



UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO RACIAL NO BRASIL E
NOS EUA: UM EXERCÍCIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO PELA
PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DA RAÇA**

Márcia Silva Pereira

NITERÓI - RJ

2022

Márcia Silva Pereira

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO RACIAL NO BRASIL E
NOS EUA: UM EXERCÍCIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO PELA
PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DA RAÇA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do título de Mestra em Direito Constitucional.

Linha de Pesquisa: Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Constitucional Internacional e Comparado.

Orientador: Prof. Dr. Cássio Luis Casagrande

NITERÓI - RJ

2022

Ficha catalográfica automática - SDC/BFD
Gerada com informações fornecidas pelo autor

P4361 Pereira, Márcia Silva
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO RACIAL NO BRASIL E
NOS EUA : Um exercício de Direito Constitucional Comparado
pela perspectiva da Teoria Crítica da Raça / Márcia Silva
Pereira. - 2022.
170 f.

Orientador: Cássio Luís Casagrande.
Dissertação (mestrado)-Universidade Federal Fluminense,
Faculdade de Direito, Niterói, 2022.

1. Liberdade de Expressão. 2. Discurso de Ódio. 3. Direito
Constitucional Comparado. 4. Teoria Crítica. 5. Produção
intelectual. I. Casagrande, Cássio Luís, orientador. II.
Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito. III.
Título.

CDD - XXX

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cássio Luis Casagrande (Orientador)
Universidade Federal Fluminense - UFF

Prof. Dr. Marco Aurélio Lagreca Casamasso
Universidade Federal Fluminense – UFF

Prof. Dr. Thiago de Souza Amparo
Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP

Prof. Dr. Wallace de Almeida Corbo
Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ

*You may shoot me with your words,
You may cut me with your eyes,
You may kill me with your hatefulness,
But still, like air, I'll rise.*
(Maya Angelou, 1978)

“Com a fúria da beleza do Sol”
(Emicida, AmarElo, 2019)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria Terezinha, que sempre acredita no meu potencial de realização muito mais do que eu mesma. Ao meu pai, José Maurício, meu grande amigo e exemplo. À tia, Regina Lúcia, minha inspiração. À minha avó, Dona Elza, minha grande motivação. A toda a minha família: devo a vocês tudo que sou.

Aos amigos que fiz pela vida, com carinho especial ao Júnior, por conseguir me arrancar sorrisos e risadas mesmo diante da tensão gerada pelos estudos no curso de uma pandemia.

À Inajá, por me ouvir, acolher, incentivar e me manter sã nos dias mais difíceis.

Aos colegas de mestrado pelos debates e apoio mútuos: sem vocês a conclusão deste curso teria sido muito mais difícil. Também agradeço aos debates proporcionados pelo Grupo de Estudos e Pesquisas “Crítica do Direito no Capitalismo - CriDiCa”, coordenado pelo Prof. Dr. Enzo Bello, pelas possibilidades de compreensão da realidade através de perspectivas verdadeiramente transformadoras.

Aos professores, servidores e todos aqueles que tornam possível a existência e manutenção da Universidade Pública. Especialmente aos integrantes do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.

Agradeço o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo financiamento que tornou possível a continuidade dos meus estudos e de tantas outras pessoas pelo Brasil, democratizando o acesso ao conhecimento.

Ao meu orientador, Cássio Casagrande, pela criação de oportunidades e sugestões que impulsionaram meu desenvolvimento acadêmico. Estendo o reconhecimento à minha banca, Profs. Drs. Marco Casamasso, minha primeira referência no mestrado, e Thiago Amparo, que muito contribuiu com os rumos críticos desta pesquisa.

À cultura hip hop, especialmente ao Ritmo e Poesia. Como diria Rashid, "Gratidão aos mestres por mostrar que evoluir não só é possível, evoluir é necessário".

Aos meus ancestrais e ao povo preto que caminha junto: é sempre por nós.

E um agradecimento a todos aqueles que lutam por uma educação pública e gratuita de qualidade.

Pela libertação de corpos e mentes.

