399-400).

Bobbio (1999, p. 370-383) também analisa e expressa em normas às seis regras procedimentais básicas do jogo democrático e que fundamentam, segundo seu entendimento, o que em uma democracia constitui o “conjunto de regras de procedimento para a formação das decisões coletivas, na qual está prevista e propiciada a mais ampla participação possível dos interessados” (BOBBIO, 1984, p. X). Em outros termos, nas democracias dos Estados de Direito Constitucionais as/os destinatárias/os das decisões coletivas têm o direito a participar de maneira igual e igualmente livre. Os Estados de Direito constitucionais democráticos caracterizam-se, portanto, por ser o regime da liberdade e da igualdade políticas e, é, precisamente por tal configuração, que as regras do jogo democrático estão implicitamente contidas nos princípios de liberdade e igualdade políticas.

A primeira regra da listagem proposta por Bobbio impõe um condicionante, o de que a igualdade seja entendida como inclusão, isto é, que todas/os as/os cidadãs/ãos passivos, submetidas/os a obrigação política de obedecer às normas da comunidade política, devem ser cidadãs/ãos ativas/os. Dito de outra forma, que todas/os as/os cidadãs/ãos sejam titulares do direito-poder de participar sem discriminações primeiramente mediante o voto eleitoral, mas também e, como consequência, no processo de formação das decisões coletivas.

A segunda regra atribui uma condição de igualdade como equivalência no sentido de que os votos de todas/os as/os cidadãs/ãos devem possuir o mesmo peso, ou seja, nenhum deve contar nem mais nem menos que qualquer outra/o.

A terceira regra exige uma condição de liberdade de subjetiva no sentido de que a opinião política de cada uma/um deve poder se formar livremente, sem distorções condicionantes, o que impõe que se assegurem o pluralismo dos (e nos) meios de informação e persuasão.

A quarta regra impõe uma condição de liberdade objetiva ao estabelecer que: as/os cidadãs/ãos devem poder eleger entre uma gama de alternativas o suficientemente amplas de

propostas e programas eleitorais que, ademais de ser efetivamente diferentes entre si, representem a diversidade social, o que requer, em efeito, o respectivo pluralismo de partidos, associações e movimentos políticos.

A quinta regra implica uma condição de eficiência de todo o processo de decisão coletiva, ou seja, desde o momento eleitoral até as deliberações dos órgãos representativos as decisões devem ser tomadas em função do princípio da maioria que é, para BOBBIO, apenas uma regra técnica e idônea para superar, ainda que com seus conhecidos limites e aporias, a homogeneização criando, em oposição, o contraste e o debate entre as opiniões particulares divergentes.

Por esta razão, a sexta e última regra da lista estabelece que “nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito a converter-se em maioria em igualdade de condições” (BOBBIO, 1999, p. 381).

Dado o conteúdo material de dita regra, convém, ainda que de forma breve, analisá-la. Em primeiro lugar, dita regra proíbe qualquer decisão que possa alterar as outras cinco regras do jogo, já que, tal como mencionado, indisponíveis ao poder da maioria. Cabe frisar que indisponíveis aqui se refere não somente as maiorias políticas contingentes, mas, inclusive, as eventuais modificações realizadas mediante uma decisão por unanimidade que pretenda alterar algum valor, princípio ou direito substancial, mesmo que dita alteração seja feita por uma maioria qualificada – aquelas previstas, por exemplo, em algumas constituições para os casos de revisão de determinadas normas constitucionais. Em segundo lugar, cabe mencionar que dita regra implica um âmbito do “terreno proibido”, de um “*coto vedado*”¹⁸

