



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

RAPHAEL RODRIGUES CARDOSO OLIVEIRA

DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL:

**A complacência do Estado Democrático de Direito
com o uso da liberdade de expressão como violência
ao Outro**

Brasília
2018

RAPHAEL RODRIGUES CARDOSO OLIVEIRA

DISCURSO DE ÓDIO NO BRASIL: a complacência do Estado Democrático de Direito para o uso da liberdade de expressão como forma de violência ao Outro

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto

Brasília

2018

Oliveira, Raphael Rodrigues Cardoso.

Discurso de ódio no Brasil: a complacência do Estado Democrático de Direito com o uso da liberdade de expressão como forma de violência ao outro. Raphael Rodrigues Cardoso Oliveira – Brasília, 2018. 136 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto.

Liberdade de Expressão. Minorias. Discurso de Ódio. Igualdade. Dignidade da Pessoa Humana. Filosofia da Linguagem. Direito constitucional.

RAPHAEL RODRIGUES CARDOSO OLIVEIRA

Discurso de Ódio no Brasil: a complacência do Estado Democrático de Direito para o uso da liberdade de expressão como forma de violência ao Outro

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Aprovado por:

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
(Orientador)
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Guilherme Scotti
Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo
Universidade de Brasília – UnB

Brasília, 04 de julho de 2018

“Se este mundo não tem um sentido superior, se o homem só tem o homem como garantia, basta que um homem retire um único ser humano da sociedade dos vivos para que ele próprio seja também dela excluído”.

Albert Camus

AGRADECIMENTOS

Existem muitas pessoas a quem eu tenho que agradecer por estar concluindo essa etapa importante da minha vida... familiares, sobretudo o meu avô e minha madrinha, amigos de décadas, colegas. Mas a mais importante é, sem dúvidas, Deborah Rodrigues Cardoso, minha amada mãe que sempre esteve do meu lado e foi tão formidável para minha evolução como ser humano que fez ofuscar completamente a falta de um pai e ascendeu toda minha inspiração para existir.

RESUMO

A presente dissertação almeja abordar a temática do aparente conflito entre liberdade de expressão e normas proibitivas do discurso de ódio, concluindo com a reflexão em torno do Projeto de Lei n. 7.582/2014. Para tanto, são analisados diferentes argumentos contra o PLC nº 7.582/2014, entre eles, que o referido projeto restringe a liberdade de expressão de certos indivíduos, o que não se pode admitir em uma democracia. Por outro lado, analisa o que é um discurso de ódio e qual seu efeito na sociedade, buscando esmiuçar uma noção existencial e linguística do poderio de agressão desta modalidade discursiva. O estudo pretende demonstrar que a amplitude da liberdade de expressão não abrange o direito de discriminar determinado grupo social, notadamente dando destaque à percepção de que o “hate speech” se consubstancia em uma das formas de violência mais singulares com que lidam os Estados democráticos de direito. Entendemos que a legitimidade de um processo democrático pluralista não se dá com o respeito somente à liberdade de expressão, mas também com o respeito à dignidade dos membros da sociedade e o direito à igualdade, sobretudo a igualdade constitucional material. Desta feita, o direito à liberdade de expressão e o direito à igualdade não se excluem, ou se sobrepõem, mas na verdade devem se complementar e se tensionar, de modo a garantir a máxima inclusão e qualidade de vida do Outro, marginalizado existencialmente pelo discurso de ódio.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Minorias. Discurso de Ódio. Dignidade da Pessoa Humana. Filosofia da Linguagem. Direito constitucional.

ABSTRACT

This paper analyzes the apparent conflict between freedom of speech and rules criminalizing hate speech throughout the debate conclusion that unfolds from the Brazilian Draft Law 7.582/2014. Therefore, I examine different arguments against Draft Law 7.582/2014, among which emerges that regarding the restriction of one's liberty of expression, which should not prevail in a democratic scenario. Moreover, we try to identify what hate speech actually is and what are its reflections in society, aiming to illustrate an existential and philosophical perspective of the power of aggression derived from this modality of speech. This study aims to demonstrate that right of freedom of speech does not embrace the right to discriminate social groups, with special concern from the perspective that hate speech represents one of the most singularity forms of violence that democratic States have to deal with. Legitimacy of a pluralist democratic procedure not only applies to freedom of speech, but also to society's members and their right to equality, especially material constitutional equality. As noticed, the right of freedom of speech and right to equality do not exclude one another, and do not even overlap one another, on the contrary, they are complementary and have a tension relation, in such a way to provide the best inclusion and life quality of the Other, existentially marginalized by the hate speech.

Keywords: Freedom of Speech. Language Philosophy. Hate Speech. Equality. Constitutional Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I. CAPÍTULO 1 – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM ORDENAMENTO REGIDO POR PRINCÍPIOS E REGRAS: o Estado Democrático de Direito brasileiro e sua abordagem aos casos controversos	15
1. A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E AS DEMOCRACIAS MODERNAS: DA CIÊNCIA DA FILOSOFIA DO DIREITO PÚBLICO À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	
1.1. O paradigma do Estado Democrático de Direito esmiuçado: moral, direito e política	
1.2. A Teoria da Constituição e as democracias modernas: a contribuição de Carl Schmitt	
1.3. Um breve adendo de Teoria da Constituição: de Carl Schmitt a Karl Loewenstein	
2. A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS: O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	23
2.1. Considerações gerais sobre o discernimento dos princípios jurídicos como espécies normativas	
2.1.1. Dos principais critérios para operacionalizar a distinção e relação entre princípios e regras	
2.2. A distinção qualitativa entre princípios e regras por Ronald Dworkin: os caminhos para um pós-positivismo	
2.3. A distinção qualitativa entre princípios e regras por Robert Alexy: um retorno ao positivismo decisionista?	
2.4. As contribuições da literatura jurídica brasileira na distinção entre regras e princípio	
3. O APORTE AO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DAS RELAÇÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS	38
3.1. O indeterminismo, a tessitura aberta da Constituição e o pano de fundo da linguagem	
3.2. O constitucionalismo e o pano de fundo da comunicação e da linguagem	
II. CAPÍTULO 2 – (RE) DETERMINANDO O CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM: a importância da linguagem e do giro linguístico-pragmático e hermenêutico	41
1. A LINGUAGEM, O SER HUMANO E O DISCURSO DE ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
2. O PANORAMA FILOSÓFICO PRÉVIO E DETERMINANTE PARA A REVIRAVOLTA LINGUÍSTICA	44
2.1. A necessidade de se pensar uma crítica à Modernidade	
2.1.1. O subjetivismo da modernidade na construção filosófica de René Descartes	
2.2. De Descartes a Kant, pela perspectiva de uma Filosofia da Comunicação	
2.3. A crítica de Míroslav Mílovic e a superação do solipsismo moderno	
3. A TRANSIÇÃO PARA A FILOSOFIA DA LINGUAGEM: INTERSUBJETIVIDADE E REVIRAVOLTA LINGUÍSTICA	71
4. A REVIRAVOLTA LINGUÍSTICA PRAGMÁTICO-HERMENÊUTICA	76
4.1. A hermenêutica pela perspectiva de Schleiermacher	
4.1.2. A hermenêutica pela perspectiva de Wilhelm Dilthey: entre uma filosofia da vida e uma “crítica da razão histórica”.	
4.1.3. A hermenêutica pela perspectiva de Hans Georg Gadamer: a ideia de jogo, pré-conceitos, tradição e autoridade.	

4.2. Das confluências entre hermenêutica e linguagem

4.3. Heidegger a caminho da linguagem: a relação nevrálgica homem-linguagem

5. O DISCURSO DE ÓDIO EM SEU VIÉS PRAGMÁTICO-HERMENÊUTICO E EXISTENCIAL NA CONTEMPORANEIDADE: UMA OUTRA DEFINIÇÃO.....90

III. CAPÍTULO 3 – O “HATE SPEECH” E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLÊNCIA TRAVESTIDA?93

1. UMA RETROSPECTIVA DO LEADING CASE: O “CASO ELLWANGER” (HS 82424/RS)

2. A PERSPECTIVA CRÍTICA DE LÊNIO STRECK À REPECÇÃO DO BALANCEAMENTO ALEXIANO NO BRASIL

2.1. O ativismo Judicial: um exemplo de como a discussão tem sido equivocadamente feita no Brasil.

2.2. A reação do establishment ao ativismo judicial, ao panprincipiologismo e à fragmentação jurisprudencial.

3. O DISCURSO DE ÓDIO E A DISCUSSÃO SOBRE DIREITOS: LIBERDADE E IGUALDADE, UMA QUESTÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Um breve relato da proteção da liberdade como direito

4. CHOQUE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS- LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4.1. Uma melhor percepção para tratar com direitos fundamentais

4.2. Seria, por fim, a resposta de Robert Alexy a mais adequada para lidar com o “hate speech”?

5. ESTIPULAÇÕES TEÓRICAS ALTERNATIVAS CAPAZES DE SOLUCIONAR DEONTOLOGICAMENTE A CELEUMA DO DISCURSO DE ÓDIO.....118

5.1. A visão de Ronald Dworkin contraposta à de Jeremy Waldron: a questão da legitimidade ou não de se proibir o discurso de ódio

5.2. Uma saída pelo agir comunicativo e pela filosofia da linguagem

CONCLUSÃO.....128

REFERÊNCIAS.....

INTRODUÇÃO

Abordar-se-á, partindo de uma perspectiva constitucional crítica, o tratamento dado ao problema do “hate speech”, o denominado discurso de ódio no Brasil, observando, para tanto, as implicações jurídicas e sociais que o atual Projeto de Lei 7.582/2014, de autoria da deputada Maria do Rosário (PT – RS), tem a oferecer para o robustecimento do Estado Democrático de Direito brasileiro, no que concerne à proteção aos direitos fundamentais, sobretudo a liberdade de expressão e a igualdade.

Vivemos embebidos cada vez mais em um *zeitgeist* de crescimento da intolerância e do ódio entre os seres humanos. Reproduzindo essa conjuntura, a mídia comunica hodiernamente um crescimento de ofensivas, sobretudo no ambiente virtual. Dessa forma, a polarização política e brigas no “WhatsApp” e no “Facebook” não são um fenômeno só brasileiro, mas totalmente globalizado. Inclusive, fora as polêmicas que vem enfrentando frente ao Senado estadunidense, o próprio Mark Zuckerberg afirmou que a meta de sua empresa para 2018 é combater o discurso de ódio e o uso indevido do “Facebook”.

Nada obstante, os patamares que o ódio e a intolerância vêm galgado em nossa nação são cada vez mais assustadores, sendo um bom exemplo constatar que das denúncias contra crimes virtuais no Brasil em 2017, 63% se referiam ao discurso de ódio. Nesse sentido, aponta-se que discursos racistas e de ódio, antes combatidos pela maioria dos usuários das redes sociais, passaram a ser bem vistos, e assumidos, por uma parcela considerável, como plausíveis em casos de inimizade ideológica e demais circunstâncias que incitam o ódio entre os usuários. Ademais, esses discursos de ódio, assim como as fake news, passaram a ser compartilhados conscientemente, numa verdadeira polarização virtual. Outro dado alarmante advém de uma pesquisa bastante recente do instituto Ipsos, divulgada em 23 de abril de 2018, realizada com 20 mil pessoas em 27 países. A pesquisa identificou que 76% da população do planeta acredita que seus países estão divididos.

E aqui vemos o peso do discurso de ódio para nosso sistema democrático: o Brasil aparece em sétimo na lista das populações que veem seu país nessa condição de ódio e intolerância (84% dos entrevistados)¹, e ainda figura negativamente, como antepenúltimo na lista, entre os que acham o país tolerante para com as diferenças culturais e de pontos de vista.

¹ MORI, Ipsos. BBC Global Survey: A world divided? Disponível em: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-04/bbc-global-survey-a-world-divided-2018.pdf>

Nesta toada, o discurso de ódio pode ser apresentado como um ato violento de interferência em direitos, de modo tal que se direciona a um indivíduo que, por conta de uma característica individual, é associado a uma coletividade e por isso sofre uma ofensa discriminatória. A temática ofensiva pode abranger, portanto, desde nacionalidade, origem étnica e religião, até gênero ou orientação sexual, mas sempre buscando diminuir violentamente a vítima. Faz mister, pois, explicitar desde já que o *hate speech* não se conforma em uma simples opinião que deva ser protegida pela liberdade de expressão, visto que ele objetiva reduzir a dignidade do outro.

Face ao seu poderio lesivo, fica claro que o discurso de ódio deve ser coibido por uma sociedade democrática em que se pautem o bem estar do outro e a harmonia da coletividade. Neste sentido militam os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil preconizados pela Constituição Federal de 1988, sobretudo em seu artigo 3º, em que são elencados como objetivos fundamentais:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.** (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Grifou-se.)

Nada obstante, a grande celeuma que inspira este trabalho é justamente como trabalhar juridicamente este problema. Quando se imagina a aplicação fática dos ditames elencados pelo art. 3º da Carta Magna, esbarra-se em problemas jurídicos que perpassam pela aplicação do direito vigente em face de uma sociedade comunicacional complexa: criminalizar o discurso de ódio contra homossexuais, transexuais e travestis representaria um tolhimento da liberdade de expressão de um indivíduo?

Outrossim, cumpre indagar se existe um “limite” para a liberdade de expressão, ou se a sua abrangência abarcaria até discursos discriminatórios. No mesmo sentido, utilizar, em qualquer tipo de comunicação, palavras, expressões ou atitudes consideradas ofensivas a minorias e grupos historicamente explorados e vitimizados deveria ser proibido, ou o princípio da liberdade de expressão deve assumir um caráter globalizante ao ponto de permitir que quaisquer ideias sejam veiculadas irrestritamente?

O ápice icônico e fático desta discussão, no contexto constitucional brasileiro, está fundado no Habeas Corpus 82.424/RS, popularizado como “caso Ellwanger”, julgamento este

que levou o Estado Democrático de Direito brasileiro, deveras jovem aos idos de 2003, a julgar pela primeira vez a matéria a um nível de Suprema Corte e, conseqüentemente, solidificar um parâmetro jurídico para repercutir as diferentes formas de abordagens sobre a controvérsia do discurso do ódio, em âmbito nacional.

Utilizando o “*habeas corpus*” como norteador, buscar-se-á traçar um panorama de como o Estado Brasileiro está equipado institucionalmente, para lidar com violências comunicacionais como o discurso de ódio, após 28 anos de promulgação da Constituição “Cidadã”. As “aspas” são indispensáveis, pois, ponto nevrálgico deste trabalho é estudar qualitativamente o quanto a nossa Carta Magna conseguiu proporcionar de efetividade material, garantida por força de lei, aos direitos fundamentais que normatiza proteger e propagar para toda a coletividade.

Neste sentido, cumpre ressaltar que o foco do presente estudo é analisar como as demandas provenientes do discurso de ódio são recepcionadas e tratadas pelo Poder Judiciário; demonstrar a atual conjuntura axiológica do processo decisório adotado pelos tomadores de decisão e suas principais conseqüências, como o esmorecimento da deontologia do ordenamento pátrio, a permissão de utilizar preferências pessoais como argumento jurídico e a conseguinte falha do Judiciário em proporcionar a plena realização da cidadania para vítimas do “hate speech”. Por fim, analisa-se a posição hodierna do Legislativo sobre a controvérsia e, fundado no arcabouço teórico e filosófico a ser construído, busca-se expor que a problemática apatia do Judiciário para garantir segurança jurídica nos casos de discurso de ódio, acaba por conferir ao PL 7.582 de 2014 a responsabilidade de ser o atual e único instrumento institucional (até o momento em que este estudo foi escrito), que pode finalmente, após quase três décadas, começar a garantir a plena realização de uma vida digna para os vitimados pelo discurso de ódio que vivem no Brasil.

Em seguida, o estudo apresenta um panorama do desenvolvimento da filosofia da linguagem (desembocando nos frutíferos pensamentos de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer) intuindo embasar construtivamente a abordagem jurídica sobre o discurso de ódio. Perpassando desde as concepções pré-socráticas, abordar-se-á uma crítica da filosofia moderna extremamente subjetivista que, com o giro linguístico, deu ensejo ao esforço intersubjetivo e comunicacional, que acredito ser o ponto chave para se discutir juridicamente o poder destrutivo do “hate speech”.

Com esta primeira parte fica demonstrado que a linguagem, quando utilizada de determinadas formas, se traveste de uma agressão gravíssima aveludada pelo falso arauto da liberdade de expressão ilimitada, devendo ser combatida já que contrasta com a própria ideia

basilar de um Estado Democrático de Direito: a possibilidade de se exprimir livremente pensamentos sem sofrer agressões. Portanto, evidenciada a linguagem como “morada da essência do ser”², compreende-se que usar a linguagem como arma de agressão e exclusão não só é possível como vem sendo, infelizmente, um hábito do povo brasileiro para/com e contra ele mesmo.

Nesta toada, apresenta-se um panorama da evolução da liberdade de expressão até a atual conjuntura constitucional, demonstrando que o discurso do ódio é incompatível com a concepção democrática vigente no Brasil, calcada na igualdade dos cidadãos em se expressar livremente, bem como na liberdade das pessoas em afirmarem suas diferenças. A empreitada se dá em explicitar que talvez a melhor forma de lidar com o “hate speech” é proibindo-o e atacando os seus efeitos futuros, uma vez que o paradigma do Estado Democrático de Direito se consubstancia em processos jurídico-políticos de construção histórica de uma identidade constitucional inclusiva e aberta, explanando a compreensão da “igualdade constitucional como uma incorporação da diferença”³.

O discurso de ódio é uma contradição interna, em um projeto de constitucionalismo sedimentado na promoção dos direitos fundamentais, como o brasileiro pretende vir a ser. O mundo concreto nos ilustra que a defesa deste discurso de agressão termina por usar a constituição contra ela mesma, vez que elenca o direito da livre expressão como autorizador de um discurso que nega a própria igualdade constitucional por si.

Nos últimos capítulos, discute-se o caso brasileiro paradigmático sobre o tema, no qual o STF condenou o autor de um livro antisemita, denegando seu remédio constitucional. Por conseguinte, analisa-se a argumentação utilizada, assim como a postura assumida pela Corte Constitucional Suprema do país enquanto interpreta e aplica a legislação nacional em casos de discurso do ódio. Desta feita, nós o povo, em nossa constituição, que nós mesmos assinamos e promulgamos em 1988, nos responsabilizamos por lutar para garantir a melhor qualidade de vida possível para a existência plena de um ser humano em nossas fronteiras, com um mínimo fundamental garantido por seus direitos.

Para isto, seguimos buscando a criação de mecanismos institucionais na tentativa de inclusão de grupos historicamente excluídos, no caso o projeto de lei de 2014; obstados, no entanto, por pretéritos residuais da exclusão opressora que ainda ecoam por meio da agressão

² HEIDEGGER, M. A caminho da linguagem. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2003. 198 p.

³ POTIGUAR, Alex Lobato. Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

ao que é mais puro ao ser humano: usar a linguagem, sua essência, para ferir a essência do outro é o papel que o discurso de ódio desempenha e perpetua, um papel que observamos inertes. Este trabalho convida, pois, justamente a sair desta inércia e a observar as possibilidades do nosso constitucionalismo em movimento pela força motriz de uma inclusão de fato e direito dos cidadãos brasileiros.

Urge a necessidade constitucional de se promover uma sociedade plural que aceite o outro diferente, pela cor, raça, gênero, religião ou opção sexual. O Estado de Direito precisa se embasar melhor e se manifestar acerca de um discurso que ofende uma coletividade determinada. Evidencia-se, pois, o protagonismo do direito em buscar ordenar a tutela da liberdade de expressão e a proteção dos cidadãos contra violações de seus direitos causadas por essa mesma liberdade, que é ilimitada, mas não para ofender o Outro diferente em seu mais profundo cerne.

CAPÍTULO I – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM ORDENAMENTO REGIDO POR PRINCÍPIOS E REGRAS: O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO E SUA ABORDAGEM AOS CASOS CONTROVERSOS

1. A relação entre constitucionalismo e as democracias modernas: da ciência da filosofia do direito público à Teoria da Constituição

O Estado Democrático de Direito é fundamento nevrálgico da sociedade democrática moderna hipercomplexa, que construiu e está em contínua construção, para si e por si, de uma comunidade de princípios e proteções constitucionais, orientada pelo reinado da igualdade e liberdade para o bem estar e máxima inclusão possível do Outro. Neste sentido, compreender como este atual paradigma estatal se robustece de legitimidade e operacionalidade é fundamental para enfrentar o problema do discurso de ódio em democracias contemporâneas. Desta feita, partir-se-á de uma breve explanação sobre o estudo das constituições para ilustrar em que termos se insere o debate sobre o “hate speech”. Um ponto de partida fundamental é a Teoria da Constituição, disciplina criada por Carl Schmitt para rever totalmente os pontos de partida da doutrina constitucional clássica, o seu formalismo e os seus conceitos básicos, publicada na Alemanha em 1928, originando, pois, um campo próprio para a reflexão acerca do Direito Constitucional sobre si mesmo, na busca a uma doutrina constitucionalmente adequada ao Estado democrático de Direito.⁴

Percebe-se, para tanto, que o constitucionalismo é oriundo da tentativa árdua de permanente ânsia da modernidade em ordenar sua sociedade complexa, em que não se admite mais a arbitrariedade de um soberano absoluto para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política. Neste primeiro momento da dissertação, já se começa a ilustrar a relação fulcral entre liberdade e igualdade para esse sistema constitucional, uma vez que a promoção da liberdade entre todos denota o respeito invariável às diferenças e, por conseguinte, a promoção consentânea da igualdade, de modo que o reconhecimento dessa igualdade deva se dar justamente pelas diferenças inerentes a cada um e, só então, é possível propiciar o gozo da liberdade. Esses dois princípios basilares são os norteadores para o tratamento do discurso de ódio, e tiveram diferentes tratamentos estatais, no que concerne à sua materialidade e formalidade, de acordo com o paradigma estatal em que se inseriram. Neste sentido, temos uma verdadeira mudança de setas valorativas entre essa dualidade “liberdade-igualdade”, que se consubstancia como um fruto do berço da diferença de valorização entre o público e o privado, nos paradigmas do Estado:

⁴ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

O conceito básico era o mesmo, em um ou em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente e o privado é péssimo. De toda sorte, no entanto, o privado é e continua a ser em ambos o reino do egoísmo encarnado no indivíduo e o público o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado.⁵

Nesta toada, a perspectiva de Jürgen Habermas, no segundo volume da versão brasileira de *“Direito e Democracia: entre facticidade e validade”* ao explicitar a necessidade de se entender as dimensões pública e privada, não pela visão de que uma deva anteceder a outra e vice-versa, mas que elas são equi-primordiais. A percepção desta equi-primordialidade é uma exigência das democracias constitucionais, por conta de sua improbabilidade de execução plena e do riso intrínseco à sua adoção, assegurando-se que nada pode prepará-la para seu próprio fracasso, mas pode galgar à manutenção e regular funcionamento pelo engendramento de instituições que possam lidar com a possibilidade inafastável da burocratização, da corrupção e das tentativas de golpe.

Perscrutando a evolução dos paradigmas, nos dois primeiros paradigmas constitucionais (Estado Liberal e Estado Social), nota-se ainda a nítida separação entre os âmbitos Público e Privado, com a concepção precária de que o primeiro representa puramente o Estado; o último, egoísmo individual. Os questionamentos que tangem à seta valorativa se fazem ao analisar como a questão do Público e do Privado eram interpretados em cada época respectiva a cada paradigma constitucional. No primeiro, o Estado Liberal, o Público era limitado, sua intervenção era vista como um mal necessário, executando a regulação das questões fundamentais e garantindo a manutenção da harmonia social. Em contrapartida, o Privado era a personificação dos interesses egoísticos individuais, permitia que os homens se regulassem dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, essa garantindo presença mínima do Estado. Por conseguinte, o Privado era interpretado positivamente e garantia o que a sociedade permeada pelo liberalismo buscava, enquanto o Público era observado com teor pejorativo.

Pouca interferência estatal e a imensa liberdade privada da época deflagraram cruel exploração entre os homens e abuso dos mais fracos, e a grande liberdade da ação privada acabou por se mostrar maléfica, revelando a enorme exploração “do homem pelo próprio homem”. No paradigma constitucional do Estado Social de Direito, almejando corrigir a citada exploração anterior e buscar maior materialização do conteúdo constitucional, é enriquecido o arcabouço jurídico num sentido social, criando leis trabalhistas e ampliando direitos políticos,

⁵ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

por exemplo. O Estado torna-se mais interventor na sociedade, de forma a reforçar que tais direitos de cunho social sejam concretizados. Antes, se era livre para morrer de fome, agora o Estado se "intrometia" nesses aspectos, visando a promoção do maior bem-estar social. Com o crescimento dos poderes e ações do estado, o Público passou a ser visto, agora, positivamente, como aquele que salvou a sociedade da exploração; o Privado, agora enfraquecido, como aquele responsável por períodos de sofrimento e abuso.

Observa-se, pois, a inversão das concepções e da subsequente seta valorativa, entre Privado e Público. No terceiro paradigma, o de Estado Democrático de Direito, as dimensões do Público e Privado não podem mais ser facilmente identificadas, a distinção binomial Estado/egoísmo se torna mais complexa, uma vez que passa a ocorrer uma interpenetração, em que o Público interage no Privado e, por consequência, o Privado no Público, formatando a citada equi-primordialidade. Dessa forma, o âmbito Público é alvo de atuação de grupos e indivíduos de cunho privado, que lutam por seus interesses, como a defesa das minorias. Supera-se, pois, o desafio de delimitar o que é uma Constituição, muda-se o objeto, que passa a ser a busca por aquilo que constitui uma Constituição.

1.1. O paradigma do Estado Democrático de Direito esmiuçado: moral, direito e política

No que tange ao contexto do terceiro paradigma constitucional, do Estado Democrático de Direito, o estadunidense filósofo do direito Ronald Dworkin busca uma avaliação constitucional não pelo que ela é, mas sim pelo que ela, de fato, constitui: uma comunidade de princípios que vigoram na sociedade. Com o intuito de se estipular e explanar essa noção dworkiniana, deve-se passar a analisá-la de uma forma diferente das anteriores, reconhecendo o contexto e o papel da linguagem na prática do Direito, execrando a busca pela fixação semântica definitiva de termos, porquanto não se observe o seu alcance. A comunicação, compreendida também pelo paradoxo de que “nos comunicamos pelo fato de não nos comunicarmos”, permeia a noção de que existe um âmbito obscuro do sentido entre os interlocutores da linguagem; por mais que não seja possível um alinhamento total de sentido, existe um aspecto consensual que permite que uma ideia seja trabalhada, temas que serão aprofundados no segundo capítulo desta dissertação.

A linguagem possibilita, por conseguinte, divergências interpretativas, de modo tal que o sentido adotado seja aquele que se mostra mais pertinente, utilizando princípios para fundamentar a posição adotada, escolhendo uma das várias normas presentes no texto. O âmbito de aspecto semântico é versado pela prática social, é mutável, acordando-se, pois, com interpretações normativas, baseadas nos paradigmas do Direito e princípios vigentes para as

realizações em dimensão prática. O “giro linguístico” se dá, ao se execrar aquela prerrogativa fracassada neopositivista de apresentar, determinar e controlar o quadro de interpretações possíveis de uma norma, e, conseqüentemente, de controlar a linguagem. De tal forma que neste ponto se observa o giro, visto que se percebe que a linguagem nos constitui, ela representa a possibilidade de acesso ao nosso interior, em uma perspectiva psicanalítica, que será futuramente alinhada à ontologia existencial hermenêutica heideggeriana e gadameriana.

Dessa forma, a relação entre texto e contexto se faz deveras importante, revelando a importância da mudança em práticas sociais, de modo que o texto passe a ser interpretado ao ponto de que o contexto forneça sentido ao texto, tendo em vista que “somos linguagem⁶”. A relação entre a Moral e Direito é apresentada pela interpenetração, de modo que a moral, por ser etérea e abstrata universalmente, precisa de algo que forneça densidade regional e maior efetividade. Neste aspecto entra o Direito, se relacionando com a moral, de modo a fornecer ao seu conteúdo essa densidade e eficácia de que ele necessita, enquanto a moral lhe fornece a legitimidade, sendo, pois, uma relação complementar complexa. A relação entre Direito e Política é caracterizada pelo fato de que o primeiro legitima o segundo, enquanto o segundo oferece sua capacidade de coerção, dada a concentração do poder que possui. Também observada como uma relação complementar complexa, a Política confere efetividade e densidade ao Direito, tendo em vista seu aparato e poderio institucional.

Somando-se a Dworkin, faz mister apresentar aquilo que o sociólogo do direito Niklas Luhmann tem a oferecer para a compreensão deste paradigma regido pelo direito em que estamos embebidos. Haveria, a partir de então, a possibilidade do relacionamento, em termos modernos finais, do Direito e da política, tal como Niklas Luhmann o descreve enquanto característico da modernidade. Conforme a teorização de Luhmann, o Direito é um sistema fechado, autopoietico, que se dá suas próprias razões, com uma lógica e linguagem internas, funcionando por meio de um código binário de atribuição de sentido jurídico ou anti-jurídico, lícito-ilícito. A política, por sua vez, é outro sistema, também com seu próprio código binário (mais poder/menos poder), operando autonomamente em termos internos e fechada sobre si mesma.

Desta feita, a grande reviravolta que o nascimento e invenção da Constituição deflagra é possibilitar o que o autor denomina como mecanismo de acoplamento estrutural entre Direito

⁶ HEIDEGGER, M. A caminho da linguagem. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2003. 198 p.

e política.⁷ Este instrumento de acoplamento estrutural se consubstancia em uma afetação mútua entre as linguagens inerentes do direito e da política, regulando comportamentos externos, voltado para o futuro, um direito de normas abstratas, que só podem impor comportamentos se tiverem o auxílio da política, ou seja, da sanção estatal organizada. O Estado organizado só pode atuar se autorizado pela lei, se legitimado pelo Direito de modo que é por essa a Constituição formal, que Direito e política se diferenciam e se acoplam, com serviços recíprocos e retroalimentação, sem perder a sua respectiva identidade, na medida em que a Constituição, por intermédio dos códigos específicos de cada um, os articula e a autopoiesis de cada um se queda protegida⁸.

1.2. A Teoria da Constituição e as democracias modernas: a contribuição de Carl Schmitt

Retomando o jurista alemão Carl Schmitt, o conceito de democracia para esse pensador é fundamentado no denominado princípio da identidade entre governante e governados. Cumpre perceber que na história constitucional, esses dois termos, democracia e governo representativo, não somente não se confundiam, como eram mesmo antagônicos até o início do século XX, ao passo que os defensores do governo representativo se opunham à ideia da democracia direta e, precisamente nesse momento, diz Schmitt, esse parlamentarismo está se denominando democracia. Por conseguinte, o sistema, de fato democrático para Schmitt, se fundamenta conceitualmente na unidade de natureza substancial e na homogeneidade, uma vez que a visão de democracia, que o autor defende, consiste na identidade da lei com a vontade e com a soberania popular, de modo tal que para o exercício dessa vontade do povo é necessário que ela seja congruente, igual, homogênea e una.

Com base no princípio de identidade, a atuação política se dá em sua realidade imediata, sendo necessária uma homogeneidade para que haja um povo reunido no aspecto de igualdade. Não obstante, o que caracteriza a “democracia moderna”, como regime ou nova forma política, é a união articulada entre a democracia e o liberalismo, formando uma “democracia representativa”. Para Carl Schmitt essa articulação, efetuada no século XIX seria inviável, pois não podem coexistir em um mesmo sistema político o princípio da identidade e o da representação, como se pretende fazer na democracia parlamentarista. Desta forma, o aspecto

⁷ LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220)

⁸ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

de cunho representativo é oriundo de uma metafísica liberal onde não há uma homogeneidade de interesses e a verdade se constitui na consciência liberal do homem indivíduo, enquanto no sistema democrático há uma identidade entre governantes e governadores e logo uma adesão popular que garante uma efetiva participação na população na vida democrática. Soma-se, pois, o fato de que enquanto o princípio da identidade é próprio da forma democrática de governo, o princípio da representação é análogo à monarquia.

Em “*Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt*”, Chantal Mouffe irá contrapor o pensamento de Schmitt, no que concerne à sua visão em relação à oposição invencível entre o pensamento antagônico liberal e a homogeneidade democrática, entre essa colocação de que o princípio da identidade somado ao princípio da representatividade torne a “democracia moderna” inviável, já que apresenta uma contradição interna indissolúvel. Segundo Mouffe não se trata de uma conformação contraditória e, conseqüentemente, inviável, de modo que almeja, neste sentido, explicar o fato de regimes democráticos terem sobrevivido aos regimes autoritários do séc. XX. ⁹Defende-se, pois, que ambas as formatações internas da “democracia moderna” sejam necessárias, conquanto sejam de fato antagônicas e incompatíveis. Por conseguinte, é indubitável o fato de que a existência dessa permanente tensão entre a lógica da identidade e a lógica da diferença, que propicia a essa democracia sua formatação em um regime particularmente adaptado ao caráter indeterminado e incerto da política moderna. Exemplificando esta percepção, o célebre constitucionalista Menelick de Carvalho Netto ressalta que:

[...] Com a universalização do voto, esse regime, esse parlamentarismo, simplesmente passa a se denominar democracia, o que, para Schmitt, na verdade, seria o índice manifesto da total inviabilidade desse regime, pois ele próprio passaria a configurar, desde então, uma contradição em termos. Assim é que, para o autor, esse regime estaria fadado ao mais retumbante fracasso, porque em seu cerne ele agasalharia uma contradição interna absoluta e insolúvel entre o princípio da identidade governante e governado e o da representação política, porque, se há representação, o que não há, é precisamente, identidade entre governante e governado.¹⁰

Tendo-se em vista que é através do próprio viés liberal frente a democracia que se pode formar uma identidade tanto na positividade quanto na diferença; desvinculando a concepção

⁹ MOUFFE, C. 1999. Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. In : _____. (ed.). The Challenge of Carl Schmitt. London : Verso. Tradução acadêmica de Menelick de Carvalho Netto

¹⁰ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Fórum Administrativo, Rev. TST, Brasília, vol. 68, nº 2 , abr/jun 2002. p.68 e ss.

da democracia da lógica democrática de equivalência. Por conseguinte, Chantal Mouffe detecta uma vantagem no sistema representativo, como característica inerente ele, o fato de que essa tensão, aquilo que Schmitt via como uma contradição interna e que levaria à morte do regime, ser precisamente o que lhe deu vida e lhe garantiu sobreviver ao totalitarismo e que pode ser um caminho de reflexão muito interessante e frutífero para a doutrina democrática. Salientando esta constatação, observa-se, *in verbis*:

O fato de sempre termos que levar consideração **esses princípios tomados, não como contraditórios a exemplo de Schmitt, mas como simplesmente contrários e em permanente tensão impede que esse regime venha a se tornar uma res total, exigindo sempre contemporaneamente representação e identidade**; o que importa uma **revisão permanente dessa identidade do povo em relação aos próprios representantes, tornando, a um só tempo, tanto essa representação quanto o próprio conceito de povo, de identidade, sempre precárias, requerentes de recorrentes revisões.** [...] É precisamente nesse sentido que podemos ver a dinâmica e a vitalidade da democracia, **uma democracia capaz de permanente inclusão**, ou seja, de **reconhecer a exclusão quando tematizada, de realizar permanentemente a revisão do próprio conceito de povo, que há de ser sempre fragmentado e fragmentário e em constante tensão.** (grifou-se)¹¹

1.3. Um breve adendo de Teoria da Constituição: de Carl Schmitt a Karl Loewenstein

O constitucionalista Karl Loewenstein propõe uma classificação ontológica das constituições que verse sobre a efetividade destas, uma vez que esta classificação permite uma análise mais eficiente do caráter de legitimidade, função e eficiência das constituições, por meio da observação de suas características no âmbito da realidade. O critério ontológico reside na concordância das normas com a realidade do processo de poder e o incentivo à criação desse critério justifica-se para diferenciação entre regimes totalitários de regimes autoritários, de modo que o próprio autor realizou estudos no Brasil com o intuito de esclarecer essa visão do totalitarismo em contrapartida ao autoritarismo.