RESUMO

A presente dissertação debate o papel das Cortes constitucionais na determinação de limites ao Direito à Liberdade de Expressão nos espaços públicos democráticos frente aos casos de discursos de ódio raciais. Trata-se de pesquisa de cunho qualitativo, que trabalha com fontes primárias jurisprudenciais e fontes secundárias bibliográficas e documentais. A pretensão é partir de conceitos desenvolvidos pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, país conhecido por sua defesa contundente da Liberdade de Expressão, e do Supremo Tribunal Federal do Estado brasileiro, que muitas vezes referencia julgados americanos e de outros países para construir uma posição nacional sobre o assunto. Dada a abundância de casos sobre o tema na história constitucional norte-americana, opta-se pela análise de casos paradigmáticos que consolidaram sua interpretação constitucional. Bem como, discute casos relevantes da história brasileira após a redemocratização, utilizando o método microcomparado para entender os pontos de aproximação e divergências nas bases e tratamento do instituto em ambas as tradições. A teoria Crítica da Raça, de forma complementar, fornece a lente necessária refletir sobre o problema do ponto de vista dos grupos-alvos desses discursos, colocando-os no centro da discussão. Assim, este trabalho é um exercício de direito constitucional comparado de cunho crítico, considerando os efeitos que ideologias de inferiorização e subalternização, expressas por meio dos discursos de ódio, podem produzir nos membros de grupos raciais vulneráveis.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão; Discurso de Ódio; Direito Constitucional Comparado; Raça; Subalternização.

ABSTRACT

The present master dissertation discusses the role of Constitutional Courts in determining limits to the Right to Freedom of Expression in democratic public spaces in the face of cases of racial hate speech. This is qualitative research, which works primarily with Case Law sources and bibliographic and documentary information as its secondary sources. The intention is to depart from concepts developed by historical cases of the United States Supreme Court, a country known for its strong defense of Freedom of Speech, and the Federal Supreme Court of the Brazilian State, which often refers to American and other countries' judgments to build a national position on the subject. Considering the abundance of cases on the subject in North American constitutional history, we opted for the analysis of paradigmatic cases that consolidated its constitutional interpretation on the subject. It also discusses relevant cases of Brazilian history after re-democratization, using the microcomparative method to understand the points of approximation and divergences in the treatment of the institute in both traditions. The Critical Theory of Race, in a complementary way, provides the necessary lens to understand the problem from the point of view of the target groups of these discourses, placing them at the center of the discussion. Thus, this work is an exercise in comparative constitutional law of a critical nature, considering the effects that ideologies of inferiority and subordination, expressed through hate speech, can produce on members of vulnerable racial groups.

KEYWORDS: Freedom of Speech; Hate Speech; Comparative Constitutional Law; Race; Subalternation.

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
art.	artigo
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CRT	Critical Race Theory
CRFB ou CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MI	Mandado de Injunção
MP	Medida Provisória
PL	Projeto de Lei
RE	Recurso Extraordinário
Scotus	Supreme Court of United States
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCR	Teoria Crítica da Raça
USA/U.S	(The) United States of America
v.	<i>Versus</i> (contra)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
1.1. Considerações acerca das opções teórico-metodológicas	16
a) Quanto às dificuldades inerentes ao exercício de comparação no Direito.....	17
b) Implicações de um estudo crítico no Direito	22
c) Tangenciando “discurso” e “ideologia”	24
d) Organização do trabalho.....	26
2. CONSTITUCIONALISMO, PODER E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL E NOS EUA	28
2.1. <i>We the People</i> : inovações e contradições do constitucionalismo americano.....	31
2.2. Constitucionalismos à brasileira: chagas do autoritarismo	44
2.3. Considerações parciais	60
3. O DEBATE JURÍDICO TRADICIONAL SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO 64	
3.1. A construção da Liberdade de Expressão pela Suprema Corte americana	65
3.1.1. O teste de “má tendência”	67
3.1.2. Teste do Perigo Claro e Presente	69
3.1.3. O livre mercado de ideias	72
3.2. Liberdade de Expressão como Direito Fundamental no Brasil.....	78
3.3. O debate jurídico sobre Liberdade de Expressão frente à “questão dos discursos de ódio” no Brasil e nos Estados Unidos.....	86
3.3.1. A Construção de novos parâmetros pela Suprema Corte Americana	87
3.3.2. O desenvolvimento das limitações do Discurso de ódio no Brasil	100
3.4. Considerações parciais	109
4. CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA CRÍTICA DA RAÇA PARA OS ESTUDOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSOS DE ÓDIO	111
4.1. Arremates Teórico: O que é a Teoria Crítica da Raça e qual sua relevância para os estudos jurídicos?	113
4.2. A antissubordinação como princípio orientador dos estudos sobre Liberdade de Expressão	122
4.3. Estudo de casos: expandindo as perspectivas sobre liberdade de expressão e discursos de ódio	132
4.4. Considerações parciais	152
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	155
REFERÊNCIAS	160