¹⁸ Os direitos constitucionais configuram o que Ernesto Garzón Valdés chamou de *coto vedado*, aquela esfera excluída da negociação e do compromisso parlamentar. Segundo suas palavras, o *coto vedado* “garante o exercício da autonomia pessoal, sem intervenção do Estado [...] protege o âmbito da privacidade (GARZÓN VALDÉS, 1993, p. 48)” e apresenta, ademais, dois aspectos basilares “a proibição de politizar o não negociável e a exigência de assegurar politicamente a realização efetiva dos direitos que tenta proteger”. Ao comparar-se as propostas bobbiana, a de Garzón Valdés e a de Ferrajoli, esta última constitui um avanço com relação as predecessoras precisamente porque a “esfera do não decidível” do professor italiano está articulada em dois hemisférios: 1) do não decidível *que*: coincide com a proibição de limitar ou suprimir os direitos de liberdade, e 2) do não decidível *que*: coincide com a obrigação dos poderes políticos e, conseqüentemente, do poder político da maioria, de introduzir as específicas e idôneas garantias legislativas para os direitos fundamentais e, especificamente, para os direitos sociais (FERRAJOLI, 1998, p. 4). Entre os teóricos anglosaxões encontram-se fortes opositores a esta tese. Jeremy Waldron, por exemplo, entende que esta tese não se sustenta por duas razões: 1) porque naqueles casos em que algum direito do *coto vedado* não se encontre reconhecido a nível constitucional, as/os defensoras/es do *coto vedado* deverão lutar por uma revisão constitucional muito custosa, ou, naqueles casos em que exista um *Bill of Rights* e um direito concreto não é reconhecido, dever-se-á então lutar para uma revisão ou, mais bem, para que seja reconhecido em via interpretativa; e, (b) porque a rigidez verbal da expressão *coto vedado* que surge engessar direitos em determinadas formas canônicas como sucede com algumas cláusulas constitucionais, desvia as discussões sobre seu significado para muito longe de uma discussão moral aberta, transformando-as em discussões escolásticas sobre o significado de determinados textos, da mesma forma que algumas expressões protegidas pela liberdade de expressão, entre elas, por exemplo, os

para o poder de qualquer maioria e no qual se encontram, ademais, os direitos fundamentais que constituem as pré-condições da democracia. Todos os direitos estabelecidos em constituições rígidas estão, por definição, subtraídos ao poder de disposição das maiorias políticas contingentes; mas, desde o específico ponto de vista da salvaguarda da democracia, devem ser considerados absolutamente indisponíveis, assim também como estão subtraídos do poder de revisão constitucional os quatro grandes direitos de liberdade dos modernos¹⁹ – a saber: a liberdade pessoal, a liberdade de opinião e manifestação do pensamento, a liberdade de reunião e a liberdade de associação.

Estes direitos são, de acordo com BOBBIO,

[...] o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos mesmos mecanismos fundamentalmente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são propriamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenvolvimento do jogo (BOBBIO, 1984, p. 6).

Logo, portanto, é possível afirmar que se bem as regras do jogo representam as condições da democracia, os direitos de liberdade são suas pré-condições indispensáveis não porque ditos direitos constituam fins em si mesmos, princípios absolutos, valores morais ou razões sociais de uma comunidade política estipuladas em sua constituição, mas porque qualquer violação dos mesmos tornaria vazia a democracia. Ademais, convém enfatizar que enquanto direito, os direitos de liberdade são invioláveis e inalteráveis inclusive no que concerne ao poder de revisão constitucional acaso se tenha intenção de evitar que mediante o exercício de tal poder sejam introduzidas as premissas para instaurar um regime já não reconhecido como democrático.

Aos direitos de liberdade somam-se, como pré-condições da democracia, alguns direitos sociais e entre eles, por exemplo, o direito a instrução, entendido aqui como o direito de todas/os as/os cidadãs/ãos a terem acesso à educação em seus distintos níveis e cuja não efetividade e garantia invalida, consequentemente, os direitos de liberdade. Portanto, um ordenamento jurídico-político que pretenda *ser e continuar sendo* democrático deve: 1) contar com normas que conceda *status* constitucional aos direitos fundamentais; 2) não permitir que

insultos raciais e ou a queima da bandera nacional, sejam interpretadas como um tipo possível ou não de insulto. Veja-se mais em WALDRON, 1993, p. 18-51, em especial, p. 25-27.

A título de esclarecimento convém mencionar que a expressão castelhana *coto vedado* originalmente criada por Ernesto Garzón Valdés (1993, p. 644-645), possui, segundo o Diccionario de la Real Academia Española, 21ª Edición, o seguinte significado: “coto: (Del lat. *Cautus*, defendido) m. Terreno acotado (...) Término, límite (...) Mandato, precepto (...).

¹⁹De acordo com Bobbio, 1999, p. 304.

os direitos fundamentais sejam passíveis de revisão constitucional: e, 3) que se introduzam no sistema normas infraconstitucionais que garantam a eficácia dos direitos fundamentais.

E, ainda que não caibam neste contexto maiores digressões a respeito, cabe enfatizar que é *conditio sine qua non* para a sobrevivência da democracia que se mantenha a separação entre os poderes, ou entre o que Bobbio denominou de poderes sociais (BOBBIO, 1999, p. 104-105, 167-172).

