



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

O DISCURSO DO ÓDIO SOB UMA TEORIA

PERFORMATIVA DA LINGUAGEM

por REINALDO SILVA CINTRA

ORIENTADORA: Rachel Barros Nigro

2012.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

O DISCURSO DO ÓDIO SOB UMA TEORIA

PERFORMATIVA DA LINGUAGEM

por

REINALDO SILVA CINTRA

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Rachel Barros Nigro

2012.2

Aos meus pais, com carinho e admiração

Aos meus amigos do Colégio Pedro II e da PUC, de hoje e sempre

RESUMO

O discurso do ódio (*hate speech*) é um dos mais tormentosos casos difíceis do Direito nos dias atuais. De um lado, se posicionam os defensores da liberdade de expressão irrestrita e da livre exposição das ideias. Do outro, se colocam aqueles que entendem serem as ideias veiculadas pelo discurso do ódio improdutivas e nocivas ao livre debate, bem como violadoras de princípios tais como a dignidade da pessoa humana. Neste trabalho, será proposto um novo enfoque para se tentar analisar tal problema. Partindo da filosofia pragmática da linguagem, especialmente da denominada “teoria dos atos de fala” – ou dos performativos – desenvolvida por J. L. Austin, com as contribuições de Judith Butler, procuraremos desconstruir a suposta diferenciação existente entre ideia e ação, pressuposto que tem norteado o debate tradicional, defendendo que a linguagem, por si mesma, não só interfere no mundo tal como uma conduta física, como carrega em si uma violência que lhe é peculiar. A partir desta base teórica, defenderemos uma tarefa para o Direito, consistente no uso da interpretação jurídica para se reapropriar e ressignificar o discurso do ódio, e reanalisaremos as correntes em disputa sobre a questão para tentar descobrir qual delas melhor se coaduna com esta tarefa.

PALAVRAS-CHAVE

Discurso do ódio; Preconceito; Filosofia da linguagem; Teoria dos atos de fala; Performativos; J. L. Austin; Judith Butler; Ideia; Ação; Liberdade de expressão; Dignidade humana; Ressignificação; Interpretação jurídica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. DISCURSO DO ÓDIO E PERFORMATIVIDADE LINGUÍSTICA	10
2.1 DISCURSO DO ÓDIO: CONCEITO E ALCANCE	10
2.2 A TEORIA DOS ATOS DE FALA	20
2.2.1 BREVE INTRÓITO.....	20
2.2.2 AUSTIN: O DISCURSO COMO AÇÃO	22
2.2.3 BUTLER: O DISCURSO DO ÓDIO COMO ATO DE FALA	30
2.3 A FUNÇÃO RESSIGNIFICADORA DO DIREITO NO COMBATE AO DISCURSO DO ÓDIO	41
3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FUNÇÃO RESSIGNIFICADORA DO DIREITO	49
3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ALCANCE, CONTEÚDO, OBJETIVOS	51
3.2 “LIBERTÁRIOS” VERSUS “ATIVISTAS”: UMA ANÁLISE COMPARATIVA.....	61
3.3 VERDADE, AÇÃO, RESSIGNIFICAÇÃO: UMA LEITURA PERFORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	77
4. CONCLUSÃO.....	84
5. BIBLIOGRAFIA.....	88

1. INTRODUÇÃO

Setembro de 2009. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT) julga apelação interposta pelo Ministério Público contra decisão de juízo de primeira instância que absolvera Marcelo Valle Silveira Mello do crime de racismo. O réu, utilizando a rede social Orkut, protestara contra o sistema de ações afirmativas raciais adotado pela Universidade de Brasília havia alguns anos, se utilizando dos seguintes termos:

“infelizmente em universidade pública não dá camarada, pra branco passar precisa tirar 200, e pros macacos passarem eh soh tirar – [menos] 200 (...) esses pretos vão eh estragar a universidade pública mais do que já estragaram... não sabem nem escrever...”¹

Julho de 2011. O pastor Silas Malafaia utiliza um dos seus programas veiculados na TV para criticar o uso de símbolos religiosos pelos integrantes da Parada Gay de São Paulo. Em dado momento, defende que a Igreja Católica “tem que cair de pau em cima dos caras”. Pouco antes, afirmara não se importar com críticas do movimento gay: *“Podem falar o que quiserem. Mas eu lhes pergunto: quem são os doentes? Quem são os verdadeiros doentes, minha gente?”*

Março de 2012. O pastor americano Terry Jones, líder de uma pequena seita cristã da Flórida, preside em sua igreja um “juízo do Alcorão”, o livro sagrado da religião islâmica. Ao final do mesmo, o pastor-juiz considera o “réu” culpado por semear a violência no mundo e por servir de base para uma tentativa muçulmana de se implantar a *sharia* (conjunto de leis baseado no Alcorão) nos Estados Unidos. Como pena, determina a queima imediata de centenas de exemplares do livro, ato que já havia tentado realizar no ano anterior, durante o aniversário de 10 anos dos

¹ SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann e BORCHARDT, Carlise Kolbe. “Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira.”, in *Revista Direito GV* [online]. 2011, vol.7, n.2, pp. 459. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000200004&script=sci_arttext>. Acessado em 09/09/2012

atentados de 11 de Setembro, mas do qual desistira depois de intensas pressões do governo americano. Desta vez, o “julgamento” foi propositalmente pouco divulgado – mas a queima foi transmitida ao vivo na internet, para aqueles que não puderam comparecer pessoalmente.

Todos os eventos acima descrevem situações nas quais pessoas, no exercício de sua liberdade de expressão, proferem discursos, acompanhados ou não de atos posteriores, pelos quais insultam, intimidam, denigrem certos segmentos sociais por sua religião (islamofobia), cor (racismo) ou opção sexual (homofobia), dentre muitas outras características utilizadas. Algumas manifestações são explicitamente ofensivas, como no caso julgado pelo TJDF. Outras se revestem de duplos sentidos e pseudociência, como no caso de Malafaia. E ainda há aquelas que, ao invés de atacarem *pessoas*, atacam *símbolos*, como no caso da queima do Alcorão.

Doutrinadores de diversos países, especialmente dos EUA e Europa, denominaram tais manifestações de *discurso do ódio*, ou *hate speech*. E, com base em seus específicos ordenamentos jurídicos, iniciaram um amplo debate acerca de sua legitimidade em uma sociedade democrática, ou melhor, de sua inclusão como prática protegida pela liberdade de expressão ou não.

Enquanto na Europa, ainda assombrada pelo fantasma do nazifascismo, se firmou uma doutrina e jurisprudência favoráveis ao banimento do discurso do ódio, como atentatório à dignidade humana e a outros princípios, nos Estados Unidos a Suprema Corte e grande parte dos doutrinadores caminharam no sentido oposto. Com base em uma interpretação estritamente liberal de sua Constituição, especialmente da Primeira Emenda, a corrente majoritária naquele país entende ser o discurso do ódio manifestação plenamente protegida pela ordem constitucional, uma vez que se trata de uma defesa livre de *ideias*, as quais, ainda que odiosas e absurdas, só podem ser combatidas por mais ideias, em um amplo e livre debate, no qual a interferência do Estado é ilegítima.

No Brasil, o debate acerca do discurso do ódio ganhou força com o julgamento do HC 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal, em 2003. Siegfried Ellwanger, escritor gaúcho, pleiteava a anulação de acórdão condenatório do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que o considerara culpado do crime de racismo, por ter escrito livros nos quais negava o Holocausto, dentre outras manifestações consideradas antissemitas. Por maioria, o STF manteve a condenação.

A intenção original deste trabalho era apenas apresentar uma esquematização do problema, através tanto da definição do nosso objeto de estudo, o discurso do ódio, quanto da apresentação das correntes em disputa sobre o tema. Um trabalho “simples”, por assim dizer. E, no entanto, um aspecto do problema nos chamou a atenção pela sua pouca visibilidade nos principais estudos doutrinários a respeito, especialmente no Brasil. Estranhamento esse que somente aumentou conforme percebíamos a posição central em que tal aspecto se localiza no problema do *hate speech*. Estamos falando da *linguagem*. Tão umbilicalmente ligada com o “discurso”, a ponto de serem quase sinônimos, a linguagem se apresenta no debate do discurso do ódio de uma forma mecânica, instrumental: o discurso é a mera representação de uma ideia, de uma ideologia, sobre a qual recaem todas as atenções da doutrina e jurisprudência. Afinal, a ideia odiosa deve ser banida? Ela é capaz de ferir outras pessoas? Mas uma coisa não são as *palavras*, e outra as *condutas que se baseiam nestas práticas*? Não seria mais adequado punir as ações humanas discriminatórias do que tentar patrulhar o pensamento? Nesta disputa, a linguagem, que, materialmente falando, é o ponto central da questão, se torna um *ponto cego* da discussão: ela está lá, mas ninguém a percebe.

Este trabalho visa justamente analisar o discurso do ódio pela ótica deste ponto cego, ou seja, a partir da filosofia da linguagem contemporânea. Não se trata de nada exotérico ou mesmo inédito, muito pelo contrário. Nos últimos anos, através dos trabalhos de diversos pensadores do Direito, dos

mais variados cantos do mundo, como H. L. A. Hart, Walter Sinnott-Armstrong, Frederick Schauer, Jeffrey Brand Ballard, Noel Struchiner, dentre outros, tem se buscado na filosofia da linguagem novas abordagens para resolver diversas perplexidades nascidas dentro do Direito, as quais compõem os chamados *casos difíceis do Direito* (*hard cases*). Para estudar o discurso do ódio, portanto, devemos partir da constatação do que ele, teoricamente falando, realmente é: um caso difícil, cujo estudo “*é importante porque traz consequências para o direito, para a filosofia do direito e para a atividade dos juizes*”². E, conseqüentemente, de que a filosofia da linguagem pode ter alguma contribuição a dar para um debate que gira, de uma forma ao mesmo tempo óbvia e inesperada, na própria concepção do que o aplicador do Direito – e, de quebra, o próprio ordenamento jurídico – entende por *linguagem*, ou *discurso*.

O objetivo deste trabalho é justamente problematizar a própria noção de linguagem que está por detrás de ambas as correntes interpretativas tradicionalmente em disputa no tocante ao *hate speech*, qual seja, uma noção da linguagem como mero veículo de transmissão das ideias. Tal concepção, ainda tão em voga no Direito, vem sendo firmemente contestada há pelo menos 60 anos pela chamada *filosofia da linguagem ordinária*. A partir dos trabalhos de Wittgenstein, Austin, Hart, e outros, a separação entre *ideia* e *ação*, até então uma certeza, se tornou, no mínimo, problemática. A partir especialmente da chamada *teoria dos atos de fala* elaborada por J. L. Austin, a linguagem deixa de ser vista como um instrumental neutro e puramente representativo e passa a ser entendida como uma *atividade performática*, capaz de *agir* sobre a realidade, criando-a, modificando-a, moldando-a (ou *tentando* moldá-la) conforme o desejo do agente. A partir daí, uma nova visão acerca do discurso do ódio surge, a

² STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro, 2005. Pg. 16. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia da PUC-Rio.

qual, acreditamos, pode contribuir para o debate, seja superando algumas perplexidades, seja colocando novas variáveis em questão.

O presente trabalho é eminentemente teórico. Envolve filosofia da linguagem e um pouco de teoria da argumentação, especialmente na (re)análise das diferentes correntes interpretativas acerca do *hate speech* à luz da teoria dos atos de fala. Ainda assim, procuramos, sempre que possível, apresentar exemplos de casos concretos que podem contribuir para o assunto. Embora, talvez, insuficientes, tais exemplos devem servir para lembrarmos, sempre, que não se trata, aqui, de discutir, como se afirma popularmente, o “sexo dos anjos”. O discurso do ódio é um fenômeno social que atinge diretamente indivíduos na sua própria condição de membros da sociedade. Isso não deve ser esquecido.

No primeiro capítulo, apresentamos, em uma primeira parte, uma tentativa de definição do discurso do ódio, incluindo suas manifestações mais comuns. Na segunda parte, apresentamos nosso referencial teórico, que consiste na teoria dos atos de fala de Austin, e na sua específica aplicação no campo do *hate speech*, conforme defendida pela filósofa americana Judith Butler. Apresentada nossa chave de análise, na terceira parte propomos uma defesa do Direito como agente *ressignificador* do discurso do ódio, introduzindo o debate entre “defensores” e “opositores” da sua liberação em um novo ângulo.

O segundo capítulo apresenta uma tentativa de definição da liberdade de expressão, conforme a doutrina majoritária no Brasil. Em seguida, exporemos os pontos gerais de ambas as correntes em disputa, que chamaremos de “libertária” e “ativista”, conforme se verá. Por fim, todo esse conteúdo será reanalisado diante da chave de leitura proposta, e tentaremos descobrir qual das correntes melhor se encaixa no papel que defendemos para o Direito no combate ao discurso de ódio.

2. DISCURSO DO ÓDIO E PERFORMATIVIDADE LINGUÍSTICA

Os últimos anos tem acompanhado, no Brasil e no mundo, um aumento do interesse e do debate acerca da questão do discurso do ódio. Amplamente conhecido no Direito Comparado pelo seu nome americano, “*hate speech*”³, o discurso do ódio cada vez mais se impõe como um tema a ser analisado pelo mundo do Direito, uma vez que, como se verá neste trabalho, envolve o manejo direto de diversos valores elevados à categoria de princípios e direitos fundamentais pelos mais diversos ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais.

Este primeiro capítulo, como já dito na introdução, será dedicado, primeiramente, à delimitação do nosso objeto de pesquisa, ou seja, à busca por uma definição e alcance para o discurso do ódio, e, em uma segunda parte, à apresentação do referencial teórico que será utilizado para o estudo deste objeto, qual seja, a teoria dos atos de fala e da performatividade da linguagem. A terceira parte apresentará uma proposta de função para o Direito, dentro deste quadro.

2.1 DISCURSO DO ÓDIO: CONCEITO E ALCANCE

Como é comum acontecer com diversos termos utilizados nas ciências humanas em geral, não há uma definição universalmente aceita de “discurso do ódio”, apesar de seu uso cada vez mais frequente⁴. Isso, porém, não significa que inexista um certo consenso acerca do que seja uma “fala odiosa”. Pelo contrário, a maioria dos autores nem se preocupa em elaborar uma definição mais cuidadosa do que seja *hate speech*, como se o

³ Conforme SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pg. 208.

⁴ Vide WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. 1ª Ed. Strasburgo: Council of Europe Publishing, 2009. Pg. 3.

considerassem algo já conhecido por todos, passando diretamente para a análise de casos concretos, momento no qual justamente aparecem as complicações⁵.

Winfried Brugger, professor da Universidade de Heidelberg, deixa tal consenso evidente no seguinte trecho de uma palestra sua, acerca do *hate speech* na Alemanha e nos Estados Unidos:

*“Antes de desenvolver mais o assunto, devemos fazer uma pausa para definir o nosso vocábulo. De acordo com a maioria das definições, o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.*⁶

Embora tal conceituação seja satisfatória, a uma primeira vista, não está imune a críticas pontuais. Comentando a definição dada por Brugger, Rosane Leal da Silva, Andrea Nichel, Anna Clara L. Martins e Carlise Borchardt criticam o fato de que, ao menos aparentemente, tal conceito acaba por restringir as características humanas que podem vir a se tornar objeto de discriminação, deixando de fora outras “variáveis”, dando o exemplo do preconceito contra idosos, o qual não se encaixaria em nenhuma das características apresentadas. Em suas palavras:

*“O homem, dada sua contingência, é capaz de manifestar numerosas características, concretas ou abstratas, passíveis de reconhecimento, diferenciação e, malgrado seu, discriminação. Faz pouco sentido restringir essas características àquelas tidas como mais recorrentes ou mais graves, pois poder-se-ia cometer uma injustiça”.*⁷

⁵ É o caso, por exemplo, de Daniel Sarmiento, em sua *Op. Cit.*, pg. 208, na qual há apenas uma definição de apenas duas linhas, e de OMMATI, José Emílio Medauar: *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*, 1ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012, na qual não chega nem a haver um tópico dedicado a tal conceituação.

⁶ BRUGGER, Winfried. “Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano”, in *Revista de Direito Público* n. 15 (Jan/Mar 2007) Pg. 118. Disponível em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/521/537>> Acesso em 09/09/2012

⁷ SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann e BORCHARDT, Carlise Kolbe. “Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira.”, in *Revista Direito GV* [online]. 2011, vol.7, n.2, pp. 448. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000200004&script=sci_arttext>. Acessado em 09/09/2012

Um ponto em comum nas falas de Brugger e de Rosane Leal diz respeito à impossibilidade de se conceituar – quanto mais o de problematizar – o *hate speech* sem se falar acerca de *discriminação*. O discurso do ódio, como já vislumbrado, se relaciona a uma prática discriminatória, a partir do momento em que atribui às diferenças intersubjetivas, de vários tipos, uma valoração negativa, na qual “o outro” é colocado em uma posição subalterna em relação ao que profere a fala. Neste sentido, conforme a lição de Norberto Bobbio, reproduzida por Samantha Ribeiro Meyer Pflug, a discriminação seria a principal decorrência do *preconceito*⁸.

Ainda com base nos ensinamentos de Bobbio, Meyer-Pflug destaca que *preconceito* não é uma simples opinião equivocada tomada como verdadeira. Na verdade, o preconceito também depende de uma predisposição do próprio sujeito em aceitar tal informação como verdadeira, independentemente do que, de fato, ela é. Tal predisposição tem variadas origens, as quais não poderemos debater neste espaço, mas, inevitavelmente, tem a ver com a própria formação social do indivíduo: seus valores morais, sua experiência de vida, sua ideologia, seus medos particulares, bem como os medos da sociedade ou meio em que foi criado, etc⁹. Para Bobbio, exatamente porque o preconceito é um produto cultural, que se sobrepõe às desigualdades naturais dos seres humanos para criar novos critérios de diferenciação, os quais recebem uma valoração ideológica própria, ele pode e deve ser combatido e eliminado¹⁰.

⁸ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. 1ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pg. 109-110

⁹ Ibid., pgs. 104-109. Apenas à guisa de exemplo, a influência do “medo do forasteiro” na evolução da xenofobia – ou seja, aversão a estrangeiros – europeia já foi tema de importantes trabalhos no campo das ciências humanas. Jean Delumeau, historiador francês, resgata em seu livro *História do medo no Ocidente* uma interessante fala de um sábio bizantino do século XI, que ainda podemos ouvir ao fundo de algumas manifestações de grupos ultranacionalistas da Europa atual: “*Se um estranho chega à tua cidade, liga-se a ti e entende-se consigo, não confia nele: ao contrário, é então que precisas precaver-te*”. In DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente: 1300-1800*. 1º Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Pg. 73

¹⁰ Ibid., pg. 108, nota de rodapé n. 75

A *discriminação* seria, portanto, a concretização do preconceito, a sua retirada do simples mundo das ideias para o mundo real, através de todo tipo de *ação, ou conduta, efetiva*, pela qual diferentes grupos são separados por critérios artificialmente criados, de forma a justificar uma dicotomia “superior-inferior”, ou “bom-mau”, etc., dicotomia esta na qual a um dos polos é atribuída uma conotação positiva, e ao outro, uma negativa, cabendo o polo negativo geralmente às chamadas “minorias”¹¹.

Tal distinção, proposta por Bobbio e tal como reproduzida por Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, entre preconceito e discriminação, embora até certo ponto útil e didática, e ainda bastante utilizada pelos juízes para julgarem casos concretos de racismo¹², acaba por criar dúvidas quando aplicada ao discurso do ódio. Afinal, o *hate speech* é preconceito ou discriminação? Se entendermos que é um preconceito, sob esta concepção, reconheceremos que o *hate speech* pertence ao mundo das *ideias*, odiosas sem dúvida, “mas [que] ainda assim, são apenas palavras”, conforme afirma Meyer-Pflug¹³. Ao longo de seu estudo, a autora claramente defende essa posição, diferenciando a manifestação de ideias de ódio de eventuais *ações* que acabem por utilizar tais ideias como fundamentação para sua própria existência. Enquanto o discurso racista seria uma ideia, a escravidão seria uma conduta; enquanto o Holocausto seria uma ação, o antissemitismo que o justificava seria uma ideia¹⁴. Tal diferenciação serve de fundamento para a defesa feita pela autora da liberação do discurso do ódio, no sentido de que seu combate deve ser feito pelas ideias, e não pela simples proibição legal, cuja eficácia incide sobre o mundo das ações humanas.

¹¹ Ibid., pgs. 109-113. O termo “minoria” não deve ser associado a um sentido numérico, e sim a um sentido sócio-histórico, como um grupo historicamente discriminado ou desprovido de direitos.

¹² Vide OMMATI, José Emílio Medauar, *Op. Cit.*, pgs. 111-114, que faz duras críticas ao uso de uma interpretação “perversa”, por parte dos juízes brasileiros, do crime de racismo, pela qual somente o racismo segregacionista e grosseiro – para o autor, cada vez mais residual – é punido pela Lei 7.716/89, enquanto que o discurso racista, mais comum e descarado, é desclassificado como mero crime contra a honra, retirando da vedação constitucional ao racismo, na opinião do autor, toda a sua função e força normativa.

¹³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.*, pgs. 98-99

¹⁴ Ibid., pg. 110

Retornando ao trabalho de Rosane Leal *et al.*, vemos que as autoras não trabalham com a diferenciação “*ideia preconceituosa – conduta discriminatória*” utilizada por Bobbio e Meyer Pflug, ainda que, ao falarem da desimportância, para o Direito, do pensamento não externalizado, acabem por aceitar a diferença entre *ideia* e *ação*. No entanto, de pronto as autoras afirmam ser o discurso do ódio uma *manifestação discriminatória*, ou seja, justamente a externalização de um pensamento odioso. Seguindo o posicionamento de Jeremy Waldron, constitucionalista e filósofo da Universidade de Nova York, “*o problema se instaura quando o pensamento ultrapassa esses limites [da mente do autor] dando lugar à duradoura presença da palavra publicada*”¹⁵. Mas, neste momento, cabe perguntar: “externalizar o pensamento” não é emitir uma ideia, como Meyer Pflug defende? Ou *ideia* seria apenas pensamento íntimo, que, portanto, seria desimportante? Mas o que seria da manifestação externalizada sem a ideia? No final das contas, *ambas não se confundem*? Embora tal debate volte mais a frente, por ora ele demonstra como o apego a uma concepção platônica da linguagem ainda impera no Direito, e acaba por confundir o operador, que se perde na busca de “rótulos” apropriados para sua tese, ao invés de buscar a solução correta¹⁶. Aprofundaremos esta discussão no próximo tópico, quando adentrarmos na teoria da linguagem.