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto de estudos o tratamento dos discursos de ódio racial e sua relação, em geral, conflituosa, com o Direito à Liberdade de Expressão. Tema ao qual me dedico desde a graduação, em razão da aparente crescente ou amplificação dos discursos de ódio nas sociedades democráticas ocidentais.

Em março 2017 uma série de passeatas promovidas por cidadãos identificados com a extrema-direita na pequena cidade universitária de Charlottesville, no estado da Virgínia, nos Estados Unidos, país conhecido por uma ampla defesa da Liberdade de Expressão. A manchete informava que centenas de pessoas gritavam palavras de ordem contra grupos minoritários, como negros, imigrantes e LGBT+¹, bem como faziam saudações nazistas. Para ilustrar, os jornais utilizavam fotos com pessoas segurando tochas, o que remetia à identidade visual das caminhadas da Ku Klux Klan no século passado². As ideias indicadas pelas palavras de ordem também. O evento terminou após confrontos violentos entre os manifestantes e seus opositores denominados antifascistas, o resultado foram três pessoas mortas e diversos feridos (SENRA, 2017).

Esses eventos motivaram meu trabalho de Conclusão de Curso, em que confrontava dois importantes autores do direito, quais sejam, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, que partiam de premissas e bases teóricas parecidas, mas chegavam a conclusões diferentes acerca da necessidade de intervenção estatal nos debates públicos. Durante a defesa, após ter respondido todas as perguntas de cunho técnico e teórico feitas pela banca, um dos professores questionou minha posição acadêmica e pessoal sobre o assunto.

A nível pessoal, era fácil responder. Como mulher negra, LGBT+ e de periferia, convivia com os efeitos nefastos dos discursos de ódio no meu dia a dia. Mas como acadêmica, após ler e reler os autores mencionados e ter contato com outros que não entraram na redação final, estava cada vez mais confusa. Boa parte das reflexões tradicionais sobre liberdade de expressão não encontravam correspondência a realidade.

¹ A sigla LGBT+ (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e outros) será utilizada para fazer referência aos grupos com identificação de gênero e sexualidade dissidentes do padrão cisgênero e heteronormativo. Opto pela sigla sintética em prol da fluidez do texto, destacando que também estão incluídas Travestis, Transgêneros, Queer, Intersexuais, Assexuais e outros grupos de modo abrangente, sem apagamentos. As siglas LGBTI+, LGBTQ+, LGBTQUIA+ são possíveis e para efeitos deste trabalho possuem o mesmo sentido.

² Movimentos reacionários, extremistas e supremacista brancos com simbologias, pautas e formas de atuação em comum.

Tal questionamento, de tão persistente, foi o mote para o projeto de pesquisa utilizado na seleção de mestrado na Universidade Federal Fluminense. Projeto esse que modifiquei inúmeras vezes para abarcar os conhecimentos novos que tive acesso no curso do mestrado.

Com o recrudescimento do cenário político em diversos países, inclusos o Brasil³ e os Estados Unidos, o ódio nas redes sociais parecia crescer ou estar mais explícito, fazendo com que o tema se mantivesse relevante a nível acadêmico e social. Como pesquisadora, precisava conhecer melhor o contexto brasileiro e americano, analisar a origem e o caminho sendo trilhado na esteira da Liberdade e pensá-la a partir de lentes diferentes. O prof. Cássio Casagrande parece ter captado essa curiosidade de primeira e se interessado, por já ser um estudioso do Direito Comparado e das decisões da Suprema Corte. E eu soube que ele era a pessoa certa para orientar esta pesquisa em sua apresentação inicial quando se mostrou um grande conhecedor da teoria constitucional norte-americana.