Antes de passar para o próximo apartado convém acrescentar que a sexta e última regra do jogo democrático, é, sem dúvida, uma regra de clausura, posto que não se refere a forma, mas ao conteúdo das decisões, e, neste sentido, contrária as demais regras que são normas de procedimentos que estabelecem *como se deve chegar à decisão política e não o que se deve decidir*. Ademais, pode-se arguir, que a última regra da lista bobbiana é uma condição de salvaguarda ou de sobrevivência da democracia, pois com respeito à dita regra ela é indispensável para que se possa seguir jogando o mesmo jogo, isto é, o jogo democrático. Não obstante, dita listagem será aqui interpretada de forma mais extensiva, ou seja, considerar-se-á que os direitos da minoria (imposto pela sexta regra) se encontram implícitos nas demais regras e, portanto, com a capacidade de afastar, *a priori*, as decisões que contribuam a deixá-los sem efeito ou a convertê-los em vãos. Reinterpretada deste modo, em termos de condições e pré-condições da democracia, a teoria bobbiana deixa de ser puramente procedimental, posto que as regras do jogo democrático imporão a democracia uma salvaguarda qualificada de direitos.

3. Sobre liberdades

Compreendida a liberdade como condição e pré-condição da democracia, cabe, não obstante, saber-se em que consiste dito valor e sua configuração como direito.

Seguindo os objetivos inicialmente propostos, o tema das liberdades será tratado tendo como suporte teórico originário o legado bobbiano, pois, como é de conhecimento notório, ele dedicou-se com afincos durante várias décadas a esta temática. Em seu famoso artigo intitulado *Da liberdade dos modernos comparada com a liberdade das gerações futuras* publicado em 1954 e republicado na obra *Teoria generale della politica* (pela qual se cita), Bobbio empreende um trabalho de esclarecimento e distinção entre os diferentes significados descritivos do termo “liberdade” e onde sustenta, em efeito, a tese de que este termo contém basicamente dois significados descritivos. Em primeiro lugar, aparece a liberdade de matiz liberal, também chamada *liberdade negativa* ou de não-impedimento –

entendida como a faculdade de realizar ou não realizar certas ações sem que ocorram impedimentos externos. Ao lado dela, aparece a *liberdade democrática* também denominada por vezes de *liberdade positiva* ou de não-construção – entendida como o poder de dar leis a si mesmo. A partir deste texto originário, pode-se afirmar que estão traçadas as principais balizas da dicotomia entre liberdade negativa e liberdade positiva, que logo acabaram dando, no mundo anglo-saxão, grande renome a Isaiah Berlin²⁰ que comunga, ainda que com divergências, das bases teóricas defendidas por Bobbio.

Depois desta primeira publicação Bobbio substitui, no ensaio denominado *Kant e as duas liberdades*²¹, o conceito de liberdade democrática pelo conceito de *autonomia*. Em contribuições posteriores se refere a liberdade como a capacidade positiva material ou como o poder positivo de fazer o que a liberdade negativa permite fazer. Resumidamente e em consonância com os usos dado pelo autor, pode-se empregar as expressões *liberdade liberal*, *autonomia* e *liberdade positiva* para referir-se as instâncias da liberdade entendendo, por conseguinte, que todos estes sentidos do conceito de liberdade são legítimos.

Dado às limitações deste ensaio, não se abordará todas as objeções feitas à teoria bobbiana, simplesmente se enfatizará que no concerne à diferença entre liberdade liberal e autonomia, enquanto reconstrução filosófica, ela não consegue refletir todos os matizes da diferença entre liberdade negativa e positiva presente na obra de Isaiah Berlin. Para Berlin, a liberdade negativa seria a ausência de interferências, de impedimentos, sobretudo quanto às possibilidades de escolha, mas também de tudo daquilo que restringe. Em suma, a liberdade negativa é uma tentativa por libertar-se de qualquer interferência externa. Como oposto, oferece Berlin o conceito de liberdade positiva, entendido como a faculdade de pensar e/ou de fazer e/ou de não fazer determinadas ações sem ser obstaculizado pelos demais e pelo Estado. Resumidamente pode-se dizer que para Berlin a liberdade negativa é “estar livre de”, enquanto a liberdade positiva é “estar livre para” e, neste sentido, a liberdade positiva provém do desejo que o indivíduo nutre de se auto-determinar, de guiar-se a si mesmo, de ser responsável por suas escolhas e, sendo assim, de ser capaz de explicá-las a partir de suas próprias convicções, ideias e propósitos.