O *hate speech*, para Brugger e Leal, pode ser dividido em dois atos, ou momentos: o *insulto* e a *instigação*. O *insulto* seria a agressão propriamente dita, a qual tem como destinatário todo um grupo de pessoas que compartilhe um traço em comum, o qual é associado a um aspecto negativo, e colocado sob uma relação de intolerância em relação ao grupo supostamente representado pelo ofensor¹⁷. Destaque-se, neste momento, que o discurso do ódio se caracteriza pelo seu conteúdo intolerante, e não

¹⁵ SILVA, Rosane Leal *et al.* *Op. Cit.*, pg. 447

¹⁶ Vide a posição de NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Pgs. 11-12

¹⁷ SILVA, Rosane Leal *et al.*, pg. 448. No mesmo sentido, WEBER, Anne. *Op. Cit.*, pg. 3-5, e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.* Pg. 110

pelo seu destinatário. Logo, pouco importa se a agressão se deu contra um indivíduo, como num diálogo, ou foi veiculada tendo como receptor um público amplo, determinado ou não, como em um site da internet. A diferença residirá no alcance da recepção, mas não quanto à prática do discurso do ódio em si.

A *instigação*, por seu turno, é o momento da disseminação do discurso do ódio, pelo qual a fala é dirigida ao indeterminado, “*a possíveis ‘outros’, leitores da manifestação e não identificados com suas vítimas, os quais são chamados a participar desse discurso discriminatório*”¹⁸. Neste ponto, podemos perceber que o discurso do ódio tem uma tendência que poderíamos chamar de “panfletária”, ainda que nem sempre ela seja explícita ou mesmo intencional. Ela surge como resultado do maniqueísmo inato ao pensamento intolerante e segregacionista, que divide o mundo entre “nós” e “eles”, e é estimulada pelos métodos e artifícios utilizados pelos ofensores, como a atribuição de termos pejorativos (ou que ganham essa alcunha com o uso deturpado pelo *hate speech*), o apelo a uma autoridade real ou fictícia, o uso de estereótipos, e a falta de uma contraposição direta e imediata, que fortalece o discurso pela ausência de contraditório¹⁹.

Em resumo, o discurso do ódio pode ser definido como uma manifestação insultuosa, de natureza intolerante e odiosa, contra um grupo de pessoas que tem uma característica em comum, a qual é instrumentalizada, vulgarizada e inferiorizada pelo ofensor; inserido, portanto, em uma relação binária e desequilibrada, na qual necessariamente é colocado em um patamar inferior ao do ofensor, ou associado a um conjunto de valores depreciativo. O *hate speech*, ainda, não se limita a discriminar, mas também tem uma faceta “panfletária”, no sentido de que também visa instigar e propagar a sua própria visão deturpada da realidade.

¹⁸ Ibid., pg. 448

¹⁹ Ibid., pg. 448. Em defesa da natureza panfletária do discurso do ódio, v. tb. WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2012. Pgs 2 e 3

Neste ínterim, vale destacar a opinião de Jeremy Waldron acerca da conceituação do *hate speech*. Em recente livro, *The harm in hate speech*, Waldron defende a substituição da expressão “discurso do ódio” por “*group libel*” (“difamação de grupo”), a qual já foi usada pela Suprema Corte americana em uma primeira abordagem do *hate speech*, o caso *Beauharnais vs. Illinois*, de 1952. Waldron destaca que a clássica expressão “discurso do ódio” traz dois problemas, relacionados justamente aos seus dois termos principais. De um lado, o uso da palavra “ódio” (“*hate*”) dá a impressão de que o que se está debatendo é o banimento ou não de ideias consideradas odiosas em um sentido eminentemente valorativo do termo, ou seja, ideias consideradas “más”; quando, na verdade, a preocupação reside na situação de vulnerabilidade das pessoas alvo de ataques baseados em sua raça, cor, orientação sexual, etc., independentemente da “maldade” por trás da palavra²⁰. Do outro, o uso do termo “discurso” (“*speech*”) passa a impressão que o que se está questionando é se o Estado pode ou deve interferir no que é *falado* pelas pessoas, quando, para Waldron, o discurso que se tem como alvo principal é aquele que se materializa de forma permanente, ou semipermanente, no mundo (livros, panfletos, sites, etc.)²¹. Por isso, o autor defende o uso do termo *group libel*, usado especificamente para difamações *escritas*, ou disseminadas por outras vias que não apenas a oral (“*slander*”), as quais seriam mais permanentes e, portanto, causariam danos mais duradouros, conjugada ao fato de que seu alvo, ainda que difamado por pertencer a um grupo específico, é o indivíduo²².

Em seu estudo da jurisprudência europeia acerca do discurso do ódio, Anne Weber procura elencar algumas manifestações específicas que

²⁰ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* Pgs. 36 e 37

²¹ *Ibid.*, pgs. 37 e 38

²² *Ibid.*, pg. 45. Mais a frente, porém, Waldron destaca que a ofensa falada, seja quando repetida, como em transmissões de rádio (mas não quando emitida isoladamente, como em rompantes), mas especialmente quando já enraizada na cultura de uma sociedade, também pode ser considerada parte *permanente* dessa sociedade, e, portanto, de eficácia semelhante ao *group libel* com o qual se preocupa. Tal raciocínio se compatibiliza com a ideia de que o discurso do ódio, ainda que mais próximo da injúria individual, se alimenta da sua própria historicidade, como veremos mais a frente. V. WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.* Pg. 72

já foram reconhecidas como tipos de *hate speech* pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Seguiremos a breve tipologia apresentada pela estudiosa francesa, ao invés da posição assumida por Rosane Leal *et al*, que, em seu trabalho, preferiram se ater aos tipos já definidos pela lei brasileira, diferenciando os “discursos do ódio ilícitos” dos “não-ilícitos”²³. Justificamos tal posicionamento pelo fato de que se ater à letra da lei brasileira não nos é interessante no presente trabalho, uma vez que a vedação ou não do *hate speech* pelo ordenamento brasileiro deve ser procurada pela via da *interpretação jurídica*, e não pela via tradicional e automática da *subsunção*. Tal justificativa ficará mais clara no terceiro tópico deste capítulo.

Segundo Weber, a Corte Europeia já reconheceu como espécies de discurso do ódio²⁴:

- 1) **Discursos que incitem o ódio racial, ou dirigido contra pessoas ou grupos de pessoas de acordo com sua raça:** neste caso, estaria incluído o **racismo**, que também encontra vedação explícita na própria Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 5º, XLII, como veremos a frente;
- 2) **Discursos que incitem o ódio em virtude da religião, seja entre crentes de uma fé contra os de outra, ou entre crentes e não-crentes:** conhecida em geral pela rubrica **fundamentalismo religioso**, vem ganhando espaço nos últimos anos, por vários motivos, inclusive no Brasil, como demonstram recentes casos de destruição de terreiros de cultos religiosos afro-brasileiros por membros de cultos pentecostais;
- 3) **Discursos que promovam intolerância como base de um ultranacionalismo agressivo e etnocêntrico:** seria o caso do **neonazismo**, movimento que, apesar do prefixo *neo*, é apenas a reedição das ideias odiosas e discriminatórias do movimento

²³ SILVA, Rosane Leal *et al*. *Op. Cit.* Pg. 450

²⁴ WEBER, Anne. *Op. Cit.* Pgs. 3-5

nazifascista liderado por Adolf Hitler, e que possui ramificações em diversas partes do mundo, inclusive, mais uma vez, no Brasil. De forma mais ampla, a **xenofobia**, o ódio contra estrangeiros, também se encaixa no presente grupo.

Como toda “catalogação”, a esboçada por Anne Weber não dá conta do caráter multifacetado que certos tipos de discurso do ódio podem assumir. O **antisemitismo**, por exemplo, é uma manifestação de ódio que tem como alvo o povo judeu, e que trespassa os três grandes grupos apresentados acima: trata-se de um discurso que “racializa” a figura do judeu (como reconheceu o próprio STF, no *leading case* HC 82.424/RS, relatado pelo Min. Moreira Alves e julgado em setembro de 2003²⁵); vulgariza, também, a própria religião judaica; e ainda possui forte conotação xenofóbica. As mesmas considerações podem ser feitas com relação à **islamofobia**, o ódio contra os adeptos da religião islâmica, fenômeno que, após os atentados de 11 de Setembro de 2001, ganhou vulto tanto na Europa como nos EUA.

Outros tipos não parecem se encaixar na tipologia apresentada, se relacionando à opção ou gênero sexual, como a **homofobia**, o ódio contra homossexuais, e a **misoginia**, o ódio contra as mulheres. Longe de ser uma prova de que tais práticas não configuram *hate speech*, Weber afirma que tais fenômenos apenas destacam a multiplicidade de formas que o discurso

²⁵ Conforme a ementa do julgado (grifos nossos): *HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.*

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). (...). V. STF, HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, 16.set.2003

do ódio pode assumir, mesma posição assumida por Rosane Leal *et al* ao questionarem a definição proposta por Winfred Brugger²⁶.

A partir deste ponto, podemos afirmar que a “tipificação” dos diferentes discursos de ódio entra em uma zona cinzenta. Há ainda diversos tipos de manifestações cujo caráter “repugnante”²⁷ ainda não foi reconhecido de forma pacífica pela maioria dos estudiosos e juízes. A **pornografia** talvez seja o melhor exemplo. O movimento feminista nos EUA é um defensor ardoroso da proibição da pornografia em virtude de sua natureza de *hate speech*. Segundo tais defensores, a pornografia é um discurso voltado especialmente contra as mulheres, reduzidas a objetos sexuais, colocadas em posição de subordinação em relação aos homens e silenciadas²⁸. Uma das mais ativas defensoras do caráter odioso do discurso pornográfico é a americana Catharine MacKinnon, cuja contribuição para o referencial teórico que adotaremos neste trabalho será rapidamente analisada no próximo item.

O **revisonismo histórico** também costuma ser associado ao discurso do ódio. Na jurisprudência e legislação europeias, há uma forte tendência a se criminalizar o revisionismo histórico quando utilizado para negar o Holocausto nazista, por considerá-lo, em geral, eivado de antissemitismo²⁹.

Por fim, é preciso destacar que o problema quanto ao alcance do discurso preconceituoso não reside apenas nos seus alvos em potencial, mas também no *tipo de manifestação* que poderia contê-lo. Afinal, como alerta Daniel Sarmiento, em uma sociedade preconceituosa, como é a brasileira, manifestações de ódio aparecem naturalizadas e disseminadas, a tal ponto que uma eventual ação implacável do Estado poderia levar à inviabilidade

²⁶ WEBER, Anne. *Op. Cit.* Pgs. 4-5

²⁷ Termo usado por Winfried Brugger, *Op. Cit.*, pg. 117

²⁸ Conforme FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Pg. 44.

²⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, *Op. Cit.*, pgs. 163-197. Como visto acima, esta parece ser também a posição do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o caso relatado no HC 82.424/RS era justamente relacionado a uma tentativa de revisionismo histórico do Holocausto.

de um debate livre de ideias³⁰. Nos meios culturais, por exemplo, volta e meia reaparece a expressão “ditadura do politicamente correto”³¹, como uma suposta reação a uma excessiva patrulha contra a livre expressão.

Feitas estas ressalvas, que são apenas um pequeno vislumbre da densidade do debate jurídico acerca do discurso do ódio, passemos à análise aprofundada da chave de análise que utilizaremos no presente trabalho. Tal referencial teórico, já utilizado por parte da doutrina americana, ainda é pouco estudado no Brasil, e, se não é capaz de resolver por completo todas as polêmicas envolvendo o *hate speech*, coloca o problema sob uma nova e interessante perspectiva.

2.2 A TEORIA DOS ATOS DE FALA

2.2.1 BREVE INTRÓITO

Não há dúvidas de que a questão do discurso do ódio compõe um dos chamados “casos difíceis do direito”. Tal fato é reconhecido por todos os autores que procuram apresentar soluções para a questão através da interpretação sistemática da Constituição, ponderação de princípios, etc.³² Em uma definição simples, casos difíceis “*são aqueles casos para os quais não existe uma única solução correta ou os casos diante dos quais a comunidade jurídica fica perplexa a respeito da solução que deve ser oferecida*”³³. É o caso do *hate speech*, uma vez que, se por um lado, o

³⁰ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, pgs. 256-260. O autor dá o exemplo (também presente em *O direito da liberdade*, de Ronald Dworkin) da obra *O mercador de Veneza*, de Shakespeare, na qual Shylock, o mercador do título, é o estereótipo do judeu avarento e cruel. Tal obra deveria ser banida como antissemita? Caso semelhante ocorreu recentemente, com relação ao livro *Caçadas de Pedrinho*, de Monteiro Lobato, no qual a personagem Tia Nastácia é descrita com expressões racistas. Um debate acerca de sua inclusão obrigatória no currículo escolar infantil acabou desvirtuado por alguns comentaristas, que acusaram o governo de querer “censurar” Lobato. Na verdade, uma das principais sugestões dadas pelo Ministério da Educação e por organizações não-governamentais foi a inclusão de um capítulo explicando o contexto em que a obra foi produzida, o que vai ao encontro da defesa da ressignificação feita por Judith Butler, que veremos a seguir.

³¹ Também é a crítica feita pelo americano Anthony Lewis a Jeremy Waldron, reproduzida por este em seu último livro. V. WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.* Pg. 7

³² V. SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, pgs. 256-262; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, *Op. Cit.*, pgs. 255-264; OMMATI, José Emilio Medauar. *Op. Cit.*, Pgs. 75-116

³³ STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro, 2005. Pg. 13. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia da PUC-Rio.

ordenamento jurídico brasileiro protege a liberdade de expressão ampla e irrestrita, por outro prega o respeito à igualdade e à dignidade humana.

Voltaremos ao debate acerca destes princípios constitucionais colidentes em seu devido tempo. Por ora, colocaremos em discussão outra problemática: qual chave de análise aplicar para o estudo do *hate speech*?

Este trabalho se propõe a abordar o discurso do ódio não apenas sob a ótica jurídica, mas também com um olhar linguístico-filosófico. Entender e identificar o papel da linguagem ordinária na construção de um discurso do ódio é fundamental para termos uma melhor noção de tal fenômeno. Para citarmos um de nossos principais autores, o filósofo inglês John Langshaw Austin, repetido por H. L. A. Hart, “*podemos usar (...) uma consciência afiada das palavras para aguçar as nossas percepções dos fenômenos.*”³⁴

Portanto, devemos procurar um referencial teórico no campo da filosofia da linguagem que se mostre adequado para nos servir de “guia” neste estudo. A constatação de que o *hate speech* é um caso difícil do Direito, também nos obriga a escolher não um referencial qualquer, mas aquele que possa, justamente, nos abrir novas oportunidades de encontrar uma solução para o problema.

Embora sem explicitarem, os principais autores que tratam do tema no Brasil adotam uma posição “tradicional”, ou “clássica”, da linguagem como mera *representação da realidade*, ou seja, como uma atividade puramente descritiva, na qual entre “palavra” e “objeto” há uma separação irremediável. Tal concepção, de origem platônica, ainda é muito utilizada no Direito, sendo assim definida por Carlos Santiago Nino:

³⁴ STRUCHINER, Noel. "Filosofia da Linguagem", in BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Editora Unisinos/Renovar, 2006, pág. 336. Danilo Marcondes, em um ensaio acerca das ideologias, assim justifica a opção pelo uso de uma teoria da linguagem: “(...) porque a linguagem e os sistemas de simbolização em geral, dentre os quais privilegiamos a linguagem, são o lugar por excelência da ideologia”. Dado que o discurso do ódio não deixa de ser uma manifestação ideológica, tal justificativa nos parece apropriada também para este trabalho. V. MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. 3ª Ed. São Paulo: Cortez, 2000. Pg. 125

“Acredita-se que os conceitos refletem uma pretensa essência das coisas e que as palavras são veículos dos conceitos. Isso supõe que a relação entre o significado das expressões linguísticas e a realidade consiste em uma conexão necessária que os homens não podem criar ou alterar, mas apenas reconhecer, detectando os aspectos essenciais da realidade que devem, inevitavelmente, estar armazenados em nossos conceitos”.³⁵

Os defensores da liberação do discurso do ódio alegam que a *ideia odiosa*, por ser exatamente uma *noção abstrata (palavra)*, deve ser garantida, como consequência da liberdade de expressão característica dos regimes democráticos. Fazem com isso uma separação entre eventuais *práticas baseadas em ideias odiosas (objeto, ou ação)* e as próprias ideias odiosas, devendo estas ser vencidas pelo debate³⁶. Os defensores da proibição do *hate speech*, por seu turno, também trabalham com essa dicotomia, procurando demonstrar que a ideia odiosa não contribui para o livre debate democrático³⁷.

E, no entanto, tal concepção descritiva do discurso foi fortemente questionada a partir da segunda metade do século XX, pela chamada “filosofia analítica da linguagem”, especialmente pelo trabalho do grupo conhecido como “Escola de Oxford”.

2.2.2 AUSTIN: O DISCURSO COMO AÇÃO

O trabalho de J. L. Austin (1911-1960) no campo da filosofia se insere na chamada “tradição britânica da filosofia analítica”, escola de pensamento que, desde o início do século XX, realizou uma verdadeira revolução copernicana na filosofia, a ponto de ser chamada pelos estudiosos de *virada linguística*³⁸. O diferencial desta escola de filosofia foi colocar a própria linguagem no centro dos questionamentos acerca do processo de conhecimento, afastando-se, portanto, da busca por um significado metafísico do mesmo, a qual só geraria novos problemas e discussões³⁹.

³⁵ NINO, Carlos Santiago. *Op. Cit.*, pg. 12

³⁶ É a posição de MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.*, pgs. 222-223

³⁷ É a posição de SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, pg. 234-250

³⁸ MARCONDES, Danilo. “Apresentação: a filosofia da linguagem de J. L. Austin”. In AUSTIN, J. L. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. 1ª Ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. Pg. 7.

³⁹ Id. *Filosofia, linguagem e comunicação*. Pg. 127

Austin se insere em um “segundo momento” da filosofia analítica⁴⁰, no qual a linguagem ordinária, antes vista como demasiadamente impura e confusa para auxiliar na busca pelo conhecimento, passa a ser vista como um objeto de estudo rico e válido, uma prática social concreta, não de *representação* da realidade, mas de *construção* da mesma⁴¹. Através desse entendimento, tais filósofos acreditavam poder superar diversas perplexidades e problemas oriundos da velha concepção descritiva da linguagem. E o primeiro a apresentar uma teoria sistemática para enfrentar tal empreitada foi justamente J. L. Austin, em sua obra *How to do things with words*⁴².

Austin começa seu livro com uma constatação: nem todas as “declarações” (como ele denomina os proferimentos descritivos) tem como propósito “‘descrever’ um estado de coisas, ou declarar um fato, o que deveria fazer de modo verdadeiro ou falso”⁴³. Muitos proferimentos que, no passado, foram entendidos tranquilamente como discursos descritivos, na verdade demonstraram ter outros propósitos que não a mera representação de fatos dados: *prescrever comportamentos, indicar o modo como a declaração deve ser recebida, dentre outras ações*. Por exemplo: quando, num casamento, o noivo se vira para o padre ou juiz de paz e fala: “Aceito esta mulher como minha legítima esposa”, ele não está *descrevendo* o ato que pratica: ele está *fazendo tal ato, está se casando*. Mesma situação ocorre num testamento: quando escrevemos: “Deixo para X o bem Y”, não

⁴⁰ Id. “Apresentação”. In. AUSTIN, J. L. *Op. Cit.* Pg. 7-8. V. tb. STRUCHINER, Noel. “Filosofia da linguagem”. Pg. 333. Uma primeira corrente da filosofia analítica adotou uma visão crítica da linguagem ordinária, enxergando-a como um empecilho para o processo de conhecimento, em virtude de suas ambiguidades, absurdos e deficiências. Para estes “analíticos clássicos”, a tarefa da filosofia não era descobrir o conhecimento através de modelos especulativos ou metafísicos, e sim desvendando a estrutura lógica por trás das sentenças pelas quais o conhecimento se expressa e concretiza, de modo a corrigir seus defeitos ou mesmo substituir a linguagem comum por uma menos imprecisa e mais “científica”. Os principais nomes desta corrente foram Bertrand Russell, Gottlob Frege e Ludwig Wittgenstein, em seu primeiro livro, o *Tractatus Logico-Philosophicus* (chamado de “primeiro Wittgenstein”).

⁴¹ Id. *Filosofia, linguagem e comunicação*. Pgs. 127 e 128. A chamada *filosofia da linguagem ordinária* teve como principais expoentes o “segundo Wittgenstein” (da obra *Investigações Filosóficas*, na qual rejeita completamente o *Tractatus*), J. L. Austin, Gilbert Ryle e H. L. A. Hart.

⁴² Este livro é uma compilação de 12 conferências dadas por Austin em Harvard, em 1955, mas somente publicadas postumamente. Neste trabalho, utilizaremos a tradução brasileira, *Quando dizer é fazer: palavras e ação*, tradução de Danilo Marcondes, Ed. Artes Médicas.

⁴³ AUSTIN, J. L. *Op. Cit.* Pg. 21. Mais adiante, ele ainda afirma: “Esta é uma ideia inconsciente e, sem dúvida, errônea, mas, ao que parece, perfeitamente natural em Filosofia” (Ibid., pg. 29).

estamos *descrevendo* tal ato de dispor; estamos *praticando tal ato de disposição*⁴⁴. A tais proferimentos, Austin denominou *performativos* (de *to perform*, verbo em inglês que significa “executar”, ou “agir”), em oposição às declarações típicas, que chamou de *constatativos*⁴⁵.

Quais são, então, as características dos performativos? Além de algumas condições puramente gramaticais, que deixaremos de lado, Austin destaca que, *por serem ações, os performativos não se submetem à dicotomia valorativa “verdadeiro-falso”*. Diante de um proferimento constatativo, seria possível identificá-lo como verdadeiro ou não, conforme ele correspondesse ou não ao estado de coisas que pretende representar. Mas o proferimento performativo nada *representa*; sendo um *ato*, sua própria existência basta para justificá-lo⁴⁶.

No entanto, o puro “dizer” pode não ser suficiente para realizar o ato. De nada adianta pronunciarmos o “Aceito esta mulher...” se estivermos nos casando com um animal, ou diante de uma autoridade absolutamente incompetente para celebrar casamentos. Por isso mesmo, Austin destaca que o ato praticado não se circunscreve ao proferimento, à fala propriamente dita; ele exige *circunstâncias apropriadas*, que podem consistir na realização de determinadas ações complementares, ou na presença de um contexto adequado, bem como no proferimento de outras palavras, etc. No exemplo do casamento, é essencial que nenhum dos noivos seja casado, que haja uma autoridade competente para celebrar a cerimônia, dentre outras condições⁴⁷.