Desta forma, Loewenstein utiliza três elementos para realizar essa classificação; são esses a legitimidade, a positividade e a eficácia. Tendo por base esses critérios ele chega a diferentes tipificações das constituições. O autor apresenta, primeiramente, a denominada “constituição normativa”, de modo que ele é uma constituição positivada e legítima, em que as normas presentes são observadas na realidade de forma concreta; existe, portanto, efetividade

¹¹ CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Fórum Administrativo, Rev. TST, Brasília, vol. 68, nº 2, abr/jun 2002, p. 73 e ss.

no plano real do conteúdo estabelecido. Observa-se, pois, uma sociedade que se desenvolveu ao ponto de tornar possível a concretização do que foi previsto, abarca as condições sociopolíticas e econômicas necessárias. Essa constituição é vivida pela sociedade, pois reflete o que é proposto em seu texto normativo, apresentando validade no plano jurídico e social. Esse tipo de constituição pode ser notado em países desenvolvidos que apresentam antiga tradição democrática e constitucionalista, como os Estados Unidos.

Em seguida, Loewenstein apresenta a “constituição nominal”, um estágio anterior ao observado na normativa. Encontra-se um texto constitucional positivado e legítimo nesta tipificação, não obstante, não ocorre a observância de seu conteúdo na sociedade de forma plena. Ela funciona como uma estrela-guia, dando uma direção a qual se deseja seguir, estabelece um objetivo e, dentro das metáforas de Loewenstein com as vestimentas, ela representa uma roupa que está grande, guardada no armário, esperando para que a “pessoa” cresça e possa vesti-la, de modo que a constituição nominal visa um dia tornar-se normativa. Desta forma, uma constituição nominal pode ganhar efetividade e transformar-se em uma constituição normativa, que seria aquela que guarda uma relação entre a matéria constitucional e vida cotidiana do povo; ela é, pois, uma constituição viva, em simbiose com a sociedade,¹² uma constituição prematura, educativa, que visa amadurecer a sociedade para que possam refletir.

Por último existe a constituição semântica, que embora seja positiva e tenha efetividade, não é legítima. Este é um tipo constitucional característico de regimes autoritários e sua efetividade existe devido ao alto grau do poder coercitivo de que o Estado dispõe, sendo sua realidade ontológica apenas uma formalização da existente situação de poder político em benefício exclusivo aos detentores do poder, minando os destinatários deste.¹³

A ideia de Loewenstein se distancia da de Schmitt ao afirmar a constituição como uma garantia dos governados pelos governantes e não como uma proteção do governo contra seus governados, de forma a assegurar forças sociais e processos políticos. Em contrapartida, Carl Schmitt enxerga a constituição formal como uma mera conversão da Constituição material de um Estado para forma de texto positivo, e aponta como fundamental a questão da unidade política do grupo antes da constituição. O grupo deve buscar a unidade, mesmo que seja necessária a suspensão do estado de direito e da constituição para garanti-la, sendo o autor uma

¹² LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

¹³ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

espécie de defensor do estado de exceção. Uma vez havendo unidade, constituição formal é consequência, sendo, pois, reflexo da identidade do grupo no papel.

2. A RELAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS FACE AO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1. Considerações gerais sobre o discernimento dos princípios jurídicos como espécies normativas

Superada esta primeira etapa elusiva sobre o paradigma do Estado de Direito, constitucionalismo e democracia, observa-se, pois, que uma discussão fundamental para o tratamento deontológico do “*hate speech*”, perpassa por compreender como as normas se relacionam na concretude do mundo jurídico. Logo, a contemporaneidade das discussões jurisdicionais nos encaminham para a classificação das normas, sobretudo constitucionais, no que se refere à distinção entre princípios e regras. A doutrina contemporânea, por conseguinte, se debruça sobre a temática e traz contribuições fundamentais para que uma democracia possa enfrentar a problemática do discurso de ódio, da maneira mais inclusiva e justa possível¹⁴. Neste sentido, cumpre explicar a contribuição de Paulo Bonavides à resolução desta celeuma: este autor busca explicitar uma reconstrução da abordagem de evolução histórica dos princípios.

Em um primeiro momento, se observa o predomínio do pensamento jusnaturalista, ao passo que os princípios eram vinculados ao plano moral e apresentados como postulados de justiça, o que não os conferia, ainda, uma natureza de fato normativa. A próxima fase passa a ser observada pelo ditado do positivismo jurídico, de modo que ainda não temos uma valoração propriamente normativa do arcabouço principiológico, vez que a sua função era integrativa ao reino do Direito. Desta forma, finalmente passamos a contemplar um rigor normativo apregoadado aos princípios com o advento do pós-positivismo, em que se enaltece sua valorização relacionando o plano ético-moral à dimensão propriamente jurídica. O realce dos princípios os alçou a verdadeiro pedestal em se que soergue grande parte dos novos sistemas constitucionais.

Nada obstante, as vertentes do positivismo que mais ganharam estima no cotidiano jurídico brasileiro pecaram por não fornecer uma posição de relevância e notoriedade ao aspecto normativos dos princípios jurídicos.¹⁵ O uso de normas tão abertas e não necessariamente

¹⁴ RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios. 2016. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 380.

positivadas gerou repulsa na tradição jurídica brasileira, já que a operacionalização do direito por normas nesta configuração não gozava de legitimidade técnica para estas correntes de pensamentos recepcionadas e preponderantes no Brasil. O positivismo jurídico, fruto do famoso Círculo de Viena e influenciado pelos ditames da primeira fase do pensamento de Wittgenstein, teve em Hans Kelsen seu principal expoente no alvorecer do século XX e sua forma de pensar o Direito fez com que sua teoria recebesse a alcunha de normativismo.

Nesta toada, Henrique Smidt Simon afirma que essas questões são rapidamente identificadas pelas correntes positivistas do direito no século XX, quando não se encontra uma base sólida para a afirmação de valores universais e que a nova complexidade fornecida ao direito positivo não permite uma atividade de mera dedução silogística do conteúdo da decisão jurídica por parte do juiz. Este normativismo, por sua vez, também não recebia o uso de princípios com boas graças, uma vez que se compreendia num princípio uma enorme vagueza, fator combatido por Kelsen, pois a vagueza das normas jurídicas representa uma autorização para perigosa discricionariedade na criação do Direito.¹⁶

Desta feita, o pioneiro em discutir e propor que métodos interpretativos no direito levassem a uma única resposta correta foi Hans Kelsen, com a sua pretensão de estabelecer as condições de uma ciência rigorosa do direito, controlável, fundados no neoempirismo lógico¹⁷. A acepção jurídica kelseniana postula que a aplicação do Direito envolve sempre uma escolha política do intérprete, no âmbito daquilo que este autor nomeia como moldura da norma a ser aplicada, tendo em vista que o interior dessa moldura não se preenche por um juízo de valor de certo ou errado, mas sim pela discricionariedade daquele que irá operar o direito¹⁸. Explanando algumas minuciosidades do pensar kelseniano, Simon nos elucida que:

Hans Kelsen **assume esse caráter indeterminado e subjetivo do conhecimento acerca dos valores na sua Teoria Pura do Direito** (KELSEN, 1998a). Seu propósito é criar uma teoria sobre o direito que seja livre dos conteúdos político-ideológicos que tradicionalmente orientavam o estudo do direito, bem como dotar essa ciência de método de investigação próprio, diferenciado das outras ciências empíricas que também podem ter o direito como objeto (caso da sociologia, da antropologia e da psicologia). O desafio de Kelsen, então, é delinear as condições de compreensão do

¹⁶ SIMON, Henrique Smidt. Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

¹⁷ _____ . Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo. 2012. Pp 23-24 Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

¹⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 5.ed., p. 463-473 apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 380.

objeto próprio da ciência do direito. **O protagonista da Escola de Viena começa por delimitar qual o objeto específico da ciência do direito, que é a norma, conforme se apresenta no convívio social. Mas a preocupação com o meio social está relacionada apenas com o fato de a norma identificada ser seguida ou não, nada tendo a ver com as condições sociais de sua produção, contexto, práticas políticas, valores inseridos no comando, etc. Isso porque, para Kelsen, o direito é técnica de controle social baseado na coerção.** Como tal, é necessário que seu arcabouço normativo seja minimamente seguido, pois, caso contrário, não exerce qualquer influência no comportamento das pessoas por ele regulado. Assim, o mínimo de eficácia é a garantia da sua existência, o que quer dizer, da sua positividade. Entretanto, o mínimo de eficácia é apenas um indicativo de que a norma cumpre a sua função. Uma regra de direito pode não ser efetivamente observada em determinadas situações, mas ainda assim gerar a expectativa de que seja aplicada, pois pertencente ao ordenamento jurídico. Esse pertencimento que gera a exigibilidade da aplicação da norma indica que ela é válida. (grifou-se).¹⁹

No que concerne ao neoempirismo mencionado, é imperioso explicar que apregoava a redução do sentido semântico das proposições apenas àquelas que podem ser verificadas empiricamente, ou por sua estrutura formal, quando se revestem em condições de sentido do uso da linguagem. Exemplificando, Simon cita a experiência da morte da metafísica, segundo Schlick, no sentido de que qualquer proposição abordando o mundo deve poder ser verificada na realidade empírica e, conseqüentemente, enunciada de modo que possa ser qualificada como verdadeira ou falsa. Conclui-se, pois, que proposições sem valor de verdade definidos ou que não gozem de verificabilidade, não podem pertencer ao âmbito do conhecimento controlável, prisma pelo qual se buscava conceber o direito. Em contrapartida, os princípios para esse normativismo, que tanto influenciou a doutrina brasileira, são enunciados sem sentido, não possuindo verificabilidade empírica e muito menos formal.

A relevância jurisdicional dos princípios e o reconhecimento de sua normatividade só começou a lograr êxito com a crise do positivismo jurídico, embebido em um cenário após a II Guerra Mundial e com seus respectivos problemas constitucionais trazidos pela ascensão do Terceiro Reich. Neste período, as constituições que passaram a ser editadas gozavam predominantemente de matrizes principiológicas, que ainda trouxeram inovações fulcrais com refinados mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Por conseguinte, o positivismo legalista imperava face ao direito brasileiro, o que permitiu que os princípios não fossem elencados propriamente como normas; a eles era

¹⁹ SIMON, Henrique Smidt. Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p.18.

apregoado o valor singelo de instrumento para solução e integração de lacunas, tornando a sua utilização totalmente excepcional e constituindo, por fim, mera fonte subsidiária do Direito.

Em contrapartida a esta percepção legalista retrógrada, o ordenamento jurídico brasileiro, em seu desenvolvimento constante, acabou por reconhecer a força normativa dos princípios e, mais que isso, alçou sua relevância a novos patamares normativos, sobretudo no que tange aos princípios constitucionais. Em companhia a este salto no poder argumentativo fornecido, ergueram-se muitos questionamentos e controvérsias concernentes à aplicação desses princípios. Porquanto, a assiduidade do enfrentamento jurídico lançando mão do fenômeno do “panprincipiologismo”, ou euforia dos princípios, se insere nas mais atuais celeumas enfrentadas pelo cotidiano do judiciário brasileiro; polêmicos, muitas vezes por seu caráter tido como pouco racional e até abusivo, os princípios foram muito estudados durante a década de 90.

São inúmeras as lições trazidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy, vez que foram grandes responsáveis por disseminar as diferenças qualitativas, e não meramente quantitativas, entre as regras e os princípios, conferindo um ótimo subterfúgio para a literatura jurídica brasileira. Principiando pelo americano Ronald Dworkin, explicitou-se a tessitura aberta, principiológica, de todo o ordenamento que, como demonstra Friedrich Müller, só se dá a conhecer pela mediação dos textos normativos, requerendo de modo inafastável a concretude e a singularidade das situações de aplicação.²⁰ Neste sentido, se assegura a imparcialidade na aplicação do direito de forma mais complexa e capaz de lidar com o problema da arbitrariedade da atividade jurisdicional. Apenas mediante a visualização do embate das normas gerais e abstratas, concorrendo entre si, embebidas na amplitude normativa do ordenamento, poderemos formatar a norma mais adequada àquela situação específica. Assim conclui Menelick, em seu exercício de teoria da constituição, quando explicita que a tessitura aberta do Direito não é mais um problema, como já foi para Kelsen e Hart, mas deve ser utilizada como um ponto de partida.

2.1.1. Dos principais critérios para operacionalizar a distinção e relação entre princípios e regras

Narrou-se uma breve recapitulação de como os princípios conseguiram alcançar o status de norma ao longo do século XX, porém, esbarra-se agora na pergunta fulcral de como operar juridicamente com estes princípios e, para isso, precisa-se traçar afinal o que distingue as regras

²⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 2, p. 67-84, abr./jun. 2002.

dos princípios em si. Neste sentido, primeiramente constata-se que o conceito de norma se refere tanto às regras como aos princípios, uma vez que ambos indicam um dever-ser coercitivo e prático dentro de nossa sociedade, de modo tal que, embora de espécie bastante distinta, os princípios e as regras são razões para juízos concretos de dever-ser, como se dentro do “reino” das normas tivéssemos os filios distintos de princípios e regras. Por isso, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas, sendo relevante ressaltar que esta distinção ocorre no plano das normas jurídicas, e não no dos respectivos textos, o que, nada obstante, venha a afirmar sua insignificância para esta compreensão.

O que se busca esmiuçar é, portanto, que no caso da diferença entre texto e norma temos uma diferenciação ontológica, de modo que o texto é ente, e a norma expressa o seu “ser”. Nesta toada, os modelos ditos clássicos de distinção entre princípios e regras se principiam pelas chamadas “distinções quantitativas” ou “distinções fracas”, em que princípios e regras possuem características comuns, mas com gradações distintas. Elencam-se, pois, como critérios de distinção quantitativa: a percepção da indeterminação, em que os princípios são mais vagos e mais ambíguos que as regras; o critério da generalidade, interpretando os princípios como normas com maior grau de generalidade, enquanto as regras possuem generalidade relativamente baixa²¹; o critério do papel do intérprete, objetivando demonstrar que o intérprete possui participação criativa e mais ativa ao aplicar princípios, o que não é observado na aplicação de regras, uma vez que estas não admitem valorações subjetivas; o critério da importância na ordem jurídica, em que normas principiológicas possuem maior relevância sistêmica em comparação àquelas que concernem às regras²²; entre outros critérios menos utilizados dentro deste espectro de diferenciação fraca.

Outro critério de diferenciação deveras utilizado pela doutrina nacional e internacional é aquele determinado pelos casos de aplicação, em que se soergue o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de melhor direito, o fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, e representando serem normas de argumentação ou normas de comportamento.²³ Dando sequência, superada a etapa das distinções fracas entre regras e princípios, culmina-se, pois, nas distinções de natureza qualitativa ou as denominadas “distinções fortes”, em que se exprimem a existência de categorias absolutamente separadas e

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (2ª ed.). Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 89.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230.

²³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (2ª ed.). Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 89.

estanques de normas jurídicas, com características próprias e inconfundíveis, sendo imprescindível mencionar que essas são as distinções mais utilizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. A distinção qualitativa entre princípios e regras por Ronald Dworkin: os caminhos para um pós-positivismo

No sentido de apresentar uma evolução ao congelamento jurídico do positivismo, Ronald Dworkin apresenta em seu artigo *The Model of Rules*, publicado no livro *Taking Rights Seriously*, a enorme gama de insuficiências nas teorias positivistas do direito. Quando este autor sucede H.L.A. Hart na cátedra de Teoria do Direito em Oxford, o questionamento acerca da interpretação é retomado, buscando uma melhor concepção jurídica de ordenamento que possibilitasse uma superação da discricionariedade judicial dentro de uma textura aberta calcados por Hart. Precisa-se, pois, partir da análise do célebre, que defende a existência da discricionariedade judicial para a solução dos casos difíceis do direito, diante da “textura aberta” das normas jurídicas.

Ocorre que Dworkin, ao estudar e analisar essa concepção jurídica, percebeu que ela teria ignorado o papel dos princípios no ordenamento, tendo em vista que a mera ausência de uma norma clara e precisa que indique a solução mais adequada para determinado caso não poderia conferir ao juiz o enorme postulado de um poder discricionário para decidir o caso, de modo que não recorrendo à sua mera discricionariedade, o magistrado deveria estar obrigado a recorrer aos princípios. Uma vez interpretados adequadamente em cada caso concreto, os princípios permitirão que o intérprete consiga fundamentar a tomada de solução correta para o caso. Por conseguinte, a proposta de Dworkin é explicitar que os princípios e regras apresentam uma distinção de natureza qualitativa pertencente ao seu modo de aplicação, em que as regras, face ao seu caráter preciso de norma, também determinam consequências precisas, e devem ser operacionalizadas conforme comandos disjuntivos, em padrão tudo ou nada (*all or nothing*) de aplicação total ou não aplicação.

Desta feita, no que concerne à hipótese de incidência, o operador do direito estará diante da seguinte dualidade: no caso de uma regra válida, ela invariavelmente deverá ser aplicada, produzindo todas suas consequências jurídicas, no universo do tudo; em contrapartida, quando a regra for inválida, ou inaplicável ao caso, nada será produzindo e nenhuma consequência jurídica será oriunda disso, dentro do universo do nada. Como exemplo dessa situação, apresenta-se o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina como antinomia jurídica, fenômeno em que a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente),

emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, olvidam por colocar o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.²⁴

Assim, quando diante de uma colisão entre regras, o intérprete utilizará critérios formais para identificar qual das regras deverá ser considerada inválida, levando em conta para isso os mecanismos formais de solução de colisões: o critério hierárquico, em que a regra hierarquicamente superior prevalece sobre a hierarquicamente inferior (*lex superior derogat legi inferior*); o critério cronológico, em que prevalecerá a regra posterior (*lex posterior derogat legi priori*) e, por fim, o critério da especialidade preconizando que prevalecerá a regra especial que se chocar com uma regra geral (*lex specialis derogat legi generali*).²⁵

Conforme apresentamos uma diferenciação qualitativa entre regras e princípios, diante de uma colisão entre princípios precisamos trabalhar com uma lógica intrinsecamente distinta daquela utilizada para tratar as regras. Para Ronald Dworkin, o cerne ontológico diferencial dos princípios está na condição de possuírem o que ele denominou como dimensão de peso.

Conseqüentemente, nos casos de colisão entre princípios que apontem para soluções diferentes, será necessário analisar qual a importância assumida por cada um no caso concreto em que a colisão se dá, para só então definir aquele que deverá prevalecer sobre o outro, não existindo, importante ressaltar, um princípio “mais pesado” ou relevante do que outro, o que ocorre é que existe uma relação intrínseca entre o caso concreto e o princípio que deverá prevalecer, não porque o princípio X é superior ao Y, ou exista qualquer relação de supremacia ou inferioridade entre eles, mas sim porque naquele caso concreto em específico um se adequa melhor que outro. Por sua vez, os trabalhos mais recentes do professor americano direcionam suas forças para uma aplicação coerente dos princípios, baseada no ideal da integridade, ideal apresentado como norteador para evitar e solucionar estes conflitos.

Ronald Dworkin trabalha, portanto, robustecido pela perspectiva jurisdicional de que existe uma resposta correta para cada caso, e que cada caso é marcado pela unicidade e pela irrepetibilidade, construindo a “tese da integridade do Direito”, segundo a qual, diante do que denomina casos difíceis, os juízes não teriam a discricionariedade suficiente para elaborar uma lei inteiramente nova ou decidir ao seu bel prazer do que acha mais correto, mas a interpretariam, buscando descobrir quais os princípios morais que serviram de fundamento para

²⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

²⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora UNB, 1999, pp. 92-94

esta e, depois, atualizando esses princípios, aplicam-nos ao caso concreto que está sendo julgado.

Para elucidar esta operação, o autor utiliza brilhantemente o arquétipo do juiz como romancista que é convidado para escrever um capítulo de um romance que já foi escrito por outros, de modo que não possui liberdade ampla, mas deve continuar a trama com os personagens já presentes e buscar uma certa coerência, fenômeno que Dworkin ilustrou como um romance em cadeia.²⁶ Ademais, essa postura jurisdicional em muito conversa com o projeto hermenêutico de Gadamer e Heidegger que mais tarde será abordado nesta dissertação, ao passo que a postura de Dworkin com seu romance em cadeia enaltece juridicamente e confere reconhecimento aos importantes avanços filosóficos e sociais possibilitados pela evolução da filosofia da linguagem e do giro pragmático-hermenêutico, que também será futuramente explanado.

Retomando a temática deste subitem, diante da colisão entre princípios, a resposta dworkiniana é exercitar uma análise substantiva preocupada com toda uma coesão de um sistema, não se aplicando a lógica do tudo ou nada que, cuja aplicação se restringe frente a regras colidentes. Outrossim, o intérprete realizará uma apuração da importância de cada princípio no caso concreto para, só então com a etapa anterior ultrapassada, chegar à decisão de qual deles prevalecerá.

Nesta toada, queda-se evidente a força e o exercício da argumentação dentro do projeto dworkiniano, à medida que mesmo as regras devem ser lidas sob um viés principiológico. Ele admite a complexidade do modelo de um ordenamento de princípios, que se apresenta por inteiro e, a um só tempo, onde, ao se tratar de princípios colidentes – apesar de serem princípios opostos –, merecem a leitura de que essa tensão é produtiva e reciprocamente constitutiva.²⁷ Portanto, os “princípios opostos” e igualmente válidos dependem do caso concreto para que seja possível discernir a pretensão abusiva da correta que, não compreendendo, pois, uma relação estanque em que a valoração entre os princípios “opostos” esteja dada antes da argumentação do intérprete no caso concreto.

A relação que Dworkin explica, entre um princípio e o oposto a ele, é de que eles se complementam. Essa complementariedade se exprime por meio de uma tensão necessária e fundamental para se chegar à melhor decisão diante de um caso constitucional, ao passo que,

²⁶ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175-266.

²⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

no que concerne à taxonomia, Dworkin afirma que os princípios se dividem em princípios em sentido estrito e diretrizes políticas, as denominadas *policies*. Deste modo, os princípios em sentido estrito referem-se aos direitos, devendo ser observados não porque essa observância promoverá ou garantirá alguma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque se trata de uma exigência de justiça, de equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.²⁸ As *policies*, por sua vez, consistem em buscas por padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado, geralmente a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

Conclui-se, pois, que o direito como integridade representa o caminho para o que muitos determinaram como pós-positivismo jurídico, em contraposição ao positivismo normativista, que almejava erguer um edifício de alto grau de determinação das situações de aplicação. Porquanto, a sua estrutura principiológica, necessariamente indeterminada em abstrato, embora determinável em concreto, aberta hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais.²⁹

Superada a jornada de explanar a compreensão do caráter normativo dos princípios jurídicos, observa-se que, conquanto sejam gerais e abstratos, eles exigem do intérprete uma densificação voltada à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do Direito³⁰, superando o positivismo ao eliminar do caráter do tomador de decisões no direito o decisionismo aberto e irrestrito.

2.3. A distinção qualitativa entre princípios e regras por Robert Alexy: um retorno ao positivismo decisionista?

Assim como Dworkin, o alemão Robert Alexy leciona uma diferenciação também qualitativa entre princípios e regras. Nada obstante, a principal diferenciação teórico-estrutural para a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy é compreender que esta distinção entre regras e princípios, base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos

²⁸ RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios. 2016. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

²⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

³⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

fundamentais, é um aspecto nevrálgico para a solução de problemas centrais na dogmática entre os direitos de liberdade e igualdade, em face ao discurso de ódio. Deste modo, a pretensão alexyana fundante é explanar e compreender os limites da racionalidade no campo dos direitos fundamentais.³¹ Assim, a distinção entre regras e princípios assume o papel de um protagonista na empreitada metodológica do alemão, tendo em vista que as diferenciações entre essas duas espécies normativas se consubstanciam nas colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.³²

No que tange ao primeiro critério de diferenciação, Alexy traça uma perspectiva de se contemplar os princípios como aquilo que ele nominou por mandamentos de otimização, que em sua concepção fazem a vez de normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Como são apresentados como mandamentos em aspecto de otimização, a satisfação destes pode realizada em diferentes graus, de modo que a medida devida de satisfação dos mandamentos leva em conta tanto possibilidades jurídicas, quanto fáticas.

Distintamente, as regras se consubstanciam em espécimes normativos sem graus de satisfação e sem valores de otimização, ao passo que são sempre satisfeitas ou não. Existe aqui, pois, a assertiva de que, no caso de regra válida, a atitude do normatizado deve ser exatamente o que ela exige, sem nenhum tipo de variação. Ponto este fulcral para se compreender como qualitativa, e não de grau, esta distinção entre regras e princípios explicitada.

Face ao exposto, Alexy apresenta as regras como determinações definitivas, embebidas nos âmbitos do fático e juridicamente possível. A aplicação das regras em um raciocínio alexyano se faz por meio de mandamentos, portanto, definitivos e que devem ser integralmente aplicados, não sendo possível deferir mais ou menos do que está normatizado, no caso de regra válida. Por conseguinte, em seu pensamento, não se admite o cumprimento gradual de regras. O que ocorre é um tudo ou nada, em que regras são cumpridas integralmente, ou são descumpridas, sendo impossível a ponderação de regras.

Por consequência do aspecto de definição que ele apregoa às regras, observa-se que um conflito entre elas deve ser solucionado pelo que Alexy determina como introdução de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou pela invalidez de uma delas, vez que não é

³¹ RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios. 2016. p.23. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

³² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (2ª ed.). Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 85.

possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos.³³ Conclui-se, pois, que os conflitos entre regras se dão apenas na dimensão da validade, deveras diferente da operação que deve ser efetuada quando se está diante de uma colisão entre princípios, já que não cabe a esta colisão uma solução por invalidez ou por cláusula de exceção. Como reflexo do atributo de mandamentos de otimização inerente aos princípios, o que Alexy olvida por demonstrar é a inexistência de precedência absoluta entre os princípios e sua dimensão não quantitativa e não quantificável.

Conseqüentemente, a colisão entre princípios se operacionaliza por precedência de um dos princípios conflitantes, em relação ao outro, levando-se em conta, ainda, condições fáticas e jurídicas que abrigam esta colisão. Ocorre que, na condição deste conflito ocorrer entre dois princípios válidos, não se pode recorrer a uma cláusula de exceção, tampouco discutir as suas validades. A solução apresentada é constatar que a colisão entre eles ocorrerá em outro âmbito que não o da validade, incidindo, pois, na dimensão do peso que cada princípio possui nos casos concretos. Cada situação fática e suas intrínsecas complexidades, permitem que, em cada caso concreto, aos princípios sejam apregoados pesos distintos, e que os princípios com maior peso na situação terão precedência para fundamentar a decisão judicial. Nada obstante, com essa explanação, Alexy não afirma a existência de uma precedência absoluta principiológica, explicitando que a solução advém lançando-se mão de um sopesamento entre os interesses conflitantes.³⁴

Quando se analisa abstratamente os interesses conflitantes entre duas partes, percebe-se que ambos têm o mesmo nível; porém, quando perscrutamos a concretude daquela colisão na situação fática, nota-se um maior peso de um sobre o outro. Portanto, a proposta alexyana perpassa por compreender que os princípios isoladamente considerados, pode gerar uma contradição em que um deles restringirá as possibilidades jurídicas de realização do outro. Neste ponto, a solução encontrada fora estabelecer, sempre adjunta à facticidade, a formatação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, ressaltando sempre que o fundamento norteador do intérprete, para tomar a sua decisão, deve ser as circunstâncias do caso concreto.

Neste ponto, já é possível se constatar uma grande diferença entre a resposta de Dworkin e a de Alexy para essa celeuma. O que Dworkin propõe é que a tensão entre princípios se dá e

³³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (2ª ed.). Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 91.

³⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (2ª ed.). Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 93-94.

deve ser solucionada pensando-a como constitutiva e produtiva, o que se opõe à perspectiva alexyana de que esta tensão deva ser resolvida mediante o uso de um método que analisa os princípios gradualmente. Desta maneira, a análise gradual se estabelece por meio do que ele denominou como a construção de uma precedência condicionada, que foi claramente explicada e na dissertação de mestrado de Ana Luiza Nuñez Ramalho:

[...]O estabelecimento das relações de precedência condicionada significa “a fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”. **Assim, sob uma determinada condição C, um princípio P1 terá precedência P sobre o outro princípio P2: (P1 P P2) C. Sob a luz de outra condição, o princípio P2 terá prevalência sobre o princípio P1: (P2 P P1) C (grifou-se).**³⁵

A autora consegue salientar a pretensão de Alexy em racionalizar a relação entre o mundo fático e normativo, por um método empírico e concomitantemente jurídico, de resolver conflitos envolvendo normas de níveis principiológicos. No entanto, persiste uma dúvida nessa solução que é estabelecer em quais condições qual princípio deverá prevalecer e qual deverá ceder. Para esclarecer esta dúvida, Alexy recorreu à prática do direito alemão, mais especificamente nas resoluções implementadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, utilizando a metáfora do peso, pela qual, em face da teoria das relações de precedências, as condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental serão consideradas “mais pesadas”. Consonante à pretensão racionalizadora, Alexy enunciou a seguinte lei, a qual denominou *lei de colisões*:

[...] as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência.[...] [...] A lei de colisão conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos, isto é, não a preferências e cedências generalizantes. Assim, nos termos dessa lei, **o estabelecimento de uma restrição não é uma questão tudo-ou-nada, mas um problema de “afastamento do direito fundamental em relações individuais” (grifou-se).**³⁶

Com todo este arcabouço elencado por Alexy, conclui-se que a importância dos princípios está na possibilidade de que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, não contendo, portanto, um mandamento definitivo,

³⁵ RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios. 2016. p.23. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

³⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (2ª ed.). Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 99.

mas *prima facie*.³⁷ Aqui, faz mister ainda apresentar, para discutir a colisão entre igualdade e liberdade em sede do discurso de ódio, a proposta alexyana que talvez seja a mais utilizada para solucionar colisões como essas no Judiciário brasileiro. Quando dois princípios constitucionais entram em colisão em um caso concreto, recorrer ao método da ponderação entre os princípios é a resposta alexyana: resolver qual princípio deverá prevalecer por meio da avaliação da proporcionalidade na aplicação daquele que será considerado mais pesado, englobando adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que não acontece para as regras.

Por fim, durante a consecução da construção de seu método Alexy critica o modelo elaborado por Ronald Dworkin, entendendo que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, enquanto as regras, um mesmo caráter definitivo. O alemão interpreta que Dworkin trabalha com as hipóteses de que, caso as regras sejam válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto que, no caso dos princípios, a proposta dworkiniana teria concebido apenas um direcionamento, mas não indicou a necessidade de se obter uma determinada decisão. Portanto, a solução alexyana para resolver a equação das tensões entre princípios constitucionais perpassa, necessariamente, pelo subterfúgio da ponderação, com a finalidade de se obter a melhor otimização dos bens jurídicos em jogo nos casos concretos.

2.4. As contribuições da literatura jurídica brasileira na distinção entre regras e princípios

Perpassadas brevemente as propostas de compreensão para o intrincado relacionamento entre regras e princípios para Dworkin e Alexy, faz mister também esmiuçar a contribuição que o direito brasileiro vem fornecendo para enriquecer a discussão concernente a esta temática. Desta forma, o professor Humberto Ávila pode ser considerado um dos autores do direito constitucional brasileiro que mais contribuiu para esta discussão, explanando, para isso, três critérios para a diferenciação entre regras e princípios, os quais denominou como: natureza do comportamento prescrito, natureza da justificação exigida de quem aplica a norma, e a medida da sua contribuição para a decisão. Passando à explicação destes critérios, o primeiro deles se estabelece pela percepção de que os princípios são imediatamente finalísticos, por representarem um estado de coisas a ser atingido, enquanto as regras apresentam caráter

³⁷ RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios. 2016. p.26. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

prescritivo, ao propor condutas que devem ser observadas. O segundo critério da natureza da justificação exigida, sobre as regras compete ao intérprete um exercício de verificação da subsunção, ou seja, se os fatos são subsumidos ao texto normativo, enquanto no caso dos princípios, caberá ao intérprete analisar se os a conduta direciona positivamente para a promoção de um estado ideal de coisas.

Dando sequência, as regras possuem ainda a pretensão de definir as soluções para as hipóteses de incidência, enquanto os princípios buscam contribuir para a adoção da solução adequada ao caso, possuindo a pretensão de conferir complementaridade e parcialidade aos casos concretos.

Somado ao projeto de Humberto Ávila, é imprescindível relatar a propositura de um outro modelo de diferença entre princípios e regras constitucionais, proposto pelo célebre professor Marcelo Neves, em sua obra intitulada *Entre Hidra e Hércules – Princípios e Regras Constitucionais*. Neves ilustra um projeto que vai mais além dos dispositivos constitucionais, tendo em vista que o operador do direito deve buscar uma inferência dos princípios constitucionais como um todo, de modo tal que não exista arbitrariedade alguma neste processo. Nesta toada, propõe-se que esse processo viabiliza a “construção de princípios” em face de concretização do texto constitucional e se pautando sempre em uma coerência entre princípios e normas constitucionais.