A parte das concepções político-filosóficas acerca da liberdade cabe indagar-se sobre qual o *status* jurídico que possui esta cláusula geral residual de liberdade, isto é, a liberdade negativa dentro do Estado de Direito Constitucional?

²⁰ O texto de Berlin, *Two Concepts of Liberty*, foi publicado em 1958, quatro anos depois do artigo de Bobbio.

²¹ Também republicado em **Teoria generale della política**.

No modelo do Estado Liberal o conteúdo desta cláusula residia no âmbito do *agere licere*. Por *agere licere* entende-se aquilo a que Bobbio se refere como o espaço composto por todas as ações irrelevantes para o Direito ou que ainda não tenham sido objeto de regulação jurídica. O conhecido mito liberal sobre a fundação da sociedade civil a partir do Estado de Natureza oferecia uma base idônea para considerar as ações irrelevantes ou não reguladas como ações livres. A liberdade natural, inerente, segundo esta concepção, ao ser humano era a regra geral de criação e organização da sociedade civil; portanto, junto às ações proibidas, ordenadas ou permitidas pelo Direito, existiam as ações naturais, ou seja, aquelas não reguladas e, conseqüentemente, ações livres. Neste sentido, é verdadeiro o axioma de Montesquieu que, ao definir a liberdade, o faz por meio da conhecida fórmula: “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (MONTESQUIEU, 1995, p. 106).

Este panorama se modifica substancialmente no Estado de Direito Constitucional com a introdução, no âmbito da constituição, do *agere licere*, entendido agora como o livre desenvolvimento da personalidade humana. Esta introdução implicará, em primeiro lugar, a constitucionalização de todo o âmbito da liberdade negativa que não se encontra contido nas liberdades específicas. Como consequência e, em segundo lugar, a regulação deste âmbito deixa de estar a cargo das intervenções do poder público requerendo, por conseguinte, critérios mais substanciais para a sua configuração, já que agora a liberdade não é simplesmente liberdade na medida da lei, mas sim e também a lei na medida da liberdade. Em outros termos, o respeito à liberdade constitucionalizada começa a ser a medida de validade da lei, dos atos administrativos, legislativos, judiciais e, também, das condutas dos particulares. Desta forma, o âmbito do *agere licere* desaparece como inicialmente instituído e o conteúdo do valor-princípio da liberdade se transforma, ao menos *prima facie*, no conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana. Precisamente neste ponto, da perspectiva do Direito, reside refutável o conceito de liberdade negativa de Bobbio, posto que reflete com exclusividade a existência de um *agere licere*, não contemplando a existência de um direito geral fundamental de liberdade. Direito este que *prima facie* é absoluto, mas que em conflito com outros direitos pode ser delimitado, conforme se demonstrará no que segue.

4. Sobre a liberdade de expressão

Como bem relembra Louis Menand “Coersion is natural; freedom is artificial. Freedoms are socially engineered spaces in which parties engaged in specified pursuits enjoy

protection from parties who would otherwise naturally seek to interfere in those pursuits” (MENAND, 1996, p.3).

E é precisamente pelo carácter artificial da liberdade que o liberalismo em suas origens do liberalismo ele podia ser descrito pelas demandas de liberdade individual e pelos anseios de limitação do poder (governo) já, em contrapartida, o liberalismo político contemporâneo – entendido aqui como uma doutrina compreensiva no sentido dado por John Rawls (1996, p. 13) – pode ser descrito pela pluralidade de valores que abarca e que o definem tanto por seus compromissos com a liberdade como pelos seus compromissos com a igualdade formal e substantiva. Ou, como bem expressa Ronald Dworkin, encontra-se no fundamento mesmo do liberalismo político encontra-se

[...] una ética liberal -intuiciones y convicciones acerca del carácter y los fines de la vida humana que parezcan particularmente congeniales con los principios políticos liberales-, para, a continuación, mostrar que esas intuiciones y convicciones constituyen ya la parte central de la manera en que la mayoría de nosotros se representa lo que es vivir bien, vivir mejor de lo que vivimos (DWORKIN, 1993, p. 64).

Tendo como base as concepções de liberalismo mencionadas, indagar-se-á, no que segue, se a liberdade de expressão, de opinião e de manifestação do pensamento requer, em alguma medida, ser delimitada? Em outros termos, se dita liberdade requer circunstancialmente e o que, todavia é mais crucial, que se estabeleça, em nome da própria liberdade, algum tipo de regulação?