Tal característica, porém, pode levar o intérprete a exigir para determinados atos mais solenes, como por exemplo a *promessa*, a existência de uma “concordância mental” do emissor para com a palavra

⁴⁴ Ibid., pgs. 22-23. Segundo Noel Struchiner, o uso de exemplos jurídicos por Austin – há vários ao longo de *Quando dizer é fazer* – possivelmente se deve à influência de H. L. A. Hart, colega de Austin em seus últimos anos de vida, e também estudioso da filosofia da linguagem ordinária. V. STRUCHINER, Noel. “Filosofia da linguagem”. Pg. 334.

⁴⁵ AUSTIN, J. L. *Op. Cit.*, pgs. 22-25

⁴⁶ Ibid., pgs. 24-25

⁴⁷ Ibid., pg. 26

empenhada, concordância esta que, uma vez comprovada, tornará a promessa *verdadeira*, ou, caso contrário, *falsa*. Austin refuta tal conclusão. Ele destaca que, independentemente do emissor ter ou não a intenção de cumprir a palavra empenhada, *a promessa já foi feita*, e, portanto, não há que se falar na verdade ou falsidade do proferimento. O uso da expressão “promessa falsa”, nesse caso, tem o mesmo significado raso do uso da expressão “pisada em falso” – a qual não quer dizer que nosso passo foi *falso, inexistente*, e sim que foi *errado, executado incorretamente*. A falta de uma real intenção do emissor de cumprir com sua promessa é um problema que não diz respeito à verdade ou falsidade do proferimento, e sim ao que Austin chama de *condições de felicidade*, ou seja, sua capacidade de produzir os efeitos que se propõe obter⁴⁸.

Para que o proferimento performativo seja feliz, Austin elenca um conjunto de seis condições necessárias, que podemos resumir em: 1) *existência de um procedimento convencionalmente aceito, que possua um efeito igualmente convencional*; 2) *adequação das pessoas e circunstâncias particulares ao procedimento convencional invocado*; 3) *execução correta do procedimento*; 4) *execução completa do procedimento*; 5) *adequação da real intenção dos participantes ao efeito pretendido pelo proferimento*; 6) *conduta posterior ao proferimento compatível com os efeitos buscados*⁴⁹. Na ausência de qualquer uma delas, o performativo será infeliz, constituindo um desacerto. Ainda no exemplo do casamento: se os sujeitos que pretendem se casar forem irmãos, mesmo que toda a cerimônia seja correta, haverá uma violação à segunda condição necessária – o procedimento convencional do casamento não prevê seu uso nestas condições. Já a promessa falsa viola a quinta condição necessária. Austin destaca, porém, que um ato infeliz, embora chamado de *nulo* ou *sem efeito*, não implica na ausência de consequências, resultados ou efeitos: tal fato

⁴⁸ Ibid.. Pgs. 27-28. Talvez não seja de todo absurdo aproximar a noção austiniana de *felicidade* da noção jurídica de *eficácia*, ainda que apenas para fins de conceituação. Mas há diferenças importantes, como quanto à noção de *efeito nulo* do performativo, como se verá adiante.

⁴⁹ Ibid., Pg. 31

“*não quer significar que nada tenha sido feito, pelo contrário, muitas coisas podem ter sido feitas*”⁵⁰.

No entanto, Austin se depara com uma nova constatação problemática: as condições de felicidade *não são exclusivas dos proferimentos performativos*. Existem declarações que, por absurdas, ainda que gramaticalmente corretas, acabam por escapar à dicotomia “verdadeiro-falso”, restando ao intérprete considerá-las “nulas”, ou “infelizes”. Um exemplo: a sentença “O atual rei da França é careca” é estruturalmente impecável, mas se refere a uma situação inexistente – a França não tem rei desde 1848. Tal proferimento não é propriamente falso, pois tal imputação depende de um referencial real para ser válida; é, na verdade, nulo, se aproximando, portanto, da noção de “promessa falsa”⁵¹. Esta foi apenas a primeira dificuldade encontrada por Austin para delimitar com exatidão o campo dos performativos⁵². Tornou-se necessário, então, reposicionar o problema, ou, em suas palavras, “*reconsiderar, de maneira geral, os sentidos em que dizer algo é fazer algo, ou em que ao dizer algo estejamos fazendo algo*”⁵³, o que resultou na *teoria dos atos de fala*.

O *ato de fala* é a unidade básica da linguagem para Austin. Vai além do mero proferimento, pois engloba a “*situação total em que o proferimento é feito*” – ou seja, o seu contexto. Abandonando a visão meramente representativa da linguagem na filosofia clássica, Austin a vê como um instrumento de intervenção no mundo real, a qual, portanto, deve ser analisada também na sua relação com o mundo⁵⁴.

O ato de fala, por sua vez, engloba três “dimensões”, nos termos de Danilo Marcondes. Quando elaboramos um discurso qualquer, utilizamos

⁵⁰ Ibid., pgs. 31-33. Destaque-se, ainda, que os performativos, por serem ações, também se sujeitam a todas as “infelicidades” e “fracassos” que podem acometer qualquer tipo de ação física.

⁵¹ Ibid., pgs. 34-35. Mais adiante, Austin destaca que, no direito, quando um contrato versa sobre um objeto inexistente, ele não é chamado de *falso*, e sim de *nulo*. V. Ibid., pg. 114.

⁵² Ibid., pgs. 57 e ss. O autor tenta delimitar o campo dos performativos “explícitos” especialmente com critérios gramaticais, como o tempo verbal, o que foge ao nosso interesse mais imediato neste trabalho.

⁵³ Ibid., pg. 82-83

⁵⁴ MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. Pgs. 128-130

nossos órgãos ligados à fala para pronunciar uma determinada sentença linguística, com determinado sentido e referência. Tal ato é chamado por Austin de *ato locucionário*, mas, por ser comum a toda fala, nada contribui para dissociar constatativos e performativos⁵⁵. Já quando, através do discurso, procuramos efetivamente *fazer algo através do proferimento*, como dar uma ordem, fazer uma promessa, sentenciar alguém (no sentido jurídico mesmo do termo), praticamos um *ato ilocucionário*, ou melhor, conferimos àquele ato antes puramente locucionário uma *força ilocucionária própria*, baseada em *convenções*, “não (...) meramente linguísticas, mas institucionais, sociais, pragmáticas”⁵⁶, a qual, para ser identificada, dependerá do contexto⁵⁷. Por fim, quando dizemos algo, normalmente produzimos certos efeitos, ou conseqüências sobre os pensamentos, sentimentos, ou mesmo ações, dos ouvintes, os quais, porém, não são convencionais, no sentido de necessariamente previsíveis ou esperados. Neste momento, estamos falando de um *ato perlocucionário*⁵⁸.

Um exemplo simples: A diz a B, referindo-se a uma terceira pessoa: “Atire nela!”. O *ato locucionário* é composto pelo proferimento das palavras “atire” – com o sentido de “atirar” – e “nela” – apresentando a terceira pessoa como ponto de referência. Tal sentença, naquele contexto específico (um assalto, por exemplo), não era nenhuma descrição de vontades, e sim uma *ação*: era uma *ordem*, ou uma *instigação*, ou um *conselho*, sendo, portanto, neste ponto, um *ato ilocucionário*. Por fim, B pode *se sentir persuadido* a cumprir com aquela ordem, ou mesmo *se sentir*

⁵⁵ AUSTIN, J. L. *Op. Cit.* Pgs. 85-88 e 95; MARCONDES, Danilo, *Op. Cit.*, pgs. 128-129

⁵⁶ MARCONDES, Danilo. *Op. Cit.*, pg. 129. O autor dá como exemplo o batismo e a benção, que dependem da instituição “Igreja” para existirem; e o da sentença condenatória ou absolutória como dependentes da existência de um sistema jurídico.

⁵⁷ AUSTIN, J. L. *Op. Cit.* Pgs. 88-89 e 95. Austin reconhece que a noção de *força ilocucionária* se aproxima muito da de *significado*, mas prefere distingui-las, pois *significado* equivale a *sentido e referência*, que compõem o ato locucionário.

⁵⁸ *Ibid.*, pgs. 90-95. Austin destaca, porém, que não necessariamente um ato de fala terá os 3 “momentos”. Não necessariamente um ato ilocucionário dará origem a um *objeto* perlocucionário.

paralisado, ou desesperado. Tais consequências, impossíveis de serem previamente determinadas com certeza, compõem o *ato perlocucionário*⁵⁹.

É neste ponto – que corresponde à sua XI Conferência – que Austin chega ao derradeiro problema: *há fundamento real para manter a distinção constatativos-performativos?* Se retornarmos ao início do estudo, Austin elencara como características do constatativo o *dizer algo*, em oposição ao *fazer algo* do performativo; e sua submissão ao critério de apreciação do verdadeiro ou falso. Ora, será que o ato de *declarar algo* – o proferimento constatativo por excelência – realmente difere tanto assim dos discursos performativos⁶⁰? Diante da teoria dos atos de fala, a resposta só pode ser negativa. Como já vimos, as condições de felicidade que deveriam ser características do proferimento performativo também se aplicam aos constatativos – e não apenas aos sem sentido, e sim a todas as declarações existentes⁶¹. Indo mais além, Austin constata que *declarar X* não difere de nenhum modo especial de *afirmar X*, *informar X*, etc: todos estes proferimentos tem sua própria *força ilocucionária* – fazem referência a um elemento convencional, que se adéqua conforme o contexto.

Só restaria, portanto, uma diferença de relevo: as declarações (descrições) podem ser apreciadas conforme a noção de verdadeiro ou falso, ao contrário dos performativos. Para Austin, porém, tal explicação “simplifica excessivamente as coisas”⁶²: “*Na vida real, diferentemente das situações mais simples consideradas na teoria lógica, nem sempre podemos*

⁵⁹ Ibid., pg. 90, com alterações.

⁶⁰ Ibid., pgs. 111-120

⁶¹ Se antes Austin estudara apenas os constatativos sem sentido, neste ponto ele demonstra que mesmo o discurso descritivo normal se submete às condições de felicidade. Exemplo: quando falamos “O gato está sobre o tapete” – e ambos os elementos (“gato” e “tapete”) existem – tal proferimento se submete às condições de felicidade. Por exemplo: compromete o locutor a, posteriormente, afirmar que *o tapete está sob o gato*, do contrário sua conduta posterior será incompatível com a declaração que fez anteriormente (condição n. 6, conforme a numeração que apresentamos neste trabalho, cuja violação Austin chama de *ruptura*). Ibid., pg. 113 Um outro exemplo se refere à condição n. 2 (adequação da pessoa ao procedimento convencional): um médico não pode celebrar um casamento no lugar do padre, mesmo que, ao final, diga “Eu os declaro marido e mulher” – exatamente porque não está em condições de fazê-lo.

⁶² Ibid., pg. 116

responder de maneira simples se a declaração é falsa ou verdadeira.”⁶³
 Um exemplo: a declaração “A França é hexagonal” é falsa ou verdadeira? Para a maioria dos ouvintes, ela é verdadeira *em certa medida*: para um estudante que precisa memorizar tal matéria para sua prova, tal afirmação deve ser *suficientemente verdadeira*; para um cartógrafo, talvez não. Ocorre que tal declaração é meramente *esquemática*; *não pretende* ser verdadeira ou falsa, apenas *aproximada* com a realidade. Austin constata o mesmo fenômeno quando falamos em interpretações históricas ou generalizações⁶⁴.

A conclusão de Austin é clara: a noção de verdadeiro e falso *não é uma qualidade intrínseca às palavras*; são *noções aplicadas ao modo como as palavras se relacionam com os fatos, eventos, situações, etc., a que se referem*; logo, não é um liame fixo entre “significante” e “significado”; tal noção varia conforme o contexto em que é utilizada⁶⁵:

*“É essencial entender que ‘verdadeiro’ e ‘falso’, como ‘livre’ e ‘não livre’, não designam, de forma alguma, algo simples. Tais palavras só representam uma dimensão geral de que, nas circunstâncias dadas, em relação a um determinado tipo de ouvinte para certos fins e com certas intenções, o que foi dito era adequado ou correto, em oposição a algo incorreto”.*⁶⁶

Ao final de seu estudo, Austin conclui que a distinção entre constatativos e performativos é simplória e insatisfatória: diante de uma teoria dos atos de fala, a conclusão a que se chega é que *toda a linguagem é, em certa medida, performativa*. As declarações, o discurso descritivo, nada mais são que um tipo dentre muitos atos ilocucionários possíveis⁶⁷. O grande equívoco da filosofia clássica (o que Austin chama de “falácia descritiva”⁶⁸) é não ter atentado para a força ilocucionária das declarações,

⁶³ Ibid., pg. 117

⁶⁴ Ibid., pgs. 117-119. Um exemplo de generalização que Austin apresenta é referente á declaração “Todos os cisnes são brancos”, feita antes da descoberta da Austrália, aonde existem cisnes negros. Tal descoberta prova que a declaração estava errada? Não necessariamente, pois o locutor pode esclarecer que só estava falando dos cisnes de lugares que as pessoas já conheciam. Nas palavras de Austin, “a referência depende do conhecimento que se tem ao emitir o proferimento”.

⁶⁵ Ibid., pg. 132

⁶⁶ Ibid., pg. 119

⁶⁷ Ibid., pgs. 120-121

⁶⁸ Em mais de uma ocasião, Austin se mostra surpreso com a adesão quase que irrestrita dos “juristas” à falácia descritiva, quando, para ele, “*era de esperar-se que os juristas, mais que ninguém, se apercebessem do verdadeiro estado de coisas. Talvez alguns agora já se apercebam.*”

apegando-se apenas ao seu aspecto locucionário, às palavras puras, aplicando a elas um simplificado ideal de adequação (representação) “verdadeiro-falso”, o qual, na prática, nada mais é do que mero critério de acomodação, que varia conforme o contexto ao qual se refere⁶⁹. Ou, em resumo: “a ‘declaração’ tradicional é uma abstração, um ideal, e assim o é também sua tradicional verdade ou falsidade”.⁷⁰

2.2.3 BUTLER: O DISCURSO DO ÓDIO COMO ATO DE FALA

A morte prematura de Austin, em 1960, combinada com a publicação póstuma de *How to do things with words*, deixou a cargo de outros pensadores, das mais variadas áreas, o desenvolvimento da teoria dos atos de fala. Ainda na área da filosofia da linguagem, por exemplo, o americano John Searle aprimorou o estudo dos atos ilocucionários, criando a noção de ato de fala indireto⁷¹. Já no campo do direito, a influência de Austin e da filosofia da linguagem ordinária se fazem presentes na obra de H. L. A. Hart, mas não através da teoria dos performativos⁷².

O encontro da teoria dos atos de fala com o problema jurídico do *hate speech* ganhou proeminência nos trabalhos das americanas Mari Matsuda e Catharine MacKinnon, ambos, coincidentemente, publicados em 1993. Em *Words that Wound*, Matsuda apresenta o *hate speech*, basicamente, como um exemplo de ato ilocucionário, no sentido de que, no momento de seu proferimento, tem o condão de impor ao destinatário uma posição social específica, a qual necessariamente será subordinada à ocupada pelo remetente. O discurso do ódio, portanto, reinvoça e reescreve

Contudo, tendem a sucumbir à sua própria ficção temerosa de que uma declaração ‘de direito’ é uma declaração de fato.” Ibid., pg. 23.

⁶⁹ Ibid., pgs. 12 (na *Introdução* escrita por Danilo Marcondes); 22-23; 119-122.

⁷⁰ Ibid., pg. 121

⁷¹ MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. Pg. 130

⁷² STRUCHINER, Noel. “Filosofia da linguagem”. Pg. 336.

uma verdadeira relação estrutural de dominação (uma relação convencional, portanto), renovando-a e perpetuando-a⁷³.

Mas foi o trabalho de Catharine MacKinnon que acabou ganhando maior destaque nos meios jurídicos americanos. Ativista feminista, defensora radical da proibição da pornografia, MacKinnon, em seu livro *Only Words*, defende que tal prática é um tipo de *hate speech*, e também uma espécie de ato de fala. MacKinnon afirma, utilizando-se de exemplos bastante explícitos⁷⁴, que a imagem visual pornográfica opera como um imperativo, tendo o poder de realizar aquilo que profere. Ao contrário de Matsuda, que enxerga no *hate speech* uma repetição de um processo de rebaixamento social, MacKinnon afirma que a pornografia é um discurso performativo ilocucionário, mas com o poder de concretizar o que ela representa, criando uma realidade social própria, na qual a mulher é coisificada, submetida e silenciada no momento mesmo do proferimento⁷⁵.

A posição de MacKinnon foi duramente criticada, tanto por defensores da liberdade absoluta de expressão quanto pelos defensores da regulação estatal do discurso do ódio. O uso da teoria dos atos de fala, porém, tem um peso diverso, dependendo do comentador. Ronald Dworkin, em sua severa análise do trabalho de MacKinnon, não aborda o assunto⁷⁶. Já Owen Fiss, constitucionalista americano favorável a uma regulação estatal do *hate speech*, critica o uso da noção de ato de fala, por entender que, no fundo, a defesa de tal teoria visa apenas escapar do problema acerca da Primeira Emenda, que prevê a liberdade absoluta de expressão na Constituição americana, através da noção de que o discurso pornográfico é

⁷³ Conforme resumido em BUTLER, Judith. *Excitable speech: a politics of the performative*. 1ª Ed. Nova York: Routledge. 1997. Pg. 18

⁷⁴ Como visto em DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Pgs. 363-371

⁷⁵ Vide BUTLER, Judith. *Op. Cit.* Pgs. 65-69

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.* Pgs. 363-389. Em dado momento, Dworkin chama a ideia de MacKinnon de que materiais pornográficos não são apenas palavras, mas sim “realidade”, de “prestidigitação metafísica”. Embora tal crítica possa ser vista como um ataque indireto à teoria de Austin, o exemplo de MacKinnon atacado por Dworkin – o filme pornográfico seria em si mesmo um ato sexual – não se assemelha a nenhum dos usados por Austin.

uma ação. No entanto, ao longo de sua crítica, Fiss demonstra claramente *não ter entendido a teoria dos performativos*, e tenta interpretá-la com base justamente na tradicional “teoria descritiva da linguagem”, separando ideia e ação, discurso e conduta. Uma das críticas de Fiss afirma que tal chave de análise “desafia o entendimento comum do que é discurso” – quando é *exatamente esse o ponto central da teoria dos atos de fala*⁷⁷.

Coube a outra teórica feminista, a professora de Berkeley Judith Butler, apresentar uma crítica aos posicionamentos de Matsuda e MacKinnon *segundo uma ótica performativa*. Em sua obra *Excitable Speech* (1997), Butler apresenta sua própria visão acerca do *hate speech* – especialmente sob a forma da injúria verbal⁷⁸ – como ato de fala, não só pensando em sua natureza, mas também na melhor forma de combatê-lo.

Como ponto de partida, para definir “injúria verbal”, nos utilizaremos da doutrina penalista pátria, seja porque tal conceito não apresenta grandes diferenças com relação ao utilizado nos Estados Unidos, seja porque o exemplo mais próximo de legislação antidiscurso do ódio que

⁷⁷ FISS, Owen. *Op. Cit.*. Pgs. 44-46. Para Fiss, “A pornografia em si mesma, não é redutível, seja a ação que a produziu, seja à ação que ela causa, mas é uma forma de discurso.” Em sua defesa, devemos reconhecer que a distinção entre “ideia pornográfica” e “conduta pornográfica” é bastante evidente, sendo, por isso, bastante problemática a teoria de MacKinnon (em suas palavras, “*What was words and pictures becomes, through masturbation, sex itself.*”). Mas tal crítica desaba quando pensamos no *hate speech* “típico”, predominantemente verbal (não no sentido restrito de *fala*, mas também de *escrita*, que não é acompanhado necessariamente por um ato de agressão física ou congênera), como a ofensa racista.

⁷⁸ Nem todos os estudiosos do discurso do ódio compartilham da mesma posição de Butler quanto à colocação da injúria como principal “veículo” do *hate speech*. Como vimos anteriormente, Jeremy Waldron trabalha com o discurso odioso como uma difamação de grupo (ou seja, como a imputação de fato ofensivo a alguém, para seguirmos o disposto pelo art. 139 do Código Penal). Essa diferença entre os dois autores se deve menos a diferentes técnicas jurídicas e mais aos objetivos buscados por cada autor. Butler está mais preocupada com a força violenta da linguagem, em contextos de interpelação intersubjetiva como o do *hate speech*, sendo mais adequada a injúria em tal contexto, uma vez que é um crime que exige um dano à “dignidade” para ser tipificado. Já Waldron não está preocupado diretamente com as ofensas psicológicas que a vítima do *hate speech* venha a sofrer, e sim com os danos que tal discurso provoca a todo o sistema social, de uma forma mais “objetiva” – e, conseqüentemente, como tais danos podem ser combatidos pela via *legal*. No entanto, tal diferenciação é bem menos relevante do que pode parecer, haja vista que os trabalhos de ambos podem ser vistos como complementares, como tentaremos demonstrar ao longo de nossa exposição.

o Brasil tem é a injúria qualificada, ou preconceituosa, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal⁷⁹. Segundo Cezar Roberto Bittencourt:

“Injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado. (...) Na injúria, ao contrário da calúnia ou difamação, não há imputação de fatos, mas emissão de conceitos negativos sobre a vítima, que atingem esses atributos pessoais, a estima própria, o juízo positivo que cada um tem de si mesmo”⁸⁰.

Segundo Butler, e partindo de tal definição de injúria, torna-se evidente que a linguagem possui uma certa *força*, e que tal força é capaz de agir sobre as pessoas de forma *violenta*. Ser alvo de uma humilhação pode não ser igual a uma agressão física, mas também tem sua própria violência. A grande questão por trás da injúria – ou melhor, por trás do *hate speech* –, portanto, seria saber *quais palavras ferem*. Mas Butler não se limita a tal contingência: sua questão principal é descobrir *por que a linguagem possui essa capacidade de ferir*⁸¹.

Ainda no campo das definições jurídicas do termo, a doutrina brasileira é uníssona em afirmar que não basta o mero proferimento de certas palavras ou expressões para se caracterizar a injúria, de modo a se evitar que a lei proteja, nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, “excessos de suscetibilidades”⁸². O ilustre professor cita o magistério de Nelson Hungria, o qual afirmou: “*Para aferir do cunho injurioso de uma palavra, tem-se, às vezes, de abstrair o seu verdadeiro sentido léxico, para tomá-lo na acepção postiça que assume na gíria.*”⁸³. Ou seja (já nos valendo dos ensinamentos de Austin): para reconhecer a força ilocucionária da injúria, devemos ir além do mero ato locucionário, da simples palavra proferida, e investigarmos o contexto, ou melhor, a *situação total de fala*.