Ocorre que a proposta de Marcelo Neves se perfaz bastante profícua para esta dissertação, tendo em mente que o autor traz uma crítica ao parâmetro de distinção entre regras e princípios pautados de modo quantitativo ou qualitativo. Segundo o autor, a diferença entre princípios e regras deve ser estabelecida a partir de dois conceitos de conteúdo, o que explana como conceitos típico-ideal nos termos da tradição weberiana. Este parâmetro do conceito típico-ideal deve ser utilizado como forma norteadora de interpretação da realidade social, o que se consubstancia no plano normativo como meio de ordenação seletiva de disposições e enunciados, conforme os dispositivos legais em si e as demais fontes do direito.

A concepção de Neves é importante para explicitar que, face à contemporaneidade do paradigma do Estado Democrático de Direito, mais do que qualitativa ou quantitativa, a diferenciação entre regras e princípios deve ser operacionalizada a depender da formatação com que a norma será incorporada do ponto de vista funcional estrutural no processo argumentativo. Nesta toada, explana-se uma diferenciação não estanque destes postulados normativos aplicativos, uma vez que podem consistir em princípios, em regras ou em uma nova categorização que o autor apresenta, a qual ele denominou como "híbridos", justificando o

pertencimento pela análise desses postulados normativos serem ou não “regras imediatamente finalísticas”. Neste sentido, Neves traz os seguintes parâmetros para elucidar sua diferenciação:

- (i) se não forem razões definitivas para uma norma de decisão de questões jurídicas, devem ser tratadas como princípios;
- (ii) se forem normas susceptíveis de actuar como razão definitiva de questões jurídicas, trata-se de regras; (iii) se não for possível enquadrá-las em nenhuma destas categorias, são os híbridos.³⁸

Tendo esta categorização em mente, compete apresentar a nova perspectiva que o autor traz sobre o famoso e nevrálgico princípio da proporcionalidade. Enaltece-se, pois, a proporcionalidade como condição *sine qua non* para garantir o funcionamento efetivo e consistente de uma ordem de regras e princípios, notoriamente no que tange a um ordenamento de direito fundamentais. A inteligência desta concepção de Neves consiste em perceber que este notório princípio apresenta uma dupla face, sendo, concomitantemente, uma condição de possibilidade de funcionamento da própria Constituição e ainda uma norma de observação obrigatória para o dever dos encarregados da interpretação-aplicação normativa. Outrossim, a obrigatoriedade deste critério da proporcionalidade se consubstancia no que o autor denomina como *reentry*, em que o que é condição de possibilidade da ordem passa a ser norma da própria ordem³⁹.

Ademais, em face ao escalonamento alexyano de que a proporcionalidade se compõe por adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como apresentamos no subitem anterior, Marcelo Neves traça importante indagação sobre esta ampla proporcionalidade ser ontologicamente uma regra ou princípio. Responde ao questionamento asseverando que adequação e necessidade se formatam como regras, tendo em vista que se apresentam como razões definitivas para que se decida se a medida de restrição a direitos fundamentais. Nada obstante, a proporcionalidade em sentido estrito, morada do mandamento da ponderação, se encaixa naquilo que o autor nos explanou como híbrido: estruturalmente é regra e funcionalmente é um princípio.⁴⁰

Desse modo, a ideia de *reentry* confere um rejuvenescer de como o direito brasileiro encara a dinâmica jurídica, de forma tal que Constituição e lei perfazem uma relação circular e não linear, uma verdadeira retroalimentação deontológica. Portanto, fica evidente que a

³⁸ NEVES, MARCELO. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 89 e ss.

³⁹ NEVES, MARCELO. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 91.

⁴⁰ NEVES, MARCELO. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 91 e ss.

Constituição do Estado democrático de direito envolve uma articulação complexa e dinâmica entre princípios e regras. Por fim, conquanto afirme a imprescindibilidade da proporcionalidade para atuar frente a uma colisão principiológica, Neves, por fim, traz uma crítica à ponderação otimizante de princípios, devido a concorrência e incomensurabilidade dos modos de argumentação em torno de princípios, relacionadas tanto à dupla contingência de grupos e de pessoas envolvidas no processo de concretização constitucional quanto à heterogeneidade de perspectivas de princípios desenvolvidas pelos sistemas funcionais diferenciados,⁴¹ perspectiva que será futuramente também trabalhada em seu viés hermenêutico da importância das pré-compreensões na otimização principiológica dos operadores do direito.

3. O APORTE AO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DAS RELAÇÕES ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

3.1. O indeterminismo, a tessitura aberta da Constituição e o pano de fundo da linguagem

Na segunda parte deste capítulo buscou-se, com Ronald Dworkin, explicar a tessitura aberta ou indeterminada, principiológica, de todo o ordenamento que se consuma pelo exercício de conciliação entre textos normativos e os fatos concretos e singulares dados sobre situações que desencadearão determinada postura ou ação jurídica e constitucionalmente vinculada. Essa indeterminação propicia uma imparcialidade, na aplicação do Direito, de maneira muito mais fidedigna à realidade em que nos inserimos, conseqüentemente, vilipendiando cada vez mais a arbitrariedade e discricionariedade inerentes à atividade jurisdicional.

Em uma passando não distante, utilizando como contraponto, o já apresentado neoempirismo jurídico incorria no fornecimento de uma exacerbada subjetividade aos juízes, em que os problemas de interpretação eram muito mais caóticos. Retomando Kelsen, a norma é um esquema geral de interpretação de atos e fatos, que ocorre de maneira tal que o fato passa a ter alguma relevância no mundo do direito, apenas se estiver previsto na norma positivada. Essa tentativa de “congelamento da linguagem” permitiu que o operador tivesse que passar primeiro pela atribuição de sentido ao texto normativo para, só então, comparar os substratos modalmente indiferentes⁴². O decisionismo demonstrava, pois, que o aplicador precisava, no momento em que se depara com o texto legal, dizer qual o era seu conteúdo semântico.

⁴¹ NEVES, MARCELO. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 92 e ss.

⁴² SIMON, Henrique Smidt. Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p.18.

Outrossim, os valores e pré-compreensões inerentes a cada subjetividade do aplicador do direito era uma grande adversidade do sistema, que será retomada na crítica ao método axiológico de Robert Alexy, feita por Habermas, Günther e diversos outros autores. Como a norma é aberta, a variação no seu conteúdo significativo pode levar a resultados diversos e à visualização de determinado sentido, bem como a escolha entre um ou outro conteúdo normativo depende de critérios de valor pertencentes ao aplicador. Ora, como visto, valores não dizem respeito a fatos do mundo, de forma que não podem ser apreendidos objetivamente para serem compartilhados por todos, conferindo perigosa subjetividade aos juízes, visto que é impossível controlar a escolha valorativa do magistrado.

3.2. O constitucionalismo e o pano de fundo da comunicação e da linguagem

Para superar este malgrado do decisionismo, o direito recorreu à evolução propiciada pela reviravolta linguística hermenêutico-pragmática. Utilizando-a como um dos subterfúgios, o sistema passou a ensejar, portanto, a maleabilidade dos princípios e sua articulação, fornecendo capacidade de diálogo, espaço de diferentes forças políticas e sociais, com ideologias e visões divergentes que passam a ter cada vez mais voz na democracia constitucional. O que passou a se construir foi uma abertura e superação semântica dos princípios, que desembocou, conseqüentemente, em uma maior abertura social à Constituição, que, por sua vez, passa a permitir a máxima de se procurar achar a consonância de ideias em meio à cacofonia de vozes inerente aos sistemas democráticos. Outrossim, a abertura principiológica permite maior adaptação da Constituição às mudanças sociais infundáveis, poupando esforços burocráticos e institucionais de frequentes alterações formais em seu texto. Por conseguinte, o fenômeno da mutação constitucional ao longo do tempo passa a ser fortalecido, pela percepção de uma composição coadunada de um conjunto de princípios, que permitem a maior adequação do Direito, no que tange aos âmbitos em que se deva versar pela eficiência e aplicação dele, alterando o significado normativo dependendo do contexto em que a norma venha a ser aplicada, relacionando texto e contexto.

Nesse ínterim, cumpre ressaltar novamente o papel que a linguagem desempenha dentro do pensamento do direito constitucional contemporâneo. Imprescindível é reapresentarmos o pano-de-fundo compartilhado de silêncio que torna a comunicação possível, em face de práticas sociais e apercepções cotidianas. Reafirmando essa sensação de “aprisionamento” em nossa própria condição comunicacional, Menelick nos elucida que isso muito tem a ver com a concepção de paradigma de Thomas Kuhn:

Para Kuhn, nós não temos como sair de um paradigma, ou melhor, da condição paradigmática, podemos sim trocar de paradigmas, mas, sempre que o advento de novas gramáticas de práticas sociais permitam a troca de paradigma, esse vai ser um filtro, óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade; as normas performáticas decorrentes de nossas vivências sociais concretas condicionam tudo o que vemos e a forma como vemos.⁴³

Nesta toada, a atividade interpretativa do operador do direito passou a assumir e tirar o maior proveito possível da natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto, o que, portanto, ocorre também com os textos constitucionais. Acordando com esta faceta, Menelick nos explana o pano-de-fundo compartilhado de silêncio, que sustenta a comunicação na linguagem, ao mundo-da-vida, que assegura a existência de uma Constituição compartilhada intersubjetivamente pela comunidade de cidadãos, com os respectivos horizontes de sentido dessa determinada comunidade, enraizados na gramática das práticas sociais, incorporando um repositório de sentidos decorrentes tanto da gramática das práticas assentadas nas tradições quanto de novas práticas emancipatórias e revolucionárias.⁴⁴

Por conseguinte, no capítulo que se segue, buscar-se-á detalhar o relacionamento entre ontologia, filosofia da linguagem e hermenêutica, para servir de subterfúgio para uma melhor parametrização do discurso de ódio e do seu real peso em nossa sociedade contemporânea.

⁴³ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p.15 e ss.

⁴⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.p.18 e ss.

II. CAPÍTULO 2 – (RE) DETERMINANDO O CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM: a importância da linguagem e do giro linguístico-pragmático

1. A LINGUAGEM, O SER HUMANO E O DISCURSO DE ÓDIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ser humano é um ser distintivamente linguístico, isso o diferencia dos demais seres existentes, de modo que compreender e estudar a linguagem simboliza compreender e estudar melhor o próprio ser humano em si. No entanto, a atitude intuitiva inicial de um pensador do ramo jurídico, usualmente, consiste em compreender na filosofia e, sobretudo, no ramo que estuda a linguagem, uma atividade secundária e acessória do pensamento estruturado do ensino normativo de um acadêmico. Nada obstante, um grande debate se insurgiu ao longo do século XX, discutindo os mais diversos aspectos sobre a relação entre o ser humano e a linguagem. É justamente embasado na riqueza deste debate para o Direito que o presente estudo busca elucidar como o Estado democrático deve se comportar, no que concerne ao fenômeno do discurso de ódio.

Com o substrato fornecido por este rico período, um operador do direito consegue adquirir a aguda consciência de que a linguagem é muito mais que um mero “veículo” comunicacional de transmissão de conceitos e informações, passando a ser compreendida como uma estrutura constituinte de todo pensar e, fundamentalmente, do próprio ser humano como ser no mundo imerso em um contexto de contextos em que se localiza a sua própria existência⁴⁵.

A apreensão e compreensão do mundo fático, pela perspectiva biológico-social do ser humano, ocorre por intermédio intrínseco da linguagem, que nos permite vivermos conosco e conviver uns com os outros, sendo impossível separar linguagem de fatos do nosso cotidiano. Nossa evolução nos providenciou, pois, a capacidade de utilizar palavras e conceitos das mais diversas maneiras, que vão desde exprimir ideias a realizar atos.

Constata-se, justamente por conta deste protagonismo da linguagem na vivência humana, que a maioria das democracias ocidentais buscam garantir normativamente um espaço plural, aberto e amplo para a livre expressão de pensamentos. Não é à toa que a liberdade de expressão, o direito de se comunicar totalmente sem amarras, se consubstanciou em um direito fundamental basilar que sustenta todo o constructo social de uma sociedade justa e inclusiva.

Nesta toada, compreendendo que a “liberdade de expressão é uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos⁴⁶”, “um dos grandes baluartes da liberdade”⁴⁷, observamos que a expressão do ser humano e a linguagem caminham juntas, e justamente por sermos seres linguísticos é que a linguagem possui tanta capacidade de interferir nas nossas vidas.

Deste modo, as sociedades democráticas hipercomplexas⁴⁸ e cada vez mais interligadas pelos adventos tecnológicos enfrentam uma grande celeuma: assegurar institucionalmente o mais amplo fluxo de ideias e pensamentos, no entanto, precisando evitar, simultaneamente, que determinados grupos sejam diretamente atingidos por discursos discriminatórios e

⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo* (parte I). Petrópolis: Vozes, 1995.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁷ A célebre Declaração de Direitos de Virgínia utilizou esta expressão, em 1766, em seu artigo 12, e lembrada pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto no HC 82.424/RS. (ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n.º 82.424/RS)*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2004, p. 9). Apud POTIGUAR, Alex Lobato. *Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência*. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

⁴⁸ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

preconceituosos. A nomenclatura utilizada para descrever esta celeuma é “hate speech”, sendo, pois, traduzida para o português como discurso do ódio.

Nesta toada, conquanto seja um conceito deveras plural, uma das melhores definições para este fenômeno é a apresentada por Michel Rosenfeld, que o compreende como o discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia, nacionalidade, gênero ou opção sexual⁴⁹. O “hate speech” é, pois, o discurso que exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele grupo, motivado por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, naturalidade, dentre outras motivações.

Ademais, a melhor opção para a análise deste estudo é enxergar os grupos ofendidos de uma forma abrangente, não restritiva, ao passo que todo grupo identificável possa ser objeto de um discurso preconceituoso. Exemplificando esta orientação a clara assertiva de Rosane Leal Silva:

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. O efeito denegridor subsiste tanto na discriminação de gênero quanto na de idosos, por exemplo. (SILVA, 2011, p.455. Grifou-se).

Corroborando com esta perspectiva, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa editou a recomendação nº R (97)20. Neste documento, o discurso de ódio é explanado como toda forma de expressão que espalhe, incite, promova ou tente justificar o ódio baseado na raça, xenofobia, anti-semitismo ou outras formas de ódio e discriminação baseadas na intolerância, incluindo os discursos com base no nacionalismo, nas etnias, contra minorias e imigrantes⁵⁰.

A discussão se insere, portanto, em discernir se, e em quais termos, as palavras, expressões e atitudes ofensivas, direcionadas à grupos sociais historicamente explorados e vitimizados, deveriam ser permitidas ou proibidas, no contexto do ideal estipulado pelo Estado Democrático de Direito. Assim, o problema constitucional envolve questões polêmicas e complexas, como: imaginar se a liberdade de expressão deve sofrer alguma restrição ou

⁴⁹ ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, New York, 24, n. 4, p. 2, abril 2003.

⁵⁰ Recommendation nº R(97)20. “For the purposes of the application of these principles, the term hate speech shall be understood as **covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-semitism or other forms of hatred based intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin**”. Grifou-se.

controle do Estado, quando for utilizada para difamar grupos; o próprio discurso de ódio representar uma clara afronta ao direito de igualdade e pensar se não seria o “hate speech” uma forma de violência, em vez de expressão legítima resguardada pela livre expressão?

Para um desafio grande como o apresentado, buscar-se-á apresentar um arcabouço teórico capaz de elucidar as melhores perspectivas e alternativas para que o problema tenha uma efetiva solução por parte do Estado de Direito. Para isso, conforme o início deste capítulo apresenta, o discurso de ódio possui intrínseca relação com a linguagem, já que se diferencia de demais atos discriminatórios externados pelo ser humano por meio de atividade física do agente.

Com o intuito de abordar o problema com a devida profundidade que ele exige, a revolução filosófica do século XX, conhecida por virada, reviravolta ou giro linguístico, será apresentada de forma breve, porém elucidativa, uma vez que ela foi responsável por alterar a forma de compreender a filosofia, a linguagem, e o próprio direito, posto que este possui como pano de fundo as interações e relações sociais, mediadas sempre pela linguagem, que permitem a comunicação e a compreensão destas mesmas relações.⁵¹

Portanto, somente com o entendimento da própria ideia de linguagem que se pode identificar e construir o arcabouço teórico para a definição do discurso do ódio e, conseqüentemente, as formas mais adequadas de combatê-lo. Nada obstante, para compreender esta concepção de linguagem, precisamos antes fazer um resgate de como a filosofia e o próprio direito abordavam a linguagem e o ser humano, para então solucionarmos a equação que relaciona a linguagem, o ser humano e o discurso de ódio no Estado Democrático de Direito. Outrossim, parece que, no Brasil, a temática ainda é pouco explorada, de modo tal que esse caráter limítrofe do discurso do ódio torna necessário uma construção forte de seu conceito frente a ideia da linguagem para sua correta identificação nos casos concretos.

2. O PANORAMA FILOSÓFICO PRÉVIO E DETERMINANTE PARA A REVIRAVOLTA LINGUÍSTICA

Esta subdivisão do primeiro capítulo almeja robustecer filosoficamente a percepção da linguagem e do próprio discurso de ódio. Urge a necessidade de buscar uma redeterminação para as noções usuais apresentadas sobre o “hate speech”. Como já apresentado

⁵¹ POTIGUAR, Alex Lobato. Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, p.20.

ontologicamente, este discurso é uma manifestação linguística e comunicacional violenta do ser humano contra outro ser humano. A grande diferença desta para outras agressões é que ela se perfaz demasiadamente íntima e nociva, pois ataca o âmago do ser humano, ataca a sua essência como ser, isto é, usa a linguagem, que é descrita como a morada da essência do ser⁵² por Heidegger, para agredir o outro, em sua essência mais pura. É utilizar aquilo que diferencia o ser humano no mundo (a linguagem), para agredir pontos de identidade nevrálgicos de outros seres humanos, rebaixando e denegrindo pessoas, muitas vezes já deterministicamente marginalizadas na sociedade, por conjunturas intrínsecas a elas mesmas como indivíduos em sociedade (raça, etnia, crença, etc.)

Uma vez que usa a própria linguagem para diminuir o Outro, o discurso de ódio se refere a um fenômeno claramente linguístico e comunicacional. A arma utilizada para a agressão é a linguagem, “local” em que localizamos a essência do próprio ser, motivo pelo qual resta evidente que o “hate speech” é muito mais devastador do que uma simples ofensa. Ele ataca justamente o cerne de um indivíduo. Neste sentido, acompanhando esta noção de “morada da essência do ser” das últimas escritas de Heidegger, Judith Butler leciona brilhantemente que o discurso de ódio merece um melhor cuidado por parte dos Estados de Direito, uma vez que, somente por sermos seres linguísticos é que a linguagem pode causar tanto efeito destrutivo.⁵³

Por ser violência que atinge a morada da essência do ser utilizando, para tanto, a própria linguagem, o fenômeno do discurso de ódio acaba se consubstanciando em uma das agressões mais íntimas e vorazes que um ser humano pode sofrer no que concerne à sua dignidade como pessoa. Portanto, resta claro que para melhorar o aparato institucional do judiciário frente à agressão comunicacional, o ponto de partida é compreender o papel central dos caminhos filosóficos que conduziram às diferentes perspectivas técnicas sobre a linguagem e as suas influências na evolução do pensamento jurídico.

Portanto, almeja-se uma re-determinação do conceito de discurso de ódio utilizando as perspectivas das filosofias da linguagem, cada uma se constituindo como a formulação da insuficiência das outras, fenômeno que o célebre filósofo Julio Cabrera determinou como “estudo do múltiplo fracasso significacional⁵⁴”. Esta postura de Cabrera será fundamental,

⁵² HEIDEGGER, M. A caminho da linguagem. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2003. 198 p.

⁵³ BUTLER, Judith. Excitable Speech: a politics of the performative. New York: Routledge, 1997, p. 1.

⁵⁴ CABRERA, Julio. Margens das Filosofias da Linguagem. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. 320 p.

quando adentrarmos a discussão do discurso de ódio no Brasil em seus efeitos e possíveis resoluções concretas.

Com este intuito, cumpre ainda tomar o mesmo raciocínio utilizado por Miroslav Mílovic, em sua obra “Filosofia da Comunicação: para uma crítica da modernidade”, em que se estabelece uma evolução do pensar subjetivista ao paradigma da intersubjetividade, que foi alcançado por meio da reviravolta linguística.

A primeira parte desta obra aborda o pensar filosófico subjetivo, que o autor nos apresenta estar bem evidenciado no pensamento desenvolvido pelos filósofos modernos. Porém, para compreendermos este conjunto de pensamentos, que Mílovic aborda como um monólogo subjetivista que ecoa por toda a Filosofia Moderna, no contexto social de em um específico egoísmo liberal, precisamos recuar até antes da própria filosofia Moderna, para evidenciar o que culminou em todo este subjetivismo egoístico dos pensadores.

A filosofia, desde seu início, tem sido obscurecida pela sua natureza metafísica, de modo que cumpre elucidar de onde veio esta discussão e como ela se desenvolveu.

2.1. A necessidade de se pensar uma crítica à Modernidade

O período da Modernidade é de suma importância para redefinirmos o conceito do discurso de ódio na contemporaneidade, tendo em mente que as questões transcendentais da metafísica sobre a fundamentação passam por uma transformação com o advento da Modernidade, tornando-se elementos sobre a reflexão, sobre a tematização do pensamento propriamente dito⁵⁵. A esta altura da argumentação, demonstra-se necessário exemplificar como o pensamento moderno se mostra subjetivo.

Porém, o que mais interessa no presente trabalho é justamente o momento em que a filosofia e a sociedade começam a pensar intersubjetivamente: o momento em que a linguagem passa de coadjuvante a personagem principal no pensamento, um novo paradigma filosófico⁵⁶. Ilustrando o exposto, Mílovic afirma que:

A filosofia e a comunicação – eis o nosso interesse. Comunicação que mostra seu papel filosófico. **Comunicação que assim supera um específico “monólogo” da filosofia moderna, ligada somente a um tipo de (assim chamada) subjetividade. Comunicação que, desse modo, abre as novas possibilidades para pensar as novas formas de solidariedade. Esse é o interesse de nosso projeto para relacionar filosofia e comunicação.** (MÍLOVIC, 2002, p.10. grifou-se).

⁵⁵ MILOVIC, Miroslav . Filosofia da Comunicação. Brasília: Plano, 2002. v. 1. p.51.

⁵⁶ _____ . Filosofia da Comunicação. Brasília: Plano, 2002. v. 1. p.10.

Clarifica-se, pois, que para pensar novas condições da racionalidade e da praticidade, como é o caso de buscar soluções para o discurso de ódio, é imprescindível mudar o paradigma filosófico de contemplação. Para utilizar este novo paradigma, porém, precisamos primeiramente esmiuçar como se estruturou o pensamento da filosofia moderna, seus pressupostos e conclusões. Superada esta apresentação, ultrapassamos o limite da modernidade subjetivista e passamos ao pensamento intersubjetivo, demonstrando como a discussão dos aspectos das filosofias da linguagem, seus aspectos pragmáticos e comunicacionais, oferecendo um novo caminho para pensarmos o mundo concreto em que vivemos.

2.1.1 O subjetivismo da modernidade na construção filosófica de René Descartes

Para compreendermos em que sentido se insere o subjetivismo da modernidade, exemplificado na presente dissertação pelo pensamento de René Descartes, devemos investigar a sua denominada Primeira Meditação. Para tanto, apresentaremos um resgate da construção argumentativa elucidada pelo filósofo, para, por fim, explanar a importância da dúvida hiperbólica. Posto isto, compete observar que a Primeira Meditação goza da peculiaridade de não ter como norte o fato de se estabelecer verdade alguma, mas sim a concepção e objetivação de se desfazer dos antigos prejuízos.

Deste modo, podemos elencar uma divisão em etapas desta Meditação, quais sejam: o princípio da dúvida hiperbólica e os conseguintes argumentos que estendem e radicalizam a dúvida. Desta forma, temos o argumento do erro dos sentidos, caracterizado como primeiro grau da dúvida, se mostrando insuficiente para nos fazer duvidar sistematicamente das nossas percepções sensíveis. O argumento do sonho aparece em seguida como segundo grau de dúvida, que por meio da suspensão dos sentidos, abrange esta dúvida a todo conhecimento sensível, não obstante, ele encontra o seu limite por não permitir colocar em dúvida os conteúdos componentes das percepções, isto é, as naturezas simples que são objetos da Matemática.

O terceiro grau de dúvida abala, pois, esta certeza natural, colocando em dúvida o valor objetivo das essências matemáticas, ilustrado, primeiramente, pela concepção do Deus enganador capaz de iludir a ordem matemática e geométrica. Por sua vez, este argumento sofre eufemisticamente uma diminuição retórica, gerando o Gênio Maligno, que engana as realidades matemáticas, construindo anfibolias, de modo que não poderíamos nos fiar que assim estaríamos em solo firme.

Por conseguinte, a Meditação Primeira deve ser entendida partindo da dúvida como ponto inicial de toda empreitada cartesiana, recaindo sobre as opiniões concernentes ao conhecimento sensível, culminando na suspensão de todos juízos tidos como verdadeiros e

devendo, por conseguinte, deles duvidar até o limite. Neste sentido, para entendermos como vai operar a dúvida hiperbólica sobre as opiniões, compete observar a seguinte passagem:

Faz alguns anos já, dei-me conta de que admitira desde a infância muitas coisas falsas por verdadeiras e de quão duvidoso era o que depois sobre elas construí. **Era preciso, portanto, que, uma vez na vida, fossem postas abaixo todas as coisas, todas as opiniões em que até então confiara, recomeçando dos primeiros fundamentos, se desejasse estabelecer em algum momento algo firme e permanente nas ciências.** Mas, como tal se me afigurasse uma vasta tarefa, esperava alcançar uma idade que fosse bastante madura, que nenhuma outra se lhe seguisse mais apta a executá-la. Por isso, adiei por tanto tempo que, de agora em diante, seria culpado, se consumisse em deliberar o tempo que me resta para agir. É, portanto, em boa hora que, hoje, a mente desligada de todas as preocupações, na serenidade segura deste retiro solitário, dedicar-me-ei por fim a derrubar séria e genericamente minhas antigas opiniões (DESCARTES, 2004, p. 23, grifou-se).

A busca indômita de um solo seguro para fundamentar todo e qualquer conhecimento científico perpassa, pois, por suspender a validade de todo saber que se constrói como mera opinião e começar tudo desde os fundamentos, com o intuito de se estabelecer algo firme e constante nas ciências. Não obstante, embebido na busca pela construção deste edifício do conhecimento a ferramenta apresentada nesta Primeira Meditação não poderia ser outra se não a dúvida. Desta forma, o seguinte trecho das Meditações, traduzido por Fausto Castilho, ilustra de forma profícua a importância desta dúvida metódica como “guia” para se edificar o conhecimento cartesiano:

[...] mesmo que a utilidade de uma dúvida tamanha não apareça de imediato, é ela, no entanto, muito grande por deixar-nos livres de todos os preconceitos, por aplainar um caminho em que a mente facilmente se desprenda dos sentidos e por fazer, enfim, que já não possamos duvidar das coisas que, em seguida se descubram verdadeiras (DESCARTES, 2004, p. 19).

Portanto, a Primeira Meditação se dedica a esta busca pelo fundamento sólido das ciências, inteiramente dedicada à apresentação da dúvida metódica cartesiana que proporcionará esta ancoragem em algo fundamentado. Primeiramente, compete explicar que a dúvida cartesiana é deliberada, ou seja, não espontânea, sendo diferente da dúvida vulgar, ela é racional e movida por um ato volitivo. Em seguida, temos a face de radicalização da dúvida, culminando na sua sistematização e organização, ela recebe a alcunha de “hiperbólica” pelo exagero, no sentido de apontar o duvidoso como falso, o que acarreta, por intermédio de uma generalização, no fato de interpretar sempre como enganador aquilo que pode enganar uma vez.

Conclui-se, portanto que a Primeira Meditação deve ser entendida, não como uma propulsora de verdades, mas sim como uma investigação que, por intermédio da dúvida, segue um método atacando o apoio das antigas opiniões, por meio de seu “exagero hiperbólico”, revertendo a inclinação a opiniões ordinárias, e objetivando encontrar um princípio sólido e universal para apoiar seu conhecimento da realidade que pretende ser científico.

Nada obstante, fica claro que toda construção aqui traçada pode ser válida apenas partindo de uma análise do próprio indivíduo consigo mesmo, o subjetivismo moderno se escancara, no sentido que Descartes traça toda uma argumentação lógica, porém não partindo da sua relação com outros seres, mas da relação dele e só dele, para o mundo, atitude que fica clara no imperativo categórico kantiano, que será abordado mais adiante. Ademais, vamos continuar analisando outras meditações para elucidar, ainda mais, o porquê foi necessário superar as ferramentas que a filosofia moderna oferecia para o pensar e como o próximo paradigma filosófico intersubjetivo será imprescindível para que o Estado Democrático de Direito forneça um tratamento adequado aos indivíduos vítimas do discurso de ódio.

Dando sequência, observa-se que a Terceira Meditação recoloca o problema do ser que existe porque pensa, enquanto pensa e enuncia o produto do seu pensamento, tarefa totalmente subjetivista. Neste ponto das meditações, importa descobrir e justificar o conteúdo deste pensamento, tendo, pois, um sujeito que sabe, mas que não tem claro o que ele sabe traz a regra segundo a qual tudo o que é claro e distinto podemos tomar por verdadeiro; nesta as dúvidas restantes quanto à confiabilidade da mente são eliminadas diante da idéia de que Deus existe e é veraz e que todo conhecimento só é possível por este ser causa de toda verdade objetiva, demonstrando o extremo solipsismo do pensamento cartesiano.

Percebe-se, pois, que nesta Meditação se inicia, a partir de seu parágrafo quinto, a proposição de duas hipóteses: a não existência de um deus enganador e a existência de um deus que não seja enganador, sendo imprescindível analisar a veracidade dessas hipóteses, para se ter a certeza de algo. A persecução dessas verdades de provar a existência de um deus implica na eliminação de modo definitivo da dúvida, não interrompendo, contudo, a cadeia de razões necessárias à investigação proposta com as Meditações anteriores. Dando continuidade, buscar-se-á justificar como ocorre a representação dos pensamentos, tendo em vista a sutileza de que o ser pensante não obsta por captar apenas as cópias daquilo que se apresenta à consciência como conteúdo. Deste modo, aqui se insere a importância da compreensão da ideia em todo este processo.

No parágrafo sexto da Terceira Meditação, Descartes salienta a necessidade de dividir o pensamento conforme gêneros, objetivando identificar em quais deles podemos encontrar a

verdade ou o erro. Por meio desta classificação, explana-se que, entre os pensamentos, alguns são como as imagens das coisas e só em relação a estes convém a nomenclatura, propriamente dita, de ideia, exemplificando-se tal assertiva como no momento em que se representa um homem, uma químera ou até mesmo Deus (DESCARTES, 2004, p.37). Não obstante, outros pensamentos se apresentam ao intelecto possuindo ainda outras formas, algo além da similitude da coisa, sendo chamados, pois de vontades e afectos e outros de juízo. (Idem).

A discussão culmina, pois, no parágrafo sétimo, que se apresenta como trecho fonte para se explicar a noção de ideia nas meditações cartesianas, constatando-se que nele se propõe uma outra classificação das ideias “consideradas nelas mesmas”, sem relação com as coisas a que se reportam. Desta forma, no parágrafo sétimo e no subsequente, Descartes explicita o fato de que as ideias “consideradas nelas mesmas”, assim como os afectos ou as vontades (parágrafo 8), não podem ser propriamente falsas, uma vez que, neste último caso, “embora eu possa almejar coisas más ou até coisas que não se encontram em parte alguma, não é por isso menos verdadeiro que as almejo” (Ibidem), de modo que podemos conceber uma noção de ideia em Descartes como aquilo que é percebido pelo espírito.

Conseqüentemente, restam os juízos dos quais temos que ter cautela por conta do erro concernente a eles, de que eu julgue as ideias em mim semelhantes ou conformes a coisas postas fora do sujeito pensante. Por conta desta constatação, conclui-se, pois, que não importa o objeto a ser representado, mas sim que o ato de imaginar seja verdadeiro, de modo tal que as ideias se consubstanciam no ato de pensar, sem, contudo, levar-se em conta o seu conteúdo, visto que este se conforma nos juízos, dos quais, segundo o parágrafo nono, devemos ter cautela para não incorrerem em engano. Tendo isto em vista, mostra-se necessário examinar o conteúdo destas ideias no processo de representação, já que as ideias exteriores não são as mesmas que estão no intelecto do sujeito pensante, cabendo aos juízos se enganar ou não.

Neste ponto, Descartes buscará se afastar da concepção de senso comum da relação de semelhança e causalidade entre ideias e coisas. A seguinte passagem ilustra esta pretensão que irá ser concretizada no parágrafo doze:

Mas, entre essas ideias, algumas me parecem inatas, outras, adventícias, outras inventadas por mim mesmo. [...]. Mas aqui se trata principalmente daquelas que considero como obtidas de coisas situadas fora de mim, e cabe-me investigar qual a razão que me leva a estimá-las semelhantes a essas coisas. (DESCARTES, 2004, pp. 75 – 76. Grifou-se).

Descartes responde afirmando que a relação entre algumas ideias dentro da consciência do sujeito serem estimadas como semelhantes a coisas externas, se dá por uma instrução da

natureza, ao passo de que ele afirma ainda que essas ideias não dependem de sua vontade e, muito menos, do próprio sujeito pensante em si. O parágrafo seguinte salienta a crítica ao senso comum, almejando verificar se essas razões apresentadas são suficientemente fortes e consistentes. Primeiramente, o autor refuta a possibilidade de e confiar num instinto que parece ser ensinado pela natureza, uma vez que o “ensinamento fornecido pela natureza” não adequado para a edificação do conhecimento. A concepção da “luz natural” se mostra profícua, pois, pelo fato de evidenciar que, após duvidar de tudo, com a dúvida hiperbólica, Descartes concebe, em sua Segunda Meditação, um sujeito particular que existe e logo pensa como “ponto de Arquimedes” e ponto de partida e alicerce fundante do edifício do conhecimento.