Foi assim que esta pesquisa nasceu. Inicialmente com o intuito de pesquisar discurso de ódio racial nas redes sociais, mas dada a abrangência e a escassez de decisões nas Cortes Constitucionais sobre o tema, optei por mudar um pouco o foco e estudar a construção do direito que hoje conhecemos (e defendemos) como Liberdade de Expressão, bem como o estabelecimento de suas limitações. Combinado a isso, aprofundei as leituras sobre raça, tanto nas teorias de(s)coloniais e marxistas do Sul Global, como da brasileira Lélia Gonzalez e sua ladino-amefricanidade, do martinicano Frantz Fanon e a produção da alienação do negro, juntamente com a Teoria Crítica da Raça desenvolvida nos EUA.

Considerando esta trajetória, minha intenção com este trabalho é dar forma para os estudos que tenho desenvolvido sobre a interpretação do Direito à Liberdade de Expressão nas Cortes Constitucionais e o Discurso de Ódio contra minorias raciais. Por ser um tema extenso, precisei restringir geograficamente o estudo aos EUA e Brasil. Em termos teóricos, optei por refletir as diferentes posições adotadas pelos países, através de suas Constituições e das decisões de suas Cortes Constitucionais, a partir da perspectiva das lentes críticas e dos argumentos liberais que têm estruturado o debate. O objetivo geral é verificar se o debate clássico, entre posições mais amplas e mais restritas de liberdade de expressão, tomando como base a

³ Durante a revisão para entrega da versão final deste trabalho duas notícias chamaram atenção do país. Um adolescente de 16 (dezesseis) anos armado invadiu duas e matou ao menos quatro pessoas na cidade de Aracruz (ES), em sua casa, a Polícia Civil encontrou símbolos nazistas. Menos de uma semana depois, duas escolas municipais na cidade de Contagem (MG) foram invadidas e depredadas, durante a madrugada, entre as pichações estavam desenhos de suásticas nazistas (BONONE, 2022).

experiência constitucional americana e a brasileira, de fato é o que merece mais atenção. Ou, por outro lado, se é a realidade concreta dos sujeitos alvos desses discursos que deve ser levada em consideração para pensarmos eventuais limitações desses discursos.

Para tanto, parto da posição liberal que elevou a Liberdade de Expressão ao patamar de Direito Fundamental nos Estados Democráticos de Direito modernos e contemporâneos. Um direito que inicialmente foi positivado para evitar os abusos estatais herdados do absolutismo monárquico europeu, como os outros chamados “Direitos de Liberdade”, e que com o tempo foi adquirindo novas formas, dimensões e funções. Para evitar o regresso *ad infinitum*, o trabalho não se ocupa de digressões conceituais, filosóficas ou históricas das origens do Direito da Liberdade de Expressão, mas se atém às normas constitucionais dos países estudados e da interpretação e desenvolvimento feitos pelas Cortes guardiãs das respectivas Constituições⁴.

Nos Estados Unidos, esse direito passou a ser tutelado com a edição do *Bill of Rights*⁵, um conjunto de Dez Emendas incluídas na Constituição em 1791. Dada sua importância foi incluído já na Primeira Emenda⁶, juntamente com o direito à liberdade religiosa, de reunião, de imprensa e de petição. Durante o trabalho irei me referir ao conceito-guarda-chuva do “*Freedom of Speech*”, traduzido como Liberdade de Expressão ou Liberdade de Discurso, que abarca a vedação ao Congresso americano de legislar de forma a cercear a liberdade de discurso e de imprensa.