Tomar-se-á como base histórica de reflexão os anos críticos da Guerra Fria onde foram suprimidas algumas liberdades, bem como se determinou, nos Estados Unidos e em distintos países das Américas, o fechamento do Partido Comunista e sua respectiva ilegalidade, ações justificadas à época como a única forma possível de salvaguardar tais países do indesejado estalinismo. Naquele período muitos liberais (em particular nos Estados Unidos) ponderaram que a solução a uma suposta adesão dos países capitalistas ao Bloco Comunista não poderia dar-se com base no cerceamento de liberdades, mas, pelo contrário, com a manutenção e/ou ampliação das liberdades (*amplo sensu*)²².

Com base neste exemplo histórico e partindo de ou lugar, ou seja, não mais de um Estado de Exceção, mas de um Estado de Direito Constitucional Democrático, poder-se-ia arguir, sem temor de incorrer em erro, que a liberdade de expressão nos casos relativos aos

²² Posição similar foi adotada pelo Ministro Marco Aurélio no famoso caso Siegfried Ellwanger (HC. nº. 82.424-2/RS) julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

discursos de ódio e/ou pornográficos deveria ser cerceada ou limitada, posto que nestes casos a liberdade e suas manifestações produzem ameaças mais diretas e imediatas? Sim e não, isto é, o discurso do ódio (que pode ser um discurso racista, fundamentalista religioso, etc.) pode ou não persuadir aos que o escutam a atuar de uma determinada forma, criando, por exemplo, grupos de perseguição ou de subjugação a outros grupos de uma comunidade política. O perigo, mais que na suposta persuasão, está no fato de que as mensagens transmitidas nestes tipos de discursos provocam, primeiramente, experiências de desrespeito que denegam ou privam de reconhecimento ao sujeito e/ou grupo por elas afetado. Segundo, porque impossibilitam a participação nas discussões dos assuntos públicos daqueles indivíduos e/ou grupos historicamente marginalizados e/ou excluídos. Neste contexto, o remédio clássico de mais e não menos liberdade de expressão pode resultar vazio ou inócuo, pois não se pode negar o nexó indissolúvel existente entre a incolumidade e a integridade dos seres humanos e o reconhecimento por parte da/o outra/o e, também, é claro, pela comunidade política a qual pertence.

Como bem afirma Axel Honneth,

[...] a integridade do ser humano se deve de maneira subterrânea a padrões de assentimento ou reconhecimento, [...] na autodescrição dos que se vem maltratados por outros, desempenham até hoje um papel dominante categorias morais que, como as de “ofensa” ou de “rebaixamento”, se referem a formas de desrespeito, ou seja, as formas do reconhecimento recusado. Conceitos negativos dessa espécie designam um comportamento que não representa uma injustiça só porque ele estorva os sujeitos em sua liberdade de ação ou lhes infringe danos; pelo contrário, visa-se àquele aspecto de um comportamento lesivo pelo qual as pessoas são feridas numa compreensão positiva de si mesmas, que elas adquiriram de maneira intersubjetiva (HONNETH, 2009, p. 213).

O discurso do ódio tende a diminuir o sentido do valor próprio de suas vítimas, dificultando e/ou impedindo, deste modo, sua participação plena em muitas das atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Provoca, também, que as vítimas se refugiem em si mesmas e quando eventualmente falam, suas palavras tendem a carecer de autoridade, de tal forma e grau que pode parecer que nada dizem. O mesmo efeito silenciador é atribuído a pornografia, pois, ao reduzir a mulher a mero objeto sexual, a pornografia a subordina e silencia. Incapacita assim sua credibilidade e a faz sentir como se não pudesse contribuir na discussão dos assuntos públicos.

Segundo Catherine MacKinnon, a proteção que oferece a liberdade de expressão a determinadas manifestações, como a pornografia, somente fomenta uma situação de

desigualdade, ao promover a superioridade dos homens sobre as mulheres. Em sua obra *Only Words* a autora critica a visão unilateral que entende a liberdade de expressão como um direito que garante só e exclusivamente o livre mercado das ideias, porquanto também tem que ser analisado desde a perspectiva dos seus perceptores, ou seja, compreendido também como um direito interligado ao direito à igualdade. Em termos gerais, MacKinnon considera que o direito a liberdade de expressão não pode ser protegido a tal ponto que sua expressividade promova a desigualdade. Dito de outra forma, para que se alcance a igualdade faz-se imprescindível limitar aqueles discursos que geram e incrementam a desigualdade.