Por conseguinte, apenas esta primeira verdade pode distinguir o verdadeiro do falso, não devendo seguir as inclinações citadas que, conquanto sejam naturais, são insuficientes para o projeto cartesiano; de um fundamento firme para a ciência, embasada neste sujeito pensante. A segunda crítica ao senso comum relata que talvez exista alguma faculdade para produzir ideias sem auxílio de coisas exteriores, utilizando para ilustrar o exemplo de quando se dorme, e as ideias se formam sem a ajuda dos objetos as que representam.

A terceira crítica, resumidamente, trata da enorme discrepância entre o objeto e sua ideia, utilizando o exemplo do sol para ilustrar tal percepção. Refletindo sobre a ideia e sua relação com o exterior podemos observá-la como forma de pensamento e como imagens das coisas, de modo tal que mostra-se profícuo apresentar a seguinte citação:

Na medida, porém, em que uma ideia representa uma coisa, outra, outra coisa, é patente que são muito diversas umas das outras. Pois, **não há dúvida de que as que mostram são algo mais e contêm, por assim dizer, mais realidade objetiva, isto é, participam pro representação de mais graus de ser ou de perfeição do que as que só representam modos ou acidentes. Por sua vez, aquela pela qual entendo um Deus supremo, eterno, infinito, imutável, onisciente, onipotente, criador de todas as coisas que estão fora dele, seguramente tem em si mais realidade objetiva do que as ideias pelas quais se mostram substâncias finitas.** (DESCARTES, 2004, p. 81. Grifou-se).

Por conseguinte, constatamos que a substância é diferente do modo em face de seu conteúdo, de modo tal que as ideias que representam substâncias possuem mais realidade objetiva do que aquelas que representam modos ou acidentes. Assim, tendo em vista que a ideia é um modo de pensar representativo, podemos interpretar que representar significa apresentar

um conteúdo ao intelecto de um sujeito pensante, dando ensejo ao entendimento da realidade objetiva daí avinda.

Chegamos, pois, ao cerne da problemática do princípio da causalidade, intransponível para que expliquemos a noção de ideia em Descartes, ao passo de que aqui se explicita que a causa, como ponto de partida da existência, precisa ter tanta realidade quanto a consequência, valendo tanto no caso de uma realidade atual ou formal, quanto no caso de uma realidade objetiva. Desta forma, observa-se que os efeitos podem ser menores que as causas, mas nunca maiores, de modo tal que uma ideia de modo não pode produzir uma substância. Traçado este mapeamento da origem das ideias, passamos a discutir a relação entre graus de perfeição e realidade entre ideias (substância em relação aos modo e acidentes), ao passo de que assim se estabelece uma relação causal. Assim, em uma ideia de equipolência de balança consubstanciada pelo princípio da causalidade, explicita-se que um efeito nunca pode exceder a sua causa seja ela causa material (substância concreta que faz o objeto existir); causa formal (estrutura interna que determina a forma da estrutura); causas eficientes ou motora (aquilo que tira a potência e a atualiza) ou causa final (aquilo para que a coisa serve, que faz com que a coisa tenha sua última necessidade).

Tendo em vista esta explanação, observa-se que o sujeito pensante existe por si mesmo como causa de si mesmo, e, num sentido de equipolência da balança, pesa-se a ideia de que sou finito, de modo a ser criatura - sou efeito de algo mais perfeito que eu e que tenha me dado existência – e não um criador, de modo que o sujeito pensante não tem em si causa suficiente para criar alguns efeitos, sendo necessária a existência de uma entidade mais perfeita que tenha lhe dado causa. Neste sentido, elucida Descartes:

E assim, a ideia de Deus permanece a única em que se deve considerar se há algo que não poderia provir de mim. Entendo pelo nome de Deus certa substância independente, infinita, eterna, imutável, sumamente inteligente e sumamente poderosa e pela qual eu mesmo fui criado e tudo o mais existe, se existe alguma outra coisa. Todas essas coisas são tais que, quanto mais cuidadosamente lhes presto atenção, tanto menos parece que elas possam provir somente de mim. Por isso tudo que foi dito, deve-se concluir que Deus existe necessariamente. (DESCARTES, 2004, p. 91. Grifou-se).

Por conseguinte, esclarecemos a concepção de Deus em Descartes, sendo a única ideia que não pode provir do sujeito pensante. Entendendo pelo nome de Deus certa substância que é maior e mais perfeita que a minha e que pode me criar em sua extrema potência. Assim,

conclui-se que Deus existe necessariamente. Não posso ser causa da ideia de Deus, eu só posso ser efeito dela, pelo fato de me consubstanciar em uma substância finita: “não seria por isso, no entanto, a ideia de substância infinita, já que sou finito, a menos que ela procedesse de alguma substância que fosse deveras infinita.” (DESCARTES, 2004, p.91).

Em virtude de todo arcabouço teórico apresentado, a noção de ideia em Descartes almejou ser exaurida, em toda sua construção argumentativa, concluindo-se por meio de um exemplo que ilustre quase todas as argumentações aqui exploradas, conforme os ditames do parágrafo 27:

E nem se pode dizer que talvez esta ideia de Deus seja materialmente falsa, e, por isso, pude obtê-la do nada, isto é, que ela pode estar em mim por uma deficiência minha, a exemplo do que há pouco fiz notar acerca das ideias de cor e de frio e semelhantes. Pois, ao contrário, sendo clara e distinta ao máximo e contendo mais realidade objetiva do que nenhuma outra, nenhuma é por si mais verdadeira e em nenhuma se encontra menos suspeição de falsidade. (DESCARTES, 2004, p. 92).

Na Quarta Meditação cartesiana Deus é, pois, inocentado do erro que existe na coisa pensante, de modo que Descartes, assim como Santo Agostinho, nos ilustram a diferença entre privação e negação, oriunda da Escolástica, escapando do argumento de que Deus permite o mal, no caso, em Agostinho, por meio da defectibilidade da alma, não existindo um mal substancial. Em seguida, observa-se a existência inata da faculdade de julgar, que conseguintemente dentro do pensamento cartesiano, fora proporcionada por Deus. Não obstante, a matriz desta meditação nos é elencada, quando, no parágrafo quarto, Descartes explana, se estendendo para além do trecho apresentado no questionamento e utilizado como norteador para esta dissertação:

Mas, logo que me volto para mim, experimento que sou sujeito a inúmeros erros. **Ao investigar-lhes a causa, percebo que há em mim não apenas a ideia real e positiva de Deus, isto é, de um ente sumamente perfeito, real e positivo, mas também a ideia, por assim dizer, do nada, a ideia daquilo em que está ausente, em sumo grau, toda perfeição.**

Eu, sou algo meão entre Deus e o nada, isto é, entre o ente supremo e o não-ente, de tal modo constituído que, na medida em que fui criado pelo ente supremo, nada há em mim que me faça errar ou me induza a erro. Mas, na medida em que, de algum modo, também participo do nada ou do não-ente, isto é, **na medida em que não sou eu mesmo o ente supremo, faltam-me muitas coisas e, por isso, não é de admirar que eu erre.** (DESCARTES, 2004, p.113).

A análise cartesiana propõe que o erro deriva do concurso simultâneo de duas causas: a faculdade de conhecer, que está no sujeito pensante, e a faculdade de escolher ou a liberdade de arbítrio, portanto simultaneamente do intelecto e da vontade. Portanto, todo arcabouço teórico exposto somado à certeza do *eu penso, eu existo*, pela coisa pensante (*res cogitans*), deflagra a percepção de que o ponto nevrálgico da possibilidade do homem se sujeitar ao erro não está na “força de querer” ou na “força de entender”, de modo tal que a seguinte passagem explicita de onde nascem os erros para Descartes:

[...] De onde então nascem meus erros? **Unicamente de que, como a vontade manifesta-se mais ampla do que o intelecto, não a contendo dentro dos mesmo limites e a estendo também a coisas que não entendo.** E, por ser indiferente a essas coisas, a vontade desvia-se facilmente do verdadeiro e do bom, e é assim que erro e peço. (DESCARTES, 2004, p. 121. Grifou-se).

Tendo em vista todo o exposto, observamos que o papel da vontade na constituição do erro se origina de um uso inapropriado do livre arbítrio, e, portanto, da liberdade, posto que a vontade possui uma dimensão mais ampla em relação ao intelecto, além do fato de não nos restringirmos ao preenchimento de nosso entendimento apenas por ideias claras e distintas. Esclarecendo mais ainda este ponto, elucida-se que possuímos um intelecto finito em constante relação com uma enorme gama de vontades.

Nada obstante, façamos um adendo com a perspectiva de Jean Paul Sartre, em seu texto “A Liberdade Cartesiana”, de 1947, afirmando a diferença entre ter a experiência da liberdade pelo meio da ação, ou pelo ato de compreender e descobrir. Neste sentido, o filósofo existencialista explana que, embebido em uma doutrina unitária da liberdade, Descartes na verdade expõe duas diferentes teorias da liberdade, uma que considera este poder de compreender e julgar que é a sua e outra que deseja simplesmente salvar a autonomia do homem diante do sistema rigoroso de ideias.⁵⁷

Deste modo, conquanto Sartre apresente críticas ao racionalismo cartesiano, o seguinte trecho de sua obra se mostra bastante profícuo para finalizar a apresentação da Quarta Meditação ao reconhecer a importância e primazia do constructo cartesiano (“[...] a hipótese do Gênio Maligno mostra claramente que o homem pode escapar de todos os engodos, [...] há uma ordem do verdadeiro, já que o homem é livre”), uma vez que o pensamento cartesiano explicitado nesta dissertação se consolidou como um verdadeiro alicerce fundamental na

⁵⁷ Tradução livre de SARTRE, JP. *La Liberté Cartésienne*, Paris: Gallimard, 1947. p. 63 – (“*Aussi trouvons-nous chez Descartes, sous l’apparence d’une doctrine unitaire, deux théories assez différentes de la liberté, selon qu’il considère cette puissance de comprendre et de juger qui est sienne ou selon qu’il veut simplement sauver l’autonomie de l’homme en face du système rigoureux des idées*”).

edificação das teorias filosóficas, de modo que, dentro do pensamento de Descartes, o livre arbítrio e a liberdade podem ser elencados como fio condutor pelo desvelamento da verdade, fixando-se na clareza e distinção das ideias.

2.2. De Descartes a Kant, pela perspectiva crítica de uma Filosofia da Comunicação

Exposta uma breve súpula do pensamento de Descartes, voltemos ao pensamento de Miroslav Milovic e sua Filosofia da Comunicação. Este pensador faz um relato importante para esta discussão, apresentando que as mudanças geradas pela era moderna não se restringiram apenas às discussões filosóficas, representando, também uma enorme gama de mudanças na estrutura social. A mais importante dessas mudanças foi o desenvolvimento da sociedade civil como condutor oficial de toda a transformação.⁵⁸

No entanto, o próprio desenvolvimento da sociedade civil se perfaz deveras complexo, pois implica a formação da sociedade civil fora da sociedade medieval, o alvorecer de uma nova visão de mundo teórica e, conseqüentemente, o surgimento de uma nova ordem política e legal correspondentes a este período. Portanto, Milovic demonstra que Hegel enxerga todos estes fenômenos em conjunto, como sinais do nascimento da subjetividade moderna, em que a sociedade civil é excluída da tradição por não ser mais fundamentada em uma ordem metafísica, mas sim na natureza humana. Neste sentido, o objetivo do pensamento cartesiano na presente dissertação se mostra compreensível de acordo com a seguinte perspectiva: o homem passou a referir-se a si mesmo, de tal modo que Descartes, por meio do seu ensinamento do *cogito*, indica a explicação filosófica da subjetividade moderna ou do ser humano constitutivo⁵⁹.

Nesta toada, a filosofia moderna, ao contrário do conceito aristotélico de teleologia, um propósito natural do homem, é estabelecida na articulação do conceito de causalidade mecânica, ao passo que o binômio potência-ato cede espaço para a relação de causa-efeito. Deste modo, Kant propôs a determinação da mente através da lei moral, em que a condição de universalidade de atitudes só possa ser atribuída apenas às normas feitas por esta lei, de modo que os outros sejam vistos como fins e não como meios para se alcançar interesses particulares. Assim, o teórico e o prático, na filosofia kantiana, são oriundos do mesmo ponto originário.

Para desenvolver seu pensamento filosófico, Kant contou com a enorme contribuição de David Hume, que se consolidou como um dos expoentes do empirismo inglês, sendo considerado um filósofo moderno de enorme primazia, com a obra “*Enquiry into the Human*

⁵⁸ MILOVIC, Miroslav . Filosofia da Comunicação. Brasília: Plano, 2002. v. 1. p.25.

⁵⁹ _____ . Filosofia da Comunicação. Brasília: Plano, 2002. v. 1. p.26.

Understanding”, datada de 1748. Ela surgiu como uma remodelação de “*Treatise of Human Nature* (1739)”, de modo tal que as Investigações sobre o entendimento humano nasceram como uma simplificação do Tratado, procurando fornecer um desenvolvimento mais nítido das suas ideias e tornar a leitura mais fácil.

Hume extrai que todo efeito é um evento distinto de sua causa, não podendo ser descoberto na causa e devendo ser, pois, inteiramente arbitrário concebê-lo ou imaginá-lo a priori. Deste ponto, relata-se o motivo pelo qual nenhum filósofo racional e modesto jamais pretendeu indicar a causa última de qualquer fenômeno natural, ou mostrar distintamente a ação do poder que produz qualquer efeito singular no universo⁶⁰.

A segunda parte da Seção IV, do livro de Hume, explicita que, conquanto a construção argumentativa apresentada na primeira parte, nenhuma resposta satisfatória foi encontrada ao esmiuçar o problema, restando suspensa a indagação: qual é o fundamento de todas as conclusões derivadas da experiência? Usando a ignorância como virtude, explana-se que, mesmo depois que temos experiência das operações de causa e de efeito, nossas conclusões desta experiência não estão fundadas sobre raciocínios ou sobre qualquer processo do entendimento. Inicia-se, pois, o trecho que deu ensejo a todo este arcabouço traçado até agora, afirmando-se que a natureza nos tem mantido a uma grande distância de todos os seus segredos, e que apenas nos tem concedido o conhecimento de algumas qualidades superficiais dos objetos, enquanto ela nos esconde os poderes e princípios dos quais depende inteiramente a ação desses objetos.

Portanto, Kant considera o empirismo de Hume, que implica no ceticismo, fundamental para sua teoria, vez que está tentando investigar a possibilidade do conhecimento que, por sua vez, não se origina unicamente na experiência, conforme a introdução da “*Crítica da Razão Pura*”, de modo que existe alguma contribuição do sujeito para se averiguar o conhecimento. Neste ponto, o célebre autor apresenta o conceito filosófico fundamental de sua investigação transcendental, que representa todo o conhecimento que se ocupa não tanto dos objetos como da forma do nosso conhecimento dos objetos na medida em que essa forma do conhecimento seja possível a priori.⁶¹ Por conseguinte, o dever de uma filosofia transcendental deve ser responder às questões sobre a possibilidade de estruturas invariáveis do conhecimento e do

⁶⁰ HUME, David. *Investigação Acerca do Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção “Os Pensadores”). P.26

⁶¹ KANT, 1977,p.59. Apud MILOVIC, Miroslav . *Filosofia da Comunicação*. Brasília: Plano, 2002. v. 1. p. 50.

mundo prático. Conforme se apresenta, embora exista algo de intersubjetivo no pensamento kantiano, ele ainda se aproxima da proposta solipsista moderna, conforme a profícua passagem:

É importante notar que Kant está interessado no conhecimento e na prática que sejam válidos para todos os seres humanos. Em outras palavras, a objetividade do conhecimento pode ser entendida como o conhecimento intersubjetivamente válido, porém, a questão é como é possível tal conhecimento. **A filosofia transcendental não apenas explica as estruturas invariáveis do conhecimento como também questiona as condições de sua constituição. Este é, precisamente, o ponto no qual a contribuição da subjetividade transcendental ou constitutiva torna-se clara, e é aqui que Kant alia-se à perspectiva predominante da era moderna, filosoficamente articulada pelo cogito de Descartes.** (MÍLOVIC, 2002, p.50. grifou-se).

O que de fato ocorre é que Kant traça uma crítica ao constructo da dogmática cartesiana, mas para isso, almeja traçar um conceito ainda mais radical de subjetividade. Investiga, pois, quais são as condições que possibilitam que a experiência seja constituída de um modo universal. Desta forma, a experiência não é dada, porém sua apreensão é possível graças à objetivação kantiana de demonstrar a constituição da experiência recorrendo à subjetividade transcendental. Com isso, traçamos a busca kantiana de revelar a estrutura das faculdades espirituais e provar sua validade objetiva, de modo tal que a questão da validade está, precisamente, na constituição da experiência. Para tanto, o autor lança mão do princípio transcendental da objetividade, um juízo sintético *a priori*, não podendo, pois, ser resolvida apenas pelos juízos analíticos ou empíricos.

Diferente de David Hume e demais, o pensar em Kant significa relacionar mentalmente as representações, basicamente raciocinar, de modo que os juízos e conceitos são traçados embasados na lógica aristotélica. Assim, a possibilidade de juízos sintéticos *a priori* é colocado em cheque com a real constatação de que podemos obter conhecimento sem experiência. Portanto, o cerne do argumento transcendental kantiano consiste em perceber como os conceitos *a priori* podem estar relacionados aos objetos, de modo tal que, ou as condições subjetivas da consciência estão sendo determinadas em conformidade com o mundo objetivo, ou este mundo objetivo é determinado conforme as condições subjetivas de nossas consciências.

Conclui-se, pois, que as condições de uma experiência possível são, simultaneamente, condições de possibilidade dos objetos referentes a esta mesma experiência. Nossas faculdades espirituais são fundamentais, uma vez que, sem elas a natureza continuaria existindo, mas como

uma mera afetação indeterminada da faculdade estética, ao passo que apenas as faculdades espirituais deflagram normativos, com os quais podemos compreender a natureza. Portanto, o *eu penso* deve ser capaz de acompanhar todas as representações deste eu, que é possível de ser alcançado graças ao princípio lógico da não-contradição, de modo que seria impossível o *eu penso* não se relacionar necessariamente às representações deste eu (um juízo analítico) E para validar tal constatação, Kant afirma que a identidade das representações daquele eu é encontrada já que elas unem-se em uma autoconsciência, o que é determinado pelo seguinte raciocínio: exatamente na medida em que seja possível compreender as diversas representações em uma consciência, é possível considerá-las como sendo uma e pertencente totalmente àquele sujeito, uma verdadeira síntese. Desta feita, a unidade analítica da apercepção é possível apenas sob a pressuposição de uma certa unidade sintética, o que Kant objetivou determinar como a mais elevada perspectiva de todo o conhecimento humano.⁶²

Passemos então ao imperativo categórico, que a esta altura fica claro ser um juízo sintético a priori e, como tal, o princípio da moralidade. Neste sentido, uma vontade boa é aquela que não pode ser má, já que, quando transformada em lei universal, nunca poderá se contradizer, ao passo que temos que agir segundo a máxima que pode ser universalizada. Portanto, para um sujeito avaliar sua conduta pela métrica da moralidade, ele precisa basicamente acessar aquela autoconsciência una e verificar se as máximas subjetivas podem se tornar leis universais. Agindo, pois, segundo esse imperativo, agimos por determinação da vontade boa em si mesma, que não pode ser má, vez que a “maldade” representaria uma auto-contradição performativa.

Kant, aos olhos de Mílovic, consegue desviar a tônica tanto do sujeito metafísico (segundo os moldes aristotélicos) como da objetividade (segundo os padrões modernos), para instaurar o que chama de metafísica da subjetividade, e não estaria preocupado com os princípios da vida boa, mas em garantir princípios de ação que se fundamentem na razão prática. Desta forma, o panorama de sujeito nos moldes kantianos, pode ser compreendido com um auto-legislador, ou legislador universal, na medida em que o princípio de sua ação deve sempre servir como lei universal.

2.3. A crítica de Míroslav Mílovic e a superação do solipsismo moderno

⁶² KANT, I. *Crítica da razão pura*. 40 ed. Prefácio à tradução portuguesa, introdução e notas: Alexandre Fradique MOURUJÃO. Tradução: Manuela Pinto dos SANTOS e Alexandre Fradique MOURUJÃO. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Por fim, após traçar um panorama filosófico com os pensadores e pensamentos que julgamos mais adequados para a pesquisa que seria necessária para redeterminar o discurso de ódio, passando desde o questionamento sobre Ser em Parmênides até a presente dedução transcendental kantiana. Neste ponto, podemos interpretar que a crítica que Mílovic traça sobre a filosofia kantiana, pode ser utilizada como uma grande crítica a toda fundamentação filosófica aqui apresentada, uma crítica à modernidade, ao seu solipsismo e à incapacidade deste pensamento monológico permitir uma compreensão adequada e contemporânea para que o operador do direito possa atacar, da melhor forma possível, um problema tão sério quanto a comunicação via ódio linguístico.

As premissas que a Modernidade trouxe para se pensar o ser humano e suas interações com o mundo representam um avanço, porém foram desenvolvidas pautadas em uma metafísica subjetivista. O mecanismo desenvolvido por Kant é extremamente satisfatório dentro de sua própria edificação metafísica, porém, nem ele ou qualquer outro filósofo moderno se preocupou em realizar uma autotematização dos seus pensamentos. Desse modo, eles não tematizaram a si mesmos e a filosofia que eles desenvolveram, investigaram o mundo de uma forma teórica e distanciada. Mílovic apresenta, pois, o problema fundamental da irreflexão da postura kantiana: ao invés de buscar uma reflexão rigorosa, Kant traçou o caminho de uma reflexão extremamente teórica, não tematizou as premissas da filosofia transcendental nela mesma. Ele investigou o modelo paralelo ao contexto em que viveu, a efervescência das ciências naturais, objetivando traçar a metafísica como um caminho indubitável e científico. Esta irreflexão da reflexão teórica corrói a teoria, uma vez que não atinge o questionamento de como esta teoria seria verdadeiramente possível como argumentação significativa.

Outra “deficiência” na argumentação kantiana e fundamental para o propósito deste estudo é a questão da intersubjetividade. Kant não abordou a relação entre dois seres, que, como já percebemos, no caso do homem, se dá intimamente na linguagem; conquanto se teorize a subjetividade transcendental intersubjetividade na teoria, ela é abordada dentro da estrutura geral e metafísica das faculdades cognitivas. Em nenhum momento, Kant conseguiu vislumbrar a intersubjetividade em um sentido de comunidade, da relação de indivíduos vivendo em sociedade e que se relacionam por meio da comunicação. Kant não se atentou que em uma comunidade, apesar do prefixo “comum”, não somos uma colmeia, uma autoconsciência, cada indivíduo está inserido em um contexto conjuntural e tem a sua própria identidade, e que estas identidades se inter-relacionam. Corroborando com este raciocínio, afirma, “*in verbis*”:

Entretanto, **Kant nunca discute o fato de que o conhecimento seja sempre dado na linguagem, isto é, para mim, aquele que fala pertence à comunidade de**

comunicação. Eu não estou consciente do conhecimento diretamente, mas apenas por meio da linguagem, como membro da comunidade de comunicação. Nesse sentido, a comunicação é a condição essencial da constituição do significado. [...] Esses problemas apontam para a relação entre o *a priori* e o *a posteriori* no sistema. Assim, a questão é: eles podem ser diferenciados segundo a maneira sugerida por Kant? **Já está postulado por Hegel que o pensamento é objetivo apenas na medida em que compreende a coisa em si. Pela especulação, Hegel supera a diferença entre sujeito e objeto e abre a perspectiva de sua mediação histórica.** Somente a especulação, e não a reflexão, como é o caso de Kant, pode adotar a relação novamente postulada do sujeito e do objeto ou, em outras palavras, a história. [...] **Parece que o alvo em questão é a linguagem, as condições comunicativas do pensamento, que Kant não se encarrega de investigar, e é nessa medida que se fala em uma limitação em sua filosofia.**(MÍLOVIC, 2002, p.64-66.grifou-se).

Esta passagem evidencia que Hegel apresenta respostas satisfatórias à relação sujeito-objeto em Kant e, sobretudo, fica ilustrado que para evoluir o paradigma filosófico, precisamos falar sobre linguagem, sobre nós mesmos. A título de elucidação, a seguinte passagem sintetiza todo o pensar moderno:

Kant e Hegel viveram numa época de revoluções, tanto teóricas como práticas, que levaram a uma nova determinação do sujeito e do objeto, por conseguinte, a um novo conceito de racionalidade. A era moderna representa, assim, uma nova racionalidade, uma ruptura com a estrutura do mundo clássico, onde sua ordem já está dada como logos, e no qual o pensamento somente pode refletir subsequentemente essa mesma ordem. Tampouco estamos no mundo escolástico, onde se pressupõe a ordem divina. Já o cogito cartesiano aponta para uma nova autoconsciência e para a subjetividade moderna e emancipada. A única coisa certa é o pensamento mesmo, ou seja, a certeza de si do sujeito e não mais de uma ordem divina. (MÍLOVIC, 2002, p.122).

Observa-se, pois, que o avanço da racionalidade da modernidade foi fundamental, mas insatisfatório para lidarmos com problemas comunicacionais como o “hate speech”. Fica claro quando pensamos que não poderíamos identificar, determinar e validar nossas experiências mentais se não fizessemos parte dos jogos de linguagem que compõem a comunidade de comunicação real, de modo que o “cogito” cartesiano e Kant não são o bastante para nos satisfazer na busca por uma instância filosófica limítrofe. Deste modo, concluímos que a Modernidade sustenta somente o *eu penso* como base constitutiva do conhecimento, clarificando a raiz solipsista de toda tradição moderna e demonstrando, ainda, que todo pensamento desenvolvido até então apresenta problemas quando se emerge a discussão sobre o outro, sobre a comunidade.

3. A TRANSIÇÃO PARA A FILOSOFIA DA LINGUAGEM: INTERSUBJETIVIDADE E REVIRAVOLTA LINGÜÍSTICA

A este momento da dissertação, observa-se que traçamos um bom arcabouço filosófico para fundamentarmos devidamente uma compreensão contemporânea e mais adequada sobre o discurso de ódio. Momento oportuno para descrever o momento de transição do subjetivo para o intersubjetivo; do *eu penso*, para o *eu sou e só sou por meio da linguagem*.

Argumentou-se que o solipsismo anula completamente a possibilidade do tema da comunicação, de modo que esta própria comunicação nega o solipsismo filosófico, perpassando por Descartes até Edmund Husserl, e propicia a abertura do tema da intersubjetividade e da linguagem. Objetiva-se, pois, demonstrar que estes problemas da filosofia moderna da consciência podem ser resolvidos precisamente dentro da estrutura da filosofia da linguagem.

Por conseguinte, o primeiro sopro do processo histórico denominado de virada lingüística teve início, de forma insipiente no que concerne ao objetivo desta dissertação, nos estudos de Frege e Russell, na tentativa de conciliar a matemática e a filosofia, na busca de uma linguagem unívoca que fosse capaz de lidar com a exatidão daquele conhecimento científico, um instrumento preciso e seguro, cabendo a menção ainda à concepção da linguagem cálculo de Leibniz.

Nesta toada, Miroslav Mílovic e Julio Cabrera enxergam em Wittgenstein um propulsor dessa transição paradigmática. Ludwig Wittgenstein foi um vanguardista em sua forma de observar o mundo e, sobretudo, a linguagem. A análise que Cabrera apresenta sobre tal pensador é formidável, e demonstra a complexidade e contribuição de seu pensamento, já que o pensador analítico-continental, é convocado várias vezes no livro “*Margens das Filosofias da Linguagem*” como ponto de junção de diversas perspectivas sobre a linguagem (analítica, hermenêutica, fenomenológica, crítica de ideologias, psicanalítica), e, no presente trabalho, como elo de transição da modernidade para a intersubjetividade. Neste sentido, Mílovic leciona:

Wittgenstein realiza a transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Kant e Husserl, ao que parece, continuam presos à estrutura da tradição cartesiana. Husserl, por exemplo, acredita que as *Meditações* de Descartes são de importância capital, precisamente devido à sua revolução levada a cabo pelo cogito. A partir daí, a filosofia radicalmente transforma-se em metafísica da subjetividade. Husserl inclusive entendia em sua fenomenologia como uma forma nova e radicalizada da filosofia cartesiana do século XX. Kant igualmente busca utilizar as razões cartesianas para determinar sua apercepção transcendental, isto é, a condição da filosofia teórica em geral. Parece que Husserl, nesse contexto da

discussão, novamente retorna às premissas solipsistas do eu (ego). (MÍLOVIC, 2002, p.168-169. Grifou-se).

A obra do filósofo argentino é considerada por ele mesmo como um livro sobre Wittgenstein, na medida em que este singular filósofo foi sucessivamente submetido às mais diversas interpretações (analítica, hermenêutico-transcendental), transformando Wittgenstein numa prova viva e concreta da teoria linguística de Cabrera, o confronto das múltiplas perspectivas a respeito da linguagem, uma verdadeira personificação do pluralismo de perspectivas das filosofias da linguagem. Desse modo, o primeiro sinal da revolução da linguagem na filosofia se dá com o “*Tractatus Logico-Philosophicus*”, que Miroslav Mílovic descreve até como uma transformação da filosofia kantiana, evidenciando um mundo de multiplicidade de fatos e uma linguagem que o reflete por meio de signos

A obra é estruturada analiticamente em aforismos, o que potencializa a dificuldade de sua apreensão. Em uma centena de páginas, a obra explicita, de forma sucinta ou aprofundada, um espectro de temas da filosofia tradicional, como: a lógica e a filosofia de valores, a indagação sobre a estrutura última da realidade, o sentido da vida, a metáfora de linguagem e significado com uma flecha acertando um alvo, a teorização sobre a linguagem e sobre a própria atividade filosófica. Suas proposições são complexas e exigem uma pré-compreensão da analítica e lógica matemática que Frege e Russel construíram, para buscar vários sentidos na obra. Outra explicação da figuração de Wittgesntein é apresentada por Silvia Faustino, que a resume como “uma régua aposta à realidade, que vai até a realidade, que se enlaça com ela, e cujos pontos mais externos de suas marcas tocam o objeto a ser medido⁶³”. Wittgesntein elucida que mundo e a linguagem possuiriam um isomorfismo: estrutura da linguagem seria a mesma estrutura do mundo e, essa estrutura, uma estrutura lógica, deflagrando uma espécie de estrutura lógica do mundo.

Esta obra ilustra o denominado por muitos “primeiro Wittgesntein”, que influenciou drasticamente a filosofia continental e, sobretudo, o denominado Círculo de Viena. Ela representa a vertente analítica da filosofia da linguagem. A esta perspectiva interessam a estrutura gramatical e seus usos efetivos, e não, por exemplo, os vínculos da fala com a subjetividade, as categorias da existência, a finitude, a historicidade, a condição humana, a morte e, em geral, os vínculos da linguagem com a experiência vivida. As funções acentuadas na filosofia analítica são expressivamente as referenciais, aquelas veiculadas por atos de fala que podem ser submetidos a um tratamento articulado, e não as funções “evocativas”,

⁶³ FAUSTINO, Silvia. A experiência Indizível. São Paulo: Unesp, 2006, p. 52.

comunicacionais, vinculadas ao silêncio, o que acaba por não ser foco do presente trabalho. Assim, percebe-se que o fato de Wittgenstein não discutir a pragmática, no sentido de dimensão comunicativa da linguagem, surge nos aforismos que são designados como paradoxo do *Tractatus*, quando este afirma que nada pode ser dito sobre a linguagem mesma e ainda utiliza isto para declarar a profunda falta de sentido da filosofia.

Nada obstante, a filosofia analítica da linguagem ainda não se consubstancia na mais adequada para lidar com o discurso de ódio. Ocorre que a liberdade de expressão perde o seu valor de direito fundamental essencial às democracias modernas, se enxergássemos a função da linguagem como restrita a figurar o mundo. O discurso do ódio, por sua vez, será reduzido ao exercício da liberdade de expressão, cabendo um juízo de verdadeiro ou falso, mas que não representaria uma nova situação do mundo.

Ocorre que a genialidade de Wittgenstein não acaba por aí: ele foi capaz “evoluir” sua abordagem da linguagem e a contrariar muito do que havia escrito no *Tractatus*, obra que escreveu enquanto servia na Primeira Guerra Mundial. O enquadramento do Wittgenstein do último período, já não se encaixava mais na alcunha de filósofo analítico, especialmente no que se refere à sua tolerância para com a compreensão, carente de argumentos, de expressões, às quais somos conduzidos por pura persuasão, de modo que Julio Cabrera enxerga em Wittgenstein um propulsor dessa transição paradigmática.

Na segunda fase de sua produção intelectual, o critério intersubjetivo do sentido é colocado em questão, o giro pragmático se consubstancia em recorrer à linguagem comum, do cotidiano, influenciada por imensuráveis formas de vida. Embebidos nesta concepção, faz mais sentido contemplar o discurso do ódio como a utilização da via comunicacional, com base em um determinado contexto, deflagrando uma exclusão do outro enquanto merecedor de igual respeito. A obra “*Investigações Filosóficas*” ilustra a linguagem como parte elementar da interação humana, marcando este novo momento do pensamento de Wittgenstein, em que se defende o acesso ao mundo que conhecemos somente através da linguagem, vez que ele mesmo é linguagem; só temos o mundo na linguagem, nunca o acessamos em si, o fazemos apenas pelo intermédio da linguagem.

Rompe-se, portanto, a rígida estrutura analítica da linguagem, tendo em vista que se percebeu que não seria possível “congelar” o fenômeno linguístico. Ela dá espaço para uma fluidez inerente e intrínseca à própria linguagem, uma vez que o uso e contexto social se transformam no pano de fundo, e as palavras e termos, conseqüentemente, passam a gozar de uma abertura interpretativa que permitem o preenchimento de significados dos vazios conceituais.

Almejando contribuir e robustecer esta concepção pragmática da linguagem, cumpre mencionar as pesquisas de John Searle e John Langshaw Austin. Nesta toada, este autor deu continuidade à perspectiva da pragmática da linguagem, uma vez que afirmou em sua célebre obra, “How to do things with words”, que o discurso já é um tipo de ação em si mesmo, o que desencadeou na diferenciação entre atos da fala locutivos e ilocutivos. Exemplificando a sua compreensão no que tange ao ato de falar, Austin explica que “parece claro que enunciar a frase (nas condições apropriadas, evidentemente), não é nem descrever aquilo que supostamente eu estou a fazer ao falar assim, nem afirmar que o faço: é fazê-lo⁶⁴”.