⁷⁹ O dispositivo contém a seguinte redação: “§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003). Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)”

⁸⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, vol. 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pg. 352

⁸¹ BUTLER, Judith. *Op. Cit.* Pg. 2

⁸² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Op. Cit.*, pg. 352

⁸³ *Ibid.*, pg. 352

Butler reconhece a natureza *performativa* da injúria, ao afirmar que seus efeitos não decorrem da palavra pronunciada, mas também do *modo* como tal ofensa foi perpetrada⁸⁴. Mas adverte que a busca pela situação total de fala não é tão simples quanto se pode imaginar. Temos deixado subentendido, até aqui, que tal expressão é quase sinônima de *contexto*, mas Butler demonstra que tal conceito é mais elástico, tanto espacial quanto temporalmente, do que se imagina a uma primeira vista.

Austin afirmou que todo ato ilocucionário retira sua força própria de convenções já estabelecidas. Em certos momentos, porém, ele vai além, e lhes atribui um caráter verdadeiramente *ritual*, ou *cerimonial*, ou seja, sua força ilocucionária não advém de um respeito genérico e vago a convenções estabelecidas; depende da *repetição de tal convenção no tempo*, a qual mantém, nas palavras de Butler, “*a sphere of operation that is not restricted to the moment of the utterance itself*”⁸⁵. Como resultado, o momento (e, como veremos mais adiante, o próprio sujeito) do proferimento nunca é singular: é uma *historicidade condensada*, excedendo a si mesma e revigorando toda uma existência temporal passada e futura própria. Para Butler, quando ofendemos uma pessoa pela cor negra de sua pele, por exemplo, tal injúria extrai sua força não do mero proferimento, nem apenas daquele contexto específico em que ofensor e vítima se encontram: a força ilocucionária da injúria emerge de toda uma história de discriminação racial pré-existente, a qual é recuperada e renovada a cada novo “ritual”. Tal entendimento, porém, torna impossível se obter uma descrição precisa da “situação total da fala” injuriosa, uma vez que a temporalidade da convenção linguística se estende para um passado e futuro que não podem ser identificados com absoluta precisão⁸⁶.

Embora tentadora, exatamente pela sua aparente simplicidade, a associação entre “contexto” e “situação total de fala”, quando aplicada ao

⁸⁴ BUTLER, Judith. *Op.cit.*, pg. 2

⁸⁵ *Ibid.*, pg. 3

⁸⁶ *Ibid.*, pg. 3

discurso do ódio, apresenta ainda mais um inconveniente para nossa autora. Em suas palavras: “*To be injured by speech is to suffer a loss of context, that is, not to know where you are.*”⁸⁷ Ora, todos aqueles que já passaram por alguma experiência de discriminação concordariam com essa visão, a tal ponto que a própria noção comum de “humilhação” torna desnecessária uma explicação mais aprofundada da ideia defendida por Butler. Nenhum estudo acerca do discurso do ódio ou mesmo acerca das ofensas *lato sensu* pode prescindir de um questionamento maior: como se constitui, e de onde vem, essa aparente *força violenta da linguagem*?

Quando nos perguntamos (assim como Mari Matsuda fez no título de seu livro) acerca de quais palavras *ferem*, implicitamente estamos reconhecendo que a linguagem *age sobre as pessoas*; afinal, nos utilizamos de um mesmo vocabulário para identificar tanto a violência física como a verbal⁸⁸. Para Butler, o uso dos mesmos termos para identificar danos físicos e danos advindos de ofensas não se deve unicamente a uma pobreza de vocabulário, e sim à percepção de que *ser nomeado* é uma parte tão importante da constituição humana quanto a sua própria *existência física*, a ponto da linguagem poder tanto constituir um ser humano quanto ameaçar a sua existência⁸⁹.

Butler recupera o conceito de “interpelação” de Louis Althusser para afirmar que a linguagem tem uma função *criadora* em relação ao ser humano. Ao sermos interpelados – ou seja, nomeados –, somos inseridos em uma existência social específica, o que nos permite tornarmo-nos verdadeiros *sujeitos*, mas também nos coloca irremediavelmente sob a dependência do Outro, daquele que realizará a interpelação (o qual, por sua vez, já foi objeto anterior de uma interpelação). Neste sentido, a linguagem *confere existência* ao corpo, graças ao seu poder interpelativo, mas também pode *ameaçá-lo*. E isso porque a interpelação também é, em si mesma,

⁸⁷ Ibid., pg. 4

⁸⁸ Ibid., pg. 4-5.

⁸⁹ Ibid., pg. 5

ritualística. Cada nova interpelação pode reencenar aquele ato inaugural, que nos inseriu na sociedade, e, por conseguinte, tem o poder de nos arrancar do contexto em que nos inserimos e nos lançar em uma realidade totalmente nova – mas não necessariamente *benéfica*, como no caso das interpelações injuriosas. É por isso que, segundo Butler, existem palavras que *nos amedrontam, nos ameaçam*: nossa existência não advém de termos sido *reconhecidos*, mas de sermos *reconhecíveis*, e, portanto, *vulneráveis* a atos de violência linguística que visam justamente desconstruir nossa condição de sujeitos, reconstruindo-a de acordo com a vontade do Outro⁹⁰. Neste sentido, a *injúria* pode ser assimilada à *ameaça*. Mas seria correto atribuir tal violência à linguagem, ou, como defende Elaine Scarry, a linguagem é apenas um instrumento para a prática de atos violentos⁹¹?

Butler reproduz uma parábola criada pela escritora Toni Morrison para demonstrar que a “linguagem opressora” não apenas *representa* violência; ela é *em si mesma violência*. Para a autora, a linguagem deve ser entendida como uma “agência” (*agency*), ou seja, “um ato com conseqüências” (Morrison), ou uma performance com efeitos (Butler). Ao mesmo tempo que a linguagem é o instrumento de que nos utilizamos para fazer coisas, ela é o próprio produto desse ato. Portanto, não há que se falar em uma linguagem meramente instrumental, ou *representativa* de um ato de violência; ela guarda em si sua própria violência, a partir do momento em que visa capturar ou aprisionar o seu destinatário em uma temporalidade própria da humilhação, interpelando-o não de forma a moldar a realidade de forma aberta e expansiva, mas sim descontextualizando a vítima e realocando-a em uma nova realidade, na qual paira a ameaça de uma violência real a ser futuramente cometida⁹².

⁹⁰ Ibid., pg. 5

⁹¹ Ibid., pg. 6. Scarry, autora de *The body in pain*, afirma que a violência se opõe à linguagem, com a primeira tendendo a suprimir a segunda, mas admite que a linguagem pode servir de auxílio à ameaça de violência, por exemplo, através de um interrogatório.

⁹² Ibid., pg. 9. A questão da ameaça, e consequentemente da insegurança, oriundos do *hate speech* também está no centro do pensamento de Jeremy Waldron. V. WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.* Pgs. 2-3, 85-88

Até este ponto, o pensamento de Butler – embora enveredando por caminhos bem menos jurídicos do que os de outros estudiosos do discurso do ódio – tende a ser complementar aos desenvolvimentos da teoria dos atos de fala feitos por Matsuda e MacKinnon. No entanto, a exposição de Butler não se interrompe com a confirmação da existência de uma *força ilocucionária violenta* na linguagem, a qual se revela no uso agressivo da interpelação. Para ela, o grande equívoco das autoras antes mencionadas não reside em tal descoberta, e sim em atribuir ao *hate speech* *eficácia imediata e absoluta*. Ou, para nos utilizarmos do vocabulário austiniano, de entender o discurso do ódio como um exemplo de *ato ilocucionário*.

Matsuda e MacKinnon, portanto, atribuem à fala ofensiva o poder absoluto – na prática, equivalente a um *poder soberano* – de se concretizar de imediato, tão logo haja o proferimento, tal como quando prometemos algo ou quanto um juiz sentencia. A pergunta que Butler coloca é se realmente o discurso do ódio é *sempre* tão eficaz (ou *feliz*) assim⁹³.

Recuperando a lição de Shoshana Felman, uma das primeiras estudiosas a combinar a teoria dos atos de fala de Austin com os estudos do sujeito de Jacques Derrida, Butler relembra que o ato de fala necessita de um *corpo* para ser proferido, o qual apresenta um conjunto de fatores físicos imprevisíveis o bastante para que, ao final, nosso ato de fala saia do nosso controle absoluto e se apresente de forma diferente ao mundo. Isso não significa que o corpo distorça por completo o ato de fala, o que destruiria qualquer noção mínima de responsabilidade, e sim que “corpo” e “linguagem” formam uma *intersecção*: ao falar, o ato que o corpo perfaz nunca se adéqua perfeitamente ao que fora planejado, mas também não foge do seu objetivo. O corpo age como um ponto cego para o discurso, distorcendo, mas não destruindo, a reprodução da linguagem⁹⁴.

⁹³ Ibid., pgs. 18-19

⁹⁴ Ibid., pgs. 10 e 11

Tais teorias – a linguagem como “um ato e suas consequências”, dotada de uma violência própria relacionada ao uso opressor da interpelação, e umbilicalmente ligada (ainda que não sobreposta) a uma base corporal que influi decisivamente na sua concretização – levam a duas conclusões centrais para o pensamento de Butler. A primeira: o *hate speech* é em si um *ato corporal*. Gramaticalmente falando, uma expressão pode não ser considerada injuriosa ou ameaçadora, mas ganha tal status se combinada a uma performance corporal que assim o indique (e vice-versa)⁹⁵. Tal proferimento desencadeia uma temporalidade própria, criando no destinatário uma *expectativa de concretização da ameaça*, com a qual forma um conjunto de atos distintos, porém interligados, pois a ameaça só faz sentido se antever – e *desejar* – sua concretização futura.

É neste ponto – na análise da *eficácia* do *hate speech* – que surge a segunda conclusão de Butler, radicalmente distinta, especialmente, do entendimento de MacKinnon: *tal discurso pode falhar*. Vimos anteriormente que a força ilocucionária de um proferimento advém de sua natureza convencional, ritualística, a qual se renova a cada repetição. Ora, sendo o corpo o “ponto cego” do discurso, estando necessariamente fora do seu controle absoluto, abre-se a possibilidade de *algo dar errado*, ou, para relembrarmos Austin, *do proferimento ser infeliz*. Tal questão, porém, nada tem a ver com a *existência do hate speech*. Nas palavras de Butler: “*This failure to deliver on the threat does not call into question the status of the speech act as a threat – it merely questions its efficacy.*”⁹⁶ É exatamente esta vulnerabilidade do discurso odioso, este *espaço* (“*gap*”) que se forma

⁹⁵ Em artigo no qual trabalha exatamente com o tema da injúria verbal, entendida como ato de fala, Karla Cristina dos Santos destaca notícia publicada na revista *Veja*, em 2000, na qual o TJ/RJ reformou sentença de primeira instância que absolvera um aposentado do pagamento de indenização, por ter chamado um casal de negros de “casal de macacos”. O juízo *a quo* entendera que tal expressão era equivalente a chamar um homem calvo de “careca”. Ora, como destaca a autora, tal análise se ateve meramente ao aspecto locucionário da expressão, desprezando a linguagem corporal utilizada, bem como o histórico mais do que conhecido do uso racista da analogia de humanos com macacos. Ver. SANTOS, Karla Cristina dos. *Injúrias raciais: práticas discriminatórias por meio de atos de linguagem*. Disponível em <<http://www.iel.unicamp.br/revista/index.php/seta/article/view/603>>. Acessado em 12 out. 2012

⁹⁶ BUTLER, Judith. *Op. Cit.* Pgs. 11-12

entre o proferimento e seus efeitos, que deve ser explorado, de forma a que tais termos sejam *reapropriados e ressignificados*, rompendo-se a antiga cadeia ritual de repetições e iniciando-se uma nova, na qual a linguagem, antes usada de forma violenta, limitadora e destrutiva, perde seu caráter injurioso e adquire uma função positiva, cujos horizontes estejam sempre abertos para o mundo.

Matsuda e MacKinnon atribuem ao discurso do ódio uma *eficácia automática e absoluta*, capaz de humilhar, amedrontar, destruir uma pessoa através do seu mero proferimento. Tal entendimento, porém, só faz sentido se admitirmos que todo discurso advém da vontade livre e soberana do sujeito, capaz de submeter de imediato seu interlocutor, o que é rechaçado por Butler (neste ponto fortemente influenciada por Michel Foucault⁹⁷) e pelo próprio Austin, que, bem antes da leitura feita por Shoshana Felman, já afirmava que a fala sempre pode estar de alguma maneira fora do controle do indivíduo – como acontece quando estamos sob coação⁹⁸. Butler não atribui ao *hate speech* tamanho poder; pelo contrário, enxerga em tal discurso uma vulnerabilidade própria, oriunda de sua natureza, mais próxima de um *ato perlocucionário* do que de um *ilocucionário*⁹⁹.

Retornando ao caráter ritualístico do *hate speech*, Butler vai além: não se trata de mero ato de fala singular, oriundo de um sujeito único e soberano, mas de uma cadeia ritualística de continuadas repetições, cuja origem e fim são impossíveis de fixar, na qual cada novo proferimento representa uma condensação de toda a historicidade contida naquele nome, historicidade esta, de acordo com a lição de Foucault, que concentra uma relação particular de *poder*, entendido como “captura do movimento”. Quando proferimos um discurso homofóbico – e, diante de tal teoria, é impossível separarmos *discurso homofóbico* de *discriminação homofóbica*

⁹⁷ Para a influência de Foucault no pensamento de Butler, v. *Ibid.*, pgs. 36 a 38

⁹⁸ Conforme descrito em *Ibid.*, pg. 15

⁹⁹ *Ibid.*, pgs. 14 e 15. Austin, por sua vez, já classificava, em *How to do things with words*, a *humilhação* como um ato perlocucionário, uma vez que se trata de um ato de fala capaz de produzir sequelas não intencionais. V. AUSTIN, J. L. *Op. Cit.* Pg. 101

– estamos reafirmando toda a historicidade daquela injúria, renovando toda aquela relação de poder que está condensada naquele nome¹⁰⁰. Neste ponto, Butler e Mari Matsuda chegam a conclusões semelhantes: o discurso do ódio é uma subjugação contínua, e não pode ser destacado da temporalidade na qual está imerso, não pode ser reduzido ao seu aspecto locucionário¹⁰¹.

No entanto, não estamos falando apenas de *fala*, e sim de *atos corporais que se conjugam com a fala*. O conjunto corpo-discurso, instável e necessariamente tensionado, intervém no discurso do ódio, criando um espaço físico-temporal que separa o proferimento de seus efeitos, tornando-o vulnerável, despiando-o de sua força supostamente invencível e soberana, e tornando-o suscetível à reapropriação e ressignificação, possibilidade que se abre a cada nova tentativa de renovação (pela via da interpelação) do seu poder ofensivo. Um ato ilocucionário exige um resultado imediato, mas também *previsível*; já os atos perlocucionários *presumem um espaço entre o discurso e seus efeitos*, no qual se abrem as condições para um verdadeiro *contra-ataque*¹⁰². E tal revide se torna necessário diante do fato de que para combater o *hate speech*, seja através do Estado ou de formas não-estatais de resistência, necessariamente se terá de *citá-lo, repeti-lo*, ou seja, dar continuidade à sua cadeia de contínuas repetições. Como denunciar o

¹⁰⁰ Ao contrário do que se poderia afirmar, com base na ideia do discurso do ódio como uma cadeia sem origem nem fim estabelecidos (ou seja, como algo que não nasce do indivíduo, e sim se condensa momentaneamente nele), Butler não afasta a ideia de que o sujeito falante é *responsável* pelo que diz. Para ela, a citacionalidade do discurso contribui para aumentar e intensificar nosso senso de responsabilidade. Quem profere *hate speech* é responsável pela maneira como o faz, por revigorá-lo, por restabelecer contextos de ódio e injúria, quando poderia não tê-lo feito. A responsabilidade do falante não consiste em reproduzir a linguagem por si só, mas em *negociar seus métodos de uso*. É um dilema ético, acima de tudo. V. *Ibid.*, pg. 27

¹⁰¹ *Ibid.*, pgs. 14, 37 e 38. Butler destaca que o entendimento de Matsuda combina uma “cena perlocucionária” (no sentido de que o *hate speech* age sobre sua vítima de forma imprevisível) com um ato ilocucionário consistente na interpelação que subjuga social e automaticamente a vítima. Butler concorda com a primeira parte, mas critica a segunda, pois não segue a linha defendida por Althusser no sentido de que a interpelação tem uma força “divina”, e, portanto, soberana, pelos motivos já expostos acima. V. pgs. 18, 32-34.

¹⁰² *Ibid.*, pg. 12. A autora usa o exemplo da palavra *queer*, que nos EUA sempre foi usada para ofender homossexuais. Movimentos LGBT se reapropriaram do termo e passaram a usá-lo de forma positiva, como um dos símbolos de sua luta política. (v. pg. 14). No Brasil, a reapropriação e revalorização de termos até então ofensivos (como a própria palavra *negro*) foi muito utilizada pelos movimentos afrobrasileiros, a partir dos anos 1970.

racismo se não pudermos apontar *este e aquele discurso* como *racistas*?¹⁰³ Diante desta constatação, a ressignificação se impõe como necessária, para quebrar tal cadeia e iniciar uma nova temporalidade, na qual a força ofensiva da linguagem foi eliminada, reapropriada por aqueles que antes eram suas vítimas.

Butler adverte, porém, que o trabalho de ressignificação do discurso do ódio, pelos mesmos motivos já expostos (sujeito não-soberano, linguagem vulnerável a reapropriações), *também pode falhar*, e pode ser usado não para quebrar, mas para reforçar a velha cadeia linguística opressora. Afinal, seria de estranhar que a autora, após criticar o posicionamento de MacKinnon a respeito da eficácia automática e soberana do *hate speech*, atribuísse tal característica à reapropriação. Também alerta para o fato de que a defesa da *censura prévia, pura e simples*, de nada adianta, pois *mantém intacta a força ilocucionária do hate speech*, cristalizando-a no tempo e negando-lhe a possibilidade de ressignificação¹⁰⁴. Portanto, não há solução mágica: a reapropriação do discurso do ódio, a neutralização da violência linguística, é um trabalho árduo, contínuo e, possivelmente, sem fim. Mas é uma tarefa que se impõe, se quisermos realmente promover a tolerância e o fim de todos os preconceitos.

2.3 A FUNÇÃO RESSIGNIFICADORA DO DIREITO NO COMBATE AO DISCURSO DO ÓDIO

Em *Excitable speech*, Judith Butler afirma expressamente estar mais preocupada em buscar formas não-estatais de resposta e resistência ao *hate speech*, como através da música e da paródia¹⁰⁵. Embora não chegue ao ponto de defender que o direito não deva participar de tal processo, Butler deixa claro em seu trabalho que, no mínimo, *desconfia* da utilidade de uma regulação estatal do discurso do ódio. Para a autora, resumidamente, a

¹⁰³ Ibid., pg. 37

¹⁰⁴ Ibid., pgs. 37-38

¹⁰⁵ Ibid., pg. 19

regulação estatal – ainda que não adquira a forma da *censura prévia* –, por ser um *ato de força soberano*, necessariamente teria uma influência empobrecedora e limitadora, pois, sendo um regramento geral, trataria toda expressão considerada odiosa da mesma maneira, fosse ela realmente injuriosa ou fosse ela reapropriada, como ocorreu nos EUA com algumas músicas de rap atacadas por feministas que lhes atribuíam a origem da violência contra as mulheres¹⁰⁶. Ao pretender *regular a linguagem* através de uma lei, ou de uma sentença judicial que teria o condão de determinar o que é uma “linguagem apropriada” e o que não é, a regulação estatal acabaria por não apenas aceitar o *hate speech* como ato ilocucionário, como também se tornaria, ela mesma, uma *força violenta*, pois cercearia a linguagem e impediria a ressignificação livre e aberta, impondo, ainda, o ponto de vista do Poder Judiciário, que nem sempre pode ser favorável aos críticos do *hate speech*, como é o caso da Suprema Corte americana em relação à queima de cruzeiros pela Ku Klux Klan, ou da doutrina *Don't ask, don't tell*, que vigorou nas Forças Armadas daquele país¹⁰⁷.

Embora compreensível, especialmente no contexto americano, o temor da intromissão do Estado no combate ao discurso do ódio, não podemos acompanhar a autora neste ponto de sua análise. E isso porque a concepção de *norma jurídica* que informa o pensamento de Butler é justamente uma concepção que trata a lei ou a sentença judicial como um

¹⁰⁶ Ibid., pgs. 20-23. As críticas de Butler são aprofundadas nos capítulos seguintes do livro. Uma das principais críticas utilizadas pelos opositores da regulação estatal é o “efeito silenciador” (*chilling effect*) operado pela eventual norma regulatória. Tal fenômeno consiste justamente no fato dos indivíduos se sentirem amedrontados em pronunciar certos discursos, com medo de serem processados. No Brasil, tal argumento tem sido muito utilizado por humoristas para criticar o que chamam de “patrulhamento” contra suas piadas “politicamente incorretas”, especialmente quando se utilizam de termos considerados racistas.

¹⁰⁷ Ibid., pgs. 96-102. No caso *R.A.V. vs St. Paul* (1992), a Suprema Corte derrubou uma lei da cidade de St. Paul (Minnesota), que punia a queima de cruzeiros pela Ku Klux Klan no quintal de famílias negras, por entender, dentre outros argumentos, que tal conduta estava restrita à “livre expressão de meras ideias”. A doutrina do *Don't ask don't tell* foi uma política adotada pelas Forças Armadas americanas nos anos 1990, pela qual a autodeclaração como homo ou bissexual era vedada, sob pena de tal ato ser equiparado a um ato homossexual *per se*, acarretando a expulsão do soldado. Tal doutrina é extensamente analisada por Butler como um exemplo do uso selecionado da doutrina dos atos de fala no campo do *hate speech*, mas no sentido de promovê-lo (v. pgs. 103-126). A doutrina foi revogada através de ato aprovado pelo Congresso e sancionado pelo presidente Barack Obama em 2010.

mero ato de força de um poder soberano, capaz de exercer de forma absoluta e implacável sua força repressora na sociedade. Do mesmo modo que Catharine MacKinnon atribui ao discurso do ódio um poder soberano capaz de concretizar o ato de fala de imediato – ou seja, o *hate speech* como um ato ilocucionário –, Butler considera a norma jurídica também um ato ilocucionário, seja pela palavra da lei ou do juiz.