Em um tom mais moderado e tomando como referência o direito constitucional estadunidense, Owen Fiss comparte a ideia de que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos²³ não somente deve ser entendida na perspectiva de proibir ao Estado (em concreto ao Congresso) toda limitação arbitrária a liberdade de expressão, mas também deve ser interpretada de forma tal que se entenda que o Estado se encontra obrigado a promovê-la, em particular quando o objetivo de tal promoção implique fazer frente a situações de desigualdade.

Em sua obra *The Irony of Free Speech*, Fiss começa afirmando que algumas expressões podem fomentar situações de discriminação, frente as quais faz-se necessária a intervenção do Estado. Dado que a liberdade de expressão por parte de alguns grupos também pode gerar um “*poder*” ou “*efeito silenciador*”, é imprescindível que se adotem medidas concretas que impeçam que a liberdade de expressão de unos silencie a de outros. A respeito afirma Fiss,

O Estado regula as expressões de ódio embasado na teoria de que denigram o valor e a dignidade daqueles que são suas vítimas, e dos grupos aos que pertencem. A igualdade também subjaz ao novo ataque de algumas feministas contra a pornografia, que a criticam não por razões religiosas ou morais, mas porque reduz as mulheres a objetos sexuais e erotisa sua dominação. A seu juízo, a pornografia provoca violência contra as mulheres, incluindo a violação e o abuso no âmbito doméstico e, ademais, leva a uma situação geral de desvantagem social, tanto nas questões mais íntimas como na esfera pública (FISS, 1999, p. 22).

Quando o Estado estabelece as restrições ao discurso do ódio ou da pornografia sua preocupação não reside somente na posição social marginalizada de determinados grupos, mas se centra também

²³ A Primeira Emenda estabelece que: “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”.

[...] na pretensão destes grupos de ter uma oportunidade plena e igual de participar no debate público, ou seja: na sua pretensão de exercitar seu direito à liberdade de expressão, como algo distinto de seu direito a igualdade. O Estado, ademais, satisfaz esta pretensão, não por seu valor intrínseco, nem tão pouco com a finalidade de satisfazer os interesses auto-expressivos destes grupos, mas simplesmente como uma forma de promover o processo democrático (FISS, 1999, p. 30-31).

Nos discursos de ódio e pornográficos não é a instituição denominada Estado o agente que ameaça os valores da liberdade de expressão. Entretanto, não há necessidade de que a ameaça provenha do Estado para que constitua um assunto de interesse público. A necessidade de intervenção estatal, nestes casos, se fundamenta na ideia de que a proteção da integridade do discurso público – aquela que assegura que o público escute tudo o que deve escutar – é um fim admissível e valioso do Estado. Neste caso, o fim resulta ser uma concepção de democracia que demanda que determinados discursos não silenciem ou impeçam a expressão das/dos mais débeis.

A promoção de valores democráticos é um propósito público, valioso e irrefutável, mas pode-se questionar o método pelo qual dito fim é alcançado: especificamente, se a intervenção do Estado é consistente com o preconizado pela Constituição Federal em seu artigo 5º e alguns de seus incisos ora transcrito,

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
[...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...]
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

O tipo de regulamentação estatal que se está defendendo e que ademais, está garantido constitucionalmente, promove a liberdade de expressão das minorias raciais, das/os excluídos, das mulheres, mas com o custo de silenciar os racistas e sexistas. Não obstante, cabe indagar-se de onde provém o direito do Estado (poderes públicos) de privilegiar os direitos de expressão de um grupo sobre outro? A resposta a esta pergunta depende, em grande medida, de como são concebidos os interesses de expressão em questão.

Se somente estão envolvidos os interesses de expressão de cada grupo – o desejo do racista e o interesse de sua possível vítima, por exemplo – cada um expressando a sua própria opinião, então existiria um grau elevado de arbitrariedade do Estado ao dar maior peso ao

interesse de um sobre o outro. De qualquer forma, existem outras ponderações a serem realizadas. Nos casos em tela o Estado não está tratando de arbitrar entre os interesses de expressão dos grupos, mas tratando de preservar a solidez do debate público – de que se estabeleçam as pré-condições necessárias para o autogoverno da coletividade, assegurando que todas as posturas sejam apresentadas em público (FISS, 1987, p. 781-794 e p. 781.). Se a solidez do debate público pudesse ser lograda simplesmente mediante o outorgamento de poder aos grupos mais débeis, então esta seria a única tarefa necessária a ser cumprida; mas as regulamentações do tipo que se estão considerando se sustentam na ideia de que em certas ocasiões é necessário diminuir as vozes de umas/uns para que as vozes de outras/os sejam escutadas.