Na tentativa de estruturar melhor essa ideia, Austin propõe a diferença entre enunciados constataivos e enunciados performativos: os primeiros são os atos de pura constatação de determinados fatos ou ações; já os segundos, não apenas descrevem algo, mas executam alguma alteração no mundo fático. Essa teoria dos atos de fala tem como principal finalidade demonstrar que a linguagem é um ato e que sua significação depende dos contextos, dos usos e costumes.

Desta feita, Austin traçou uma decomposição dos atos de fala em três dimensões: a dimensão locucionária, ilocucionária e a perlocucionária. A primeira delas é a morada do ato locucionário, explanado como totalidade da ação linguística em todas as suas dimensões, concluindo que cada procedimento linguístico é, pois, um tipo de ação humana. Interessante, além disso, é a forma como Austin buscou compreender a fala em si, sendo composta pelos atos fonético, fático e rético: ato fonético é aquele responsabilizado pela emissão de sons, ruídos ou barulhos que o conjunto vocal pode produzir, não se referindo a sentidos, mas sim à sonoridade produzida pelo falar; o ato fático é a utilização desses sons para gerar algo significativo para aquele que escuta e, por fim, estes atos fáticos usados em conjunto, deflagram o denominado ato rético, explanado como o uso de expressões com a finalidade de formar uma frase ou e comunicar uma ideia.

Em sequência, a segunda dimensão dos atos de fala é a ilocucionária, em que se constata a intenção de fazer algo, de realizar algo com as expressões utilizadas. Compreende-se como o uso dos atos de fala embebido em um sentido e com o objetivo de se realizar algo, como informar algo, alertar alguém, ameaçar alguém ou até mesmo ofender uma pessoa ou um grupo determinado de pessoas. Ponto fulcral, pois, para entendermos o “hate speech”, já que é na dimensão ilocucionária que os seres humanos demonstram, para Austin, uma intenção, uma ideia, uma expressão real daquilo que está sendo dito.

⁶⁴ AUSTIN, John L. How to do things with words. Oxford University Press, 1962, p. 6.

A terceira dimensão de Austin, a perlocucionária, é apresentada como a intenção de se provocar no ouvinte ou leitor uma certa atividade, um certo pensamento, um efeito qualquer. O objetivo de Austin é descrever que um ato, enquanto possa passar um sentido, consegue, com este sentido, que a pessoa ouvinte tenha certa atitude, como no exemplo em que falamos para um amigo não ir por um caminho, mas por outro, por conta do trânsito (o sentido do meu ato de fala pode deflagrar a atitude no meu ouvinte de mudar o caminho, apenas com o que foi dito). Nada obstante, é essencial compreender que as dimensões abordadas de Austin não se referem a atos distintos, mas justamente a dimensões diferentes do mesmo ato.

Este resumo da teoria austiniana da linguagem se mostra nevrálgico para uma nova determinação do discurso de ódio, uma vez que, aprofundando a teoria do segundo Wittgenstein, proferiu que a linguagem, enquanto ato de fala, não depende do que exatamente uma pessoa quis dizer, mas sim do que ela disse, levando-se em conta, ainda, o contexto sócio cultural em que foi dito. Wittgenstein, Searle e Austin nos levam a concluir que a dimensão do simples “falar” já é concomitantemente intervir no mundo, e, por conseguinte, já é uma ação e assim enseja as conseguintes consequências.

A esse respeito, Mílovic discorre que a distinção austiniana entre os atos do discurso locutivos e ilocutivos, foi, em Searle, substituída pela diferença entre atos ilocutivos e proposicionais e que Habermas iria interpretar, posteriormente, esta distinção como a diferença entre dois níveis de comunicação encontrados no ato do discurso. Nesta toada, Habermas assume essa distinção para fundamentar o nível da intersubjetividade, em que locutor e ouvinte comunicam-se mutuamente, e o nível dos objetos sobre os quais os agentes comunicacionais dialogam para chegarem a um acordo pelo entendimento, instância que ficou denominada como a dupla estrutura de comunicação habermasiana: o elemento proposicional (nível dos objetos da discussão da vida cotidiana) e o elemento performativo (nível da intersubjetividade da relação entre os falantes). Esta dupla estrutura será fundamental para a conclusão da presente dissertação, de modo que voltará a ser apresentada no momento oportuno.

4. A REVIRAVOLTA LINGUÍSTICA PRAGMÁTICO-HERMENÊUTICA

4.1. A hermenêutica pela perspectiva de Schleiermacher

A hermenêutica se mostra fundamental para o exercício de qualquer operador do direito na contemporaneidade. Desse modo, buscar-se-á trazer algumas perspectivas de diferentes autores para podermos, finalmente, apresentar a compreensão do discurso de ódio, com o substrato da hermenêutica e da pragmática.

Discutiremos, pois, primeiramente a concepção hermenêutica de Schleiermacher. Desta forma, observa-se que este renomado filósofo é retratado, na história da teologia como, pai da teologia liberal, em que se observa a experiência humana como o desejo pela infinitude, preconizada pela ideia de que “todo discurso sobre Deus, é um discurso sobre o homem”. Além disso, pode-se elencar o fato de ser considerado um Romântico e tradutor de Aristóteles e, sobretudo, Platão para o alemão, mas, como característica principal, devemos enaltecer que sua teoria foi o primeiro passo para a universalização da hermenêutica.

Neste sentido, para explicitar esta concepção da universalização, no Discurso A, Schleiermacher propõe três modos de atividade que compõem a vida humana: a mecânica, relacionada ao cotidiano maquinal, aquela rica em experiências e observações e, por fim, a atividade segundo as regras da disciplina (*kunstmässig*). Entre estas, o autor inclui também a interpretação, subsumindo sobre a expressão toda a compreensão de discurso estranho, referente à dificuldade em entender, um estranhamento na comunicação. Desta forma, ele transmite uma diferenciação entre interpretação e compreensão. Em seguida, Schleiermacher faz referência à mediocridade que deturpa o mais belo, com objetivo de mostrar o caminho à uma juventude ávida, de modo tal a buscar um projeto de segurança na interpretação contra esta insegurança gerada pela arbitrariedade (traçar um “corrimão que permita uma segurança na interpretação”).

Para este fim, o autor recorre a Wolf e Ast, professores de filologia deste e que, conquanto não tenham uma influência nevrálgica na sua concepção hermenêutica, tiveram sua importância na construção das ideias. Nota-se isso, na ideia de Ast de encontrar, no particular, o espírito do todo e entender o particular através deste todo, ou seja, a ideia da necessidade do todo para entender as partes. Ele enxerga, pois, uma certa afinidade com algumas concepções, não obstante, a problemática é o papel secundário que estes dois autores apregoam à hermenêutica. Schleiermacher explana, por conseguinte, que ela deve assumir um papel maior, uma vez que ela se mostra algo comum tanto na teologia cristã, como na ciência clássica da antiguidade. Em seguida, o autor apresenta o passo para a universalização da hermenêutica, quando ele expõe que esta não se conforma em um mero órgão filológico, mas que, em toda parte onde existem escritores, ela pratica o seu trabalho, ressaltando em seguida a relação da hermenêutica também com a fala (“leitura e audição”). Logo, o autor introduz a ideia de que, partindo do conceito de estranho de Ast, é necessário existir um ponto de contato entre aquele que compreende e aquilo a ser compreendido.

Portanto, como tese principal da hermenêutica de Schleiermacher, podemos identificar o fato de o autor notar limitações em Wolf e Ast (eles ignoram a fala, a conversação, o discurso)

e propor, conseqüentemente, a universalidade, de modo tal que a hermenêutica não pode estar limitada às produções literárias, devido à surpresa observada nas operações hermenêuticas. Neste ponto, entra o aspecto divinatório, de tentar entrar na cabeça do outro falante para compreender (uma interpretação psicológica). Assim, critica-se a exigência de um “conhecimento necessário”, propondo, portanto, esta faceta divinatória, em que o intérprete penetra tanto quanto possível na disposição do escritor, aqui ressaltando a ideia do “amigo”, da importância de conhecer a história da pessoa, concluindo, pois, que quanto mais se conhece, quanto mais “amigo”, melhor se consegue compreender e buscar a intenção do autor. Por fim, a ideia da interpretação psicológica apresenta duas instâncias desta arte: uma psicológica e outra gramatical, de modo que o método comparativo se concentraria nos aspectos gramaticais; e, por sua vez, o divinatório, nos aspectos psicológicos. Concluindo, Schleiermacher finaliza sua concepção hermenêutica realçando a ideia de que, assim como o todo é seguramente compreendido a partir do particular, o particular apenas é compreendido partindo deste todo.

4.1.2. A hermenêutica pela perspectiva de Wilhelm Dilthey: entre uma filosofia da vida e uma “crítica da razão histórica”.

Wilhelm Dilthey se apresenta um autor deveras interessante para a o desenvolvimento da hermenêutica, relatando o caráter fragmentário e a respectiva importância disso na obra deste autor. Observamos isto pelo fato de que Dilthey publicou sua obra, “*Introdução às ciências humanas*”, quando tinha cinquenta anos, em 1883, e, ainda que só viesse a falecer em 1911, aquela obra jamais foi terminada. Não obstante, o caráter fragmentário da obra do autor demonstra a inquietude que habita o cerne da hermenêutica, de modo tal que ser fragmentário aqui não é um defeito, mas, na verdade, é o retrato da essência da vida que se realiza em conexão.

Posto isto, nota-se que o objetivo do autor era traçar uma crítica da razão histórica, isto é, como fundamentar, como se falar de uma ciência histórica. Para isso, ele busca uma certa empiria, mas que se distancia dos empiristas tradicionais, buscando desta forma, o procedimento verdadeiramente empírico no lugar daquele dogmático, recheado de preconceitos. Por conta disto, ele objetiva descrever e mostrar a vida como ela realmente é, almejando tornar a vida visível em sua profundidade, expressando esta ânsia pela célebre frase: “aqui, a vida capta a vida”, ou seja, ela é sujeito e também objeto. Assim, relata que o vivenciar não se deixa dissolver em conceitos, precisando, pois, expressar que a conexão das ciências humanas é determinada pela vivência e pela compreensão, explorando que estas vivências estariam ligadas umas às outras, em uma unidade de vida no transcurso do tempo.

Por conseguinte, a compreensão pressupõe um vivenciar, de modo tal que a vivência só se transmuta em uma experiência de vida, quando o compreender nos conduz para fora da subjetividade, culminando em uma região do universal. Aqui observamos a vivência inserida em uma visão de mundo de uma determinada época. Neste contexto, nota-se que, em relação à essa visão de mundo, as ciências da natureza propiciam o fenômeno da explicação, no sentido de causalidade, (*Erklären*), enquanto as ciências do espírito assumem um papel privilegiado, por estudar também o âmbito em que incidem as ciências da natureza e aqui aparece a compreensão como aplicação da vivência.

Como conclusão, além da questão da fragilidade e da finitude em tudo aquilo que a vida é, partindo da vida comunitária, compete finalizar a análise do pensamento de Dilthey explicitando que nós somos seres históricos antes de sermos contempladores da história e que, justamente pelo fato de sermos seres históricos, é que podemos contemplar esta história que nós mesmos construímos. Por conseguinte, a condição para elucidar uma crítica da razão histórica, reside no fato de sermos um ser histórico, de modo tal que, aquele ser que investiga a história, é o próprio ser que a constrói.

4.1.3. A hermenêutica pela perspectiva de Hans Georg Gadamer: a ideia de jogo, pré-conceitos, tradição e autoridade.

Após a discussão referente à retomada da questão pela verdade da arte, Gadamer nos disponibiliza uma digressão, sobre a Ideia de Jogo, no âmbito da ontologia da obra de arte e seu significado hermenêutico, em sua clássica obra "*Verdade e Método*". Aqui, o autor explora o jogo como fio condutor da explicação ontológica, sendo o ponto de partida, pela importância deste conceito na estética. Não obstante, Gadamer ilustra a importância de desprender o conceito das amarras do seu significado subjetivo, popularizado por Kant e Schiller. Desta forma, deve ser relatado o originário significado da palavra jogo, "*como dança que sobrevive em múltiplas formas de palavras, de tal modo que o movimento, que é jogo, não possui nenhum alvo em que termine, mas renova-se em permanente repetição*".

Conclui-se, pois, que o sujeito genuíno do jogo não é a subjetividade, mas o próprio jogo. E, por conseguinte, deste sentido medial do jogo, podemos observar a relação do ser com a obra de arte, já que, em face da renovação constante, poder surgir como um modelo de arte. Gadamer trata, em sequência, da concepção do lúdico que Huizinga apregoou em sua análise do jogo, de forma tal a se observar que "todo jogar é um ser-jogado", possibilitando que o jogo seja um senhor sobre o jogador. Em consonância à esta percepção, compete explicar a mutação pela qual o jogo humano forma sua real consumação em ser arte, fenômeno este denominado

como transformação do jogo em configuração. É por meio desta transformação, portanto, que o jogo alcança a idealidade, se libertando da noção do jogador e se constituindo no puro fenômeno daquilo que eles jogam.

Diante de todo exposto, culminamos na relação entre a ideia de jogo e verdade, tendo em vista que, no final de *Verdade e Método*, Gadamer afirma que a melhor forma de exprimir o significado da verdade é através do conceito de jogo. A forma como se realiza um diálogo pode ser descrita, portanto, por este conceito de jogo. Desta forma, demonstra-se que são jogos linguísticos que nos permitem chegar à compreensão do mundo, importando aqui o fato de que não interessa aqui o que Schiller demonstrou pela consciência do jogador e da subjetividade nesta instância, fora a importância do resgate ao aspecto lúdico, descrito anteriormente. Posto isto, a vontade do indivíduo não é determinante para o modo de entrarmos em diálogo, mas o determinante seria a lei da coisa que está em questão neste processo dialógico, ensejando fala e réplica, além de conjugar ambas. Conclui-se, pois, que o conceito principal de verdade é deflagrado por esta concepção do diálogo, embasado no conceito de jogo.

Dando continuidade, observa-se que o capítulo “*O traço fundamental de uma teoria da experiência hermenêutica*”, em *Verdade e Método*, se transmuta em um dos mais importantes de toda a obra, pelo fato de se explicitar a reabilitação dos pré-conceitos, da tradição e da autoridade, como preconceitos legítimos. Para elucidar isto, cabe uma breve recapitulação da “hermenêutica da facticidade” de Heidegger, fundamental para a explanação de Gadamer. Assim, observa-se que esta “hermenêutica da facticidade”, se apresenta como uma hermenêutica que a própria facticidade realiza, sendo ela o sujeito da compreensão, tal que, enquanto *Dasein* (*Ser-aí*), seríamos hermenêutas, numa autocompreensão. Ela objetiva, pois, tornar manifesta a facticidade, deixando inseguro o *Dasein*, querendo acordar o que jaz adormecido, pela quietude de sua de-cadência e aceitação das determinações. Este “acordar” o *Dasein* se refere ao processo de agitação deflagrado pelo esforço do fechamento da abertura, tentando, pois, fugir da indeterminação e é justamente este movimento do *Ser-aí*, da indeterminação para a determinação, que caracteriza a de-cadência, pertencente à própria constituição ontológica do *Dasein*. Por fim, em face da ruinação, do se desprender da vivência, é que podemos relatar a importância da *Destruktion* de Heidegger, como processo de desmontagem capaz de acessar a própria vivência.

Frente a esta “hermenêutica da facticidade”, Gadamer relata a ocupação de Heidegger com a hermenêutica histórica, desvelando a pré-estrutura da compreensão, ao passo que Gadamer se interessará em uma concepção tradicional da hermenêutica, como técnica de interpretação. Neste capítulo, então, o autor trilha um projeto de compreender como a

hermenêutica poderia fazer jus à historicidade, no sentido ontológico-existencial (*Geschichtlichkeit*), da compreensão. Para isso, ele utilizará uma reabilitação da ideia de preconceitos.

Interpretar passa a se apresentar, portanto, como a revisão constante destes preconceitos, deixando vir à tona e revisando um projeto prévio, como aquilo que nos permite acessar o texto, pelo denominado círculo hermenêutico. Aqui se observa a experiência do choque com o texto, por não oferecer nenhum sentido ou porque seu sentido não concorda com nossas, somado, sobretudo, à dificuldade de rompermos o circuito fechado de nossas próprias opiniões prévias. Esta dificuldade, por sua vez, interpõe a constatação da abertura para a alteridade, ou para a opinião do texto, vez que uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto.

Em seguida, neste âmbito observar-se-á a discussão referente à tradição e autoridade. Desta forma, observa-se o desenvolvimento do descrédito da *Aufklärung* pelos preconceitos, observando que a visão do Iluminismo concernente aos preconceitos, era também um preconceito, ou seja, um preconceito contra um preconceito. Por exemplo, o fato de *Aufklärung* ter excluído por completo o fato de a autoridade também poder ser uma fonte de verdade, ignorando isto pela sua difamação pela autoridade, exemplo tal, consubstanciado pela análise de Gadamer sobre Descartes. Desta forma, a autoridade pertence a uma teoria de preconceitos que deve ser libertada do extremismo que sofrera. Em sequência, o Romantismo exerce um papel na inserção da reconstrução do momento histórico e do resgate do misticismo contra a razão, de modo tal que esta razão pura não poderia dominar tudo, ressaltando, para este fim, o uso e a valorização das superstições, valorizando também a simplicidade da vida do camponês e o mundo mítico, de modo tal a eternizar a cisão entre o mítico e o racional, preparando assim o terreno para o surgimento da “escola histórica” e corroborando para este reforço do projeto da *Aufklärung*.

Gadamer, portanto, para superar estes alicerces problemáticos oriundos tanto do Iluminismo, quanto do Romantismo, culmina na conclusão de que, acordando com o modo de se finito e histórico do homem (a hermenêutica gadameriana como “metafísica da finitude”), mostra-se necessário uma reabilitação dos preconceitos e do reconhecimento da existência de preconceitos legítimos, nos apresentando a autoridade e a tradição. Esta, observada não como algo inerte ou estático, mas como transformação espontânea e imperceptível, por exemplo, na percepção de “novas ordens”; aquela, pelos momentos positivos desta própria autoridade, embasada na questão do reconhecimento. Embebido na discussão destas duas instâncias, o autor ainda explana o conceito de clássico, que está além de sua noção descritiva, normativa, mas se

estabelece como intemporalidade, e o fato do clássico se expor como intemporal demonstra um modo de ser histórico.

4.1.4. Das confluências entre hermenêutica e linguagem

Neste momento, cumpre enaltecer a importância que Heidegger desempenha na construção dos pilares da hermenêutica gadameriana. Como já explicitado, observa-se que a “hermenêutica da facticidade”, isto é, uma hermenêutica que a própria facticidade realiza, demonstra que ela seria o próprio sujeito da compreensão, pela ideia de que, enquanto Dasein (*Ser-aí*) somos hermeneutas em um processo de autocompreensão. Além disso, esta hermenêutica heideggeriana quer tornar manifesta a facticidade, objetivando chacoalhar e deixar inseguro o Dasein, querendo, portanto, acordar o que jaz adormecido, pela quietude de sua de-cadência e aceitação das determinações.

É por conta destas estipulações que se deve notar que, enquanto estamos aí somos abertura (*Dasein ist seine Erschlossenheit*, “O Ser-aí é sua abertura”), não se resumindo a isso. Desta forma, a concepção de “acordar” o Dasein se faz pertinente, uma vez que nos encontramos em um processo de agitação deflagrado pelo esforço do fechamento desta abertura, tentando, pois, fugir da indeterminação e é justamente este movimento do Ser-aí, da indeterminação para a determinação, que caracteriza a de-cadência, pertencente à própria constituição ontológica do Dasein.

Cabe, finalmente, explicitar que o pior dos “falatórios” poderia ser determinado pelo próprio discurso filosófico como estava sendo efetuado, uma vez que este se distanciou da hermenêutica da facticidade. O Dasein, por conseguinte, está na “ruinância” e a filosofia estaria corroborando para isto, por estar se desprendendo da própria vivência. É nesta circunstância que se pode enxergar a concepção de destruição (*Destruktion*) em Heidegger, uma desconstrução daquilo que é determinado pelo discurso, que é falado e escrito, pela nossa tradição balizadora. Não obstante, a *Destruktion* não se ilustra pela destruição, no sentido de se “jogar uma bomba”, mas sim pelo desmontar, por retirar “tijolo por tijolo”, de modo tal que o que aparece nesse processo de desmontar é a própria facticidade, concluindo, pois, que esse destruir significa chegar perto de “mim”.

Em virtude do exposto no que tange à “hermenêutica da facticidade”, Gadamer relata que Heidegger se ocupa com uma hermenêutica histórica, no intuito de desvelar a pré-estrutura da compreensão, de modo tal que aquele autor demonstrará interesse em uma concepção tradicional da hermenêutica, como técnica de interpretação.

Gadamer nos apresenta, pois, um projeto de compreender como a hermenêutica poderia fazer jus à historicidade, no sentido ontológico-existencial (*Geschichtlichkeit*), da compreensão, lançando mão, para isso, da reabilitação da ideia de preconceitos. Desta forma, observa-se que interpretar passa a se apresentar como a revisão constante destes preconceitos, deixando vir à tona e revisando um projeto prévio, como aquilo que nos permite acessar o texto, pelo denominado círculo hermenêutico. Neste contexto, compele a experiência do choque com o texto “seja porque ele não oferece nenhum sentido, seja porque seu sentido não concorda com nossas expectativas – o que nos faz parar e perceber um possível ser-diverso do uso da linguagem” (GADAMER, 1999, p. 403), somado ainda à dificuldade de rompermos o circuito fechado de nossas próprias opiniões prévias deflagrando a importante constatação da abertura para a alteridade, ou para a opinião do texto, já que uma “consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto”. (GADAMER, 1999, p.405).

Dando sequência, perpassando pelo desenvolvimento do descrédito da Aufklärung pelos preconceitos e do papel do Romantismo na inserção da reconstrução do momento histórico e do resgate do misticismo contra a razão, culminamos na conclusão de Gadamer de que, acordando com o modo de ser finito e histórico do homem (aqui observando a hermenêutica gadameriana como “metafísica da finitude”), mostra-se necessário uma reabilitação dos preconceitos e do reconhecimento da existência de preconceitos legítimos, nos apresentando a autoridade e a tradição. Embebido na discussão destas duas instâncias, o autor ainda explana o conceito de clássico, que está além de sua noção descritiva, normativa, mas se estabelece como intemporalidade, e o fato do clássico se expor como intemporal demonstra um modo de ser histórico.

Observa-se que no início da discussão dos preconceitos, Gadamer não se exaure de elucidar a problemática da arbitrariedade destes, mas o autor responde a isto com o conceito de “distância temporal” (cabendo aqui a crítica de Grondin ao passo de que Gadamer não teria resolvido o problema da arbitrariedade, mas no fundo, ele estaria preocupado com questões epistemológicas, ficando claro isto quando trata desta “distância temporal”). Com este conceito, Gadamer nos propicia a forma pela qual observa a compreensão, discutindo a diferença entre “compreender” e “ser versado em algo”, estipulando que a tarefa da hermenêutica seria esclarecer as condições referentes ao surgimento da compreensão.

Desta forma, frente ao breve relato da teoria hermenêutica, projetada por Gadamer, a problemática que motiva as análises do trabalho se consubstancia na indagação de qual papel assumiria, portanto, a linguagem embebida em todo este arcabouço de desenvolvimento dos

traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica, utilizando, para esclarecer esta questão, o texto *Homem e Linguagem* (1966).

Gadamer dá início à sua explanação explicando que Aristóteles classifica o homem como o ser vivo, que possui “logos”, de modo tal que esta definição foi canonizada na tradição Ocidental no sentido de que o homem é o animal racional, o ser vivo racional, o ser que se distingue de todos os outros animais, por conseguinte, pela sua capacidade de pensar.

Observa-se, em seguida que a palavra “logos”, em sua origem, exprime o sentido de razão ou pensar, não obstante, ela significa também e, sobretudo, linguagem. Assim sendo, tendo em vista esta definição do homem, Aristóteles ilustra uma diferença entre o homem e o animal, de modo tal que estes possuem a capacidade de se entenderem mutuamente, agindo de acordo com seus instintos sendo a eles permitido pela sua natureza chegarem somente a esse ponto. Em contrapartida, ao homem foi propiciada a capacidade do “logos”, de modo tal que o homem se estabelece como único ser que possui a capacidade de raciocinar, pensar e falar. Como portador desta capacitância, o homem consegue dominar os seus instintos, tendo a possibilidade de comunicar tudo o que pensa. Desta forma, é por conta desta capacidade de comunicação que unicamente os homens podem pensar conceitos comuns, ao ponto de que a capacidade de comunicação e de compartilhamento destes conceitos torna possível a convivência humana em uma vida social, embasada, conseguintemente, na constatação de que o homem é um ser vivo dotado de linguagem.

Não obstante se observe este cenário, a linguagem não constitui o ponto central do pensamento filosófico do Ocidente. Desta forma, conquanto o Antigo Testamento chame a atenção para o fato de Deus ter entregado ao homem o domínio do mundo, permitindo-lhe nomear os seres como melhor lhe conviesse, fora a própria tradição religiosa do Ocidente cristão a principal e única responsável pela paralisação do pensamento acerca da linguagem. Sendo assim, apenas na época do Iluminismo a pergunta pela origem da linguagem recebeu uma nova roupagem. Nota-se, pois, que um grande passo foi dado quando a linguagem passa a ser respondida não mais pelo relato da perspectiva histórica da criação, mas sim a partir da própria natureza do homem.

Observa-se que na explanação de Gadamer sobre a fundação da filosofia da linguagem e da ciência da linguagem, por Wilhelm Von Humboldt, demonstra-se que o que definiu este novo horizonte da linguagem foi admitir no homem uma faculdade esclarecedora do regimento estrutural, a qual nós chamamos de gramática, sintaxe, vocabulário da linguagem. Em sequência, com este modo de pensar, o fenômeno da linguagem adquire o significado de um campo de expressão eminente, logrando possível estudar a essência do homem e sua evolução

na história. Não obstante, não seria possível penetrar nos postulados centrais do pensamento filosófico, por esta via, tendo em vista que a definição cartesiana de consciência como autoconsciência encontra-se no pano de fundo de todo pensamento moderno.

Posto isto, percebe-se que, na filosofia contemporânea, a filosofia da linguagem chega a seu ápice. Gadamer propõe, pois, que a palavra “logos” significa não apenas pensamento e linguagem, mas também conceito e lei, de modo tal que o conceito da linguagem pressupõe uma consciência desta linguagem, explicitando um movimento reflexível, em que o sujeito pensante reflete a partir da realização inconsciente da linguagem. Desta forma, o enigma da linguagem, todavia, seria que isso jamais se deixa alcançar plenamente, deflagrando uma concepção de que a linguagem nos ultrapassa, uma vez que todo pensar sobre a linguagem, pelo contrário, já foi sempre alcançado pela linguagem.

Tendo isto em mente, nota-se que nos nossos pensamentos e conhecimentos somos sempre precedidos pela interpretação do mundo feita por meio da linguagem. Ela, por sua vez, expressa nossa real e verdadeira finitude. No entanto, todo indivíduo, quando se expressa ou fala, não possui uma verdadeira consciência daquilo que está expressando. Quando temos em mente algo para dizer e nos vem à memória uma palavra que soa estranha, nos indagamos “pode-se dizer isso?”, e é justamente neste momento que a linguagem que falamos torna-se consciente por não fazer o que é seu papel próprio. Desta forma, com o intuito de explicitar o que seria esse caráter próprio Gadamer divide isto, portanto, em três aspectos.

O primeiro desses aspectos se refere ao esquecimento de si mesmo, de que advém a linguagem. Por conseguinte, a linguagem viva não tem consciência de sua própria estrutura, gramática, sintaxe, ou seja, de tudo aquilo que a linguagem por si tematiza. O que se estabelece, consequentemente, como o verdadeiro sentido da linguagem seria aquilo que adentramos quando a ouvimos, ilustrado pelo que é o dito. O segundo desses aspectos que Gadamer suscita é a ausência de um “eu”. Neste sentido, o falar não pertence ao eu, mas a nós, uma vez que, quem fala uma língua que ninguém compreende, não fala nada, consequentemente. Falar significa, conclusivamente, falar a alguém, de modo tal que a palavra quer ser palavra que vai ao encontro de alguém. Assim, a realidade do falar consiste no diálogo e, para explicar isso, Gadamer retoma o conceito de jogo explicitado em *Verdade e Método Volume I*. Assim, ele explana que a forma em que se realiza todo diálogo pode ser descrita pelo conceito de jogo, livrando-se, para isso, do hábito de pensar que define a essência do jogo partindo da consciência do jogador (definição do jogador popularizada por Schiller).

O jogo seria, portanto, um processo dinâmico que abarca os jogadores ou o jogador, uma “saída estática de si próprio para um nexos dinâmico que desenvolve sua própria dinâmica”

(GADAMER, 2002, p.180). Desta forma, Gadamer compara o fato de que a estrutura fundamental do jogo de estar impregnado pelo seu espírito ser aparentada com a estrutura do diálogo, onde se dá, pois, a linguagem real. Assim, o determinante para entrarmos em diálogo mútuo e de sermos levados por ele é a lei da coisa que está em questão no diálogo, deflagrando a fala e a réplica, acabando por conjugar ambas.

O terceiro aspecto é denominado por Gadamer como universalidade da linguagem. A linguagem não constitui um âmbito fechado do que pode ser dito, em virtude do seu aspecto onibrançante. Por conseguinte, pode-se afirmar, na visão de Gadamer, que a linguagem é, pois, o centro do ser humano, quando considerado no âmbito que só ela consegue preencher, sendo este o âmbito da convivência humana, o âmbito do entendimento, do consenso crescente tão indispensável à vida humana como o ar que respiramos (GADAMER, 2002, p.182). Desta forma, Gadamer conclui sua explanação sobre Homem e Linguagem afirmando que: “Realmente o homem é o ser que possui linguagem segundo a afirmação de Aristóteles. Tudo que é humano deve poder ser dito entre nós” (idem).

Após a construção deste arcabouço de ideias, suscitado pela discussão desenvolvida nos tópicos anteriores deste trabalho, compete observar que Gadamer consegue fornecer respostas satisfatórias às perguntas lançadas ao longo das passagens do texto, principalmente àquela crucial apresentada: qual seria o papel da linguagem frente a toda a construção dos traços fundamentais de uma teoria da experiência hermenêutica. Podemos analisar que Gadamer já nos fornece uma explanação satisfatória no início de sua abordagem em Homem e Linguagem (1966), ao propor que “o homem é um ser vivo dotado de linguagem”.

Quando, no início da discussão, indagamos se, pela abertura à alteridade, estaria Gadamer propondo uma filosofia prática, até no sentido de trazer a sua discussão para o plano ético, acreditamos que a forma como ele trabalha a temática do homem como ser vivo dotado de linguagem é uma afirmativa ao questionamento. Parece-nos muito interessante observar o homem, no sentido de um ser que, pela capacidade de se comunicar, consegue tornar possível a sua convivência “sem assassinatos e homicídios, na forma de uma vida social, de uma constituição política, de uma convivência social articulada na divisão do trabalho” (GADAMER, 2002, p.174). Neste sentido ainda, pode ser citado o trabalho “*Distanciamento teórico e engajamento prático: acerca da unidade entre atitude teórica e atitude prática a partir de um problema oriundo da hermenêutica filosófica*”, de Rainri Back dos Santos, em que este autor busca demonstrar uma interpretação crítica do projeto filosófico de Gadamer, reivindicando, para a hermenêutica, o título de filosofia prática, em uma tentativa de acoplar

teoria e prática em uma só experiência, explicitando ainda a questão da necessidade do agir eticamente em relação aos outros e também do agir politicamente em conjunto com eles.

Tendo em vista o esforço argumentativo até aqui exposto, objetivou-se demonstrar, que a linguagem assume um papel central dentro da formulação da proposta hermenêutica de Gadamer, portanto, o papel da linguagem é de um protagonista, um ponto crucial. Ao constatar que, realmente, o homem é o ser que possui linguagem e que por isso, tudo que é humano deve poder ser dito entre nós, obtemos uma explicitação de que a linguagem seria o cerne das discussões empreendidas por Gadamer, conciliado com o objetivo de suas obras: demonstrar a consciência hermenêutica, no tato do tratar com o outro, e a importância disto na esfera prática.

4. 2. Heidegger a caminho da linguagem: a relação final e nevrálgica entre homem-linguagem

Aprofundando ainda mais o binômio tratado pelo primeiro capítulo (homem-linguagem), a contribuição de Heidegger vai além do que já apresentamos dentro da teoria hermenêutica gadameriana. No final de sua carreira filosófica, Heidegger compôs a obra “*O caminho da linguagem*”, constituída por palestras e discursos que o autor alemão empreendera sobre a relação entre o ser humano e a linguagem.

Neste trabalho, Heidegger inicia sua abordagem pela constatação primeira de que o homem fala, e que acabamos por falar sempre, de um jeito ou de outro. Neste sentido ele afirma que o ser humano não para de falar em momento algum enquanto vive no mundo: quando acordados e em sonho, quando pensamos e não deixamos soar nenhuma palavra, quando ouvimos e lemos ou até, igualmente, quando não ouvimos e não lemos e, ao invés, realizamos um trabalho ou ficamos à toa. Heidegger coloca o motivo do falar na natureza essencial do homem, uma vez que falar não provém de uma vontade especial.

Nesta toada, como apresentamos desde a introdução, costuma-se dizer que, por natureza, o homem possui linguagem e é o ser vivo dotado de linguagem por excelência, à diferença da planta e do animal. Com essa definição explanada por Heidegger ele almeja não apenas dizer que, dentre muitas outras faculdades, o homem também possui a de falar; ele quer dizer que a linguagem é o que faculta ao homem ser o ser vivo que ele é enquanto homem. Conclui, pois, que, enquanto aquele que fala, o homem é: homem, parafraseando o já citado Wilhelm Von Humboldt.

No que podemos observar como sua obra mais humanizada, a Heidegger resta ainda pensar o que se chama assim: o homem. Respondendo a esta indagação, preceitua-se que a linguagem pertence, em todo caso, à vizinhança mais próxima do humano. A linguagem

encontra-se por toda parte no mundo existencial e concreto do ser humano, tão logo o homem faça uma ideia do que se acha ao seu redor, ele encontra imediatamente também a linguagem para expressar e entender aquilo, de maneira a determiná-la numa perspectiva condizente com o que a partir dela se mostra. A genialidade está em perceber que fazer uma colocação sobre a linguagem não significa tanto conduzir a linguagem, mas conduzir a nós mesmos para o lugar de seu modo de ser, de sua essência: recolher-se no acontecimento apropriador.⁶⁵

Portanto, essa ontologia da linguagem, a experiência de conduzir-nos ao lugar do nosso modo de ser, na nossa mais ínfima intimidade, significa que, pela primeira vez, não queremos chegar a lugar algum com a filosofia, o direito, ou a ciência, mas sim, ao menos uma vez, chegar ao lugar em que já estamos. Tendo a linguagem como morada da essência do ser humano, fazer uma experiência com a linguagem significa, para Heidegger, deixarmo-nos tocar propriamente pela reivindicação da linguagem, a ela nos entregando e com ela nos harmonizando.