Tal noção “absolutista” da norma, porém, já não é uníssona dentre os estudiosos do Direito. Um exemplo: desde os trabalhos de H. L. A. Hart, também membro da Escola de Oxford da filosofia analítica, contemporâneo e colega de Austin, é tema recorrente na Filosofia do Direito a aplicação da noção de *textura aberta da linguagem*, pela qual se entende a norma jurídica não como um comando seco, direto e implacável, mas como uma estrutura linguística que pode apresentar termos vagos o suficiente para criar dúvidas acerca da aplicação da norma ou não¹⁰⁸.

Butler desconstitui a natureza ilocucionária do discurso do ódio, mas atribui à norma jurídica o mesmo poder soberano que nega àquele, conferindo, necessariamente, ao *dispositivo* jurídico (ou seja, à sua forma linguística concreta) a natureza de um verdadeiro ato ilocucionário.

Ocorre que *norma* e *dispositivo* não se confundem. Como preceitua a lição do professor Humberto Ávila:

“Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.¹⁰⁹

Mais à frente, Humberto Ávila arremata: “E o que isso quer dizer? Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro”.¹¹⁰

¹⁰⁸ V. STRUCHINER, Noel. “Filosofia da linguagem”, pgs. 336 e 337

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pg. 30

¹¹⁰ *Ibid.*, pg. 31

Entender a norma jurídica como mero comando preceituado em lei é querer reduzir a norma ao seu mero aspecto locucionário, o que, diante da teoria proposta por Austin e dos desenvolvimentos produzidos por Hart e pelos estudiosos da textura aberta da linguagem, é um reducionismo grosseiro. Entre a emissão do dispositivo legal, do texto de lei, e sua concretização pelo operador do Direito (incluindo, mas não tão somente, o juiz na hora de prolatar sua sentença), abre-se, tal como no discurso do ódio segundo a ótica de Judith Butler, um *espaço físico-temporal* no qual *age o intérprete*. “*Sua [do intérprete] atividade consiste em constituir esses significados*”, ou seja, não há que se falar aqui em *subsunção*, e sim em verdadeira *criação* da norma jurídica¹¹¹.

Humberto Ávila vai além, em suas considerações acerca da conceituação das normas jurídicas. Utilizando-se de outros filósofos da linguagem, mais próximos ao segundo Wittgenstein e seus *jogos de linguagem*, ele reitera que a linguagem, por si mesma, já possui um sentido prévio ao dispositivo legal, oriundo justamente do seu uso comunitário (*convenções*, no sentido austiniano do termo?), e não de uma construção racional que busca relacionar a palavra com seu ideal, tal como pensavam as antigas correntes filosóficas. Diante disso, a atividade do intérprete, do operador do Direito, não é apenas *construtiva*, mas também *reconstrutiva*, pois seu trabalho deve levar em consideração os significados já existentes na sociedade para os termos daquele dispositivo legal¹¹².

Ora, pensar a atividade jurídica não como um processo de subsunção, mas sim de *reconstrução, de interpretação, de argumentação*, como defende Ávila, significa, para nossos propósitos neste trabalho, atribuir ao Direito *uma função ressignificadora*, a qual pode ser aplicada no combate ao discurso do ódio. A norma jurídica não se confunde (*não se reduz*, seria o mais correto) com seu texto, e, portanto, não pode ser entendida como um ato de fala ilocucionário, cuja eficácia é imediata. Por

¹¹¹ Ibid., pgs. 31 e 32

¹¹² Ibid., pg. 33.

este ponto de vista, as críticas de Judith Butler à teoria de MacKinnon devem ser utilizadas também à noção de norma jurídica como força implacável e automática que ela mesma adota em seu trabalho. A norma jurídica, ao fim e ao cabo, se aproxima muito mais da noção de ato (ou, para não ficarmos num momento singular, e já pensando na figura da sentença judicial, uma *cena*, ou *processo*) perlocucionário de Austin do que de ato ilocucionário. Do mesmo modo, a interpretação jurídica é exatamente igual ao trabalho de ressignificação defendido por Butler, seja nos seus prós, seja nos seus contras. Tal tese, aliás, não é estranha à própria Butler, a qual, porém, afirma crer que o trabalho de ressignificação fora do campo da adjudicação lhe parece ser “mais democrático”¹¹³.

A presença da ressignificação no Direito não é, de forma alguma, estranha aos nossos operadores. Pelo contrário, tem sido praticada com frequência, ainda que não com este nome. Um exemplo fornecido por Humberto Ávila é o da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, método elaborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que consiste no exame das várias interpretações oriundas de um mesmo dispositivo elaboradas pela jurisprudência à luz da Constituição¹¹⁴. Sem mexer no texto, o Supremo reconhece a constitucionalidade de apenas uma das interpretações, vedando, por conseguinte, todas as outras. Tal procedimento reconhece não só a diferença entre norma jurídica (fruto da interpretação) e dispositivo, como consiste, na prática, em um processo de ressignificação, pelo qual, a partir do dispositivo, se consolida uma nova e

¹¹³ BUTLER, Judith. *Op. Cit.*, pgs. 98-101. Butler analisa tal defesa da ressignificação pelo direito conforme defendida por Mari Matsuda – a qual estava diretamente preocupada em reverter o entendimento da Suprema Corte em *R.A.V. vs St. Paul*. Percebe-se que a crítica da autora reside no fato de Matsuda atribuir apenas ao direito a capacidade de se ressignificar, mas não ao discurso do ódio. Ao final, Butler reconhece que seu principal temor se deve mesmo à força da lei/sentença de determinar o que pode ou não pode ser dito. Finalmente, Butler considera mais adequada a regulação feita por entidades não-estatais, como as universidades, desde que assumam o *hate speech* como uma cena perlocucionária. Isso significa que o problema residiria menos na ideia de “regulação” e mais no fato dela partir do Estado. Butler só deixa de explicar qual a diferença efetiva que há entre um tribunal universitário e um estatal na questão da aplicação de uma norma.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* Pgs. 30-31

definitiva interpretação, mais adequada ao texto constitucional, que deverá ser seguida por todas as instâncias inferiores.

Exemplo ainda mais evidente da ressignificação linguística no campo do Direito foi o voto do Ministro Nelson Jobim no julgamento do HC 82.424/RS, pelo STF, em setembro de 2003. Como já visto, tratou-se de um *habeas corpus* impetrado por um condenado por racismo, consistente na produção e distribuição de livros considerados antissemitas. Em sua defesa, o paciente Siegfried Ellwanger alegou que o próprio conceito de *raça* não existe mais, no sentido antropológico do termo. Consequentemente, não houve crime de racismo, não alcançando a imprescritibilidade atribuída pela Constituição a esse crime, em seu art. 5º, XLII¹¹⁵.

Em seu voto, o Ministro Nelson Jobim lembrou o óbvio: a prosperar a tese da defesa, o dispositivo constitucional que veda o racismo restaria inócuo e inútil, pois, na falta de raças, o crime é impossível. Para manter a validade e coerência do texto constitucional, o Ministro usou justamente a teoria da linguagem, não na sua forma descritiva, que acabaria por reconhecer a inexistência do racismo pela falta de um objeto antropológico, mas com uma percepção mais pragmática, que permite a ressignificação do termo *racismo*, de modo a se coadunar com os fins almejados pela Constituição, ao prever sua imprescritibilidade e inafiançabilidade:

*“(...) No momento em que começarmos a definir a palavra, vem um velho vício que nos foi imposto pelo tomismo e pela escolástica de tentar descrever a essência da coisa, e a palavra está correta na medida em que essa definição tenha captado a essência da coisa. (...) Esse compromisso realista da linguagem, típico da nossa cultura, nos leva a equívocos, porque, na verdade, temos determinados tipos de palavras que são, nada mais nada menos, regras ou expressões que tem, como finalidade, captar fenômenos sociais de comportamento, mas não fatos e coisas. É exatamente o que se passa com essa expressão ‘racismo’. Se ficássemos com o conceito antropológico, estaríamos liquidados”.*¹¹⁶

¹¹⁵ STRUCHINER, Noel. “Filosofia da linguagem”. Pg. 335; OMMATI, José Emilio Medauar. *Op. Cit.* Pgs. 15-19

¹¹⁶ Voto do Ministro Nelson Jobim, in STF, HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, 16.set.2003.

A conclusão final a que chegamos neste capítulo é de que não há uma razão efetiva para se negar ao Direito o exercício de um papel nessa empreitada, qual seja, de contribuir para ressignificar o discurso do ódio, através da interpretação e argumentação jurídicas. Tal constatação, porém, nos leva a uma nova indagação: qual *parâmetro interpretativo* deve nos guiar? Levando-se em consideração que *todos* – partidários e opositores da regulação estatal do *hate speech* – são uníssonos em afirmar que o mesmo deve ser combatido, qual interpretação melhor atenderia a essa tarefa ressignificadora? O intérprete não está livre para fazer as ligações que quiser entre a norma jurídica e os fins que devem norteá-la, do mesmo modo que aquele que analisa o *hate speech* não pode desprezar a sua historicidade particular¹¹⁷. O intérprete deve se basear nos fins e valores positivados no documento fundador da ordem jurídica, qual seja, a Constituição Federal. Conforme a lição de Ávila,

“O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional”.¹¹⁸

Trata-se, em suma, de, através da análise do Texto Constitucional, procurar descobrir quais os fins e valores entremostrados em sua linguagem, e, por conseguinte, qual das duas correntes interpretativas melhor se compatibiliza com ela.

O debate acerca da proibição ou não do discurso do ódio sempre recaiu em uma discussão mais ampla, acerca do princípio da liberdade de expressão e de seus limites. Neste trabalho não poderia ser diferente. Mas há uma diferença de abordagem fundamental aqui: não há como entender a liberdade de expressão, a partir da teoria dos atos de fala, da mesma

¹¹⁷ Uma das críticas de Butler contra a defesa da ressignificação feita por Matsuda reside no fato de que esta acaba achando que a interpretação jurídica pode ser feita sem limites, desprezando-se qualquer significado essencial. V. IBIDEM, pg. 99.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, pgs. 34 e 35

maneira que a interpretam os comentadores, digamos, “tradicionais”, que seguem, ainda que inadvertidamente, a teoria descritiva da linguagem. É o que tentaremos mostrar no próximo capítulo.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FUNÇÃO RESSIGNIFICADORA DO DIREITO

No capítulo anterior, estabelecemos nosso objeto de estudo – o discurso do ódio –, bem como uma proposta de referencial teórico, tendo como núcleo central a teoria dos atos de fala de J. L. Austin. Adotamos, ainda, as contribuições teóricas fornecidas por Judith Butler, entendendo o discurso do ódio como uma cena perlocucionária, através da qual retiramos do discurso do ódio sua pretensa eficácia absoluta e imediata em humilhar e denegrir suas vítimas, entendendo-o, pelo contrário, ainda como um ato de fala, com uma força violenta própria, mas suscetível a falhas, infelicidades, e, por conseguinte, a contra-ataques, consistentes na reapropriação dos termos ofensivos, em sua *ressignificação*, de modo a tirar-lhes sua força violenta e convertê-los em uma força linguística positiva e expansiva. Por fim, nos baseamos no trabalho de Humberto Ávila para defender a existência de um papel para o Direito neste processo, através da interpretação jurídica.

Ocorre que a interpretação jurídica não se faz no vazio. Cada ordenamento jurídico possui um conjunto próprio de valores, fins e objetivos jurídico-sociais, os quais devem servir de parâmetros para a interpretação de todas as suas normas jurídicas. E o instrumento normativo que está no centro de todo ordenamento jurídico é a Constituição. O objetivo deste capítulo, portanto, é buscar descobrir o que a *linguagem constitucional* tem a nos dizer a respeito do papel ressignificador do Direito no combate ao discurso do ódio.

Neste cenário, duas grandes correntes doutrinárias e jurisprudenciais emergiram ao longo dos anos no mundo ocidental, ambas problematizando o discurso do ódio dentro da proteção conferida pelos mais variados

ordenamentos jurídicos à liberdade de expressão. A primeira é denominada por Owen Fiss de “corrente libertária da liberdade de expressão”¹¹⁹, sendo particularmente dominante junto à jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, e que tem como defensores, dentre muitos outros, Ronald Dworkin e Anthony Lewis, nos EUA, e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, no Brasil. Tal corrente confere à liberdade de expressão primazia absoluta em relação a todos os outros direitos individuais, dando-lhe, por conseguinte, proteção quase que total. No caso do *hate speech*, a Suprema Corte firmou o entendimento de que a intervenção estatal somente seria legítima quando houvesse um *perigo claro e iminente* (*clear and present danger*) de que uma ação concreta venha a violar outro direito fundamental¹²⁰. Fora tais casos, considera-se o *hate speech* mera defesa geral de ideias, ainda que odiosas, sobre as quais não pode recair a regulação do Estado.

Em oposição a ela, surgiu a chamada “corrente ativista”¹²¹, que encontra mais receptividade junto às Cortes Constitucionais europeias, incluindo a Corte Europeia de Direitos Humanos, e foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.424/RS. Tendo como defensores, dentre outros, Owen Fiss, Jeremy Waldron, e, na doutrina brasileira, Daniel Sarmiento, tal corrente, em geral, defende que a análise da questão do discurso do ódio envolve outros princípios além da liberdade de expressão, como a igualdade, a dignidade humana e a tolerância, os quais devem, no mínimo, ser sopesados pelo aplicador do Direito na hora da decisão. Baseando-se nessa *ponderação*, a maior parte dos críticos da “teoria libertária” tende a defender a proibição do discurso do ódio.

¹¹⁹ FISS, Owen. *Op. cit.* pg. 29. Usaremos a classificação proposta por Fiss unicamente para fins didáticos. Na verdade, há uma variedade enorme de diferentes abordagens a respeito do tema, inclusive dentro de cada uma das grandes correntes.

¹²⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.*, pg. 139

¹²¹ Owen Fiss a chama de “corrente democrática”. Cf. FISS, Owen. *Op. cit.* pg. 29. Optamos, aqui, pela denominação dada por Daniel Sarmiento, uma vez que a denominação proposta por Fiss acaba por colocar os libertários como “antidemocráticos”, o que é um exagero. V. SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* Pg. 267.

A apresentação sumária das duas principais correntes interpretativas acerca do discurso do ódio é importante para termos, desde logo, uma ideia dos principais entendimentos jurídicos existentes acerca do tema. Não pretendemos, porém, tentar, pura e simplesmente, descobrir qual delas melhor se adéqua ao modelo constitucional brasileiro e à função ressignificadora do discurso do ódio acima proposta. Antes de tudo, será necessário analisar tais posicionamentos a partir do referencial teórico que adotamos, qual seja, a teoria dos atos de fala. Como já afirmamos no capítulo anterior, tanto “libertários” quanto “ativistas” baseiam suas posições em uma análise meramente descritiva da linguagem, aceitando, sem muitos questionamentos, a distinção entre *ideias* e *ações*, e, a partir daí, tecendo seus comentários.

O trabalho, neste terceiro capítulo, se estruturará da seguinte forma. Na primeira parte, esboçaremos um conceito para a liberdade de expressão, relendo a doutrina tradicional através do referencial teórico dos performativos. Em seguida, faremos um breve estudo comparativo acerca das correntes em disputa. Por fim, apresentaremos uma tentativa de abordagem performativa de tais correntes, buscando chegar a uma conclusão acerca de como ambas enxergam a missão ressignificadora do Direito.

3.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ALCANCE, CONTEÚDO, OBJETIVOS

Definir o alcance e significado do termo “liberdade de expressão” é uma tarefa mais elaborada do que a primeira vista pode-se supor. E isso se deve pelo fato de que tanto a doutrina como a própria Constituição Federal de 1988 utilizam tal conceito de forma imprecisa¹²².

A Constituição de 1988 estabelece em seu art. 5º, inciso IX, que (grifos nossos) “é livre a expressão da atividade intelectual, artística,

¹²² MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.*, pg. 34.

científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Uma interpretação literal e apressada do Texto Constitucional entenderia ser, portanto, a liberdade de expressão unicamente o direito de todo indivíduo produzir sem nenhum embaraço toda e qualquer espécie de manifestação intelectual, artística, científica e de comunicação. Ocorre que a Constituição, no mesmo art. 5º, inciso IV, dispõe: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. Segundo José Afonso da Silva, tal liberdade constitui um aspecto externo da *liberdade de opinião*, que por sua vez, é definida pelo mesmo autor como “*(a) liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha, quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição política*”¹²³

Apesar dessa separação física, promovida pelo Constituinte, fica evidente que tanto a chamada “liberdade de pensamento, ou opinião” como a “liberdade de manifestação do pensamento” estão umbilicalmente ligadas por uma relação de causa e efeito. Para que a proteção à liberdade de pensamento seja completa, é necessário que se garanta sua livre exteriorização. Tanto é assim que alguns autores – como José Afonso da Silva e Celso Ribeiro Bastos – não veem relevância jurídica no pensamento não externado, uma vez que se trataria de uma simples manifestação de vontade interna ao homem, que estaria além do poder de coercibilidade de uma norma jurídica¹²⁴. O fato, ainda, da Constituição ter vedado o anonimato no art. 5º, inciso IV, indica claramente que, assim como no inciso IX, também está se tratando ali de proteção à livre expressão.

Tal relação umbilical levou os estudiosos do tema a entenderem tais liberdades como espécies de um gênero maior, cujo nome, porém, também

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pgs. 241 e 244.

¹²⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.*, pg. 67. A autora destaca a posição contrária de André Ramos Tavares, que alerta para a possibilidade do pensamento interno vir a ser violado, por exemplo, através de mensagens subliminares veiculadas pela mídia, impondo-se a necessidade de uma proteção específica do mesmo pelo direito. Sobre a diferenciação entre “liberdade interna” e “externa”, e defendendo a importância apenas da última para o direito, ver, por todos, SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, Pgs. 231, 232 e 234

varia conforme o autor. José Afonso da Silva divide as diversas facetas do princípio geral da liberdade em cinco grandes grupos, estando as liberdades previstas nos incisos IV e IX do art. 5º inseridas no grupo das “liberdades de pensamento”¹²⁵. Manuel Gonçalves Ferreira Filho também denomina de “liberdade de pensamento” o gênero, o qual se subdividiria nas espécies “liberdade de consciência” e “liberdade de expressão”, esta como sinônimo de “manifestação do pensamento”¹²⁶.

Alongar-se na questão da nomenclatura pode parecer uma discussão bizantina, mas se reveste de suma importância quando nos propomos a inserir tal questionamento no marco referencial da teoria dos atos de fala. E isso se dá porque, na conceituação acima esboçada, percebe-se claramente o predomínio de uma visão descritiva da linguagem, pela qual é possível se separar o mundo das ideias do mundo dos fatos. Enquanto o inciso IV do art. 5º protege as ideias, *o pensamento*, o inciso IX se refere especificamente ao campo das ações, ou da *expressão*. Ora, já vimos que essa separação é problemática, pois parte do pressuposto de que a linguagem tem um mero papel de representação, sendo a livre expressão uma atividade descritiva, e não *criativa, ou performativa*. A partir daí, pode-se entender a preocupação do Constituinte em proteger as “duas pontas” do fenômeno descritivo. E, apesar disso, tanto o texto constitucional como as definições doutrinárias a respeito não conseguem se manter coerentes a esse referencial. De um lado, o inciso IV do art. 5º, que deveria tratar apenas da proteção das ideias, afirma ser livre a *manifestação* do pensamento, ao qual se junta a *vedação ao anonimato*, ou seja, exigindo do indivíduo *que se identifique sempre como autor de sua obra*¹²⁷. Do outro, a própria doutrina, na sua maioria, não vê na ideia não-exteriorizada relevância jurídica alguma, embora teime em preferir se ater a terminologias que remetem o intérprete a noções quase que metafísicas,

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* Pg. 235

¹²⁶ Conforme MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op cit.* Pg. 35

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* Pg. 235

como “pensamento” e “consciência”, atos eminentemente mentais, cognitivos mesmo, que são *descritos* pela livre expressão da linguagem. Essa é justamente a “falácia descritiva” tão criticada por J. L. Austin, e já mencionada no capítulo anterior. Diante de uma chave de análise que vê *toda a linguagem como performativa*, ou seja, como uma verdadeira intervenção humana na constituição do real, tal distinção puramente artificial entre liberdade de pensamento e de expressão cai por terra. Para os fins deste trabalho, consideraremos ambos os dispositivos constitucionais mencionados, quais sejam, os incisos IV e IX do art. 5º, partes integrantes de uma única norma jurídica, o *princípio da liberdade de expressão*¹²⁸.

Destaque-se, ainda, que a livre vontade do indivíduo também se exterioriza por outras formas e canais, que não se limitam à mera “consciência intelectual” e à livre manifestação genericamente definidas. Por isso, forçoso é reconhecer que a liberdade religiosa e de culto, a liberdade de informação, bem como a de imprensa, e algumas garantias constitucionais como a vedação à censura e a inviolabilidade da correspondência também derivam desse mesmo princípio geral – como, aliás, reconhecem todos os autores citados acima, ainda que divirjam quanto ao nome mais adequado. Vale registrar a posição de Celso Ribeiro Bastos, registrada por Samantha Meyer-Pflug, que acaba por resumir bem o conceito que adotaremos aqui, ainda que, mais uma vez, denominando-o “liberdade de pensamento”:

“A liberdade de pensamento, ou de opinião, é qualificada por alguns autores como simultaneamente primária e primeira, isto pelo fato de aparecer cronologicamente e logicamente antes de outras liberdades que não são senão um consectário seu”.¹²⁹

¹²⁸ A escolha do termo não se deve apenas ao fato de que “expressão” revela-se uma nomenclatura mais apropriada para defendermos a noção de que o discurso é uma conduta, uma ação própria. A escolha também se justifica por ser o termo de maior aceitação doutrinária, inclusive no âmbito internacional, como afirma BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação.” In *Temas de Direito Constitucional – Tomo III*. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pgs. 102-104. No âmbito específico do *hate speech*, a história se repete, vide WEBER, Anne. *Op. Cit.* Pgs. 19-22

¹²⁹ Conforme registrado em MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.* Pgs. 70 e 71

Portanto, para os fins do presente trabalho, propomos que a liberdade de expressão possa ser conceituada não como o direito de todo indivíduo poder exteriorizar suas ideias (livremente obtidas através de sua atividade cognitiva), e sim como o direito de todo indivíduo exercer, através de seu discurso, uma prática social concreta¹³⁰, ou, em outras palavras, *o direito de todo indivíduo pretender moldar a realidade em que se insere através do discurso, da livre expressão*, por intermédio das suas mais variadas formas: pela religião, pela ideologia política, pela imprensa, pelas artes. E, em um primeiro momento, antes de problematizá-lo, através do próprio discurso do ódio.

O conceito esboçado acima, porém, não é suficiente: definimos apenas o *alcance* (ainda que amplo) da liberdade de expressão, e não seu significado. Falta, agora, identificar o seu *conteúdo*, que deve ser comum a todas as formas especializadas de concretização da liberdade de expressão. É nesse momento que os *valores e fins* entremostrados nas diferentes *linguagens constitucionais* começam a aparecer, como um filtro pelo qual o intérprete precisará passar para exercer seu trabalho interpretativo.