Ao conceber as regulamentações estatais do discurso do ódio e da pornografia deste modo, o valor da igualdade volta a aparecer e, nesta ocasião, enraizado também no referido artigo constitucional. A preocupação agora não é se as expressões – objeto de regulação estatal – lesionam ou não o *status* social de certos grupos, mas a demanda destes grupos por terem uma oportunidade plena e equitativa de participação no debate público: o que importa, neste aspecto, é a demanda de sua liberdade de expressão. Ademais, o Estado honra essas demandas não por seu valor intrínseco ou pelo mérito das expectativas que projeta, nem porque o direito de expressão de umas/uns seja superior ao de outras/os, mas somente porque deve preservar a abertura e integridade do debate público. O que motiva a ação do Estado não é tanto o interesse dos indivíduos por se expressar, mas o interesse da audiência – a cidadania – por escutar um debate pleno e aberto dos assuntos de importância pública.

Desde o marco jurídico tradicional, os assuntos de liberdade de expressão são analisados como um conflito entre valor e contra valor. Nos casos exemplificados o contra valor não aparece como sendo a ordem pública, nem se quer como o mais atrativo valor de igualdade, mas como a expressão mesma. De fato, uma forma de se descrever as situações que se apresentam é dizendo que a liberdade de expressão aparece de ambos os lados da equação – como um valor ameaçado pela regulação e como o contra valor que esta promove. Mas esta forma de considerar o problema subestima radicalmente a profundidade do desafio que estes temas propõem. Não se está aqui negando o fato de que um Estado mais poderoso, no sentido de mais forte e interventor em questões morais, entranha o perigo de se transformar em um Estado paternalista e, inclusive, totalitário; circunstâncias que não podem servir de obstáculo para que se pondere acerca destas temáticas e, inclusive, se contemple a possibilidade de que o Estado utilize seu poder para promover metas que configuram bens indiscutíveis: a igualdade e também e conseqüentemente, a liberdade de expressão.

Conclusão

Porquanto as medidas limitativas do exercício da liberdade de expressão se justificam como medidas de proteção aos direitos de personalidade, entre eles, *verbi gracia*, à intimidade, à privacidade e a honra, ou também como medidas que levam em consideração o jogo interesses coletivos como, por exemplo, aqueles relativos à segurança nacional, se cogita plausível sua regulação, pelo menos *prima facie*, posto que se trata da promoção da igualdade e, em particular, do reconhecimento da/do outra/o como igual em consideração e respeito – pré-condições e condições de um Estado de Direito Constitucional.

Regulação consubstanciada ao fato de que a liberdade de expressão por parte de alguns grupos pode gerar um “efeito silenciador” que impede que a liberdade de expressão de outros se manifeste. Uma premissa importante para compreender esta proposta radica em considerar o Estado, não somente como um ente que deve abster-se de levar a cabo ações que lesionam os direitos Fundamentais, mas também e, sobretudo, como promotor efetivo de tais direitos e, em particular, quando estes continuam sendo violados veladamente.

Referências bibliográficas

ALEXANDER, Larry. **Law and Exclusionary Reasons**. Philosophical Topics, 18, 1990, p. 5-22.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés e Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

BERLIN, Sir Isaiah. **Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1990.

BOBBIO, Noberto. **Teoria generale della política**. In: M. BOVERO (Ed.), Torino: Einaudi, 1999.

_____. **Il futuro della democrazia**. Torino: Einaudi, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2ª ed. Coimbra, Coimbra Ed., 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina 2000.

DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Tradução de Antoni Doménech. Barcelona: Paidós, 1993.