Partindo do fato de que o homem, quer o saiba ou não, encontra na linguagem a morada própria de sua presença, então uma experiência que façamos com a linguagem haverá de nos tocar na articulação mais íntima de nossa vivência, o que ilustra a gradação que almejamos transpassar sobre o grau de violência e degradação interna que o discurso de ódio tem a capacidade de gerar, já que, nós que falamos a linguagem, podemos nos transformar com essas experiências, da noite para o dia ou com o tempo.

Como o objetivo deste primeiro capítulo foi fundamentar uma nova concepção da gravidade existencial e para o viver humano que o discurso de ódio gera, dentro do nosso paradigma brasileiro de Estado Democrático de Direito, podemos encontrar neste Heidegger uma última fundamentação para entendermos o devido peso do “hate speech” nas democracias constitucionais contemporâneas. O discurso de ódio é uma experiência que fazemos com a linguagem, e, para Heidegger, as experiências que fazemos com a linguagem representam o momento em que a própria linguagem que vem à linguagem. Ele afirma que poder-se-ia acreditar que isso acontece toda vez que se fala, porém, por mais que falemos uma língua, a linguagem propriamente nunca vem à palavra. Explicita-se que muito vem à linguagem quando se fala, sobretudo aquilo sobre o que falamos: um fato, uma ocorrência, uma questão, uma preocupação. Nada obstante, Heidegger leciona que nós só somos capazes de falar uma língua, de agir na fala com relação e sobre alguma coisa porque a linguagem, ela mesma, não vem à linguagem na fala cotidiana, ficando nela resguardada.

⁶⁵ HEIDEGGER, M. A caminho da linguagem. Trad. de Márcia S. C. Schuback e Emmanuel Carneiro Leão. Bragança Paulista: EDUSF; Petrópolis: Vozes, 2003.

Heidegger questiona o caminho para a linguagem, ironicamente ressaltando o “caminho” presente na frase, como se a linguagem estivesse bem longe de nós, em alguma parte, de modo que para lá chegar ainda teríamos que nos pôr a caminho. Indaga-se se seria mesmo necessário um caminho para a linguagem. Utilizando o arcabouço traçado por esta dissertação, nós somos aqueles seres capazes de falar e, assim, aqueles que já possuem a linguagem, ao passo que a capacidade de falar, ademais, não é apenas uma faculdade humana, dentre muitas outras, mas precipuamente é ela que nos distingue e marca o homem como homem. Essa insígnia contém o desígnio de sua essência, de modo que o ser humano não seria humano se lhe fosse recusado falar incessantemente e por toda parte, variadamente e a cada vez, no modo de um “isso é”, na maior parte das vezes, impronunciado.⁶⁶ À medida que a linguagem concede esse sustento, a essência do homem repousa na linguagem.

Por conseguinte, Heidegger conclui que linguagem é linguagem e que a linguagem fala. Apesar da evidente tautologia e estranheza peculiar às frases do período anterior, Heidegger assegura que, mesmo caindo no abismo delas, não nos precipitamos, todavia num nada; ele afirma que caímos para o alto. Justamente esta queda para o alto que é responsável por descrever a morada da essência do nosso próprio ser, já que essa altura entreabre uma profundidade e ambas dimensionam o lugar onde gostaríamos de nos sentir em casa a fim de encontrar uma morada para a essência do homem. Exemplificando esta formidável percepção, o autor apresenta que alguém pode, num acidente, perder a capacidade de falar. Conquanto esse alguém não possa mais falar, ele perdeu a capacidade emitir sons com significado, mas ele não silencia o seu ser, ele não deixa de ser ser humano. Nunca silencia, acaso tenha sofrido um dano irreparável em seu cérebro. Ele continua pensando e continua sendo um ser comunicativo por excelência e natureza.

Heidegger ainda vai mais longe com a constatação de que a linguagem fala, utilizando o exemplo do poema, atribuindo ao poema o próprio falar da linguagem. Para encerrar o raciocínio necessário à redeterminação do “hate speech”, Heidegger avança ainda mais do que Wittgenstein e Austin, quando explana que a busca da linguagem pela linguagem se encontra, portanto, na poética do que se diz.

5. O DISCURSO DE ÓDIO EM SEU VIÉS PRAGMÁTICO-HERMENÊUTICO E EXISTENCIAL NA CONTEMPORANEIDADE: UMA OUTRA DEFINIÇÃO

⁶⁶ HEIDEGGER, M. A caminho da linguagem. Trad. de Márcia S. C. Schuback e Emmanuel Carneiro Leão. Bragança Paulista: EDUSF; Petrópolis: Vozes, 2003.

Finalmente, após traçarmos um arcabouço teórico capaz de esmiuçar como foi possível a mudança de paradigma da consciência subjetiva para a razão dialógica, esta que possibilitou uma nova compreensão sobre o discurso de ódio, chegamos ao fim desta primeira empreitada. Percorremos desde o monismo de Parmênides, uma afirmação incondicional da simples existência de uma única realidade, a linguagem e cognição, além dos numerosos sinais ou atributos do Ser. Discutimos ainda como Platão recebeu o pensamento de Parmênides e criou o seu próprio, os primados da metafísica de Aristóteles e como estes três pensadores influíram na relação entre o ser humano, o mundo e a linguagem.

Em seguida, passamos a discutir o subjetivismo da modernidade e suas conseguintes limitações para explorarmos uma nova compreensão sobre o “hate speech”. Para isso, mergulhamos por algumas das principais meditações cartesianas e pela metafísica da subjetividade desenvolvida por Kant e sua filosofia transcendental, perpassando brevemente pela filosofia hegeliana e culminando, pois, na superação do solipsismo, com o advento da reviravolta linguística. A filosofia da linguagem foi brevemente colocada em pauta, desde sua matriz analítica com o primeiro Wittgenstein, até a virada pragmática com o segundo Wittgenstein, Austin e Searle, momento em que a linguagem cotidiana e os contextos sociais começam a influenciar na percepção da relação entre o ser humano e a linguagem. Por fim, o desenvolvimento da hermenêutica, exprimido pelo pensamento de Heidegger e Gadamer, desenvolve um complemento reflexivo ao paradigma da pragmática da linguagem, ao passo que coadunando hermenêutica e pragmática, podemos, finalmente, elencar uma nova compreensão do discurso de ódio, fundamental para atacarmos juridicamente esta celeuma constitucional, com as melhores pré-compreensões técnicas, para avaliarmos as respostas do judiciário e traçarmos possíveis soluções para galgarmos ao ideal de uma sociedade cada vez mais inclusiva e igualitária.

Face ao arcabouço até aqui explicitado, resta evidente que a mais adequada compreensão do discurso do ódio para se lidar com este problema juridicamente, caracteriza-se, portanto, através de uma leitura, necessariamente, histórica e temporal, levando em consideração a realidade, a tradição e a linguagem de um determinado momento histórico. Por conseguinte, a essência do discurso do ódio, enquanto linguagem viva e mutável, exige que sua compreensão se dê em face de um tempo e espaço determinado, por parte dos tomadores de decisão que, nesta dissertação, serão descritos pelos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger. Esta análise deveria levar em consideração a própria vinculação do agente comunicacional aos costumes e tradições que determinaram sua experiência e a

construção do seu ser no mundo, assim como, intersubjetivamente, levar também em consideração o grupo de pessoas que este agente denigre ou não com seu discurso.

Podemos, enfim, esmiuçar a redefinição atualizada do que devemos compreender como discurso do ódio. Portanto, é um ato discursivo cujo cerne consiste nevrálgicamente no desrespeito do outro, gerando humilhação e degradação de um grupo determinado de pessoas, independentemente da intenção de quem o fez, identificando-se, a partir do caso concreto, por meio da utilização de expressões agressivas conforme o contexto, a prática social e a tradição nela inserida.⁶⁷ Como Mílovic ensina, a intersubjetividade é ponto fulcral das discussões empreendidas pelo constitucionalismo contemporâneo, e a violência deste discurso denigre tanto a comunidade de comunicação real (ao excluir o grupo que sofre o discurso de ódio) como a ideal, ao passo que não é possível construir uma intersubjetividade reflexiva quando um dos sujeitos comunicacionais não é igual e não tem os mesmos direitos que o outro, e isso é justamente o produto que se origina da violência comunicacional do “hate speech”.

Com a pragmática da linguagem de Austin, constata-se que proferir uma frase é, concomitantemente, agir, e, por conta disso, uma violência física não é diferente de um discurso de ódio. Talvez o discurso violento seja ainda mais degradante para a vítima, por conta das percepções heideggerianas de que a linguagem é a morada de nossa essência, de modo que o discurso de ódio acaba por ser uma violência que parte da essência de um e acerta em cheio e violentamente a essência do outro. Desta forma, o “hate speech” é uma violência cujo alvo é justamente a essência do indivíduo, ele agride aquilo que fornece a singularidade de cada ser humano e, por isso, uma democracia constitucional não pode suportar esse tipo de comportamento dentro de seu ordenamento jurídico.

Encerrado nosso panorama filosófico que robusteceu a proposta de redefinir o que se entende por discurso de ódio, cumpre agora analisar o país em que estamos inseridos e seus respectivos aparatos institucionais e jurídicos capazes, ou não de coibir esta violência. Nos próximos capítulos, continuaremos utilizando as contribuições de Mílovic, expondo os pontos essenciais da filosofia da linguagem de Habermas, ao abordar a estrutura performativo-proposicional da fala, em que o poder ilocutivo dos atos de fala supõe que seja possível a alguém dizer algo a outrem sobre o mundo da vida. Portanto, quem fala reconhece já implicitamente o a priori do discurso argumentado. Com o paradigma da intersubjetividade, a filosofia da

⁶⁷ POTIGUAR, Alex Lobato. Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015. P. 80.

comunicação miloviciana expõe que a racionalidade humana é comunicativa por excelência, a busca por uma auto-reflexão, que não era possível à maneira moderna solipsística.

A linguagem privada unicamente não é possível e a comunidade de comunicação é uma dimensão insuperável da argumentação significativa. Portanto, importa para a filosofia e para o direito que ela seja fundamentada em relação a essa comunidade de comunicação, que supõe a relação entre sujeito e co-sujeito, além de possibilitar que as pretensões de validade universais e necessárias sejam satisfeitas no mundo da vida, e isso é completamente vilipendiado se continuarmos inertes e nada fizermos em relação ao “hate speech”. O ódio é uma das emoções mais características do ser humano, desde tempos imemoráveis que vão a um passado mais pretérito do que o momento em que Parmênides viveu. Ele representa o extremo da raiva humana, pautado na intolerância, desrespeito, agressão ao outro e aversão extrema, ao passo que o discurso de ódio é o discurso que expressa esses sentimentos discursivamente. Queda-se definido, pois, como um discurso que dissemina e promove o ódio contra determinado grupo de indivíduos, distinguidos especialmente por sua raça, religião, etnicidade, nacionalidade, gênero, orientação sexual, identidade de gênero. Nada obstante, fica claro que esta incitação discursiva ao ódio é muito mais abrangente do que a simples palavra escrita, ela abarca o contexto, a intenção do indivíduo e, proficuamente, a poética no que se diz.

III. CAPÍTULO 3 – O “HATE SPEECH” E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Liberdade de expressão ou violência travestida?

1. UMA RETROSPECTIVA DO LEADING CASE: O “CASO ELLWANGER” (HS 82424/RS)

Inicia-se a abordagem relatando que a liberdade de expressão não é absoluta, ou é absoluta desde que não fira os direitos e garantias fundamentais e não atente contra outros postulados pétreos. Assim, a primeira das quatro liberdades expostas por Franklin Roosevelt possui certas restrições, que se enaltecem quando determinado sujeito ou grupo estabelece um comportamento de negação do Outro, o que ocorre com os discursos racistas, antisemitas e discriminatórios. (POTIGUAR, 2009, p. 93). No que concerne ao racismo no Brasil, deve ser levado em conta o contexto social e histórico de produção, circulação e consumo de discursos raciais, já que, diferentemente dos Estados Unidos que vivenciaram uma segregação institucionalizada, convivemos com o mito da democracia racial, injustamente apregoados a

Gilberto Freyre, pelo verdadeiro caráter antirracista de sua obra. Em seguida, vivenciamos a chamada “metamorfose da questão racial”, em referência à obra de Franz Kafka, já que o racismo disfarçado foi desvelado. Portanto, o preconceito racial é um fenômeno de grande complexidade, e pelas marcas que a escravidão deixou na sociedade brasileira, na Constituição Federal de 1988, o racismo foi, pela primeira vez em nossa história, tipificado criminalmente e, além disso, inafiançável e imprescritível.

Tendo em vista este contexto jurídico e social brasileiro, considera-se como um dos casos de maior importância, pelo fato do discurso de ódio ter sido focado no Brasil, na decisão proferida em sede do *habeas corpus* 82424/RS, conhecido popularmente como caso Ellwanger. Tendo isso em mente, o caso se baseia na figura de Siegfried Ellwanger Castan, um escritor e sócio de uma editora, que, além de escrever, editou e publicou um conjunto de obras de autoria sua, e de outros autores, abordando temas anti-semitas, racistas e discriminatórios, buscando incitar e induzir discriminação racial, semeando ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica. No que concerne aos trâmites jurídicos, o pedido do Ministério Público foi julgado improcedente em primeira instância, porém, recorrido da decisão, o Tribunal do Rio Grande do Sul considerou o réu culpado, baseado no art.20 da Lei 7716/89, por incitar e induzir à discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Os advogados de Ellwanger, por sua vez, impetraram *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando a argumentação de que Judeus não constituem raça humana e que, por isso, a ofensa não constitui um crime de racismo, não incorrendo na imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII da Constituição Federal, constituindo, pois, mero preconceito ou discriminação. Mesmo com tal argumentação, o STJ negou o remédio, por quase unanimidade, fazendo com que o paciente impetrasse novamente um *habeas corpus*, agora para o Supremo Tribunal Federal (STF), que denegou o remédio constitucional.

Nota-se que um ponto importante discutido pela Suprema Corte foi o sentido a ser empregado pelo termo raça, observando que o STF preferiu a interpretação de que os Judeus não constituem uma raça, não explicitando, conseqüentemente, que a discriminação contra este povo não seja tipificada como racismo. Desta forma, o Ministro relator da ementa, Moreira Alves, defendeu esta ideia, utilizando Nicola Abbagano, além de estudiosos judeus, para consubstanciar que o povo Judeu não constitui uma raça. A fundamentação utilizada por este Ministro pautou-se na ideia de que existiria uma classificação de raça entre seres humanos, sendo bastante criticada, além de recorrer à interpretação histórica da Constituição, utilizando-se da busca pela vontade dos Constituintes, nos debates parlamentares.

Diferentemente, o Ministro Maurício Corrêa buscou ir além da ótica usual do racismo, baseada em uma acepção biológica do termo raça, desvelando que o que se deveria levar em conta ao interpretar raça seria a valoração política e sociológica do termo. Utilizando

o Projeto Genoma Humano, o Ministro demonstrou que não existe base genética para uma divisão em raças humanas, de modo que argumentar que Ellwanger não incidiu em crime de racismo, por judeus não constituírem uma raça, se formata em uma falácia, já que, acatando tal argumento, o próprio crime de racismo seria impossível pela inexistência do seu objeto. Por conseguinte, a divisão em raças decorre de um processo social e político e deve ser entendido desta forma.

Passa-se à discussão concernente ao conceito e alcance do crime de racismo previsto na Constituição de 1988. Assim, o Ministro Moreira Alves ressalta que a expressão racismo deve ser interpretada de forma restritiva e, utilizando o estudo histórico das circunstâncias que proporcionaram a inserção do inciso XLII na Constituição, demonstra que a ideia original era considerar o racismo somente a discriminação sofrida pelos negros. Moreira Alves encerra, pois, seu voto afirmando que os Judeus não são uma raça, não podendo existir o crime de racismo contra este povo. Com esta conclusão, o paciente do *habeas corpus* só poderia ser condenado pela discriminação, que não se reveste da imprescritibilidade, de modo tal que este Ministro defere o *habeas corpus*, declarando que a punibilidade foi extinta por conta da prescrição.

Este voto de Moreira Alves pode ser utilizado como contraponto para mostrar que um texto não é estático, mas dinâmico, e, por ser oriundo das práticas sociais, ele depende delas para se revestir de vários sentidos, tendo como norte o fato da impossibilidade de se controlar a linguagem. Posto isto, o termo racismo assume novos significados, demonstrando que a raça não se sustenta biologicamente, mas sim pelo fato de ser um conceito social, não podendo existir objetividade absoluta sobre ela. O voto do Ministro Moreira Alves, ao buscar a intenção do constituinte, se mostra dissonante ao paradigma do Estado Democrático de Direito, além de que, pela perspectiva nascente com a reviravolta hermenêutico-pragmática da filosofia, interpretar um texto normativo buscando a interpretação do intérprete autêntico é errôneo. Portanto, afirma-se que a interpretação é uma atribuição de sentidos que, além de vinculada a uma tradição da qual o intérprete é portador, simultaneamente, ressignifica essa tradição no ato interpretativo, ou seja, esta hermenêutica possui um viés que de maneira alguma é apenas descritivo, mas uma crítica da práxis. Na hermenêutica, é ‘básico estar-em-movimento do Ser que constitui a sua finitude e a sua historicidade e, por isso, inclui o conjunto da sua experiência no mundo’, de tal sorte que nossa verdade é sempre datada, histórica e mutável. É sempre uma verdade que se sabe precária, passível de ser falsificada e modificada, o que não a invalida de forma alguma.

Com esta colocação, toma sentido a noção do direito como integridade, de modo que o magistrado deve utilizar o passado das práticas jurídicas, nunca se apropriando de modo inocente, mas o condicionado por meio de um horizonte presente de sentidos, percepção este

que demonstra a falha de Ministro Moreira Alves, ao não conseguir utilizar o passado para condicionar o termo racismo à uma aplicação presente. O passado deve ser utilizado, pois, não como busca pelo sentido original, mas atribuindo à construção passada o sentido mais coerente, tendo em vista os princípios que pautam a interpretação no presente. Utilizando Rosenfeld, nota-se a impossibilidade do fechamento do sistema constitucional, sendo necessária uma infinita abertura para que o próprio sujeito constitucional possa sofrer as mutações.

Outra proposta argumentativa é apresentada pelo Ministro Maurício Corrêa, demonstrando que existe racismo nas ideologias nazistas, não pela ideia de raça biológica, mas pelo fato de que a doutrina nazista enxerga aquele povo como uma raça e prega a superioridade de sua raça pura ariana. O Ministro elucida que o anti-semitismo é uma forma de racismo, contrapondo a filosofia de duas raças, através de uma valoração negativa de grupos sociais de características comuns, consubstanciando a acepção sociológica do racismo. Neste sentido, a argumentação parte para o sentido antropológico do nazismo, alicerçado na teoria de Sonia Bloomfield Ramagem, revelando uma percepção classificatória, de modo tal que o racismo hierarquiza grupos, justificando a subjugação ou destruição de uns pelos outros. O Ministro conclui seu voto explanando que o paciente buscou provocar e incitar uma discriminação contra os Judeus, alterando fatos históricos, incorrendo na prática do racismo, pela acepção político social.

O Ministro Carlos Ayres Britto comenta que a postura revisionista histórica proposta sobre a 2ª Guerra Mundial e o Holocausto, esbarra na falta de neutralidade do pesquisador, mas que, apesar de sustentar uma ideologia contra o que se entende por correto, não cometeu o crime de discriminação, uma vez que não incita o ódio de forma direta, apenas expondo uma ideia sobre uma realidade histórica. O ministro cita Voltaire e sua máxima sobre a liberdade de expressão e encerra seu voto concedendo o habeas corpus, fundado na atipicidade da conduta. Argumenta-se, portanto, que a decisão fundada em pesquisa científica de Ayres Britto não se reveste da perspectiva da integridade do direito, uma vez que, pelas explicações de Gadamer e Thomas Khun, a ciência necessita de conhecimentos prévios, as pré-compreensões: somente pode ser considerado científico caso ele tenha sido discutido em uma dada comunidade científica e consiga convencer de que aquele texto acrescenta à comunidade uma forma nova e melhor de resolver problemas não resolvidos até então.⁶⁸ Portanto, conclui-se que citações ou argumentos de autoridade não podem garantir a cientificidade de uma obra, necessita-se de um respaldo na comunidade científica.

⁶⁸ POTIGUAR, Alex. *Igualdade e liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. Brasília: UnB, 2009. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009, cap.3. p.108.

Origina-se, do discurso de Maurício Corrêa, uma discussão referente ao afrontamento da liberdade de expressão, de modo tal que o Ministro afirmou que o racismo não fere aquele direito, argumentando que um direito fundamental não pode proteger uma prática ilícita; logo, não se pode utilizar da liberdade de expressão para incorrer em práticas discriminatórias ou racistas. Portanto, o Ministro encerra seu voto indeferindo o remédio, utilizando a concepção político-social de raça, enquadrando o paciente no crime imprescritível.

O que se observa na maioria dos votos é buscar uma ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade humana, constatando que a doutrina utilizada, sobretudo no voto dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, é a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. A teoria entende os princípios como normas que ordenam que algo seja realizado, dentro das possibilidades jurídica e fáticas, de modo que *os princípios atuam como mandatos de otimização, ou seja, eles devem ser cumpridos, porém o grau ou a medida dessa satisfação dependeria das possibilidades e das condições de cada caso.*⁶⁹ Por meio desta teoria, explicita-se que quando existe uma colisão entre dois princípios, ou quando existe uma restrição, deve ocorrer uma ponderação, um sopesamento baseado no princípio da proporcionalidade, que legifera que quanto mais gravosa a intervenção em um direito fundamental, a justificação deve ser diretamente proporcional à esta intervenção. O princípio da proporcionalidade se formata por meio de subprincípios ou máximas, sendo eles a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, de modo tal que apenas diante do caso concreto seria possível dimensionar, pesar ou ponderar diferentes princípios.

Alexy construiu, então, um sistema de condições de prioridade e propôs, na qualidade de método de ponderação, a denominada Lei de Colisões, que pondera qual dos princípios possuiria peso maior. Assim, formar-se-ia uma relação de precedência condicionada entre os princípios⁷⁰, formatando, pois, uma hierarquia móvel. Portanto, a Lei da Ponderação pode ser explicada pela explanação de que um princípio sofre limitações proporcionais à importância do cumprimento do outro princípio.

Tendo em vista este arcabouço teórico, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser a restrição do direito à liberdade de expressão proporcional e justa, de modo tal a prevalecer o direito de não ser discriminado, decidindo por negar o *habeas corpus*, visto que não haveria outro meio mais eficaz que fosse menos gravoso ao princípio da liberdade de expressão. O

⁶⁹ POTIGUAR, Alex. *Igualdade e liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. Brasília: UnB, 2009. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009, cap.3. p.111.

⁷⁰ POTIGUAR, Alex. *Igualdade e liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. Brasília: UnB, 2009. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009, cap.3.p.115

Ministro Marco Aurélio, por sua vez, se fundamentou pela análise do problema da colisão entre a liberdade de expressão e a proteção à dignidade do povo judeu, ressaltando a liberdade de expressão como sustentáculo eficaz do princípio democrático, defendendo que sua restrição só é permitida quando os meios difundir suas opiniões forem demasiadamente agressivos, violentos ou arbitrários. Portanto, ambos os Ministros adotaram a teoria de Robert Alexy e sua solução para a colisão entre princípios. Não obstante, Marco Aurélio julgou que a condenação do editor não era adequada, expressando que não existiria proporção na restrição da liberdade de expressão.

Sobre este ponto, Marcelo Cattoni elaborou uma crítica contundente sobre as decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, uma vez que chegaram a soluções opostas, utilizando a mesma teoria, pelo fato de possuírem pré-compreensões diferentes. A decisão do Supremo, portanto, ou considera que a sociedade, toda ela, comunga os mesmos pontos de vistas, que compartilha dos mesmos costumes e que possui as mesmas visões de mundo, ou decide simplesmente pelo que os próprios Ministros entendem como preferível e de mais bom gosto.⁷¹

Desta forma, partindo de uma perspectiva deontológica, observamos uma pretensão binária de validade, de modo que a norma se submete a uma noção binária. Não obstante, pela ótica de Alexy, um princípio poderia fazer com que não se alcançasse certo grau em sua aplicação, sendo semelhante a expressar que a norma fora mais ou menos cumprida. O que compete explicar é que as normas, quer como regras, quer como princípios, são enunciados deontológicos, enquanto os valores são enunciados teleológicos. Observa-se que, diferente de normas, que são aplicadas, os valores são priorizados, e é neste sentido que o conflito de normas não é resolvido no plano de validade, mas sim por meio de variações semânticas perante um caso concreto.

No que tange a este conflito de normas, predeterminar uma ordem concreta de valores deflagra um perigo inconveniente, consubstanciado no caso da doutrina de Robert Alexy ser importada para o seio do processo jurídico de argumentação. No entanto, construir um juízo de adequabilidade frente a este desafio pode ser explicitado observando o Voto do Ministro Gilmar Mendes e o fato de como a teoria da adequabilidade de Klaus Günther se aplica à decisão proferida, uma vez que a discussão não se insere no discurso de justificação da validade da norma, mas sim no discurso de aplicação.

⁷¹ POTIGUAR, Alex. *Igualdade e liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. Brasília: UnB, 2009. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009, cap.3.p.123

Klaus Günther expõe a distinção dos discursos práticos gerais em discurso de fundamentação e discurso de aplicação, tendo em vista que os critérios que servem para fundamentar a validade de uma norma não coincidem com aqueles utilizados para indicar a adequação de uma norma válida. A teoria deste autor elucida, pois, que a validade de uma norma não consiste na sua perfeição, mas sim no processo de compatibilização com um interesse universalizável, dada em situações iguais em quaisquer casos de aplicação. Fica claro, portanto a diferença entre o discurso de justificação, que se refere à validade, e o discurso de aplicação da norma considerada válida, que se refere à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade.

Desta forma, é interessante perceber que tanto Günther, como Dworkin entendem que os casos concretos colocam em movimento um processo reconstrutivo, pelo qual o sistema jurídico se converge de forma coerente, pautado na hermenêutica já descrita, sobre o momento de aplicação. Além disso, compete discernir a base de Günther na teoria discursiva, pressupondo, complementarmente, a intersubjetividade na reconstrução, buscando coerência como uma regra de argumentação a ser respeitada no discurso de aplicação.

Por fim, a decisão do STF levou em conta o conceito político social de raça para concluir pela possibilidade de se cometer o crime de racismo contra o povo judeu, desconsiderando o conceito biológico. Considerou-se também, que o paciente incidiu no crime de racismo, de modo que o habeas corpus foi, portanto, denegado pela votação de oito a três, sendo derrotados os Ministros Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Moreira Alves. Concluiu-se que a decisão da maioria foi coerente com um Estado Democrático de Direito buscando incorporar a diferença na construção de uma identidade constitucional aberta. Não obstante, a utilização de uma jurisprudência de valores, desconsiderando o caráter obrigatório deontológico do Direito, transformou a decisão em uma escolha de gosto ou preferência individual. Esta visão axiologizante do direito consolida o fato de que os votos desconsideraram o caráter deontológico do Direito, segundo o qual o Direito deve ser visto como integridade, baseado nos direitos de igualdade e liberdade, tratando todos com igual consideração e respeito.

Finaliza-se o esforço teórico ilustrando que o grande desafio empreendido, no que tange à proteção dos direitos fundamentais, está na percepção de que qualquer inclusão gera uma exclusão, sendo, pois, fundamental que a identidade constitucional seja um processo permanente e aberto no qual inclusão e exclusão estejam sempre juntas: é essa tensão que possibilita a luta e a conquista de concepções cada vez mais ricas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e liberdade de todos⁷².

⁷² POTIGUAR, Alex. *Igualdade e liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*. Brasília: UnB, 2009. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) –

A discussão se insere, pois, referente a um possível limite para a liberdade de expressão, de modo tal a se imaginar até que ponto ela pode se expandir sem causar prejuízo à igualdade e à dignidade do outro. Desta forma, o Capítulo da dissertação de Potiguar contribuiu para delimitar o assunto a ser abordado no Projeto, no caso o “hate speech”, ou discurso de ódio. Neste sentido, a formatação de uma sociedade plural, multicultural e hipercomplexa, com divergências inerentes, deve ser analisada em uma consonância com o paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito.

Conseqüentemente, observar que vivemos este paradigma do Estado Democrático de Direito implica também repensar como se operam as nossas relações sociais, versando sobre como tratar a relação entre público e privado. Esta contextualização se configura deveras importante para que seja possível explanar melhor a complexidade que o arcabouço do debate sobre o “hate speech” impõe. Desta forma, Cristiano Paixão Araújo Pinto nos expõe que a “sociedade moderna é uma sociedade sem centro nem vértice” (ARAUJO PINTO, 2003, p.25) e, neste sentido, este autor explica a construção, em plena realização, deste Estado Democrático de Direito, em que se enfatiza a “idéia de cidadania, compreendida em sentido procedimental, de participação ativa.⁷³ Por sua vez, enquanto nos paradigmas anteriores do Estado Liberal e Estado Social, a relação público-privado se observava em função de uma mera mudança de seta valorativa, neste novo paradigma vigora a noção de que o público-privado representa algo complementar e equiprimordial.⁷⁴

Tendo em vista este arcabouço temático, a obra permitiu elucidar também a temática de pesquisa desejada, qual seja, observar os problemas da forma como foram fundamentadas as decisões no caso mais relevante para o discurso de ódio no Brasil, e buscar outras soluções além das apresentadas pelo autor. Desta forma, a obra de Potiguar permitiu concluir que a existência de um método de resolução não derroga uma subseqüente racionalidade necessária, um método não leva necessariamente a verdades, nem a respostas exatas para casos concretos, como ficou marcado no desenvolvimento filosófico do século XX, sobretudo por Gadamer e Thomas Khun, como relata a obra, explicitando que a verdade é precária e datada.

Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009, cap.3.p.138

⁷³ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

⁷⁴ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

Além disso, a forma como a obra relata a resolução do caso Ellwanger, permitiu chegar à conclusão de que o método de Robert Alexy não é o mais adequado para resolver controvérsias como as relacionadas ao discurso de ódio, pelo voto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sobretudo os de Gilmar Mendes e Marco Aurélio. A obra serviu para clarificar, trazendo um exemplo fático, das objeções que Jürgen Habermas tece sobre a Teoria de Robert Alexy. Essa conclusão foi possível, com a menção que Potiguar faz a Marcelo Cattoni, quando afirma que, conquanto tenham usado o mesmo método, Gilmar Mendes e Marco Aurélio chegaram a soluções diversas para o caso, por conta das diferentes pré-compreensões das finalidades e os valores a serem alcançados pela decisão. É justamente neste ponto que se enxerga o que Habermas ilustrou como o problema inerente ao método de Alexy. A observância de que um sopesamento de valores que ocorre de forma arbitrária, segundo os padrões e hierarquias costumeiros, deflagra um perigo para o reino do Direito e se consubstancia no plano fático, uma vez que os dois Ministros utilizaram o mesmo método, que se supõe racional, e chegaram a decisões opostas.

Por conseguinte, o caso ensejou a pesquisa para a problemática de buscar outras doutrinas que possam ser satisfatórias para solucionar a controvérsia deflagrada pelo “hate speech”, ressaltando o caráter deontológico do direito, tal que se possibilite uma compreensão entre os princípios da liberdade e igualdade. Por fim, se observa que o conflito aqui se apresenta relativo à liberdade de expressão e a forma como ela pode prejudicar a igualdade e a denominada dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF), ou seja, a controvérsia está em como operar a tensão dentro desta situação, sem recorrer a uma teoria axiológica do direito.

2. A PERSPECTIVA CRÍTICA DE LÊNIO STRECK À REPECÇÃO DO BALANCEAMENTO ALEXYANO NO BRASIL

É imprescindível discutir as condições de possibilidade da validade do direito em um contexto em que os discursos predatórios dessa validade, advindos do campo da política, da economia e da moral, buscam fragilizá-la, discutindo o papel do direito na democracia, assim como seus limites e sua força normativa. Por conseguinte, observa-se que não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo democrático, de modo que o direito deve ser preservado pelo seu grau de autonomia alcançado no contexto pós-segunda guerra mundial. Neste sentido do segundo pós-guerra, passa a ser concebido um novo papel para as Constituições, assim como uma nova atuação dos Tribunais Constitucionais. E é justamente embebido nesta percepção que teóricos de vários campos das ciências sociais passam a abordar fenômenos como a “judicialização da política” e o “ativismo judicial”, implicando o enfrentamento das condições de possibilidade do argumento jurídico decisório.

Sobre esta temática, apresentam os marcos teóricos representados pelos seguintes estudos: “The global expansion of Judicial Power: the judicialization of politics”, de Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995); “On law, politics & judicialization”, de Martin Shapiro e Alec Stone Sweet (2002) e, por fim, destacando a incisividade do Judiciário na condução da vida política, o artigo “Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais”, de Robert A. Dahl (2009).

Desta forma, esta discussão tem sido abordada por dois eixos temáticos quais sejam o substancialismo e o procedimentalismo, tendo como pano de fundo a questão de se saber qual o papel do Judiciário na concretização de direitos. Buscando medidas que não fazem da jurisdição o centro da tomada de decisões políticas, compete citar Ran Hirschl, autor que aborda os modelos adotados em Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul, demonstrando a importância de preservar a soberania parlamentar e a representação democrática, criando uma variedade de mecanismos inovadores, que compensavam o papel contramajoritário assumido pelas Cortes pela existência de uma onda de constitucionalização, deflagrada pelo segundo pós-guerra. No contexto brasileiro, esta temática é desenvolvida pela obra “Diálogos Institucionais e Ativismo”, trazendo os exemplos de Hirschl e explicitando como esses modelos permitem uma convivência harmônica entre constitucionalismo e democracia, e um melhor diálogo entre os Poderes, em especial, Legislativo e Judiciário. Se consubstanciando em um dos principais problemas jurídicos contemporâneos, nota-se que, se antes o intérprete estava sujeitado a uma estrutura pré-estabelecida, no contexto do século XX, o dilema passou a ser o de como estabelecer controles à interpretação do direito e evitar que os juízes se assenhem da legislação democraticamente construída. Um sintoma notório desta querela é o crescimento do fenômeno do ativismo judicial, fragilizando o grau de autonomia alcançado pelo direito no atual paradigma, de modo tal que estamos mergulhados em uma jurisdição discricionarista que elenca o ativismo como vulgata da judicialização.