O princípio da liberdade de expressão se insere nos chamados *direitos fundamentais de primeira geração*, nascidos da crítica iluminista aos abusos do Estado absolutista do século XVIII, e pela primeira vez positivados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹³¹. Na verdade, tais direitos fundamentais “primários” eram justamente os “direitos de liberdade”, entendidos como instrumentos de contestação ao poder absoluto do Estado. São eles que compõem o núcleo fundador do constitucionalismo moderno, ao imporem como condição para

¹³⁰ Termo utilizado por Danilo Marcondes, *Filosofia, linguagem e comunicação*, pgs. 129-130.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Pgs. 562-564. O autor destaca que, ao contrário das declarações de direitos nascidas das revoluções inglesa (1688) e americana (1775), a francesa não era voltada a uma única classe social dominante (caso da inglesa), ou a um único povo que proclamava sua independência (caso da americana), e sim a todo o gênero humano. Seu caráter de universalidade, para Bonavides, permanece vivo, através das sucessivas gerações de direitos fundamentais que se sucederam à primeira.

a legitimidade de um governo a garantia de uma esfera de autonomia para o indivíduo perante o Estado. As características principais de tais direitos foram sistematizadas por Paulo Bonavides:

*“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.*¹³²

Para desdobrarmos, a partir desta sucinta definição dada por Paulo Bonavides, quais os principais aspectos da liberdade de expressão em geral, utilizaremos o trabalho de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, que dedica um capítulo específico sobre o assunto¹³³. Através dele, podemos extrair o que, para a autora e parte considerável da doutrina, constitui o núcleo do direito à liberdade de expressão, que se subdividiria em *três direitos básicos*:

- a) Direito à livre escolha de ideias: *“(o) direito de cada indivíduo pensar e abraçar as ideias que lhe aprouver”*¹³⁴;
- b) Direito à livre manifestação, ou não, de ideias: *“o homem necessita expor as suas opiniões, buscar convencer os outros de suas ideias, discuti-las com os demais integrantes da sociedade”*¹³⁵;
- c) Direito de resistência à opressão: *“O direito de resistência é o direito de questionar, de se opor a um sistema político opressor e injusto”*¹³⁶.

Também podemos extrair *três garantias* exigidas pela liberdade de expressão para sua plena concretização, todas expressamente dirigidas ao Estado, quais sejam:

- a) Abstenção à prática de qualquer restrição ou retaliação às ideias manifestadas pelos indivíduos: *“É a possibilidade de se*

¹³²Ibid., pgs. 563-564

¹³³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.* Pgs. 66-90

¹³⁴ Ibid., pg. 67

¹³⁵ Ibid., pg. 68-69

¹³⁶ Ibid., pg. 70

expressar a personalidade do indivíduo de forma completa e sem freios ou retaliações por parte do Estado e da sociedade”¹³⁷;

- b) Neutralidade com relação às ideias proferidas pelos indivíduos:
“o Estado não levará em consideração o teor dessa opinião, na exata medida em que se manterá neutro quanto ao seu conteúdo para que ela [a liberdade] possa ocorrer livremente”¹³⁸;
- c) Incentivo às condições necessárias para um debate público plural:
“O Estado deve incentivar o debate público democrático, conferindo condições para que os indivíduos possam participar dele”¹³⁹.

O núcleo da liberdade de expressão consistiria, portanto, em um feixe de direitos e garantias que se comunicam e justificam. A partir daí, é possível argumentar que tal núcleo se constitui num conjunto não apenas coeso, mas também *autossuficiente*. Afinal, não haverá efetivo direito à livre escolha de ideias e à livre manifestação das mesmas se o Estado não se abster de restringir ou retaliar o indivíduo. É justamente para garantir essa vedação que surge a dimensão de resistência da liberdade de expressão, direcionada contra o poder injusto. Como consequência lógica dessa obrigação negativa, surge o dever do Estado de se manter neutro com relação às ideias dos indivíduos, que nada mais é do que outra obrigação negativa. A única obrigação positiva que tal concepção de liberdade de expressão permite é o dever do Estado promover as condições mínimas necessárias para a existência de um debate público plural, que consiste, justamente, numa multiplicidade de ideias livremente inspiradas e defendidas pelos indivíduos. E assim voltamos ao início do ciclo.

Tal autossuficiência atribuída ao princípio da liberdade de expressão deriva justamente de suas origens liberais. O princípio da liberdade nasceu como concretização da noção filosófica de autonomia racional do

¹³⁷ Ibid., pg. 74

¹³⁸ Ibid., pg. 71

¹³⁹ Ibid., pg. 75

indivíduo, ou autodeterminação do mesmo. Os direitos de liberdade possuíam, em sua origem, um nítido caráter individualista e antiestatal, que se mantém nas atuais interpretações¹⁴⁰. Restringe-se o máximo possível a ingerência do poder público, ao mesmo tempo em que se amplia ao máximo o espaço de autodeterminação individual, sendo esta a base do chamado “Estado liberal”¹⁴¹. Coube ao filósofo político Isaiah Berlin definir tal liberdade, consistente na supressão da intromissão estatal e ampla liberação da potencialidade individual, como “liberdade negativa”, e não há dúvidas quanto à inclusão da liberdade de expressão nessa categoria pelos estudiosos¹⁴². Como veremos a seguir, em virtude desta ideologia justificadora, é razoável associar tal interpretação mais à “teoria libertária” do que à “teoria ativista” da liberdade de expressão, a qual tende a enxergar tal princípio em conjunto com vários outros, num sistema principiológico maior.

Definido o *conteúdo*, falta delinear o *objetivo*, ou melhor, a finalidade do princípio da liberdade de expressão. O objetivo a longo alcance, como não poderia deixar de ser, é a garantia do Estado Democrático de Direito¹⁴³. Mas para se chegar até ela, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug destaca que a liberdade de expressão deve buscar pelo menos três *objetivos mediatos*:

- a) A busca da verdade: *“(...) Ela contribui, sobremaneira, para a busca da verdade, pois ao proteger a manifestação da maioria e da minoria (...) torna-se possível a obtenção de uma decisão política mais consistente”*¹⁴⁴

¹⁴⁰ BONAVIDES, PAULO. *Op. Cit.* Pg. 564

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Pgs. 101/103

¹⁴² Cf. BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. Pg. 59; e SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, Pg. 287

¹⁴³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.*, Pgs. 222 e 223

¹⁴⁴ *Ibid.*, pg. 78. Luís Roberto Barroso também assevera: “A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível”. In: BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, Pg. 104

- b) A criação de um espaço público de debates: “*Por meio de seu exercício, é possível criar um espaço público racional de ideias, ou seja, uma esfera livre de debates e opiniões*”¹⁴⁵
- c) A promoção da tolerância pelo debate: “*Quanto menor as restrições impostas pelo Estado (...), maior será a tolerância e a solidariedade nessa sociedade.*”¹⁴⁶

Devemos, porém, aceitar tal lista de objetivos com mais cautela do que a usada quando da busca pelo alcance e conteúdo da liberdade de expressão. A carga *valorativa*, já presente na questão do conteúdo deste princípio, neste ponto de nossa análise resta escancarada. Os objetivos elencados por Samantha Meyer-Pflug são claramente oriundos da mesma ideologia liberal que justifica a ideia de autossuficiência da livre expressão, já apontada acima. A “busca da verdade” não deixa de ser o velho sonho dos iluministas, imortalizado na capa de uma das últimas edições da *Enciclopédia* de Diderot e D’Alembert¹⁴⁷. Coube, ainda, a um dos principais defensores da liberdade religiosa, Voltaire, a autoria do *Tratado sobre a tolerância*, virulenta crítica ao absolutismo político e religioso da França setecentista¹⁴⁸. O espaço público de debates foi também chamado por um dos maiores filósofos liberais do século XX, Ronald Dworkin, de “mercado livre de ideias”¹⁴⁹.

Tais objetivos levam diversos autores a concluir que a liberdade de expressão é vista como *premissa para o exercício dos demais princípios constitucionais*. Dito de outra forma, que a liberdade de expressão é o

¹⁴⁵ Ibid., pg. 77

¹⁴⁶ Ibid., pg. 232

¹⁴⁷ O frontispício da *Encyclopédie* de 1772 apresenta a Verdade como uma jovem envolta por uma luz intensa, cujo manto é retirado calmamente por duas figuras, representativas da Razão e da Filosofia, conforme pode ser visto em WIKIPÉDIA. *Iluminismo*. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Iluminismo>. Acessado em 22 jun. 2012.

¹⁴⁸ Atribui-se erroneamente a Voltaire a autoria de uma das frases preferidas dos críticos à intervenção estatal no discurso do ódio: “*Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las*”. Na verdade, tal frase foi dita por uma biógrafa sua, Evelyn Beatrice Hall, no livro *Os amigos de Voltaire*, de 1906, como uma síntese do pensamento do iluminista acerca da liberdade de expressão.

¹⁴⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.* Pg. 224. Para uma análise crítica da equiparação entre *free market* e *free speech*, ver WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.*, pgs. 155-157.

núcleo central da ordem constitucional. É uma evolução interessante: da noção de “princípio primário” em relação às diversas liberdades “de pensamento” e de “manifestação do pensamento” – que aqui preferimos chamar simplesmente de *diversas formas de se livre expressar* -, dada por Celso Ribeiro Bastos, passa-se à defesa de um papel ainda maior para a liberdade de expressão: o de condicionadora do próprio Estado Democrático de Direito¹⁵⁰. Enquanto a definição de Celso Ribeiro Bastos é eminentemente pragmática, a referendada por Samantha Ribeiro e Luís Roberto Barroso não esconde sua defesa de uma posição ideológica clara e precisa, a do liberalismo.

A consequência principal desta centralidade da liberdade de expressão é a “*absoluta excepcionalidade da proibição prévia de publicações*”¹⁵¹ e demais manifestações da livre vontade, como expressamente dispõe o art. 5º, IX, parte final, da Constituição de 1988, que veda a censura ou licença prévia. Não se chega a afirmar – pelo menos no Brasil¹⁵² – no caráter absoluto de tal direito, mas se impõe uma maior dificuldade para limita-lo¹⁵³. Não há dúvidas, por exemplo, de que constitui limite à liberdade de expressão a vedação ao anonimato contida no art. 5º, IV, da Constituição. Também pode ser interpretada como limitação à livre expressão a norma constitucional (art. 220, § 3º) que determina a criação de lei federal para regulamentar determinadas manifestações artísticas, dentre elas os programas de rádio e TV (a famosa “classificação etária”)¹⁵⁴. O problema aparece quando a limitação não está expressamente contida no Texto Constitucional. Tem se tornado recorrente em nosso país, por

¹⁵⁰ Samantha Ribeiro Meyer-Pflug atribui tal característica primeiramente à liberdade como um todo (*Op. Cit.*, p. 32). Na conclusão do seu trabalho, porém, a atribui à liberdade de expressão apenas (*Ibid.*, pgs. 222/228). Luís Roberto Barroso fala na *preferred position* – “posição de preferência” – da liberdade de expressão com relação aos demais direitos fundamentais (*Op. Cit.*, pgs. 105/106)

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* Pg. 106

¹⁵² Owen Fiss afirma que a Suprema Corte Americana também não chega a tornar a liberdade de expressão *absoluta*, mas a interpreta como um comando, direcionado ao Estado, no sentido de se “delinear uma fronteira estreita em torno da autoridade estatal”. V. FISS, Owen. *Op. Cit.* Pg. 33

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.* pg. 109.

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* Pgs. 253-255

exemplo, processos judiciais pleiteando a retirada de circulação de livros ou outras obras de arte por “violação à imagem” das pessoas retratadas, e que em muitos casos acabam por se assemelhar a verdadeiras censuras, como no caso de biografias proibidas¹⁵⁵. Seria este o caso o discurso do ódio? Ou entre a “censura” e a “punição (sob a forma da restrição e/ou da interdição?) pelo proferimento de discursos preconceituosos e discriminatórios” há uma diferença fundamental?

Diante de tais ponderações acerca da liberdade de expressão, vamos apresentar agora, de forma resumida, a posição de ambas as correntes em confronto quanto à questão do discurso do ódio, em torno dos elementos acima apresentados. Tal comparação, a princípio, será meramente analítica. Mais a frente, no tópico final, vamos reavaliar ambas as correntes através da teoria dos performativos, e, a partir daí, averiguar como ambas se posicionam a respeito da missão que propomos no final do capítulo anterior, qual seja: como o Direito pode participar do processo de ressignificação do discurso do ódio.

3.2 “LIBERTÁRIOS” VERSUS “ATIVISTAS”: UMA ANÁLISE COMPARATIVA

Para emprendermos este breve estudo comparativo entre as correntes interpretativas do discurso do ódio, separaremos este tópico em subitens, de modo a facilitar o entendimento. Nem todos os aspectos associados à liberdade de expressão no item anterior estarão abordados aqui. O motivo ficará claro no último tópico.

A) A *preferred position* da liberdade de expressão

¹⁵⁵ Tornou-se famoso o caso do cantor Roberto Carlos, que conseguiu proibir a circulação de uma biografia sua não autorizada escrita pelo jornalista Paulo César de Araújo. Caso ainda mais esdrúxulo ocorreu recentemente, quando um ex-treinador do lutador Anderson Silva conseguiu liminar na Justiça retirando a biografia deste de circulação, por conter um depoimento desabonador dado pelo biografado sobre ele a um jornal de grande circulação, e reproduzido no livro. Curioso observar a facilidade com que o Poder Judiciário permite tais atos de censura, enquanto que se mostra radicalmente “cauteloso” quando do julgamento de casos de racismo e de outras formas de intolerância, como já foi notado por José Emílio Medauar Omnati (v. nota 12)

Vimos que a “teoria libertária” da liberdade de expressão tem raízes profundamente fincadas na doutrina liberal nascida com as Revoluções Burguesas do século XVIII. Classifica tal princípio como uma “liberdade negativa” – ou predominantemente negativa – consistente no absentismo estatal quanto à ação individual. Afastando-se a intervenção do Estado, florescerá a autonomia individual. Admite-se do Estado unicamente uma função “reguladora”, uma atitude positiva no sentido de se garantir a todos os indivíduos as condições básicas para que possam exercer a liberdade em condições plenas. No entanto, é bom que se frise que esta atitude positiva do Estado só passou a ser defendida mais recentemente – e se, por um lado, ainda é vista com desconfiança, por exemplo, pela jurisprudência americana, em compensação mesmo entre seus defensores tal ideia não costuma levar à defesa de um Estado ativista. Prefere-se o uso de instrumentos mais genéricos de promoção da liberdade de expressão, consistentes basicamente em grandes ações públicas e programas de governo, sem que, porém, se especifique quais¹⁵⁶.

Indo um pouco além, os libertários tendem a adotar um entendimento consagrado pelo direito norte-americano, no sentido de se elevar a liberdade de expressão a uma posição de destaque e até de supremacia diante dos demais direitos fundamentais. Comumente denominado de *preferred position* da liberdade de expressão, tal posicionamento, cristalizado pela Suprema Corte americana ao longo de diversas decisões ao longo do século passado, muitas vezes é adaptado sem muitos questionamentos a outros ordenamentos jurídicos, como o brasileiro¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Sobre a resistência da doutrina norte-americana em defesa da liberdade de expressão a qualquer intromissão estatal, ver, por todos, SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* Pgs. 210-220. Sobre a defesa de uma intervenção genérica e pontual, baseada em grandes “programas de governo”, v. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.* Pg. 76

¹⁵⁷ É o que se depreende dos textos de Samantha Ribeiro Meyer Pflug e Luís Roberto Barroso, este citando o magistério de Edilson Pereira de Farias (Vide nota 150). Como exemplos de casos que influenciaram a teoria da *preferred position* nos EUA, destacamos *New York Times x Sullivan* (1964), no qual decidiu-se que personalidades públicas só poderiam ser indenizadas por calúnias publicadas pela imprensa desde que provassem cabalmente que tais mentiras foram maliciosamente e intencionalmente produzidas; *National Socialist Party x Skokie* (1977), no qual

Não há dúvidas da importância *essencial* da garantia da livre expressão para um regime que se supõe democrático. A democracia é o autogoverno das massas, é o regime no qual o povo exerce o seu poder não apenas através do sufrágio, mas “*também pela atuação na esfera pública, em múltiplos fóruns e espaços que pressionam e fiscalizam a ação dos governantes*”¹⁵⁸. Para que a vontade coletiva possa se impor, ela deve ser livre – sob todos os aspectos possíveis.

Ocorre que reconhecer a *essencialidade* da liberdade de expressão na formação do Estado Democrático de Direito não implica em colocar tal princípio em uma “*posição preferencial*” com relação aos demais. Tal é o entendimento da Suprema Corte americana, com base no texto da Primeira Emenda à Constituição dos EUA. A dúvida reside na adoção deste mesmo entendimento pelo Constituinte brasileiro de 1988.

De pronto, é preciso destacar a diferença histórica entre as duas Cartas. A Constituição americana de 1776 é o marco inicial do constitucionalismo liberal, sendo a Primeira Emenda, de 1791, o seu complemento. A tradição histórica americana sempre tendeu a conferi-la uma interpretação “libertária”, em oposição a uma postura mais ativista, a qual vigorou apenas em momentos pontuais da história americana¹⁵⁹. Trata-se, portanto, de uma ordem constitucional cujo núcleo se consolidou em torno dos direitos fundamentais de primeira geração, e que, embora tenha, timidamente, acompanhado a evolução histórica dos direitos fundamentais de liberdade para os de igualdade, com a 13ª Emenda¹⁶⁰, ainda atribui àqueles peso muito maior do que aos chamados “direitos sociais”¹⁶¹.

permitiu-se uma passeata de neonazistas em um subúrbio de Chicago conhecido como reduto de sobreviventes do Holocausto; e o já mencionado *R.A.V. x St. Paul*, de 1992 (ver nota 107).

¹⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* Pg. 281. V. Tb. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Pg. 101

¹⁵⁹ *Ibid.*, pg. 267

¹⁶⁰ A 13ª Emenda, de 6 de dezembro de 1865, aboliu a escravidão em todo o território americano.

¹⁶¹ Por tudo, SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* Pgs. 265-266 e 272-273

A Constituição brasileira não só pertence a uma época bem posterior, como foi inspirada por valores completamente diferentes. Diferente dos séculos XVIII e XIX, quando imperava o individualismo, “o século XX presenciou o início de um tipo completamente novo de relacionamento entre as pessoas, baseado na solidariedade social”¹⁶² Com as lutas sociais pela democratização do sistema político liberal, emergiram os chamados *direitos fundamentais de segunda geração*, que questionavam justamente a eficácia do princípio da *liberdade* sem que esteja acompanhado do princípio da *igualdade*. O avanço definitivo com relação ao modelo liberal, porém, não se deu com a mera afirmação do princípio da igualdade, e sim com o reconhecimento de que a simples *igualdade formal*, a igualdade definida em lei, sem contato com a realidade, não bastava. A verdadeira democracia exige uma *igualdade material*, uma relação igualitária que leve realmente a uma liberdade de ação, e daí ao autogoverno pleno. Norberto Bobbio assim resumiu a situação:

“A maior causa da falta de liberdade depende da desigualdade de poder, isto é, depende do fato de haver alguns que têm mais poder econômico, político e social do que outros. Portanto, a igualdade do poder é uma das maiores condições para o crescimento da liberdade. Se por um lado não faria sentido algum dizer que sem liberdade não há igualdade, por outro, é perfeitamente legítimo dizer que sem igualdade (como reciprocidade de poder) não há liberdade”.¹⁶³

Ao conferir à liberdade de expressão essa “posição privilegiada” também no ordenamento jurídico brasileiro, a “corrente libertária” iguala dois sistemas jurídicos de origens e inspirações bem diferentes. Enquanto o modelo americano dá mais valor aos direitos individuais, o sistema brasileiro, inspirado nos ordenamentos europeus, confere importância igual aos direitos sociais. Aplicar de forma automática a posição da jurisprudência americana sobre a liberdade de expressão é desprezar toda a evolução doutrinário-jurisprudencial de nosso próprio ordenamento. Exatamente num momento em que se discutem os *direitos fundamentais de*

¹⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Princípio da Solidariedade”. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001: pg. 187

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. São Paulo: Polis, 1988. Pg. 41

terceira geração (que teriam como destinatário o próprio gênero humano) e até os de *quarta geração*, pretende-se que voltemos a prender todo o sistema ao ideário liberal e individualista do século XIX¹⁶⁴.

Tal crítica, porém, é basicamente teórica. Mais importante é analisar o próprio Texto Constitucional e procurar por sinais dessa “*preferred position*” da liberdade de expressão.

Como já vimos, os principais dispositivos que tratam da liberdade de expressão estão contidos nos incisos IV e IX do art. 5º da Lei Maior. No mesmo artigo, podemos encontrar o princípio da igualdade, estando, inclusive, junto ao princípio geral da liberdade em seu *caput*. Outros princípios comumente em confronto com a liberdade de expressão também estão contidos no art. 5º, como a privacidade, a honra e a imagem (inciso X). As vedações a qualquer prática discriminatória (inciso XLI) e especificamente ao racismo (inciso XLII) foram retiradas do âmbito penal e elevadas à categoria de garantias fundamentais. Tal artigo 5º, por sua vez, se insere no Título II de nossa Constituição, intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que engloba, além dos direitos individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), o direito à nacionalidade (Capítulo III), e os direitos políticos dos indivíduos (Capítulo IV) e das agremiações partidárias (Capítulo V). O art. 60, § 4º, eleva os direitos fundamentais à condição de cláusulas pétreas, imodificáveis, portanto, pelos Poderes Constituídos.¹⁶⁵

O que se percebe por essa análise “arquitetônica” da Constituição de 1988 é que não parece ter sido conferida à liberdade de expressão nenhuma posição superior aos demais direitos fundamentais – mesmo àqueles que

¹⁶⁴ Sobre as gerações de direitos e a necessidade de se manter o avanço axiológico dos direitos fundamentais, “rumo a uma nova universalidade”, ver, por todos, BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.* Pgs. 564/574

¹⁶⁵ Apesar do art. 60, § 4º, somente falar em “direitos individuais”, a doutrina equipara tal expressão a “direitos fundamentais”, cf. BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e aplicação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88, in *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, IBDP, abril/junho 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em 31/10/2012

não estão no art. 5º. A todos os direitos e garantias do Título II (ou, ao menos, aos individuais) foi reconhecida importância para a manutenção da ordem democrática, sem que se tenha, a um primeiro momento, atribuído “posição preferencial” a nenhum deles sobre os outros. Aparentemente, estão em uma mesma hierarquia.