O anseio que desaguou na Primeira Emenda era a necessidade de evitar que os Estados recém-unidos em uma nação independente se tornassem reféns dos desmandos de um governo federal e sequer pudessem criticá-lo. O receio de um governo despótico era justificado após anos de domínio inglês, com taxaões exorbitantes e censura. Logo, a interpretação dada a intenção dos Autores quando redigiram a norma era que ela tivesse efeitos a nível vertical entre governo federal e cidadãos dos diversos estados americanos. E não horizontal, entre cidadãos, para regular confrontos entre sujeitos.

A posição americana acerca dos limites da liberdade de expressão foi desenhada ao longo do tempo pelas normas estaduais e por decisões Suprema Corte. De fato, os Estados Unidos compreendem este direito de forma bastante ampla em relação aos demais países do

⁴ Assim como o professor Virgílio Afonso da Silva se propõe a escrever especificamente a partir da Constituição promulgada em 1988 em seu livro *Direito Constitucional Brasileiro* (2021).

⁵ Durante o corrente trabalho “*Bill of Rights*” será tratado como sinônimo para “Declaração de Direitos”, sem prejuízo do debate envolvendo a especificidade de cada termo e a dificuldade em realizar uma tradução exata.

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

Ocidente, porém não irrestrita, como costuma-se ouvir em conversas descompromissadas ou análise superficiais. Me proponho a abordar, existem categorias de discursos desprotegidos, mas nenhum deles abarca completamente ou de forma autônoma os discursos de ódio.

Por outro lado, no Brasil a norma possui teor parecido, até porque parte de sua inspiração vem da Constituição americana, bem como das doutrinas europeias. O célebre artigo 5º, que condensa a maior parte dos Direitos Fundamentais da nação, traz em seu *caput*⁷ a previsão de igualdade perante a lei e garantia do Direito à Vida, à Liberdade, Igualdade, Segurança e Propriedade, não só aos brasileiros (naturais e naturalizados), mas também aos estrangeiros residentes, sem qualquer distinção. E especifica o direito à Liberdade de Expressão no inciso IV, sob o texto de direito à “livre manifestação do pensamento”, vedado o anonimato. Outros direitos e garantias como a Liberdade de Imprensa, Liberdade Religiosa e o Direito de Petição perante o governo aparecem ao longo do corpo do artigo.

Esses direitos tidos como fundamentais por serem indispensáveis para o republicanismo e para a democracia possuem origem no direito natural da antiguidade ocidental, que compreendia certos direitos como intrínsecos aos cidadãos (pessoas do sexo masculino e livres). Esse conceito foi revisitado e parcialmente apropriado por teóricos pós-positivistas como filósofo do direito alemão Robert Alexy (1945) em seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” (1986).

Na ocasião, o autor desenvolvia sua inovadora proposta de superação do positivismo jurídico estrito que entendia o direito apenas como regras postas, passando a considerar também a noção de princípio, como valores expressos em “mandamentos de otimização”, que podem ser “satisfeitos em graus variados” de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2015, p. 90).

Definidas por Carl Schmitt (1973, p. 190 *apud* ALEXY, 2015, p. 67) como constituintes dos fundamentos do próprio Estado, as normas de Direitos Fundamentais possuem essa característica principiológica. Essa afirmação possui uma série de implicações que vão muito além de meras classificações teóricas. Conflitos entre Direitos Fundamentais em tese só existiriam diante de casos concretos e, portanto, caso em que um ou mais poderiam ser restringidos por outros direitos fundamentais, pelo método próprio da solução de conflito entre princípios (ALEXY, 2015, 295-296).

⁷ Integralidade do *caput* do artigo 5º da CRFB/1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Compartilhando desta definição e conjugando outras, a doutrina e jurisprudência brasileira atribuem outras características comuns a essa categoria de direitos, tais como a imprescritibilidade, podendo ser reivindicado a qualquer tempo; inalienabilidade, sem possibilidade de transferência a outros; universalidade, pertencem a todos sem qualquer forma de distinção; inviolabilidade, devendo ser respeitados pelo Estado e pelos demais particulares; complementariedade, devendo sempre ser interpretados de forma conjunta e; irrenunciabilidade, titulares não podem renunciar, podendo, no máximo, não exercê-los. Características essas explícitas na Constituição Federal ou inferidas pela doutrina, que possuem variadas compreensões, logo existem variadas classificações. As aqui citadas apenas demonstram a importância atribuída a esses direitos.