Argumenta-se que uma nova Constituição enseja novos modelos de análise, de modo que as carências nacionais derrogadas pela falta de uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico, empreenderam a busca, por parte dos juristas brasileiros, de teorias alienígenas que preenchessem estas carências. Desta forma, as recepções dessas teorias foram realizadas de modo acrítico, tendo em comum a aposta no protagonismo dos juízes. Passou a existir um “incentivo” doutrinário a partir de três principais teorias: a

jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial) e a teoria da argumentação de Robert Alexy.⁷⁵

No caso alemão, a jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) serviu como equalizador da tensão oriunda da outorga da *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949. Estipulou-se um esforço, por parte do *Bundesverfassungsgericht*, para legitimar uma Carta que não fora constituída pela participação do povo alemão, existindo um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da *dura lex sed lex*. Os valores aparecem, pois, como mecanismo de “abertura” de uma legalidade extremamente fechada. Desta forma, a tese da jurisprudência dos valores é, até hoje, preponderante naquele tribunal, fato que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus interventivo* do tribunal alemão, conforme salienta Jürgen Habermas, conquanto seja inegável a sua importante influência na teoria constitucional contemporânea.

Não obstante, é alvo de críticas a forma equivocada como a teoria foi recepcionada, vez que grande parte dos juristas brasileiros não se atentou para as diferentes realidades entre Brasil e Alemanha. Assim, da jurisprudência de valores, os juristas brasileiros tomaram emprestado a tese principal de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores (por vezes, ocorre uma mixagem dessa postura com as teses da *Interessenjurisprudenz*, de Philipp Heck, que, aliás, foi quem cunhou a expressão *Abwägung* – sopesamento). O modo mais específico de implementação foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais de *terrae brasilis*.⁷⁶

A esfera do Direito Constitucional foi embebida pelas teorias da argumentação jurídica, sendo difícil encontrar constitucionalistas atualmente que não utilizem a distinção estrutural regra-princípio e não se rendam à ponderação “alexiana”. A partir desta situação, são desenvolvidas diversas teorias, por vezes, incompatíveis entre si, uma vez que os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. Desta forma, a ponderação, conforme Robert Alexy, não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais”, de modo que sua tese sobre a ponderação não envolve essa escolha direta.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011. p.8 e ss

Compete observar que os Tribunais brasileiros, por meio de um uso descriterioso da teoria de Alexy, transformaram a ponderação em um princípio. Tendo em vista que a ponderação conduz à formação de uma regra, sendo utilizada no caso concreto por meio de subsunção, os tribunais brasileiros utilizam este conceito de forma performativa, se formatando em um verdadeiro álibi teórico. Portanto, tal fenômeno de utilizar a ponderação como um princípio se conforma em um fruto do “panprincipiologismo”, um subproduto do “neoconstitucionalismo” na realidade brasileira, fazendo que, por meio do pretexto da aplicação de princípios constitucionais, haja uma proliferação incontrolada de padrões de enunciados para resolver determinados casos concretos.

Um exemplo ilustrativo desse tipo de mixagem teórica (Teoria da Argumentação e Jurisprudência dos Valores) pode ser encontrado no julgamento do Habeas Corpus n. 82.424, o fatídico caso Ellwanger, em que Tribunal entendeu que se estava diante de uma colisão de princípios constitucionais, que, por sua vez, assentavam-se em “valores” conflitantes entre si.⁷⁷ Neste sentido, enquanto os ministros do Supremo utilizaram a concepção da colisão de princípios para resolver o caso concreto, nota-se que a solução era constrangedoramente simples. Não havia o que se discutir sobre colisão principiológica, já que a liberdade de manifestação de pensamento simplesmente não abarca a liberdade de manifestar um pensamento racista, vociferando ainda que as sociedades democráticas não conferem direitos de expressão aos discursos de ódio (*hate speeches*), pela singela razão de que tais discursos comprometem a própria democracia. Assim, conquanto o habeas corpus tenha sido negado, os votos embasados em argumentos de política ou em juízos de ponderação revelam os perigos que se incorrem pela utilização da teoria da argumentação alexyana à brasileira, mesclando a ponderação com o modelo interpretativo próprio da chamada jurisprudência dos valores. Porquanto, o relativismo ponderativo acaba se consubstanciando em uma porta aberta à discricionariedade.

2.1. O ativismo Judicial: um exemplo de como a discussão tem sido equivocadamente feita no Brasil.

Observa-se a utilização do ativismo judicial como uma tábula rasa, no contexto jurídico brasileiro. Nota-se uma terceira recepção errônea, de modo que o caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *new deal*, que, aferrada

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.p.11

aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt.

Desta forma, o risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção desta magnitude do Poder Judiciário no âmbito da sociedade produz graves efeitos colaterais, vez que há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial, tendo em vista que o Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, contingencial).

Trata-se, pois, da seguinte questão: a efetivação dessas medida importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de *Verfassungswandlung*, que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de *Verfassungsänderung*, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.⁷⁸ Desta forma, observa-se que o julgamento de ações, marcado pelo ativismo judicial, foram determinados, muito mais, pelo entendimento pessoal de cada ministro, do que por uma interpretação técnica da Constituição, de modo a se questionar se pode a interpretação do direito se embasar em opiniões de caráter pessoal.

2.2. A reação do establishment ao ativismo judicial, ao panprincipiologismo e à fragmentação jurisprudencial.

A denominada “era dos princípios” deflagrou o surgimento de textos constitucionais com características “sociais-diretivas”, encontrando, em países como o Brasil, um imaginário jurídico ainda fortemente dependente da metodologia tradicional e de suas variações, a partir de um amplo espectro que abrangia desde formalistas até adeptos do direito alternativo (realistas ao estilo dos *Critical Legal Studies*), de modo que a falta de teorias adequadas às demandas constitucionais deu ensejo a um forte protagonismo judicial.

Por conseguinte, este ativismo, manifestado no panprincipiologismo, assim como no “uso hipossuficiente dos princípios”, explicita a origem solipsista de sua ratio, fato problemático para a democracia, uma vez que os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes e dos Tribunais. Em contrapartida, este principiologismo foi fundamental para o direito constitucional no contexto pós-segunda guerra, uma vez que a busca da

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.p.15 e ss.

preservação da força normativa da Constituição corre o risco de ficar fragilizada pela equivocada aposta na pretensa “abertura interpretativa”, em face desta abundante principiologia que reintroduzir, no direito, o mundo prático que dele havia sido retirado pelas posturas positivistas anteriores.⁷⁹

Neste sentido, o já apresentado debate entre Dworkin e Hart sobre a discricionariedade dos juízes na resolução de casos controversos, abarcando a busca de que a legislação, fruto do processo democrático, seja solapada pela falta de legitimidade da jurisdição. Desse modo, a reforma levada a cabo pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a denominada “Reforma do Judiciário” criou dois mecanismos referentes às questões levantadas nesse tópico: as súmulas vinculantes e a repercussão geral. Estes mecanismos se conformam, pois, em respostas estruturais, no entanto, se não enfrentamos aquilo que deflagrou a fragmentação do Direito, o relativismo e subjetivismo, de modo tal que é preciso superar a filosofia da consciência e seu consequente fruto: o sujeito solipsista. Por conseguinte, a superação destes problemas é uma tarefa hermenêutica, conforme se salientou no segundo capítulo dessa dissertação.

3. O DISCURSO DE ÓDIO E A DISCUSSÃO SOBRE DIREITOS: LIBERDADE E IGUALDADE, UMA QUESTÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. Um breve relato da proteção da liberdade como direito

Oriunda da vitória do pensamento liberal nos séculos XVII e XVIII, a ideia de liberdade de expressão, que essencialmente busca impedir a restrição estatal frente ao direito do indivíduo se expressar livremente, de protagonizar críticas aos atores, tanto públicos como particulares, está também profundamente ligada à ideia de liberdade de informação, que compreende o direito de informar a outrem, a si mesmo e de veículos próprios de proverem informação.

Historicamente, a Inglaterra foi o país onde inicialmente ocorreram as lutas em favor da liberdade de expressão, pensamento e opinião. Também os Estados Unidos e a França figuram precocemente no reconhecimento deste tipo de direito. Um exemplo bem claro destas intenções aparece no *Bill of Rights* do estado americano da Virgínia, de 1796, que no artigo de número 12, trazia o seguinte postulado: “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

Ademais, o art. 1º da declaração de Direitos da Virgínia preconizava que todos os homens são por natureza livres e têm direitos inatos, de que não se despojam ao passar a

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.p.20 e ss.

viver em sociedade; o diploma francês da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 4º, normatizava que os exercícios dos direitos naturais de cada homem não tem por limite senão as restrições necessárias para assegurar aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.⁸⁰ O diploma francês de 1789 enfatiza a proteção à expressão livre, conforme o artigo 11, em que se evidencia a preocupação em garantir aos cidadãos livres o direito a fomentar e expor ideias, onde se afirma que a “livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pela qual deverá responder nos casos determinados por lei.”

Os Estados Unidos são marcadamente um país de tradição liberal, e possuem farta doutrina e jurisprudência no que diz respeito à defesa desse direito, que tem destaque em seu cenário constitucional. Também os cidadãos evocam com frequência esta prerrogativa, o que torna uma discussão um pouco mais aprofundada sobre essa questão, bastante necessária.

Neste sentido, o texto da famosa Primeira Emenda da Declaração de Direitos dos Estados Unidos deixa bem clara a limitação da intervenção do Estado na vida privada, *in verbis*: "O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas" (tradução livre).

Observa-se uma proibição taxativa para o governo americano, por meio do Congresso, em que se impede que esta casa desenvolva leis que busquem limitar ou cercear direitos considerados fundamentais aos seus cidadãos, incluindo entre eles o direito de se expressar, ainda que contra o governo ou o pensamento dominante da maioria. Queda-se evidenciado, pois, que a proteção do direito à liberdade de expressão é oriundo da constatação de que a livre manifestação dos cidadãos gera autonomia e variedade de discursos o que, por meio do diálogo e da intersubjetividade, finalmente resultaria em uma sociedade mais equânime e igualitária, fundamentais a um modelo de governo democrático de direito que pretende gozar de estabilidade.

No que concerne à interpretação da Primeira Emenda, Daniel Farber explana que a Suprema Corte Americana trabalha com vieses de interpretação, e a primeira delas é aquela que relaciona liberdade à autorrealização individual e a busca da verdade, de modo tal que

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p.136.

incumbe ao Estado o dever de defender a troca de informações entre os seres, além de garantir a livre escolha sobre o seu conhecimento, mesmo que o Estado não apoie ou não concorde com esse conhecimento. A primeira das interpretações assegura, pois, que nenhuma forma de pensamento possa ter sua manifestação impedida, ainda que a sociedade e/ou o Estado julgue seu conteúdo como errôneo ou utilizando outros juízos de valor.

Farber leciona que a segunda interpretação da Suprema Corte corresponde à finalidade de proteger o processo democrático, uma vez que fomenta o diálogo enquanto não é vigiado ou reprimido pelo poder político vigente, representando, pois, uma proteção a um direito da coletividade. Nesse sentido não protege um direito individual, mas da coletividade. Outra interpretação da liberdade de expressão comumente utilizada é a concepção de que ela deva funcionar conforme um mecanismo de controle da sociedade sobre atos de agentes públicos.⁸¹

O modelo de se proteger a livre expressão do indivíduo como ser humano se desenvolveu, pois, ao longo destes séculos com toda sua respectiva mudança estrutural, social e de pensamento. A liberdade de expressão se solidifica como uma das pedras fundamentais do viver livre no século XXI. Interessante e importante é apresentar ainda a contribuição da Organização das Nações Unidas, que publica no pós-guerra de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que se normatiza que toda “pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Neste ínterim, explicita Paulo Gustavo Gonet Branco que o argumento humanista, assim, acentua a liberdade de expressão como corolário da dignidade humana. O argumento democrático acentua que o autogoverno postula um discurso político protegido das interferências do poder. A liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para formação de vontade livre).⁸²

No Brasil, em sua Constituição Federal, o direito de expressão é respaldado por diversos dispositivos, tanto no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, IV, V e IX), assim como no capítulo destinado à comunicação social (art. 220 a 224). O que se percebe com este rol de dispositivos protegendo a liberdade é que a perspectiva subjetiva do direito fundamental é robustecida por uma perspectiva objetiva, vez que enaltece o direito subjetivo conferido aos indivíduos para se manifestarem, e se complementa com princípios e regras que

⁸¹ FARBER, Daniel A. e First Amendment. 3. ed. New York: Thomsom Reuters/Foundation Press, 2010. p. 48.

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

normatizam o regime jurídico dos meios de comunicação.

Por conseguinte, o direito à liberdade de expressão é multifuncional e compreende a possibilidade de exteriorização de crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos e emoções, pelas mais diversificadas plataformas informativas hoje existentes.

Igualmente, no Brasil, a Lei nº 7.716/1989 (com as devidas alterações promovidas pela Lei nº 12.735/2012 e pela Lei nº 12.288/2010) normatiza como crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, permitindo, pois, que o magistrado determine a cessação das transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio, bem como a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores (art. 20, § 3º, II e III). No que concerne à forma de divulgação, positiva-se o aumento de pena a quem pratica, induz ou incita tal discriminação ou preconceito utilizando-se dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza (art. 20, § 2º). Para esclarecer ainda mais o objeto tutelado pela liberdade de expressão, Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que:

“A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não [...]” (BRANCO, 2014, p. 403).

4. O CHOQUE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Face ao arcabouço abordado até aqui, resta claro que o “hate speech”, ou discurso de ódio como recepcionado pela cultura jurídica brasileira, e sua íntima relação com a liberdade de expressão e a igualdade material se consolida em uma das mais interessantes e problemáticas controvérsias a serem analisadas no âmbito do direito constitucional. A formatação de uma sociedade plural, multicultural e hipercomplexa, com divergências inerentes, deve ser analisada em uma consonância com o paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito. Desta forma, para compreender melhor este fenômeno, podemos recorrer à seguinte assertiva de Marcelo Neves, revestido de percepções da teoria sistêmica luhmanniana:

[...] a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma

sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos. A própria racionalidade, nessas circunstâncias, resulta da diferenciação funcional. (NEVES, 2008, p. 12).

Ainda, com o intuito de explicitar a complexidade inerente à discordância, torna-se interessante a afirmação inicial de Jeremy Waldron, em sua obra *Law and Disagreement*:

There are many of us, and we disagree about justice. That is, we not only disagree about the existence of God and the meaning of life; we disagree also about what counts as fair terms of co-operation among people who disagree about the existence of God and the meaning of life. (WALDRON, 1999, p.1. grifou-se).

Conseqüentemente, observar que vivemos este paradigma do Estado Democrático de Direito implica também repensar como se operam as nossas relações sociais, versando sobre como tratar a já mencionada relação entre público e privado. Esta contextualização se configura deveras importante para que seja possível explicar melhor a complexidade que o arcabouço do debate sobre o “hate speech” impõe. Desta forma, Cristiano Paixão Araújo Pinto nos expõe que a “*sociedade moderna é uma sociedade sem centro nem vértice*” e, neste sentido, este autor explica a construção, em plena realização, deste Estado Democrático de Direito, em que se enfatiza a noção de cidadania, compreendida em sentido procedimental, de participação ativa.⁸³ Por conseguinte, enquanto nos paradigmas anteriores do Estado Liberal e Estado Social, a relação público-privado se observava em função de uma mera mudança valorativa de setas, neste novo paradigma vigora a noção de que o público-privado representa algo complementar e equíprimordial (ARAUJO PINTO, 2003, p.28).

Pode-se complementar esta explanação da equíprimordialidade da relação entre público e privado, utilizando a análise de Jürgen Habermas, explicitada no Capítulo VII da obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Volume II, pela qual se busca apresentar um conceito procedimental de democracia. Partindo da formatação de uma política deliberativa, durante sua explanação sobre a neutralidade do processo, Habermas insere sua divergência sobre o posicionamento de Bruce Ackerman, a objeção dos liberais, dos republicanos, a inserção das feministas no debate e a colocação de Nancy Fraser, de modo tal que o autor acaba culminando na seguinte percepção:

[...] **Não podemos confundir os assuntos públicos com os privados, pois é necessário levar em conta dois aspectos: o do acesso e da subsequente tematização das competências e responsabilidades, e o de sua regulação.** Por isso, falar sobre algo não significa intrometer-se nos assuntos de alguém. [...]. **O sistema**

⁸³ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

dos direitos exige a realização simultânea e complementar, tanto da autonomia privada, como da cidadã, pois ambas são co-originárias do ponto de vista normativo, e se completam mutuamente. (HABERMAS, 2011, p.40, grifo nosso).

Partir da concepção de complementaridade das esferas pública e da privada se faz importante para contextualizar onde está embebida a discussão que se pretende estabelecer sobre o “hate speech” no Brasil. Em caráter introdutório para a contextualização da análise, cabe também estabelecer outra relação de suma importância para a abordagem constitucional crítica: como se opera a relação entre liberdade e igualdade.

Este debate pode ser ilustrado também pela reflexão anterior sobre o questionamento do público-privado, uma vez que se observa no Estado Liberal uma primazia da liberdade, enquanto no Estado Social uma primazia da igualdade, interpretando-se que a supressão da liberdade seria o caminho capaz de providenciar uma igualdade material, isto por meio da intervenção estatal. Por sua vez, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a relação entre liberdade e igualdade assume a roupagem de uma tensão, tal qual se verifica pelo fato de que a prevalência de uma sobre a outra acaba por deflagrar a não efetivação de ambas. Por conseguinte, buscar a supressão da liberdade para gerar igualdade, por exemplo, acaba por não gerar nenhum destes fatores ideais.

Desta forma, observa-se que a tensão se estabelece como um fator constitutivo da experiência jurídica e do constitucionalismo. A importância existente em uma análise sobre direitos fundamentais se conforma na visualização da relação entre individual e o coletivo, entre a liberdade e a igualdade, como verdadeiras ilustrações desta tensão inerente à experiência constitucional, no âmbito deste Estado Democrático de Direito. Partindo, pois, destas contextualizações, no que tange à relação entre liberdade-igualdade, entre público-privado, que se discutirá, mais profundamente, como evoluiu a compreensão concernente à liberdade de expressão, até culminar na atual previsão e proteção constitucionais.

Desta forma, observa-se que a tensão se estabelece como um fator constitutivo da experiência jurídica e do constitucionalismo. A importância existente em uma análise sobre direitos fundamentais se conforma na visualização da relação entre individual e o coletivo, entre a liberdade e a igualdade, como verdadeiras ilustrações desta tensão inerente à experiência constitucional, no âmbito deste Estado Democrático de Direito. Partindo, pois, destas contextualizações, no que tange à relação entre liberdade-igualdade, entre público-privado, que se discutirá, mais profundamente, como evoluiu a compreensão concernente à liberdade de expressão, até culminar na atual previsão e proteção constitucionais.

4.1. Uma melhor percepção para tratar com direitos fundamentais

Observando toda a contextualização apresentada anteriormente, é possível, pois, iniciar a discussão sobre direitos fundamentais. Em seqüência, mostra-se norteadora a concepção que os ideais já tratados, da liberdade e igualdade, são fundadores do fenômeno da modernidade. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa apresenta esta idéia, presente em seu artigo “*Soberania popular e reforma constitucional: acerca da legitimação democrática da mudança constitucional*”, esclarecendo a liberdade, segundo Hannah Arendt, como a possibilidade de ruptura com a tradição (ARENDR, 2001, Apud BARBOSA, 2013, p.56) e a igualdade, embasada em uma comunidade que passa a ser regida pelas regras de uma Constituição, é definida como uma percepção de que a autoridade política que gerencia a comunidade é o seu próprio povo. (BARBOSA, 2013, p.57).

Aqui se tem, novamente, uma tensão, mas desta vez, entre soberania popular e direitos fundamentais. Leonardo Barbosa explicita esta tensão no seguinte trecho:

Não estaríamos ainda pensando com Sieyés, diante de um impossível contrato do povo consigo mesmo (SIEYÉS, 2001, p.50)? Essa questão é fundamental, até por que foi precisamente com o advento das constituições modernas que a soberania popular se firmou como princípio básico de organização das sociedades políticas. [...]. Fica a impressão algo paradoxal de que a soberania popular constitui a constituição e é, ao mesmo tempo, constituída por ela. (BARBOSA, 2013, pp.57-58).

Em seguida, o autor apresenta um panorama sobre a Teoria Constitucional Liberal, citando Tocqueville, Constant e Mill, e a Teoria Constitucional Autoritária, fundamentada em Carl Schmitt. Desta forma, o que se mostra pertinente para essa discussão é a percepção por parte daquele autor, de que os autores que representam estas duas teorias partem de premissa que não podemos mais adotar (BARBOSA, 2013, p.61). A crítica referente aos liberais trata da forma como eles lidam com os direitos fundamentais: “como um limite pré-político à atuação do Estado” (ibidem). Não obstante, critica-se ainda Schmitt, uma vez que seu ponto de partida é uma descrição irreal de povo. Por conseguinte, a teoria liberal e a autoritária não são satisfatórias para tratarmos do problema do discurso de ódio.

A teoria discursiva do direito e da democracia se apresenta, pois, como a mais interessante para abordar esta situação e é neste sentido que se afirma: “Para explorar a fecundidade do constitucionalismo moderno é preciso reconhecer a incontornável tensão entre direito e democracia, entre direitos fundamentais e soberania popular. [...]” (BARBOSA, 2013, p.62).

Desse modo, os direitos fundamentais se consubstanciam, portanto, não em virtude de uma limitação pré-política, mas como “condições possibilitadoras da prática democrática”

(HABERMAS, 1997, p.154. Apud BARBOSA, 2013, p. 62). E é por esta concepção habermasiana de direitos fundamentais, que objetivamos vislumbrar a temática do “hate speech”.

Não obstante, o que se demonstra pelo discurso de ódio é o conflito entre dois desses aspectos fundamentais já esclarecidos: a liberdade e a igualdade. Já foi explanada a relevante simbiose entre liberdade e igualdade, de modo que o conflito aqui se apresenta relativo à liberdade de expressão e a forma como ela pode prejudicar a igualdade e a denominada dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF), ou seja, a controvérsia está em como operar a tensão dentro desta situação. A discussão se insere, pois, referente a um possível limite para a liberdade de expressão, de modo tal a se imaginar até que ponto ela pode se expandir sem causar prejuízo à igualdade e à dignidade do outro.

Podemos exemplificar o dilema do discurso do ódio na seguinte situação: proibir o discurso em si derroga uma limitação a uma garantia fundamental; esta limitação seria interpretada pela Teoria Constitucional Liberal como uma afronta, já que ela propõe “um respeito à Constituição como critério máximo da política” (BARBOSA, 2013, p.58). Em contrapartida, não oferecer nenhuma forma de afronta ao discurso de ódio fornece escopo para a discriminação, e a exclusão do outro, corroborando, pois, com a falta de acesso e de inclusão das minorias afetadas pela violência do “hate speech”.

A tensão liberdade-igualdade, já relatada, exprime que, ao valorizar uma liberdade de expressão absoluta em detrimento da observância da igualdade, isto é, conferir uma supremacia seja da liberdade ou da igualdade, implica a incoerência na mesma problemática observada pelo Estado Liberal e pelo Estado Social. Mas em uma situação tão complexa quanto o “hate speech”, como operar isso? Representariam, então, a Lei do Balanceamento, a ponderação e proporcionalidade as melhores alternativas para a resolução deste dilema? Robert Alexy, em sua Lei de Colisões, afirma que “nenhum princípio teria preferência sobre outro de forma absoluta” (POTIGUAR, 2009, p.16), seria esta, portanto, a resposta mais interessante?

4.2. Seria, por fim, a resposta de Robert Alexy a mais adequada para lidar com o “hate speech”?

A jurisprudência brasileira, majoritariamente, utiliza as teorias de Robert Alexy para resolver o tipo de controvérsia gerado pelo discurso de ódio. Almeja-se, pois, demonstrar e fazer uma crítica, sucintamente, de que esta não representa a melhor solução possível para estes casos, mas, embora muito seja criticada, ela permanece sendo a mais utilizada. Neste sentido, buscar-se-á elaborar uma demonstração de algumas falhas existentes na solução alexyana,

valendo-se de argumentos da teoria constitucional crítica e da filosofia da linguagem, para demonstrar uma forma alternativa de lidar com o “hate speech”, sem utilizar a ponderação ou a Lei do Balanceamento.

Desta forma, no artigo *Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade*, Robert Alexy busca uma resposta às objeções que Jürgen Habermas fizera à sua teoria do balanceamento. Habermas sustenta, pois, que o balanceamento se apresenta de forma irracional e como um perigo para os direitos, ao lhes diminuir a força normativa, isto somado ao fato de julgar que a ponderação retira o que a faz do terreno do certo e do errado, da correção e da incorreção, e da justificação, e, então, do reino do Direito (ALEXY, 2003, p.1). Não cabe neste artigo explicitar a teoria completa de Robert Alexy, de modo que um trecho conclusivo e que a ilustre relativamente bem se mostra mais interessante. Portanto, quando o autor explana a estrutura do balanceamento, ele afirma que:

No Direito Constitucional Alemão, o balanceamento é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (comprehensive). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios são princípios expressam a idéia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. (ALEXY, 2003, p.135).

Conseqüentemente, exposta a compreensão de Alexy sobre direitos constitucionais, podemos constatar que se conforma em uma abordagem axiológica, ao estipular uma sobreposição valorativa. Desta forma, observa-se que a existência de um método de resolução não derroga uma subsequente racionalidade necessária, um método não leva necessariamente a verdades, nem a respostas exatas para casos concretos, como ficou marcado no desenvolvimento filosófico do século XX, principalmente por Gadamer e Thomas Khun, da forma como relata AlexPotiguar:

Esta ciência se debruça em métodos que, obviamente, não garantem por si só a verdade, mas necessitam de um suporte de uma comunidade científica quanto a probabilidade daquela pesquisa demonstrar o melhor caminho em busca da verdade. É certo que a verdade se sabe precária e datada. [...]. (POTIGUAR, 2009, p.11).

Estando fundamentado neste tipo de perspectiva, a afirmação crucial de Habermas contra Alexy é: “Precisamente porque aqui não há padrões racionais, o sopesamento de valores ocorre ou arbitrária ou irrefletidamente, segundo os padrões e hierarquias costumeiros [...]”. (HABERMAS, 1996, p.259. Apud, ALEXY, 2003, p. 134). Em seu artigo, Alexy busca refutar

este tipo de objeção, mas não o faz de forma satisfatória, uma vez que a afirmação de Habermas, principalmente aquela que realça “padrões e hierarquias costumeiros” como uma fundamentação pouco sólida e evidenciada pela falta de racionalidade, alcança repercussão desta falha argumentativa em casos concretos.

Neste sentido, a resolução do caso Ellwanger se apresenta como a maior prova de que a afirmação de Habermas tinha bons fundamentos, visto que fica explícito, no voto de ministros, que o método do Balanceamento não é o mais adequado para resolver controvérsias como as relacionadas ao discurso de ódio. Potiguar, em sua dissertação de Mestrado *Igualdade e liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio*, exemplifica exatamente aquilo que Habermas tentou transmitir a Alexy com suas objeções.

Potiguar analisa o discurso do ódio e o caso Ellwanger, empreendendo uma análise, voto a voto de cada ministro, sobre as formas de argumentação utilizadas para a compreensão e resolução do Habeas Corpus 82.424/RS. Não obstante, os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio são os mais importantes para esta análise, porquanto se embasaram no princípio da proporcionalidade para julgar o caso, de modo tal que, a solução a que cada um deles chegou com o método de Alexy se configura como a ilustração fidedigna daquilo que Habermas alertara. Potiguar apresenta, pois, o vício do método de Alexy, na seguinte passagem: “É nestes entido que Marcelo cattoni inicia uma crítica, impossível de ser mais correta, das decisões dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, tendo em vista que ambos chegaram a soluções opostas, pelo fato de possuírem pré-compreensões diversas acerca do que eu seriam as finalidades e os valores a serem alcançados pela decisão

É justamente neste ponto que se enxerga o que Habermas ilustrou como o problema inerente ao método de Alexy. A observância de que um sopesamento de valores que ocorre de forma arbitrária, segundo os padrões e hierarquias costumeiros, deflagra um perigo para o reino do Direito e se consubstancia no plano fático, uma vez que os dois ministros utilizaram o mesmo método, que se supõe racional, e chegaram a decisões completamente opostas. Exemplificando esta incrível discrepância entre os votos, Potiguar cita Marcelo Cattoni:

[...] Como é que uma conduta pode ser considerada, ao mesmo tempo, como lícita (o exercício de um direito a liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo, do Direito ? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita? (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesse e de valores na jurisprudência recente do Supremo tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC nº82. 424–2. Apud,

POTIGUAR, 2009, p.24).

Observa-se aqui, pois, uma base argumentativa análoga àquela utilizada no caso Ellwanger, de modo tal que seja estabelecido que a proporcionalidade determina esta instância última de possibilidade de restrição legítima de um direito fundamental. Luiz Fux utiliza o método da ponderação de forma similar e baseada na forma como Gilmar Mendes operou em uma decisão de habeas corpus. Desta forma, frente todo o arcabouço apresentado anteriormente para criticar este método, fica claro que a teoria de Robert Alexy não se conforma na opção mais interessante para a tomada de decisões, uma vez que ao seu viés axiológico, que parte de pré-compreensões individuais impossíveis de estarem em acordo, pode ocasionar o perigosíssimo fato registrado na decisão do caso Ellwanger: dois julgadores, partindo do mesmo método “racional”, podem chegar a decisões completamente opostas, ensejando situações, como relata Cattoni, de uma aberração em que parece existir uma conduta meio lícita, meio ilícita.

5. ESTIPULAÇÕES TEÓRICAS ALTERNATIVAS CAPAZES DE SOLUCIONAR DEONTOLOGICAMENTE A CELEUMA DO DISCURSO DE ÓDIO

Aqui se manifesta o problema de que se leve mais em conta aquilo que cada indivíduo, detentor de suas pré-compreensões considera ser o melhor, e não o constitucionalmente mais adequado. O problema está no favorecimento de uma argumentação axiológica em detrimento da deontológica, dentro do próprio direito, de modo tal que isso leva Potiguar a afirmar, sobre o caso Ellwanger, que: “os votos desconsideraram o caráter deontológico do Direito, que o Direito deve ser visto como integridade, no sentido de que homens livres e iguais se dão normas para regular as suas vidas em comunidade [...]”. (POTIGUAR, 2009, p.37). Por fim, mostra-se necessário o uso de uma argumentação diferente desta preponderante, para se tratar do “hate speech”. Potiguar sugere que a decisão, por exemplo a de Gilmar Mendes, pode ser melhor fundamentada se for apresentada conforma a teoria da adequabilidade de Klaus Günther (POTIGUAR, 2009, p.25). Não obstante, buscar-se-á explanar outras teorias consonantes aos ditames de uma perspectiva constitucional crítica e até algumas apoiadas na filosofia da linguagem.

Buscar-se-á tratar o discurso do ódio, fundamentado em uma teoria performativa da linguagem. Todavia, cabe antes ressaltar outra perspectiva dada ao “hate speech”, a de Jeremy Waldron, em sua obra *Dignity and Defamation: The Visibility of Hate*. De forma breve, neste livro, Waldron acaba por rebater algumas idéias de Ronald Dworkin, expressando que o “hate

speech” necessita sim de alguma espécie de regulação, de modo tal que não se objetive um controle sobre o pensamento alheio ou uma extinção dos preconceitos e difamações. A grande importância das teorias de Waldron se refere ao caráter de buscar uma proteção para as consequências lesivas que o discurso de ódio produz, não sendo, pois, um controle do discurso em si, mas uma busca por beneficiar os membros das minorias vulneráveis, fortificando os ideais de igualdade e tolerância, além de proteger posições igualitárias dentro do sistema social:

Much of what we call speech regulation is not directed at the immediate flare-up of insult and offense. The concept of “group libel” addresses the possibility of racial or religious defamation becoming established as a visible feature of the environment – part of what you can see in real space (or virtual space) as you look around you. (WALDRON,2009,p.1604).

Tendo em vista a argumentação axiológica de Alexy explanada, almejar-se-á traçar uma linha de raciocínio deontológica, de forma a possibilitar um acúmulo de argumentos referentes ao caso abordado. Com este intuito, a obra *Filosofia da Comunicação*, de Míroslav Mílovic, vem propor uma nova análise da relação entre a subjetividade e a intersubjetividade, embebido na contextualização conceitual de Apel e Habermas. Com o advento da reviravolta lingüística hermenêutica-pragmática, o debate do “hate speech” pode ser abordado por novas perspectivas. Desta forma, o filósofo J.L. Austin, acompanhado de John Searle, nos apresenta a base da comunicação pelos “speech acts” (atos de fala), teoria que seria usada futuramente também por Habermas e Apel.

Com a reviravolta lingüística, a linguagem deixa de ser abordada como uma mera “caixa de ferramentas” usada pelo falante. Ela não é um instrumental neutro, mas sim uma atividade performática capaz de interferir ativamente na realidade, conforme o desejo do agente. O discurso de ódio, observado por essa ótica, recebe um novo arcabouço. Pela obra *How to do things with words* de Austin e a noção de que o discurso representa uma ação (fundamentado na importância dos contextos e até das intenções), autores como Mari Matsuda, Catharine Mackinnon e Berkeley Judith Butler nos apresentam uma nova relação entre o “hate speech” e o direito. Matsuda enxerga o discurso de ódio como um ato ilocucionário, apresentado por Austin, capaz de procriar um rebaixamento social. Por sua vez, Butler apresenta uma análise segundo uma ótica performativa de que o hate speech, até a própria injúria verbal, seria um ato de fala (CINTRA, 2012, pp.30-40). Esta autora retoma a ideia da força que a linguagem possui, já ressaltado pelos atos ilocucionário e perlocucionário do próprio Austin, de modo que esse aspecto da força nos apresenta a capacidade de ferir da linguagem.