Vamos além: a Constituição até pode ter dado posição preferencial a alguns direitos fundamentais, uma vez que determinados valores foram definidos como tão importantes pelo Constituinte que foram alçados ao Título I da Lei Maior, sob o título “Dos Princípios Fundamentais”. E, no entanto, a liberdade de expressão não foi incluída no rol do art. 1º, que elenca os fundamentos da República Federativa do Brasil¹⁶⁶. É sustentável atribuir, mesmo assim, a um dos direitos fundamentais proeminência tal que possa ser equiparado a um dos Fundamentos da República?

Há uma tentativa de se resolver tal problema, atribuindo ao *pluralismo político* a definição de “dimensão política do direito à liberdade”¹⁶⁷. Ocorre que tal associação despreza a importância do exercício de um pluralismo político *democrático* e não *plutocrático*, ou seja, de um pluralismo que se baseia também na *igualdade* de poder de *todos os indivíduos*, conforme defendido por Norberto Bobbio. Logo, a igualdade também poderia ser, por esse raciocínio, elevada a uma “posição preferencial” no sistema jurídico brasileiro, ou, ao menos, como parte constitutiva e inseparável do pluralismo político.

B) A *preferred position* da dignidade humana

De fato, se há uma tendência na doutrina e jurisprudência brasileiras no sentido de se atribuir a um princípio posição superior, ou melhor, atribuir-lhe o papel de *núcleo axiológico* da Constituição, este princípio é o da *dignidade da pessoa humana*, elevada a princípio fundamental da

¹⁶⁶ Quais sejam: a soberania (inciso I), a cidadania (II), a dignidade da pessoa humana (III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (V), e o pluralismo político (VI)

¹⁶⁷ Neste sentido, MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.* Pg. 225

República pelo art. 1º, III, da Constituição. Definitivamente, esta é a opção adotada pela maioria dos defensores de alguma regulação estatal ao *hate speech*¹⁶⁸.

Nesse diapasão, insta destacar a decisão do Constituinte brasileiro de não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos fundamentais, como, por exemplo, fez a Constituição da Alemanha, preferindo seguir a tradição luso-espanhola, dando à dignidade humana a condição de *princípio (e valor) fundamental*¹⁶⁹, destacado dos demais direitos e eleito como núcleo definidor dos mesmos. É esta a lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

*“(...) Verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (...), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais”.*¹⁷⁰

Para o ilustre jurista gaúcho, a posição da dignidade da pessoa humana na Constituição demonstra a decisão firme do Constituinte no sentido de atribuir àquele princípio “a condição de valor jurídico fundamental da comunidade”¹⁷¹. E ainda que se admita – seguindo o autor, nesse ponto, a lição de Robert Alexy – que não existem princípios absolutos, a dignidade humana só poderá ser relativizada “em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos”¹⁷², o que apenas reforça a ideia de que, se há no ordenamento brasileiro algum princípio “preferencial” em relação aos outros, este seria o da dignidade da pessoa humana, devendo a liberdade de expressão ser interpretada como meio para se concretizar aquele princípio-valor fundamental.

¹⁶⁸ Com a exceção importante de José Emilio Medauar, que, seguindo os ensinamentos de Ronald Dworkin acerca do Direito como integridade, prefere estudar a questão pelo ângulo apenas do conjunto liberdade e igualdade. V. OMMATI, José Emilio Medauar. *Op. Cit.* Pgs. 91-102

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais*. 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006. Pgs. 66/67

¹⁷⁰ *Ibid.*, pgs. 68/69

¹⁷¹ *Ibid.*, pg. 70.

¹⁷² *Ibid.*, pg. 74. O autor também cita a posição de Paulo Bonavides sobre a dignidade da pessoa humana: “se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados” Pg. 75

A defesa da dignidade como princípio preferencial à liberdade de expressão também é utilizada pelo constitucionalista americano Jeremy Waldron, mas em outros termos. Partindo de um termo usado por John Rawls na obra *Political Liberalism*, Waldron coloca a questão do discurso do ódio (especialmente, como vimos acima, a questão da “difamação de grupo”, ou seja, manifestações de ódio dirigidas contra grupos sociais em geral) dentro de uma dúvida maior: como deve parecer uma *sociedade bem ordenada* (*a well-ordered society*)?¹⁷³ Para Waldron, ainda seguindo o raciocínio de Rawls, tal sociedade só poderia ser alcançada se todos os indivíduos aceitassem, e soubessem que todos os outros também aceitam, os mesmos princípios básicos de justiça¹⁷⁴. Ou, na definição de Waldron, uma sociedade que se pretende bem ordenada deve dar aos seus indivíduos a *segurança* de que sua *posição social básica* (*basic social standing*) como *indivíduos reconhecidos pelos demais como iguais, titulares de direitos humanos e todos os constitucionalmente assegurados*, estará protegida. É a essa posição social básica que Waldron chama de *dignidade*¹⁷⁵, cuja violação, porém, não se confunde com uma mera *ofensa aos sentimentos da vítima*. Entre *indignity* e *offense* há uma distância que pode não ser clara nem certa (a primeira geralmente implica na segunda, mas não vice-versa), mas que deve existir, sob pena de se perder o foco no combate ao discurso do ódio e se passar a combater qualquer manifestação que desagrade ao ouvinte¹⁷⁶.

C) O direito à autonomia individual

Vimos, acima, que o *conteúdo* da liberdade de expressão pode vir a ser interpretado como um conjunto autossuficiente de direitos e garantias. Enquanto que o feixe de direitos componentes da liberdade de expressão

¹⁷³ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* Pgs. 65-66

¹⁷⁴ *Ibid.*, pg. 82

¹⁷⁵ Waldron destaca que tal noção de “dignidade” não se confunde com as ideias de Kant a respeito da matéria – e que, em última instância, influenciaram decididamente a obra de Alexy e o conceito apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet. Não há uma imediata atribuição, portanto, de uma carga valorativa ao termo. Nas palavras do autor, “*It is a matter of status – one’s status as a member of society in good standing*”. *Ibid.*, pgs. 59-60

¹⁷⁶ *Ibid.*, pgs. 105-111

pode também ser chamado de “direitos de autodeterminação (ou autonomia) do indivíduo”, as garantias são nítidos deveres impostos ao Estado, e portanto tornam o princípio antiestatal por natureza.

Para os defensores da permissão do *hate speech*, a autonomia dos indivíduos que possuem tais ideias – e também a autonomia daqueles impedidos de ouvir tais ideias – restará irremediavelmente violada, se o Estado impor sua vontade para cercear determinadas concepções filosóficas ou políticas, por mais odiosas e sem sentido que sejam. O Estado não teria legitimidade para regular a liberdade de expressão a partir de seu conteúdo, sem com isso assumir um evidente caráter paternalista. Neste sentido, vale transcrever a lição de Ronald Dworkin, lembrada por Daniel Sarmento:

“(O) Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas”.¹⁷⁷

Em resposta a tal crítica, Jeremy Waldron destaca que uma eventual preocupação do Estado no que diz respeito às “opiniões” presentes na sociedade não seria de todo desarrazoada, pois teria a ver com a defesa de um bem público, qual seja, a dignidade de cada indivíduo, a qual é ameaçada pelo discurso de ódio, que visa desconstituir tal condição básica:

“*Our legislators are not indifferent to how people regard one another, at least so far as people’s basic recognition of one another’s dignity is concerned, because it is understood that one’s dignity is partly a function of the actions performed and the attitudes expressed by one’s fellow citizens. (...) dignity and the assurance that comes with it are public goods, constituted by what thousands or millions of individuals say and do*”.¹⁷⁸

A liberdade de expressão é, com razão, vista como meio indispensável para a concretização da autonomia do indivíduo frente aos demais, sendo, portanto, limitada ao máximo a flexibilização de tal princípio. Ora, o discurso do ódio não é um *discurso qualquer*: ele se caracteriza exatamente como um ataque a outros indivíduos ou grupos sociais, consistente na desconstrução de suas identidades, na desvalorização

¹⁷⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* Pg. 242

¹⁷⁸ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* pg. 154

de suas individualidades, na destruição de suas autoestimas. Usa-se a liberdade de expressão para destruir a autoestima de outros. Como se esperar, portanto, que tais indivíduos possam desenvolver livremente sua autonomia individual, se tem a sua própria individualidade negada ou atacada por outros?¹⁷⁹

O *hate speech* nega às suas vítimas o direito de desenvolverem sua personalidade, e, por conseguinte, sua autonomia como indivíduos (e como parte de grupos sociais), ao mesmo tempo que lhes nega o próprio direito à *igualdade*, que é indissociável da liberdade. A permissão do *hate speech*, portanto, acaba não sendo neutra: ela acaba privilegiando o ofensor, não reconhecendo a fragilidade da posição da vítima. Despreza-se o chamado *efeito silenciador* do discurso do ódio, bem como a desigualdade de condições que, na prática, ele fomenta¹⁸⁰. Os grupos estigmatizados pelo *hate speech* são necessariamente aqueles que também foram desmerecidos na distribuição do poder.

A resposta dos libertários não deixa de ser interessante: tal fato não justifica a imposição de leis que acabem por ter o mesmo efeito, mas no sentido contrário, qual seja, *silenciar o intolerante*. Nas palavras de Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, tal solução acabaria por também vitimar uma minoria, a dos racistas, preconceituosos, etc. – embora a autora pareça confundir minorias no sentido *quantitativo* do termo e minorias no sentido *socioeconômico e/ou jurídico* do termo¹⁸¹.

Jeremy Waldron contra-argumenta afirmando que eventuais leis antidiscurso do ódio não silenciariam de forma plena o intolerante: este continuará livre para manter sua postura preconceituosa, desde que o faça em “termos moderados”, e não em termos histéricos ou panfletários (ou, poderíamos dizer, violentos). O problema, segundo Waldron, é que os intolerantes em geral desejam justamente liberdade para usar *deste*

¹⁷⁹ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* Pg. 243

¹⁸⁰ *Ibid.*, pg 243

¹⁸¹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. cit.* Pg. 234

vocabulário histriônico e panfletário, atrelando sua própria autonomia ao uso da violência verbal¹⁸². Como, então, lidar com tal fato? Para o já falecido professor da Universidade da Pensilvânia C. Edwin Baker, não há como se proibir o *hate speech* sem que se impeça o indivíduo, ao mesmo tempo, de expressar seus valores e de encontrar seu próprio lugar na sociedade, a menos que tal discurso seja instrumentalizado para a prática de atos violentos¹⁸³. Para Waldron, que neste momento assume sua concordância com a associação entre discurso do ódio e performatividade, a fala nunca é “pura” ou meramente “expositiva”; ela *constitui* sua própria violência¹⁸⁴. Baker afirma que eventuais danos causados pelo *hate speech* não advém da palavra, e sim da *reação* da vítima, a qual teria autonomia para reconhecer o insulto como tal ou “abstrair”¹⁸⁵. Waldron rebate alegando que exigir da vítima qualquer tipo de defesa já é uma vitória para o discurso do ódio, pois força a vítima a deixar sua rotina comum para provar que é um “cidadão normal” perante seus ofensores¹⁸⁶.

D) O papel do Estado e o “mercado de ideias”

A crítica de Dworkin ao “paternalismo estatal” nos faz retornar ao caráter antiestatal do direito à liberdade de expressão. Até que ponto esta é uma crítica suficiente para os tempos atuais?

A ideia de liberdade de expressão como “liberdade negativa” se originou (ainda que não com esse nome) com o Iluminismo, tendo prevalecido com as Revoluções Burguesas e as primeiras Constituições modernas. Era entendida como uma fonte de resistência ao poder do Estado, que, uma vez positivada, impunha a este apenas obrigações negativas. Mas se tal concepção era adequada frente ao absolutismo e ao Estado liberal, ainda se mostra adequada ao Estado democrático? Esta é a crítica de José Afonso da Silva:

¹⁸² WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* Pgs. 149-150

¹⁸³ *Ibid.*, pgs. 161-165.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pgs. 165-167.

¹⁸⁵ Ou, para nos utilizarmos da terminologia austiniana, seria dever da vítima tornar o ato infeliz.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pgs. 170-171

“[A definição de liberdade como negativa] *tem o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima. Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Nesse sentido, autoridade e liberdade são situações que se complementam*”.¹⁸⁷

Ninguém duvida, porém, do perigo de se permitir ao Estado que interfira no que se pode ou não se pode dizer, ou publicar, ou *expressar*. Mesmo nos dias atuais podemos ver perseguições movidas por democracias ditas “maduras” contra personagens que ousaram levantar a voz para denunciar práticas pouco democráticas daqueles governos¹⁸⁸. Sem contar a tendência de governos dependentes do voto de, seguindo a vontade da maioria, passar a cercear determinadas ideias impopulares.

Ocorre que a “demonização” do Estado acaba por levar ao “endeusamento” do chamado “livre mercado” como melhor opção para a regulação geral, seja das riquezas, seja das ideias. E, no entanto, o que as sucessivas crises econômicas, de um lado, e a perpetuação do discurso do ódio, de outro, mostram é que a “mão invisível” do mercado antes fortalece a desigualdade do que a combate. A teoria “libertária” parte do pressuposto de que todos tem condições iguais de competir economicamente ou de exprimir suas ideias, quando a realidade é profundamente desigual.¹⁸⁹

Logo, se impõe um “caminho do meio”: quanto mais desigual for uma sociedade, maior a possibilidade do Estado intervir para garantir um equilíbrio mais justo entre os indivíduos. O *hate speech* ataca diretamente a dignidade humana de suas vítimas; nega-lhes a igualdade; legitima a discriminação. Ora, não seria mais importante para o Estado combatê-lo do

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* Pg. 232. Na mesma página, o autor resume: “*Portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral*”

¹⁸⁸ A perseguição do governo norte-americano ao ativista Julian Assange, cujo site *Wikileaks* revelou os segredos da diplomacia dos EUA, é o exemplo mais eloquente. Vale lembrar que o soldado acusado de divulgar tais documentos a Assange, Bradley Manning, passou dois anos preso, na solitária, em condições desumanas e sem direito a advogado, em uma prisão militar americana. Diante desses fatos, parece ainda mais acertada a posição de Owen Fiss, ao afirmar que a “ironia” da liberdade de expressão consiste no fato do Estado ser ao mesmo tempo um potencial inimigo e um potencial protetor de tal princípio. V. FISS, Owen. *Op. Cit.* Pg. 30

¹⁸⁹ Por tudo, SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.* Pgs. 282/283; WALDRON, Jeremy, *Op. cit.* Pgs. 67-68 e 155-157

que permiti-lo? A democracia se beneficiaria mais protegendo as vítimas do ódio, adotando uma postura firme contra o *hate speech*, ou deixando as “forças do mercado” agirem, mantendo-se numa pretensa *neutralidade* que pode facilmente ser convertida pelos “agressores da palavra” em “*permissividade*”?¹⁹⁰

Ainda sobre a natureza antiestatal da liberdade de expressão, é forçoso reconhecer que no caso específico do *hate speech*, torna-se equivocado atribuir *ao Estado* o papel de “grande vilão”. O discurso do ódio é uma agressão primordialmente praticada *por particulares, por indivíduos*, que exige um posicionamento do Estado no sentido de coibi-la ou não. O que se percebe é uma ênfase exagerada dos libertários na noção de que a liberdade de expressão é um direito oponível ao Estado, e um quase esquecimento da problemática de sua aplicação nas relações particulares¹⁹¹, que é central na questão do *hate speech*. Cria-se, então, uma situação curiosa: critica-se mais o agente capaz de punir – o Estado – do que o agressor particular, que merece, no máximo, “reprimendas morais”¹⁹².

A ênfase no Estado como único, senão principal, destinatário da liberdade de expressão reflete uma posição da doutrina e jurisprudência norte-americana, chamada de *state action*, no sentido de que os particulares não se vinculam aos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, sendo estes deveres impostos unicamente ao Poder Público. Tal entendimento não foi adotado pelos sistemas europeus, e pelo brasileiro, que reconhecem a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”,

¹⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, pgs. 237/241. O autor também destaca a posição da Corte Europeia de Direitos Humanos, no sentido de que o regime democrático não pode permitir a propagação de ideias contrárias a ele próprio, pois permitiria a sua própria destruição. Tal posicionamento foi denominado pela doutrina de “democracia militante”.

¹⁹¹ Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, em seu trabalho, dedica aproximadamente 90 páginas ao estudo da liberdade, sempre enfatizando o seu caráter antiestatal. Quanto à livre expressão nas relações privadas, dedica apenas três páginas. *Op. Cit.*, pgs. 88/90.

¹⁹² *Ibid.*, pg. 227, repetindo lição de Raoul Vaningem, no sentido de que tolerar o *hate speech* não significa concordar com o mesmo.

conforme a maioria dos doutrinadores¹⁹³. Logo, é no mínimo empobrecedor se dar tanta ênfase no Estado, esquecendo-se do papel do particular na propagação do discurso do ódio.

Também é problemático se falar em um “livre mercado de ideias” eficiente sem estabelecermos dois pressupostos: a *igualdade de condições* dos seus participantes; e a “*predisposição de cada participante do debate de ouvir e refletir sobre os argumentos apresentados pelos outros*” – ou seja, *respeito mútuo*¹⁹⁴. Ora, o *hate speech*, como já argumentamos, parte de um pressuposto desigualitário, tem como objetivo minar a própria dignidade humana da vítima. O agressor não está interessado em um debate racional; seus argumentos visam *negar respeito* ao outro. O resultado, conforme a lição de Daniel Sarmento, só pode ser nocivo: “*há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada*”¹⁹⁵. Não há, portanto, um verdadeiro “mercado livre de ideias”, pois as vítimas do *hate speech* são coagidas a não apresentarem suas próprias posições. O discurso do ódio não parece favorecer o debate racional; antes o desconstitui e perverte¹⁹⁶.

E) Tolerância e eficácia da regulação estatal

Questão mais interessante diz respeito à promoção da tolerância pelo debate. A corrente libertária sustenta, como vimos, que mesmo as piores ideias devem ser liberadas, para que, pelo debate, possam ser derrotadas. A tolerância, ou seja, o respeito pelos outros, pelas suas individualidades, é um dos valores supremos de qualquer regime democrático. O *hate speech* nega tal virtude, ao pregar a intolerância contra determinados grupos. A pergunta é: deve-se ser tolerante com o intolerante? Ou melhor: a tolerância

¹⁹³ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pgs. 197/199 e 257/265

¹⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*. Pg. 236

¹⁹⁵ *Ibid.*, pg. 236

¹⁹⁶ *Ibid.*, Pg. 237

será mais bem protegida (e promovida) punindo-se ou protegendo-se o intolerante?

O “paradoxo da tolerância”, conforme denominado por Karl Popper, divide os estudiosos, independentemente da corrente à qual se filiem. O próprio Popper, por exemplo, não admitia que se protegesse o intolerante. Já Norberto Bobbio defendeu que, dando-se liberdade ao intolerante, garantir-se-ia à própria tolerância uma força expansiva, exatamente pelo perigo em que estaria diante dos discursos intolerantes. Por fim, o americano Leo Bollinger, reconhecendo a insuficiência dos objetivos liberais da liberdade de expressão, quais sejam, a busca da verdade e a promoção da autonomia individual, afirmou ser necessário tolerar as ideias intolerantes, de modo a que os indivíduos treinem o que chamou de “modelo de auto-contenção”, um verdadeiro autocontrole emocional.¹⁹⁷

A História, porém, não parece referendar a ideia de que a simples “permissão ampla, geral e irrestrita” provoca a vitória da tolerância. Basta um exemplo: a ideologia nazista foi derrotada tanto no campo das armas quanto no campo das ideias. Milhares de livros, filmes e trabalhos denunciaram, ao longo de todo o século XX, as barbaridades e loucuras do regime de Hitler. E, no entanto, grupos neonazistas continuam a surgir, por todas as partes do mundo. O racismo e o antissemitismo continuam impregnados em diversas sociedades. Os atentados de 11 de Setembro levaram ao recrudescimento da chamada “islamofobia”, especialmente (mas não só) nos EUA. A tolerância sempre será vital para qualquer democracia, mas não tem capacidade de se manter apenas pela sua “supremacia moral” com relação às ideias intolerantes. A ação do Estado, nestes casos, parece ser mais adequada do que o puro absentismo, que, como vimos, pode muito bem ser interpretado como beneplácito estatal ao intolerante.¹⁹⁸ Além disso, defender que a intolerância – o *hate speech* – seja suportada pela

¹⁹⁷ Para todas as posições referidas, ver Ibid., Pgs. 243/245

¹⁹⁸ Ibid., pag. 245. O autor ainda lembra que não se aplica tal ideia de promoção da tolerância quando se trata de um crime: “Ninguém pregaria a tolerância estatal como resposta adequada diante de um estupro.”

sociedade, em nome de um ideal idílico e convenientemente localizado num futuro distante de “sociedade que aprende por si só a ser tolerante”, significa impor às vítimas do discurso do ódio um duplo ônus: suportar as violações atuais à sua individualidade e dignidade, e ainda “treinar sua capacidade de auto-contenção”, para usar a teoria de Bollinger¹⁹⁹.

Por fim, um último aspecto a ser debatido é a crítica acerca da eficácia da proibição ao *hate speech*. Para a corrente libertária, a História tem mostrado que a simples proibição do discurso do ódio não levou ao fim da intolerância. Pior do que isso: pode acabar levando ao contrário do que se pretendia, uma vez que a proibição pode ser vista como um incentivo à transgressão, podendo até ser usada pelos agressores para conseguir projeção midiática²⁰⁰, e desse modo se tornarem “mártires” inspiradores de novos movimentos radicais²⁰¹.

Como primeiro contra-argumento, os ativistas lembram que, de fato, a pura proibição de uma conduta não garante a efetividade da vedação. Tal raciocínio se aplica a qualquer conduta vedada pelo ordenamento, não apenas ao discurso do ódio: os homicídios não acabaram por causa da criminalização da conduta. E mesmo assim não há nenhum movimento geral pela legalização do homicídio. O exemplo pode ser extremo, mas se aplica a toda regra proibitiva de conduta. Não é por causa da ineficácia absoluta da regra proibitiva que se defende, automaticamente, a sua liberalização. A lei, independentemente da questão de sua eficácia, possui uma função coercitiva cuja finalidade é justamente constituir o ideal de sociedade que determinada comunidade deseja alcançar²⁰².