O termo “Direito Fundamental” será utilizado para fazer referência à categoria de direitos em que se insere a Liberdade de Expressão a nível interno (nacional). Este direito goza de proteção internacional em diversos diplomas, dentre eles o artigo IV da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Porém, no âmbito internacional tais direitos são chamados de Direitos Humanos⁸, sem prejuízo do debate existente, sigo a linha do professor Virgílio Afonso da Silva que, para efeitos práticos, utiliza “direitos humanos” como aqueles estabelecidos em tratados internacionais e direitos fundamentais aqueles previstos constitucionalmente, para evitar a confusão de termos.

Adotando em parte as teorias europeias sobre Direitos Fundamentais, no Brasil a Liberdade de Expressão e seus decorrentes podem sofrer restrições, conforme estabelecido na própria Constituição. Por exemplo, a vedação ao anonimato presente desde a primeira Constituição republicana e reproduzida no próprio art. 5º, inciso IV; o direito de resposta e indenização presente no inciso V do mesmo artigo; e quando conflitante com outros direitos de igual importância, como o direito à honra presente no art. 5º, inciso X, também pode ser aplicado em menor grau. Outra limitação constitucional óbvia é a Dignidade da Pessoa Humana, presente no inciso III do art. 1º da CRFB/1988.

⁸ Em termos coloquiais, não jurídicos, é comum utilizar as expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos como sinônimos, há juristas que o fazem de modo justificado. E entendo que a nível geral, um contém o outro. O direito humano é fundamental (estruturante) e a maior parte dos direitos fundamentais visam a proteção da pessoa humana. Nos próximos tópicos será detalhada a diferenciação, por hora, apenas nos interessa conceber Declaração de Direitos e direitos fundamentais como sinônimos de “Direitos Humanos Fundamentais”.

Essas limitações aparecem de forma mais detalhada em outros diplomas normativos como no Capítulo II do Código Civil de 2002, entre os direitos da personalidade, que inclui o direito ao nome (art. 16-19), à imagem (art. 20) e à vida privada (art. 21). Ou no Capítulo V do Código Penal brasileiro de 1940, que trata dos crimes contra a honra (calúnia, art. 138; Difamação, art. 139; e Injúria, art. 140). Há ainda limitações em diplomas normativos específicos, como o art. 20 da Lei 7.716 de 1989 que estabelece o crime imprescritível e inafiançável de prática, indução ou incitação de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, nacionalidade religião ou procedência nacional.

Logo, *a priori*, é possível inferir que o Brasil possui uma posição mais restrita no que tange a Liberdade de Expressão, sendo possível visualizar limitações em normas constitucionais e infraconstitucionais. Porém, conforme se verifica nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre discursos de ódio, a posição da Corte não é sólida, possuindo decisões contrastantes no grande tema dos discursos de ódio (que inclui os discursos racistas), além de sofrer influência da perspectiva americana no intuito de preservar o debate democrático. Simultaneamente, a realidade demonstra que mesmo com normas mais restritivas, não há efetiva proteção de grupos vulneráveis aos discursos de ódio. O que pode ser um indicativo de múltiplas questões, entre elas que o discurso odioso nocivo não é somente o extremista, mas também o sutil e estrutural que faz parte das próprias instituições que investigam e julgam essas demandas.

Esses pressupostos me levam a algumas questões principais: Será que este direito tem sido interpretado visando efetivamente proteger o direito de crítica e a participação política? É possível conceber critérios objetivos para limitação dos discursos de ódio? Em caso positivo quais seriam esses critérios? E, paralelamente, é benéfico ao debate constitucional sobre o tema, mantê-lo limitado às perspectivas tradicionais?

Da resposta a esses problemas se desdobram outras indagações que podem ajudar a montar o quebra-cabeças em tela: Como ficam os receptores e alvos desses discursos? Restringir discursos legal ou judicialmente é efetivo no combate às expressões de ódio?