Desta forma, a fim de realçar esse aspecto de força da linguagem, podemos citar a

interpretação de Jacques Derrida, presente em *Limited Inc*, sobre uma relação entre Austin e Nietzsche. Derrida apresenta Austin como um autor dissolvente e o aproxima de Nietzsche por esse aspecto subversivo e, sobretudo, pela ideia de força da ilocução como semelhante à noção de força existente na vontade de poder de Nietzsche, de modo tal que o performativo se apresenta como a força da linguagem:

Austin was obliged to free the analysis of the performative from the author-ity of the truth value, from the true/false opposition, at least in its classical form, and to substitute for it at times the value of force, of difference of force (illocutio-nary or perlocutionary force). (In this line of thought, which is nothing less than Nietzschean, this in particular strikes me as moving in the direction of Nietzsche himself, who often acknowledged a certain affinity for a vein of English thought). (DERRIDA, 1988, p.13).

Tendo em mente esse poder de ferir de que o discurso de ódio dispõe, podemos utilizar o exposto em *Filosofia da Comunicação* para continuar a argumentação. Miroslav Mílovic apresenta a diferença entre o proposicional e o performativo em Habermas, pela dupla estrutura de comunicação. Dessa forma, ele apresenta a pretensão habermasiana de estabelecer o poder ilocutivo do ato de fala significa estabelecer uma relação entre o locutor e o ouvinte, desencadeando, assim, a comunicação. A teoria do discurso apresenta, pois, uma estrutura normativa que busca a preservação da comunidade de comunicação real, formulando uma ética da responsabilidade e a mediação da comunidade de comunicação real com as condições da comunidade ideal. Apel chega a ressaltar a importância de garantir a sobrevivência da espécie humana como comunidade de comunicação real, de modo que, não propiciaria o discurso de ódio uma espécie de barreira a essas colocações? Miroslav Mílovic afirma:

A crise do mundo contemporâneo aponta a necessidade de uma responsabilidade coletiva, e a ética do discurso se refere exatamente a essa responsabilidade ao afirmar que a idéia de comunidade já está presente nas condições de constituição do significado enquanto tal. (Miroslav Mílovic, 2002, p.244).

Aparece, pois, a questão dos outros como sujeitos da comunicação iguais em direito e como isso se relaciona com o “hate speech”. Nesse sentido, a comunidade deve garantir a decisão dialógica sobre a própria comunidade, o que não se observa, no caso do discurso de ódio, devido ao aparato de força que ele possui. O discurso de ódio proporciona não um diálogo, mas uma exclusão do outro, uma exclusão de, muitas vezes, uma minoria que já não possui um direito igual na comunicação. O projeto habermasiano demonstra que a filosofia do discurso busca formular as premissas normativas da democracia, de modo que o crivo valorativo seja baseado pelo teste crítico do diálogo, o teste de um acordo comunicativo.

O problema é que o próprio diálogo é vilipendiado pelo “hate speech”. Fundamentando-se na noção de irretrocedibilidade da comunicação e da resolução por intermédio do discurso sobre as reivindicações valorativas, apresentam-se regras de discurso relevantes, como um conteúdo adequado para as premissas da argumentação. Não obstante, observa-se que o discurso de ódio infringe diretamente na ideia de chances iguais de participação na comunicação, no contexto da interação social. Mílovic ressalta um alerta de Foucault sobre o discurso, no sentido de como pensar a interação quando deparada com estruturas de ideologia e poder:

Eu suponho que em toda sociedade o discurso [...] seja controlado, selecionado e canalizado através de procedimentos cuja função é a de atenuar seu poder e perigo potencial [...] e evitar seu peso e materialidade ameaçadores. (FOUCAULT, 1977, p.7. Apud, MÍLOVIC, 2002, p. 274).

Este alerta de Foucault se encontra em sintonia com o perigo do hate speech e é nesse aspecto que a posição de regulação dele apresentada por Waldron se mostra importante. Em Comunidade da Diferença, Mílovic apresenta, num embate entre Gadamer e Heidegger, a ideia de uma compreensão que inclua os outros, de modo que, conquanto entremos no diálogo com os preconceitos de nossa cultura, o sentido dialógico é a própria superação desses preconceitos.

No âmbito da discussão do “hate speech”, a concepção de “justiça” também pode ser questionada. Neste aspecto, a obra Força de Lei de Derrida pode ser explicitada. Ela traz a noção de que a justiça é um impossível necessário e urgente, que jamais é alcançado, mas que sempre deve ser almejado. Desta forma, conquanto o direito em sua generalidade sempre exclua um grupo de pessoas, a busca por incluir o excluído deve sempre ser um objetivo a ser seguido, em consonância a esse objetivo de uma busca interminável pela “justiça”.

Por conseguinte, todo aparato teórico exposto almeja explicitar a importância de que o Estado Democrático de Direito procure a preservação dos excluídos, para dar espaço inclusivo ao outro. Um diálogo entre a postura habermasiana e, em certo aspecto, a postura derridiana, como realça Mílovic na Comunidade da Diferença, é importante para o processo inclusivo.

5.1. A visão de Ronald Dworkin contraposta à de Jeremy Waldron: a questão da legitimidade ou não de se proibir o discurso de ódio

Desemboca-se finalmente na discussão sobre o que existe e está sendo feito hoje no Brasil, em relação ao “hate speech”, restando a indagação fulcral se uma lei que criminalize o discurso de ódio estaria ferindo a liberdade de expressão de um indivíduo, assim como indagar

se a liberdade de expressão abarca discursos discriminatórios, como o racismo, xenofobia, homofobia, etc. Ou seja, compreender deontologicamente se ofensas comunicacionais afligindo grupos sociais historicamente explorados e vitimizados deveriam ser proibidas ou permitidas. Conforme se explicitou nesta dissertação, a liberdade comunicacional houve por bem ser considerada essencial à própria noção de democracia, uma vez que regimes autoritários sempre tiveram como forte característica a restrição a esse direito fundamental e condição essencial da existência humana.

Nada obstante, ao mesmo tempo em que a proteção a esse direito chega a ser condição de existência de um regime democrático, o que ocorre no plano fático é uma super proteção e o levantamento a um patamar de quase super direito, em que a liberdade de expressão entra em aparente conflito com outros direitos de igual importância à democracia, como os direitos à igualdade e dignidade da pessoa humana, e acaba, muitas vezes, prevalecendo, incontornavelmente. Percebe-se, nesta toada, que a liberdade de expressão foi e ainda tem sido muito utilizada como argumento jurídico para legitimar discursos discriminatórios. Conforme já foi relatado, Dworkin escreveu especificamente sobre esse tema na introdução da obra *Extreme Speech and Democracy*, no qual ele aborda o papel da liberdade de expressão em uma democracia e a relação entre liberdade de expressão intrinsecamente ligada a uma legitimidade democrática.

Em oposição, Jeremy Waldron faz uma crítica à Dworkin em *The Harm in Hate Speech*, respondida por Dworkin no livro *The Content and Context of Hate Speech*. Analisaremos, então, o debate entre esses dois autores. Embebido pelo debate entre esses dois célebres constitucionalistas, pergunta-se se a liberdade de expressão, essencial à democracia, abarca discursos discriminatórios. Fica evidenciada, justamente, a posição contrária a leis que criminalizam o discurso de ódio por um receio de que isso possa comprometer o próprio processo democrático. O grande defensor desse argumento é Dworkin, que vê a liberdade de expressão como um direito universal e quase irrestrito.

Para o autor, a liberdade de expressão não é somente instrumental à democracia, mas também seu elemento constitutivo por excelência, se consubstanciando em um direito humano universal, de modo tal que sua proteção seja tão fundamental que devemos fazê-lo, muito embora isso resulte em consequências indesejáveis. Portanto, a proteção à liberdade de expressão é uma questão de princípio, ao passo que para um processo democrático ser legítimo, ele não precisa somente respeitar a vontade majoritária, mas também o que Dworkin denomina por “democratic background”.

A legitimidade do processo democrático perpassa, pois, por assegurar este “democratic background” em toda a sua liberdade. Neste sentido, é fulcral esclarecer que Dworkin não é contra leis que protegem minorias de agressões baseadas em atos discriminatórios, ocorre que sua posição nesta discussão se refere à preocupação no início da elaboração das leis, sob a moléstia de poder afetar a própria legitimidade da lei, relacionando, para tanto, o direito à liberdade de expressão com legitimidade da lei em si. Por meio desta postura, mesmo que a difamação a um grupo seja a essência da pauta de um conjunto de pessoas, Dworkin prega que eles sejam também ouvidos, mesmo que essa forma de expressão seja reprovável, tendo em mente que a lei será mais legítima, por ter levado em conta a expressividade livre daquelas ideias.

Jeremy Waldron, por sua vez, discute o dano social provocado pelo discurso de ódio, o propósito do aparato legal que suprime esse tipo de discurso, e ainda a falta de espaço para discursos discriminatórios no tipo de sociedade que queremos construir com o sistema democrático. Retomando, a posição de Dworkin é de que interferir na gênese da lei restringindo certos discursos torna o processo democrático menos legítimo, já que alguns não poderão se manifestar e, conseqüentemente, terão sua liberdade de expressão restringida. Waldron leciona que essa legitimidade seria afetada em algum grau, mas que não destruiria completamente a legitimidade da lei, sopesando que somente expressões muito ofensivas seriam vetadas, o que não afetaria a legitimidade e ainda protegeria o que ele determinou como um patamar social básico de dignidade elementar para grupos vulneráveis.

No entanto, o ponto nevrálgico a se discutir aqui não se trata, necessariamente, de um embate entre liberdade de expressão e direito à igualdade, já que, sopesando os direitos, a igualdade se sobressai em alguns casos e a liberdade de expressão em outros. Dworkin responde, pois, a Waldron apontando as diferenças entre direitos e responsabilidades do governo, face ao agir coletivo e coercitivo na política, e nossa responsabilidade como indivíduos operando dentro da estrutura da lei:

Government may not adopt any ethical conviction – any opinion about the true basis of human dignity – and enforce that view against dissenting citizens. It must recognize a right of ethical independence. But recognizing that right means that no individual citizen may be forced to accept any official ethical conviction or be prevented from expression one’s own dissenting convictions. [...] No law would be acceptable, no matter how popular, that rested on that ethical opinion. But I have no right that others, who do believe I lack that basic dignity, not hold or express that conviction as

individuals. Living in a just society – a society whose government respects human dignity – means that I must accept the right of others to hold me in contempt.⁸⁴

Portanto, regular o hate speech não pode ser resolvido por uma questão de balanceamento de direitos, pois o cidadão tem o direito à independência ética de um governo, de modo que o governo não tem o poder de identificar e impor a verdade coercitivamente aos membros por ele tutelados. A discussão entre ambos alça o questionamento sobre o discurso de ódio a um patamar pelo qual podemos, enfim, solucionar essa celeuma constitucional.

5.2. Uma saída pelo agir comunicativo e pela filosofia da linguagem

Observam-se dois protagonistas em relação tensionada: a essencialidade da liberdade de expressão nas práticas de argumentação pública e a igualdade e o respeito pela dignidade do outro como requisito à legitimidade de alguma decisão, conferindo, para tanto, garantia de igual participação entre todos. O discurso de ódio ontologicamente destoa da harmonia da democracia, por meio da intimidação, desrespeito e ameaça ao Outro⁸⁵. Podemos esmiuçar a legitimidade de uma lei por um procedimento democrático que, além de possibilitar a livre manifestação de todos os agentes, seja também equitativo, e justamente o que se percebe é que o discurso de ódio promove a falta de equitatividade entre os agentes.

Partindo da perspectiva de Dworkin, não seria justo forçar leis antidiscriminatórias a racistas, xenófobos, etc, pela falta de liberdade expressiva em influenciar as outras pessoas de suas visões políticas. Porém, vislumbrar um espaço público discursivo aberto a todo tipo de ofensa, desprezo e diminuição do outro possa servir como um cenário propício para o cenário democrático, já que ele exige respeito mútuo entre debatedores, que devem reconhecer-se reciprocamente como livres e iguais. Desta feita, discurso de ódio não contribui com o desenvolvimento da democracia, vez que representa o puro ataque à dignidade e respeito do outro, a própria negação do reconhecimento de um indivíduo como igual, e, assim, mina o próprio processo democrático de tomadas de decisões. Nesse sentido, entendemos que liberdade de expressão e igualdade não são direitos excludentes mas dialogam e, parece ser esse o objetivo de normas que criminalizam ou regulam discursos discriminatórios: não de restringir a liberdade, mas de conciliar liberdade de expressão com o direito à igual consideração e respeito e evitar que o uso irrestrito da liberdade para poder violentar legitimamente o outro.

⁸⁴ DWORKIN, Roland. Reply to Jeremy Waldron. In: *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. Nova York: Cambridge University Press, 2012 Pg. 3-4.

⁸⁵ Outro empregado em sentido amplo de marginalizados sociais mas também segundo a percepção de Dussel em: DUSSEL, Enrique. 1492: O Encobrimento do Outro (A Origem do "Mito da Modernidade"): Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Ciasen. Petrópolis, Vozes, 1993.

Neste sentido, cumpre esclarecer esta discussão com a proposta de democracia procedimental e discursiva de Habermas, e todas as intercorrências habermasianas apresentadas nesta dissertação, sobretudo o agir comunicativo. No que concerne, pois, à teoria do agir comunicativo ela define nosso agir como um processo circular no qual o agente comunicacional desempenha papel ambivalente: é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis, e também o produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria ⁸⁶(Habermas, 1989, p. 166).

Através do exercício da argumentação, as pretensões de validade, alicerces em que os agentes se pautam, são problematizadas, já que o ato comunicativo carrega em si afirmações de validade (verdade, correção e sinceridade), pensando a capacidade dessa validade de suportar críticas sob as condições de discurso, favorecendo, para isso, o rompimento com a ingenuidade das pretensões de validade erguidas diretamente e de cujo reconhecimento intersubjetivo depende a prática comunicativa do cotidiano.⁸⁷

Cumpre esclarecer a teoria do agir comunicativo como um modelo de agir orientado para o entendimento mútuo, no qual os atores se harmonizam internamente face aos objetivos e ações com o consenso, alcançado comunicativamente.⁸⁸ Esse entendimento mútuo comunicacional recebe o papel de mecanismo da coordenação de ações, percebendo, ainda que esses acordos comuns esbarram nos planos de ações individuais, visto que a falta de um entendimento mútuo é suprida pela interpretação dos atores, com suas pré compreensões inerentes, que relacionam um sistema entrelaçado e geral com um sistema de perspectivas de mundo.

Como pressuposto de uma ação coordenada temos nossa capacidade de entendimento mútuo sobre alguma coisa, ao passo que os agentes comunicacionais se deparam com questões a serem resolvidas no mundo da vida, este como horizonte em que os agentes se movimentam, uma moldura simbólica de referência da ação comunicativa,⁸⁹ funcionando como um pano de fundo (*Hintergrund*) para ela. Além desta determinação pelo consenso comunicativo, também não se pode prescindir do conceito formal do mundo, como totalidade dos estados de coisas existentes que constitui um sistema de referência, por meio das dimensões do mundo objetivo (referido pelos falantes em suas representações), mundo social (constituído das relações

⁸⁶ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.166 e ss.

⁸⁷ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.166 e ss.

⁸⁸ HABERMAS, J. Teoria do Agir Comunicativo

⁸⁹ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do autor – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes: 2008.

interpessoais legitimamente reguladas) e mundo subjetivo (constituído pelas vivências, pela auto-representação).⁹⁰

A verificação da ocorrência desse consenso comunicacional ocorre pela averiguação da aceitação ou rejeição das pretensões de validade apresentadas pelo agente (representação do estado das coisas), correção (relação interpessoal assegurada) e sinceridade (manifestação de vivência). O agente age, pois, pelos modos cognitivo, interativo e expressivo do uso lingüístico e entre classes correspondentes de atos de fala constatativos, regulativos e representativos, podendo se concentrar em questões de verdade, de justiça, de gosto ou de expressão pessoal contribuindo para a percepção descentrada do mundo, fruto de se diferenciar o mundo da vida e o mundo em sentido formal exprimido pela diferenciação de referências ao mundo, pretensões de validez e atitudes fundamentais⁹¹.

Conseqüentemente, temos o papel da validade na construção de uma ordem social tendo em mente que tanto a normatividade, quanto a racionalidade cruzam-se no campo do embasamento de intelecções morais. Lançando mão novamente da inteligência da obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, explicita-se que normas jurídicas formam um ordenamento que viabiliza a existência de sociedades artificiais, nas quais temos membros supostamente livres e iguais, cuja união resulta da ameaça de sanções, da existência de um acordo racionalmente motivado. Embebido nessa artificialidade tem-se uma tensão natural quando fatos e a validade se contrapõem, dificultando inerentemente a manutenção dessas ordens sociais. Todavia, a proposta do agir comunicativo permite esse processo de manutenção, face ao reconhecimento institucional de pretensões de validade normativas.

A já famosa tensão entre facticidade e validade é oriunda do relacionamento entre indivíduos que vivem em sociedade, buscando compreender o surgimento de uma ordem social a partir de processos de formação de consenso que se encontram ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade, ao passo que o risco de dissenso sempre estará presente, mas aqui entra o papel de uma razão comunicativa, em que o consenso promove a estabilização não-violenta de expectativas de comportamento. A hipercomplexidade da sociedade possui elementos próprios, que evidenciam a impossibilidade de estabilização dos complexos de interação através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, de modo que a integração poderá ser realizada através do agir comunicativo.⁹² Ainda nesse sentido, a importância de um pensamento intersubjetivo e ao processo de aceitabilidade.

⁹⁰ HABERMAS, J. Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista. p.220

⁹¹ HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.166 e ss.

⁹² HABERMAS, J. Consciência moral e agir comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.166 e ss.

[...]Entendemos um ato de fala quando sabemos o que o torna aceitável. Da perspectiva do falante, as condições de aceitabilidade são indênticas às condições do êxito ilocucionário que ele alcança. Aceitabilidade não é definida em sentido objetivista a partir da perspectiva de um observador, mas a partir da atitude performativa de quem participa da comunicação. Um ato de fala deve poder ser denominado aceitável quando cumpre as condições necessárias para que um ouvinte possa assumir uma posição “sim” diante da pretensão manifestada pelo falante. Essas condições não podem ser cumpridas de modo unilateral, estando relacionadas apenas ao falante, ou apenas ao ouvinte; mais que isso, são condições para o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão linguística [...].⁹³

Portanto, é justamente sobre as condições para o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão linguística que o discurso de ódio macula totalmente o projeto democrático: ele inferioriza o outro pelo desrespeito e impede que ele tenha a mesma voz e mesma capacidade discursiva em uma argumentação pública, porque é negado ao alvo do “hate speech” a igual consideração e respeito. Sedimentando ainda mais esta percepção, Habermas apresenta o princípio da soberania popular, por um viés da teoria do discurso. Nesse sentido, todo poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos e esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular implica a ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente, de modo que todo poder político seja deduzido do poder comunicativos dos cidadãos.

Nesta toada, o exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente e, quando estruturado para resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. Habermas explica que a institucionalização jurídica de determinados processos e condições da comunicação torna possível um emprego efetivo de liberdades comunicativas iguais e simultaneamente estimula a compensação equitativa de interesses, o que é completamente vilipendiado pela permissividade do Estado ao discurso de ódio.

⁹³ HABERMAS, J. Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista. Martins Fontes. 2012. p.220

A complacência de nosso Estado de direito com o discurso de ódio também fere a proposta habermasiana da exigência de uma estruturação discursiva das arenas públicas: nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações e que tais arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões e pretensões de validade. Se mostra impossível que tais arenas sejam protegidas por direitos fundamentais quando o discurso de ódio já se consubstancia em violência que vem antes do discurso e acerta a essencialidade do próprio agente comunicacional, tornando-o um não igual na argumentação e na sua condição de proferir seu discurso e suas ânsias.

CONCLUSÃO

UM BREVE HISTÓRICO DO PROJETO DE LEI 7582/2014

O Estado de direito brasileiro havia se mobilizado contra o discurso de ódio, anteriormente ao Projeto de Lei 7582/2014, pela iniciativa legislativa empenhada pelo Projeto de lei Complementar n. 122 de 2006. Oriundo do Projeto de Lei 5.003/2001, proposto pela ex Deputada Iara Bernardi (PT), que propunha a criminalização dos preconceitos motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero, equiparando-os aos demais preconceitos que já são objetos da Lei 7716/89. A esse projeto foram apensados outros que tratavam do mesmo tema: o PL 5/2003, PL 381/2003, PL 3.143/2004, PL 3.770/2004 e o PL 4.243/2004, o que se quedou frustrado graças ao seu arquivamento, após passar oito anos no Senado sem obter aprovação.

Em resposta a essa letargia legislativa, com autoria da deputada Maria do Rosário PT/RS, o Projeto de Lei 7582/2014 se pautou na percepção de que o enfrentamento de toda e qualquer forma de discriminação fortalece o Estado de Democrático de Direito, especialmente quando as normas se voltam à proteção daqueles grupos em situação de maior vulnerabilidade social. Elencam-se lacunas legislativas que, portanto, não podem ser toleradas, pois ignoram a necessidade de proteção de alguns grupos que sofrem de forma direta e constante agressões e violações de direitos humanos. Para comprovar tal percepção, os números sobre violência demonstram a situação de maior vulnerabilidade em que algumas pessoas se encontram: em 2010, a discrepância de jovens negros mortos em relação a brancos subiu para 153,9%, de modo tal que há 2,5 vezes mais chances de um jovem morrer se ele for negro. o específico os migrantes, refugiados e deslocados internos.

Face à violência praticada diuturnamente contra as populações marginalizadas, foi reconhecido o dever de se adotarem medidas nacionais e regionais para promover e incentivar o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de todos os indivíduos e grupos sujeitos a sua jurisdição, sem distinção por motivo de gênero, idade, orientação sexual, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição econômica, condição de migrante, refugiado ou deslocado, nascimento, condição infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiência, sofrimento psíquico incapacitante ou qualquer outra condição social; tendo em mente que os princípios da igualdade e da não discriminação entre os seres humanos são conceitos democráticos dinâmicos que propiciam a promoção da igualdade jurídica efetiva, e pressupõem uma obrigação por parte do Estado de adotar medidas especiais para proteger os direitos dos indivíduos ou grupos que sejam vítimas de discriminação e intolerância, em qualquer esfera da atividade humana, seja pública ou privada, com vistas a promover condições equitativas.

Trata-se, pois, de uma legislação penal especial que cuida não só da definição e punição dos crimes, mas da disseminação de uma perspectiva de prevenção e inibição pela via educativa. Restam, enfim, os questionamentos se essa seria uma norma que afeta a liberdade de expressão de um indivíduo, se ela afeta a legitimidade de um processo democrático de criação de leis e, por fim, se faz parte do direito de expressão de um indivíduo a discriminação.

A presente dissertação se posiciona, portanto, salientando que o esquema de regulamentação do discurso do ódio seja sensato, que ele lide com um perigo real, e não com possibilidades, com a devida vênua e consideração à argumentação dworkiniana, no sentido de perceber e concordar com seu sentido teórico, uma vez que oferece-nos um verdadeiro tecido unitário, sobre o qual percorremos coerentemente através de fios condutores argumentativos.⁹⁴ Mas, na concretude do paradigma que vivemos no Brasil, a comunidade de princípios e a identidade constitucional brasileira não estão preparados para lidar com o discurso de ódio adequadamente pela teoria de Dworkin.

Nesse sentido, segundo Michel Rosenfeld, a identidade constitucional contemporânea é conformada, dentre outras coisas, pelo respeito aos direitos fundamentais de igualdade e de liberdade de expressão, ao passo que as decisões constitucionais estão intimamente ligadas à identidade nacional e cultural, como é o caso de se decidir se a liberdade de expressão do

⁹⁴ RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios. 2016. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

pensamento envolve ou não o direito a proferir discursos extremistas.⁹⁵ No cenário brasileiro, o discurso do ódio ultrapassaria as barreiras da liberdade de expressão, por se tratar de um discurso violador de direitos, tendo como respaldo a previsão constitucional inserida no art. 5º, incisos XLI e XLII, simbolizando uma tentativa da sociedade brasileira de repudiar o racismo e suas formas discriminatórias.

Por fim, cumpre esmiuçar a contribuição ao tema fornecida por José E. Medauar Ommati, em sua obra *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988*, que analisando o pensamento de Dworkin, assevera que ele comete “uma contradição interna insanável” permitindo discursos do ódio, pois ele não teria conseguido compreender corretamente a própria história institucional de seu país e as exigências de integridade”. Ommati postula, pois, que a integridade dependeria não apenas da análise da teoria em si, mas, principalmente, da história jurídica e institucional de cada comunidade que está sendo analisada.⁹⁶

Na atual conjuntura paradigmática e institucional em que se encontra o Brasil, não é responsável que a liberdade de expressão seja entendida como a possibilidade de se proferir o discurso do ódio, que se configura como violência comunicacional e, conforme Heidegger, uma violência essencial que atinge a morada do Ser do ser humano.

Nesse sentido também afirma Ana Luiza Nuñez Ramalho, na conclusão de sua tese de Mestrado, *Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin : uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios*, em que esclarece a importância do contexto pertencente ao paradigma vivido por este dado momento no Brasil, sinalizando que não estamos preparados para admitir a ressignificação da importância que a liberdade de expressão ocupa na comunidade de princípios. Concorda-se, portanto, que a história institucional e jurídica do Brasil, e a comunidade de princípios a ela concernente, ainda não está devidamente robustecida para internalizar a liberdade de expressão à luz da plena integridade dworkiniana; não alçou, pois, um patamar que realmente aceite o Direito, que o leve a sério, e que o assimile da forma mais deontológica e responsável possível.

⁹⁵ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Texto original: The identity of the constitutional subject. In: Cardoso Law Review: A Mentalidade Pós-Moderna e o Direito, Nova Iorque: Yeshiva University Press, p. 1049-1109, Janeiro de 1995. Copyright: Yeshiva University e Michel Rosenfeld, p.3

⁹⁶ OMMATI. José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 100

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais (2ª ed.). Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 89.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Trad. para fins acadêmicos Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*, Oxford, v. 15, n. 2, p.131 – 140, jun. 2003.

ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

ARISTÓTELES, De Anima. Metafísica vols. I, II, III, 2ª edição. Ensaio introdutório, tradução do texto grego, sumário e comentários de Giovanni Reale. Tradução portuguesa Marcelo Perine. São Paulo. Edições Loyola. 2002.

ASSIS JÚNIOR, Benjamim M. de. A linguagem como desvelamento do ser em Martin Heidegger. In: VVAA. *Provocações: ensaios filosóficos – Monografias 2004*. Mariana: Dom Viçoso, 2004.

AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford University Press, 1962, p. 6.

AZEVEDO, Reinaldo. **O AI-5 gay já começa a satanizar pessoas; se aprovado, vai provocar o contrário do que se pretende**: acabará isolando os gays. Veja, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/tag/augustus-nicodemus-lopes/>>. Acesso em: 31.10.2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Soberania popular e reforma constitucional: acerca da legitimação democrática da mudança constitucional. *Revista E-Legis*, Brasília, n. 10, p. 56-57, jan. –abr. 2013.

BEAINI, Thais Curi. *Heidegger: arte como cultivo do inaparente*. São Paulo: Nova Stella, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora UNB, 1999, pp. 92-94.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006**. Altera da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultants de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao §3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº

5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1>>. Acesso em: 18.11.2013.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal. **Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil: ano 2012**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>.

BUTLER, Judith. *Excitable Speech: a politics of the performative*. New York: Routledge, 1997, p. 1.

CABRERA, Julio. *Margens das Filosofias da Linguagem*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. 320 p.

CARVALHO NETTO, M. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CASSIN, Barbara. *Aristóteles e o lógos*. Tradução de Luiz Paulo ROUANET. São Paulo: Loyola, 1999.

CASSIN, Barbara. *Se Parmênides: Tratado Anônimo de Melisso Xenophane Górgia*. Tradução de Claudio Oliveira. Autêntica. 1998.

CINTRA, Reinaldo Silva. *Discurso de ódio sob uma teoria performativa da linguagem*. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). 2012. Disponível em <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/21257/21257.PDF>. Acessado 5/11/17.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. *Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy*. Salvador: Juspodivm, 2017, passim.

DARWALL, Stephen L. **Two Kinds of Respect**. Disponível em: <<http://www-personal.umich.edu/~sdarwin/Two%20Kinds%20of%20Respect.pdf>>.

DERRIDA, Jacques. *Signature Event Context*. In: *Limited Inc*, trans. Samuel Weber and Jeffrey Mehlman (Evanston, Il: Northwestern University Press, 1988). Disponível em <http://www.clas.ufl.edu/users/burt/inc.pdf>. Acessado em 21/11/13. Acessado em 21/11/2017.

_____. *Força de Lei. Biblioteca do pensamento moderno*. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DESCARTES, René. *Meditações metafísicas*. Trad. Fausto Castilho. In: *Col. Multilíngues de filosofia Unicamp*, Campinas: Editora da UNICAMP, 2004.

DUSSEL, Enrique. 1492: O Encobrimento do Outro (A Origem do "Mito da Modernidade"): Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Ciasen. Petrópolis, Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Foreword**. In: *Extreme Speech and Democracy*. Org: Ivan Hare e James Weinstein. Nova York: Oxford University Press, 2009.

DWORKIN. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pg. XVI.

DWORKIN, Roland. **Reply to Jeremy Waldron**. In: *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. Nova York: Cambridge University Press, 2012

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175-266.

FARBER, Daniel A. e *First Amendment*. 3. ed. New York: Thomsom Reuters/Foundation Press, 2010. p. 48.

FAUSTINO, Silvia. *A experiência Indizível*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 52.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão da tradução de Maria de Sá Calvacante-Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. (pp.173-182).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volumes I e II; tradução: Flavio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HABERMAS, J. 1991. Further Reflections on the Public Sphere. In : CALHOUN, C. (ed.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge, Mass. : Massachusetts Institute of Technology.

_____. 1995. Reconciliation Through the Public Use of Reason : Remarks on John Rawls' Political Liberalism. *The Journal of Philosophy*, Columbia, v. XXCII, n. 3, Mar.

_____. 1996a. *Between Facts and Norms : Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, Mass. : Massachusetts Institute of Technology.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. Tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p.166 e ss.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003.

HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*. Trad. de Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp. 2012.

HUME, David. *Investigação Acerca do Entendimento Humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção “Os Pensadores”).

INWOOD, Michael. *Heidegger*. São Paulo: Loyola, 2004.

KAHN, Charles. Algumas questões controversas na interpretação de Parmênides. *ANAIS DE FILOSOFIA CLÁSSICA*, Vol. 1 n° 2, 2007.

KAHN, Charles. Sensation and consciousness in Aristotle=s psychology. In: *Articles on Aristotle 4: Psychology and aesthetics* (ed. J. Barnes, M. Schofield, R. Sorabji), London, 1979, p. 1-31.

KANT, I. *Crítica da razão pura*. 40 ed. Prefácio à tradução portuguesa, introdução e notas: Alexandre Fradique MOURUJÃO. Tradução: Manuela Pinto dos SANTOS e Alexandre Fradique MOURUJÃO. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 5.ed., p. 463-473 apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 380.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como aquisição evolutiva. Tradução realizada por Menelick de Carvalho Netto a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”). In: *Rechtshistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MOUFFE, C. 1999. Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. In : _____. (ed.). *The Challenge of Carl Schmitt*. London : Verso. Tradução acadêmica de Menelick de Carvalho Netto.

MILOVIC, Miroslav . *Filosofia da Comunicação*. Brasília: Plano, 2002. v. 1. 310 p.

_____. *Comunidade da Diferença*. 1. ed. Rio de Janeiro, Ijuí: Relume Dumará, UNIJUI, 2004. v. 1. 142 p.

MORI, Ipsos. BBC Global Survey: A world divided? Disponível em: <https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-04/bbc-global-survey-a-world-divided-2018.pdf>

MURTA, Claudia. Parmênides, a tradição e o parricídio. *Princípios: Revista de Filosofia (UFRN)*, [S.l.], v. 12, n. 17-18, p. 77-90, set. 2010. ISSN 1983-2109. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/527/457>>. Acesso em: 10 out. 2016.

NEVES, MARCELO. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. Tradução do autor – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes: 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 100.

POTIGUAR, Alex Lobato. Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

POTIGUAR, Alex. *Igualdade e liberdade*: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no Discurso do Ódio. Brasília: UnB, 2009. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2009, cap.3.

RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios. 2016. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. História da filosofia: do romantismo até nossos dias. 2 ed. São Paulo: Paulus, 1991. (Filosofia, v.3)

REUTERS. “Meta para 2018 é combater discurso de ódio e uso indevido do Facebook, diz Zuckerberg”. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/meta-para-2018-e-combater-discurso-de-odio-e-uso-indevido-do-facebook-diz-zuckerberg.ghtml>

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto. **Direito das Minorias e Limites Jurídicos ao Poder Constituinte Originário**. São Paulo: Ediplo, 2013.

ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional. Texto original: The identity of the constitutional subject. In: Cardoso Law Review: A Mentalidade Pós-Moderna e o Direito, Nova Iorque: Yeshiva University Press, p. 1049-1109, Janeiro de 1995. Copyright: Yeshiva University e Michel Rosenfeld, p.3

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. Cardozo Law Review, New York, 24, n. 4, p. 2, abril 2003.

ROSS, David. Metafísica. In: Aristóteles, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1987, p.173.

SILVA, Rosane Leal da ET AL. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2011, p. 445-468.

SANTOS, Rainri Back dos. “Distanciamento teórico e engajamento prático: acerca da unidade entre atitude teórica e atitude prática a partir de um problema oriundo da hermenêutica filosófica”. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). 2013. Disponível em <http://oatd.org/oatd/record?record=oai%5C:www.bdtd.uerj.br%5C:3817>. Acessado em 18/06/2017.

SCHLEIEMACHER, F. D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Bragança Paulista: EDUSF, 2003.

SILVA, Rosane Leal da ET AL. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2011, p. 445-468.

SIMON, Henrique Smidt. *Epistemologia e limites da racionalidade jurídica: a ponderação de valores como critério da manutenção paradigmática do normativismo*. 2012. 184 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 380.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

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

WALDRON, Jeremy. **The Appearance of Hate**. In: *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012 Pg. 9.

WEINSTEIN, James. **Extreme Speech, Public Order, and Democracy**: Lessons from *The Masses*. In: *Extreme Speech and Democracy*. Org: Ivan Hare e James Weinstein. Nova York: Oxford University Press, 2009