Não podemos deixar de reconhecer que a proibição ao *hate speech* não tem o condão de resolver todas as desigualdades e injustiças estruturais que originam as manifestações de ódio contra minorias. Nesse ponto, tanto

¹⁹⁹ Ibid., pg. 245

²⁰⁰ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.* Pg. 230

²⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais.* Pg. 247

²⁰² WALDRON, Jeremy. *Op. Cit.* Pg2. 80-81

a corrente libertária como a ativista reconhecem que há uma obrigação positiva do Estado no sentido de se incentivar a adoção de políticas visando reduzir as desigualdades e promover a tolerância e a diversidade²⁰³, diferindo, porém, no método – os libertários preferem políticas gerais de Estado, os ativistas defendem também a adoção de ações pontuais, como as ações afirmativas. No entanto, a corrente ativista defende que a proibição do *hate speech* não é incompatível com a adoção destas medidas “macroprudenciais”; ambas são, na verdade, complementares, uma vez que se impõem em um ordenamento jurídico no qual a Constituição reconhece no Estado um ator legítimo para promover a igualdade, a justiça social distributiva e a solidariedade na sociedade, através de ações firmes e imediatas, não apenas ações de caráter geral, com resultados a longo prazo²⁰⁴.

Finalmente, a ideia de que o combate ao discurso do ódio estimularia o mesmo, pela exposição midiática dos agressores, além de carecer de prova empírica, e de fazer tabula rasa do efeito dissuasório que se atribui às sanções penais em geral, ignoraria a existência de um efeito oposto: o de demonstrar, sem sombra de dúvidas, o compromisso do Estado Democrático com o combate ao preconceito e à intolerância²⁰⁵.

3.3 VERDADE, AÇÃO, RESSIGNIFICAÇÃO: UMA LEITURA PERFORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Uma leitura atenta dos itens definidores da liberdade de expressão mapeados no tópico 3.1 revela que deixamos de analisar pelo menos dois aspectos de tal princípio. Um deles, na verdade, é uma verdadeira *premissa*

²⁰³ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*, pg. 248/249; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.*, pg.75/76

²⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.* Pg. 188.

²⁰⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*, Pg. 249. O autor ainda defende que a restrição ao *hate speech* seja calibrada, devendo ser mais tolerante quando a agressão parte das minorias estigmatizadas, uma vez que a lei precisará reconhecer a relação assimétrica de poder entre os sujeitos. Em sentido contrário, MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Op. Cit.* Pg. 101, considerando ambas as manifestações como sendo iguais.

para ambas as correntes, qual seja, *a de que o debate acerca do discurso do ódio gira em torno de meras ideias*.

A defesa ilimitada das ideias é um ponto nevrálgico dos argumentos da “vertente libertária”. Tanto que sua definição não mudou muito desde que foi exposta pela primeira vez por John Stuart Mill, o grande filósofo da liberdade de expressão. Em seu *Sobre a liberdade* (1859), Mill defende fervorosamente a livre expressão e a não intervenção do Estado em questões que dizem respeito apenas ao indivíduo – caso das opiniões individuais. A única exceção que Mill admite é “*quando expressar determinada opinião constitui uma incitação ilegítima à violência*”²⁰⁶. Qualquer semelhança com a doutrina do *clear and present danger* da Suprema Corte americana não é mera coincidência.

Tal premissa, porém, não pode prevalecer, diante da teoria dos atos de fala. Procuramos demonstrar, através do trabalho de Austin, que não há mais que se falar em uma separação entre *ideia* e *ação*: todo discurso é performativo. Quando chamamos um negro de “macaco”, ou afirmamos que homossexuais devem apanhar para serem “corrigidos”, não estamos nos limitando a *descrever ideias*; estamos nos engajando em um ato, o qual não se resume à mera *palavra*, ao ato locucionário: é um ato praticado por uma certa pessoa, em um certo contexto, invocando uma certa convenção, e se utilizando de uma certa postura corporal; ato este, para nos valermos do trabalho de Judith Butler, que carrega em si uma certa historicidade, uma relação própria de poder, que, renovada pelo proferimento, acaba por exercer uma *violência linguística toda própria*, a qual pretende, para ser eficaz, ou *feliz*, exercer certos efeitos sobre o interlocutor (*humilhar e amedrontar* a vítima, mas também *convencer terceiros a concordar com o ofensor, a abraçar suas opiniões e difundi-las*), os quais podem ser certos e imediatos (ato ilocucionário) ou submetidos a um intervalo físico-temporal que torna mais incerto o resultado (ato perlocucionário). De qualquer

²⁰⁶ Vide a introdução de Pedro Madeira a MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Saraiva, 2011. Pg. 17

forma, o discurso *não é mais a representação de um paradigma etéreo, puro e inacessível, similar e superior à crença*²⁰⁷; é uma *prática social concreta*, uma tentativa do indivíduo de modificar a realidade, a qual, como toda ação, *causa efeitos*. Rememorando Austin, *descrever* não difere de nenhuma forma especial de *prometer, instigar, persuadir*, etc., palavras mais comumente associadas a ações do que a ideias²⁰⁸.

Em decorrência, não faz sentido se diferenciar *preconceito* (como ideia) e *discriminação* (como conduta), exatamente porque tal divisão atribui à linguagem (preconceituosa) função meramente instrumental, negando-lhe qualquer capacidade de *causar danos*, de ser, por si mesma, uma conduta socialmente moldada²⁰⁹. Levada a extremos interpretativos, tal dicotomia leva a decisões como a da Suprema Corte americana no caso *R.A.V. vs St. Paul*: uma cruz queimada no quintal de uma família negra é uma mera veiculação de ideias, e não uma escancarada *ameaça*, ou uma *convocação* para que mais pessoas que compartilhem da visão de mundo da Ku Klux Klan saiam às ruas e escancarem seus preconceitos, pois não estarão sozinhos.

Owen Fiss acreditou que tal associação entre ideia e ação era uma manobra marota para se afastar a liberdade de expressão do debate sobre o *hate speech*. Como procuramos demonstrar, é o contrário: a teoria dos performativos visa reelaborar a própria noção de livre expressão, demonstrando que *não existem conceitos etéreos, os quais são meramente veiculados pelas palavras*; e sim que os discursos são construções humanas, inseridas em um certo conceito social, que nada mais são do que proferimentos destinados a influir na nossa realidade, e, por certo, *serem*

²⁰⁷ MARCONDES, Danilo. “Introdução”, in AUSTIN, J. L. *Op. cit.* Pg. 12

²⁰⁸ *Ibid.*, pg. 113

²⁰⁹ José Emílio Medauar Ommati, ao defender que a proibição do discurso do ódio não se confunde com censura prévia, faz uma interessante afirmação: “a priori, *ninguém é capaz de realizar um discurso de ódio ou discurso racista. Para que um discurso possa ser visto como racista ou discriminador, ele deve passar pelo espaço público, pela discussão pública (...)*” V. OMMATI, José Emílio Medauar. *Op. Cit.* Pg. 99

felizes em seu empreendimento. Tal fato não escapou da análise de Jeremy Waldron, no seguinte trecho de *The harm in hate speech*:

“[A free society] aims to dispel the sense of assurance that we attempt to provide for one another, a sense of assurance that constitutes the social upholding of individual dignity. Hate speech aims to undermine this, to discredit it, and erode its credibility. The work that hate speech does in this aspect is largely performative (...)”.²¹⁰

O segundo ponto que deixamos de analisar diz respeito a um dos objetivos atribuídos à livre expressão: *a busca da verdade*. Novamente, as origens de tal objetivo remontam a Mill, o qual afirmava ser uma temeridade se proibir qualquer “manifestação de opiniões”, pois sempre haveria uma chance da ideia banida ser verdadeira, ou conter alguma parcela de verdade²¹¹. Apesar da progressiva desconstrução do problema da verdade, libertários e ativistas – mais aqueles do que estes²¹² – ainda se preocupam em demonstrar que a possível veracidade contida em todo e qualquer discurso é uma variável a ser levada em consideração.

Ao desmontar a teoria descritiva da linguagem, apresentando-a como uma verdadeira ação, Austin também tornou irrelevante inquirir se tal “ideia” é verdadeira ou falsa para fins de regular o discurso do ódio. A “verdade”, no final das contas, não é o nome de uma relação especial entre uma ideia e um corpo físico; é uma variável de apreciação das palavras quanto à sua adequação a fatos, eventos, situações, etc.²¹³ Pouco importa se a defesa da subumanidade dos negros feita por um membro da Ku Klux Klan seja absolutamente mentirosa mesmo para o senso comum moderno. Se feita para uma plateia de racistas, será tomada como verdadeira, não pelo acerto de sua correspondência com a *ideia de ser humano*, mas pelo preenchimento das *condições de felicidade* exigidas daquele proferimento.

²¹⁰ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.* Pg. 166

²¹¹ MILL, John Stuart. *Op. cit.* Pgs. 42-54

²¹² Em seu trabalho, Samantha Ribeiro Meyer Pflug claramente se contradiz quanto à pertinência da busca da verdade na definição da liberdade de expressão. De início, a apresenta como um dos seus objetivos (*Op. Cit.*, pg. 78). Mais adiante, afirma que não existem verdades absolutas, pois todo e qualquer tema é passível de discussão (pg. 100). Na mesma página, a autora arremata: “Não há negar-se que uma ideia, por mais absurda que seja, pode ser verdadeira, ou conter uma parcela de verdade”. Ora, se verdades absolutas não existem, qual o sentido do debate?

²¹³ AUSTIN, J. L. *Op. cit.* Pg. 122

A missão que se impõe neste cenário, portanto, não é provar que as ideias defendidas pelos *hate speakers* sejam (ou não) erradas, ou nocivas, ou o que for, e sim se (e como) o Direito pode interferir para levar ao fracasso o intuito do *hate speaker*, ressignificando o discurso do ódio e garantindo a integridade da sua dignidade própria, seja no sentido dado por Ingo Sarlet, seja no defendido por Jeremy Waldron.

A partir desta análise, resta-nos concluir que a corrente ativista *é a mais receptível a aceitar o papel ressignificador do Direito* aqui defendido. Todos os autores que defendem a restrição do discurso do ódio reconhecem nele, ainda que sob a forma de *ideia*, a capacidade de produzir *danos*, de ferir e humilhar suas vítimas, negando-lhes qualquer possibilidade de continuarem a ser vistos como palavras neutras. Não poderemos abordar aqui *quais métodos poderiam ser adotados* (vedação legal expressa? Direito de resposta? Ponderação de princípios feita pelo Judiciário?), pois cada um deles tem suas vantagens e defeitos, e merecem um trabalho à parte. Mas a conclusão a que chegamos é que somente os teóricos que veem no Direito *alguma forma de contribuir para o combate ao hate speech* podem concordar com a proposta de atribuir à interpretação jurídica uma função ativa na resolução deste *hard case*.

Em contrapartida, a corrente libertária tende a uma posição absolutamente cética quanto ao papel do Direito no combate ao discurso do ódio. Sua defesa do livre debate de ideias, da promoção da liberdade de expressão como meio privilegiado de difusão da autonomia individual, e da recusa em se admitir qualquer restrição a tal discurso a menos que haja uma “ameaça iminente de agressão”, formam um conjunto de ideias que encontra na velha concepção platônica da linguagem sua fonte originária. Resta concluir que tal corrente não vê no Direito uma função *necessária* no combate ao discurso do ódio; no máximo, o Direito será um instrumento auxiliar, na forma de políticas públicas de promoção de iguais condições para as minorias, mas nunca para punir os praticantes de tal discurso. A

ressignificação do *hate speech* deve ser buscada primordialmente pelos indivíduos.

Mas será esta também a vontade entremostrada na *linguagem constitucional brasileira*? A corrente libertária, sem exceções, se apega à adaptação descuidada dos argumentos dominantes na teoria constitucional americana acerca da liberdade de expressão à realidade brasileira, como vimos no tópico anterior. Tal postura, ainda que absolutamente legítima, não nos parece adequada neste trabalho. Um dos grandes méritos da teoria dos atos de fala é arrancar a palavra do pedestal de neutralidade que tradicionalmente se lhe atribuiu, trazendo-a para o campo da realidade, tornando-a menos etérea e mais concreta. A linguagem é performativa, pois é uma das múltiplas formas que o ser humano encontrou para transformar a realidade ao seu redor; não é um ideal que se encontra pela razão, é uma convenção que se constrói social e historicamente.

A Constituição de 1988 estabeleceu como Fundamento da República a dignidade humana (art. 1º, III). Também elencou como *objetivos fundamentais* da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), promotora do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Elevou a vedação à discriminação e, especificamente, ao racismo, a condição de garantias constitucionais (art. 5º, XLI e XLII).

Há um projeto de país embutido na Constituição de 1988, que vai além de uma mera carta de intenções. Um projeto criado em um contexto específico de busca conjunta de liberdade e igualdade, carregado de uma historicidade própria, e que ambiciona, de forma bastante explícita, mudar uma sociedade. Tal projeto, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes, é um projeto que vai além do liberal, sendo denominado por ela de *solidário*:

“A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo,

estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade".²¹⁴

Nas palavras de Maria Celina, está condensada toda a função ressignificadora do Direito inserida em nossa atual Constituição. Não seria um completo absurdo, à vista de tal definição, se falar que nossa Constituição *se entende performativa*, não enxergando a si mesma como uma condensação de ideias soltas ao vento, ou a representação dos “reais fatores de poder”²¹⁵, e sim como uma construção social que anseia por alterar a realidade em que se insere, por ser eficaz, por ser *feliz*.

Diante disso, concluímos que a corrente “ativista”, ainda que não totalmente livre da concepção descritiva da linguagem, é a que melhor se adéqua à missão ressignificadora do discurso do ódio pelo Direito aqui defendida. Tal constatação não exclui a importância do papel do indivíduo nessa missão, o qual encontra, de fato, maior destaque junto aos libertários. Mas tal empreitada, ainda que nobre e importante, está além do projeto aqui defendido. Nossa proposta consiste na busca específica por um papel para o Direito neste processo de ressignificação, o qual parece encontrar na linguagem constitucional, no projeto performativo da Constituição de 1988, uma receptividade positiva. Dentro deste cenário, deste contexto específico, apenas a corrente “ativista” parece guardar essa mesma receptividade com a teoria dos atos de fala, aplicada ao discurso do ódio.

²¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Princípio da Solidariedade”. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al (org). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001: pg. 188

²¹⁵ Referência à definição de Constituição proposta por Ferdinand Lassalle em seu livro *A Essência da Constituição*, de 1863.

4. CONCLUSÃO

Tal como o famoso escritor britânico J. R. R. Tolkien registrou no prefácio de seu mais famoso livro, *O Senhor dos Anéis*, esta monografia também cresceu conforme foi sendo contada. Inicialmente pensado como uma mera análise da atual situação do debate jurídico acerca do discurso do ódio, tanto no Direito Comparado como na realidade brasileira, este trabalho evoluiu para a análise do mesmo fenômeno jurídico sob um novo referencial teórico, o qual cada vez mais ganha espaço no campo da Ciência do Direito: a teoria dos performativos. Indo mais além, propomos, dentro deste referencial teórico, uma função para o Direito, através da interpretação e da argumentação jurídicas: através delas, o Direito pode contribuir para frustrar o discurso do ódio, agindo dentro do espaço físico-temporal que se constitui entre o discurso e seus efeitos, de modo a se reapropriar da linguagem e ressignificá-la, a destituindo de sua violência e garantindo, nas palavras de Judith Butler, sua própria sobrevivência como corpo vivo e dinâmico.

No entanto, este trabalho não deve ser entendido nem como uma *proposta metodológica*, nem como um *elixir milagroso*. As propostas aqui esboçadas devem ser entendidas como meras contribuições para o debate, como tentativas de se buscar novos caminhos para resolver um dos mais tormentosos casos difíceis do Direito atual, sem que se caia, *automaticamente*, na já bastante estudada tese da ponderação de princípios no caso concreto, a qual quase sempre vem acompanhada dos “temíveis” princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Uma das melhores formas de se ampliar qualquer debate é justamente questionando alguns fatores do problema antes dados como certos e intocáveis. No caso do discurso do

ódio, tanto o papel unicamente instrumental da linguagem como a onipresença da ideia sempre foram considerados dados inamovíveis do problema. A grande contribuição da teoria dos performativos, complementada pelos estudos de Butler, é justamente atacar o problema partindo do questionamento destes pressupostos antes considerados evidentes.

E, no entanto, se esta nova perspectiva performativa da linguagem ajuda a afastar determinadas perplexidades, como a dicotomia ideia x ação, e a defesa da busca da verdade como empecilho à qualquer restrição ao discurso, mesmo o odioso, também acaba por trazer novas variáveis problemáticas para discussão. Apenas à guisa de exemplo, pensemos na questão levantada por Jeremy Waldron acerca da necessária diferenciação entre *indignity* e *offense*, ou, para usar dos termos utilizados pela dupla de professores Joel Feinberg e Russ Shafer-Landau, da diferença entre *ofensa* e *dano*. Superada a problemática acerca da noção de que *ideias/palavras podem ferir*, chegamos a uma nova perplexidade: se o discurso *age, fere*, então todo e qualquer discurso que desagrade, ou atinja, alguém, poderá ser punido? Ou poderá ser enquadrado como discurso de ódio? Se quisermos evitar que, da defesa da liberdade absoluta de expressão, venhamos a cair no extremo oposto, o cerceamento absoluto desta mesma liberdade, é necessário buscar um critério através do qual somente o *dano efetivo*, ou a *indignity*, possam ser puníveis (pelo menos como *hate speech*). Este é um problema que, como percebido, somente pode vir à tona através da aplicação da teoria dos atos de fala ao discurso do ódio.

Outra nova perplexidade que surge diante de nossos olhos advém justamente da proposta, aqui defendida, de um papel para o Direito na ressignificação e reapropriação do discurso do ódio. Como vimos, tal papel se baseia, basicamente, na defesa da norma jurídica não como emanção pura e simples do poder soberano, mas como o resultado de um contínuo e amplo processo de interpretação por parte de todo operador do Direito, seja

legislador, seja advogado, seja magistrado, os quais devem partir necessariamente do projeto performativo indicado pela Constituição. E, no entanto, não há nenhum manual pronto para guiar o intérprete nesta tarefa. Defender um papel ativo do Direito na ressignificação do discurso do ódio é também recair no problema da *argumentação jurídica*, da busca de parâmetros que afastem o máximo possível a possibilidade de serem tomadas decisões arbitrárias e incoerentes por parte do operador do Direito. Este é o debate do momento no mundo jurídico, envolvendo autores tão diversos como Ronald Dworkin, Neil McCormick, Humberto Ávila, Lênio Streck, dentre muitos outros. E, como tal, assume uma posição de destaque na problemática do discurso do ódio, sob uma teoria performativa da linguagem.

Ainda que à primeira vista possa parecer paradoxal, a única conclusão possível a que podemos chegar, ao final do presente trabalho, é a de que não há o que concluir. As presentes anotações devem ser lidas como uma grande introdução a um trabalho muito mais amplo, pelo qual, a partir de uma leitura performativa tanto do discurso do ódio como da própria Constituição, se construam instrumentos jurídicos de ressignificação do *hate speech*, de forma que o Estado se junte à sociedade nesta tarefa, como parece ser o projeto defendido por nossa ordem constitucional.

Infelizmente, apesar de generosa e ambiciosa, nossa Constituição, por si só, não é capaz de concretizar os valores que defende de imediato. Se entendermos que há realmente uma *força ilocucionária no texto constitucional*, devemos admitir que também ela se aproxima mais de um ato perlocucionário do que de um ilocucionário. O discurso do ódio é justamente um dos fenômenos sociais que se apresentam para frustrar os objetivos defendidos pela ordem constitucional. Por que então, para nos utilizarmos do vocabulário de Judith Butler, não podemos entender a função ressignificadora do Direito como um *contra-ataque* fundamentado na própria Constituição contra aqueles que tentam frustrar seus objetivos

maiores? Por que negar, afinal, ao discurso constitucional a chance de alcançar a eficácia, ou, para falarmos como Austin, de ser *feliz*?

Atribuir tamanho “heroísmo”, e depositar tantas esperanças no Direito, certamente será visto como idílico por muitos, inclusive dentro do âmbito jurídico. E, no entanto, o otimismo – ainda que cheio de “poréns” e “entretantos” – nos parece mais interessante do que o ceticismo puro. Desacreditar do papel do Direito na transformação e combate ao discurso do ódio é acabar por compactuar com a permanência do racismo, da xenofobia, da homofobia, e de todos os preconceitos que grassam em nossas sociedades. É, em resumo, se render à injustiça. E, neste ponto, ainda que possamos ser vistos como pedantes por reproduzi-la, ainda vale a lição de Rui Barbosa: “*A injustiça, por ínfima que seja a criatura vitimada, revolta-me, transmuda-me, incendeia-me, roubando-me a tranqüilidade do coração e a estima pela vida*”.

A única conclusão a que podemos chegar, portanto, é que Direito e injustiça não se compatibilizam. E, diante dessa premissa básica, só podemos prosseguir com a missão ressignificadora que nos propomos.

5. BIBLIOGRAFIA

AUSTIN, J. L . *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990. 136 p.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 195 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 604 p.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, vol. 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 512 p.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força*. Brasília: Polis/UnB, 1988. 240 p.

_____. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. 96 p.

_____. *Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 720 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação e aplicação do art. 60, § 4º, IV, da CF/88*. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em 02 nov. 2012.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio?: Algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/File/521/537>> Acesso em 02 nov. 2012.

BUTLER, Judith. *Excitable speech: a politics of the performative*. Nova York: Routledge, 1997. 185 p.

DELUMEAU, Jean. *História do medo no Ocidente: 1300-1800*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. 695 p.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 580 p.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 148 p.

MARCONDES, Danilo. *Filosofia, linguagem e comunicação*. 3ª. Ed. São Paulo: Cortez, 2000. 168 p.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 271 p.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Nova Fronteira/Saraiva, 2011. 172 p.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. P. 187-205.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 592 p.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A expressão constituinte do feminismo: por uma retomada do processo liberatório da mulher*. Rio de Janeiro, 2007. 179 p.. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito da PUC-Rio.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. 163 p.

SANTOS, Karla Cristina dos. *Injúrias raciais: práticas discriminatórias por meio de atos de linguagem*. Disponível em <<http://www.iel.unicamp.br/revista/index.php/seta/article/view/603>>.

Acesso em 02 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 158 p.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 308 p.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís

Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 419 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32^a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 926 p.

SILVA, Rosane Leal da ET AL.. *Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira*. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php>>. Acesso em 02. Nov. 2012.

STRUCHINER, Noel. Filosofia da Linguagem. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Editora Unisinos/Renovar, 2006. P. 333 - 337.

_____. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Rio de Janeiro, 2005. 191 p.. Tese (Doutorado em Filosofia) – Departamento de Filosofia da PUC-Rio.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Brasília, 16. set. 2003.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *Tratado sobre a tolerância: a propósito da morte de Jean Calas*. 2^a. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 180 p.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. 292 p.

WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. Strasburgo: Council of Europe Publishing, 2009. 98 p.