_____. **Law's Empire**. Cambridge Mass: Harvard University Press, 1986.

- _____ **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- _____ **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1978.
- FERRAJOLI, Luigi. **El fundamento de los derechos fundamentales**. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez de Madrid: Trotta, 2001.
- _____ Diritti fondamentali. In: **Teoria Política**, XIV, n.º 2, 1998, p. 3-33.
- FISS, Owen. **The Irony of Free Speech**. Cambridge, Massachusetts: Mass.: Harvard University Press, 1999.
- _____ **Why the State?** In: Harvard Law Review, n. 100, n. 4, fev., 1987, p. 781-794.
- FULLER, L. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1964.
- GALLIE, W. B. Essentially Contested Concepts. **Proceedings of the Aristotelian Society**, vol. 56, 1956, p. 167-198.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. **Derecho, Ética y Política**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- HAMPSHIRE, Stuart. **Public and Private Morality**. Cambridge: Cambridge University press, 1978.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. 2 ed. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- MACKINNON, Catharine A. **Only Words**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994.
- _____ **Toward A Feminist Theory of The State**. Cambridge, Massachusetts: Harvard, 1989.
- _____ Francis Briddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech en feminism Unmodified. In: Andrea Dworkin e Catharine MaCkinnon (Ed.), **Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality**. Minneapolis: Organizing Against Pornography, 1988.
- MENAND, Louis. **The Limits of Academic Freedom**. In: MENAND, Louis (Ed.). **The Future of Academic Freedom**. Chicago: University of Chicago, 1996, p. 3-20.
- MONTESQUIEU. **El espíritu de las leyes**. Tradução de Mercedes Blázquez e Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1995.
- MOTA PINTO, Paulo. **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português**. In: SARLET, I (Org.) **A Constituição**

Concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-84.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales (Temas Clave de la Constitución Española)**. Madrid: TECNOS, 2011.

_____ **Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución**. 10 ed. Madrid: TECNOS, 2010.

RAWLS, John. **Politic Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STOLZ, Sheila. **Fundamento e Justificação dos Direitos Humanos**. In: STOLZ, Sheila (Org.). Educação em Direitos Humanos para o Século XXI. Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas, 2010, no Prelo.

_____ **Estado de Direito e Democracia: velhos conceitos e novas realidades frente aos direitos humanos**. In: RODRIGUEZ, J. R.; SILVA E COSTA, C. E.; BARBOSA, S. (Orgs.). Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva, 2010a. p. 311-335.

_____ **Ciudadanía: conceptos y concepciones. Por el reconocimiento de la diferencia y del cosmopolitismo**. In: STOLZ, S. e KYRILLOS, G. (Ed.), Cinquenta anos da Faculdade de Direito: rememorando o passado e refletindo para o futuro. Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas, 2010b.

_____ **Lo que se globaliza y lo que no se globaliza: algunas acotaciones sobre la Globalización y los Derechos Humanos**. In: STOLZ, Sheila e KYRILLOS, Gabriela (Org.). Direitos Humanos e Fundamentais. O Necessário Diálogo Interdisciplinar. Pelotas: Editora da Universidade Federal de Pelotas, 2009, p. 155-166.

_____ **Direito, direitos e democracia: uma análise crítica ao Positivismo Ético**. Direito, Estado e Sociedade, v.34, 2009, p.212- 230.

_____ **El Positivismo Jurídico Incluyente: Posibilidades y Límites**. Pelotas: Editora Universitária /UFPEL, 2009a.

_____ **Mass media e Inclusão Social de Gênero: Um Espaço para a Construção de uma Cultura Emancipatória e Democrática**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2009, São Paulo.

Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2009b.

_____ **Un abordaje sistemático de la teoría del derecho de Ronald Dworkin.** In: OPUSZKA; Paulo e CARBONERA, Silvana (Org.). *Direito Moderno e Contemporâneo: Perspectivas Críticas.* Pelotas: Delfos, 2008, p. 163-182.

_____ **Algunas acotaciones sobre el carácter inviolable o absoluto (*erga omnes*) de los derechos humanos.** *Revista Direitos Fundamentais & Democracia.* Curitiba: Ed. Faculdades Integradas do Brasil. Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil, 2008a, Vol. 3, p. 1-14.

_____ **O Relativismo e/ou Universalismo dos Direitos Humanos frente à Declaração Universal dos Direitos Humanos.** In: STOLZ, Sheila e QUINTANILHA, Francisco (Org.). *A ONU e os Sessenta Anos de Adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos.* Rio Grande: Edigraf-Editora e Gráfica da FURG, 2008b, pp. 59-74.

_____ **La inalienabilidad de los derechos humanos y el caso del lanzamiento de enanos.** *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre: Ed. da PGGERS, 2007, v. 31, n. 66, jul./dez, p. 171-181.

_____ **Um modelo de Positivismo Jurídico: O Pensamento de Herbert Hart.** *Revista Direito GV*, vol. 3, n.º 1, jan-jun, 2007a, p. 101-119.

_____ **La moral interna del derecho. La moral que complementa la estructura del Derecho.** *Âmbito Jurídico*, v. 45, Ano X, 2007b, p.45-57.

WALDRON, Jeremy. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights.* In: **Oxford Journal of Legal Studies**, n. 13, 1993, p. 18-51.