A partir do questionamento inicial pretendo compreender as aproximações e diferenças entre o tratamento adotado pelos EUA e Brasil no que tange à Liberdade de Expressão. Ciente das diversas obras de qualidade elevada produzidas sobre o assunto no Brasil e no exterior, principalmente nos Estados Unidos, este trabalho não tem o objetivo fazer uma revisão bibliográfica extensa ou propor uma posição definitiva sobre o assunto. O intuito é

contribuir com perspectivas vindas de figuras alvos desses discursos para um debate que tende a permanecer e, possivelmente, se acentuar nos próximos anos, tanto na academia e no âmbito jurídico, quanto nas grandes mídias entre a população.

Com base nas leituras feitas até o momento e uma comedida análise da jurisprudência desses países, entendo que é preciso ter cuidado ao transportar os conceitos americanos de Liberdade de Expressão para o Brasil. Assim como a ideia de *Rule of Law* inglês não se identifica por completo com o *Etat de Droit* francês, o valor do *free speech* tem peso diferente para os estadunidenses do que a livre manifestação do pensamento para os brasileiros. Isso vale para a noção de *fighting words* e *hate speech* cujos contornos nos EUA divergem daqueles que os discursos de ódio possuem no Brasil.

Ainda que existam correlações significativas, incluindo no campo das relações raciais, as nações são distintas e possuem histórias que exigem atenções específicas. De toda sorte, a robustez notável no debate americano sobre Liberdade de Expressão agrega valor às reflexões brasileiras quando importadas de modo cauteloso e adequado. “Mais discurso” não resolve, necessariamente, problema quando, os grupos vulneráveis não podem participar em pé de igualdade com emissores de tais mensagens e este não é um problema fácil de ser solucionado. Por outro lado, apenas a previsão jurídica da limitação dos discursos potencialmente perniciosos também não parece oferecer um nível efetivo de proteção. Pela perspectiva racial crítica adotada neste trabalho, tendo a considerar que independentemente da posição, há continuidade de uma estrutura jurídica que não foi pensada de modo plural.

A restrição imposta pelo Estado não é efetiva na proteção dos vulneráveis quando sua própria estrutura é permeada por formas mais sutis, complexas e imbricadas de dominação e subjugação racial. Desfazer e reconstruir essa estrutura de forma que o debate se torne concretamente plural é um caminho longo e que passa por medidas como a ocupação de cargos e funções pelos corpos alvos desses discursos e, principalmente, reconhecer a estrutura permeada pela lógica que minimiza discursos com elevado potencial lesivo que em nada agregam à sociedade democrática.

1.1. Considerações acerca das opções teórico-metodológicas

Por acreditar que não existe pesquisa neutra ou pesquisador completamente imparcial, optei por escrever esta introdução e a conclusão em primeira pessoa. O intuito desta

escolha é destacar meu vínculo com a pesquisa e o lugar do qual falo, porque entendo que mesmo indiretamente isso influencia o recorte e a lente utilizada e reflete no texto. Tenho para mim que esta é a postura mais honesta com leitores e avaliadores. Todavia, por trabalhar com autores e sistemas jurídicos com diferentes perspectivas sobre o mesmo tema, preferi dar continuidade à escrita da pesquisa em terceira pessoa.

Também é importante adiantar que as notas de rodapé não são indispensáveis para a compreensão do texto, mas complementares e informativas a ele, pelo que recomendo fortemente a leitura, pois alguns dados foram deslocados para lá como forma de não inchar o texto com parênteses em demasia. Por traduzir para o Português (BR) expressões e trechos em língua estrangeira, optei por incluir versões originais das citações diretas de mais de três linhas para fins de conferência. Faço isso para evitar quebrar o ritmo do texto e mantê-lo acessível aos interessados. Quanto aos trechos meramente complementares, optei por trazer apenas sua versão traduzida nas citações diretas no curso do texto ou em notas de rodapé, sem o original para não estender o texto de forma desnecessária, indicando e disponibilizando a fonte nas referências bibliográficas.

Desenvolvo ao longo do texto uma interlocução entre o domínio liberal e o campo crítico para pensar a aplicação constitucional do princípio de Liberdade de Expressão nas decisões tomadas pelas Cortes, os próprios membros e sua construção das decisões. Este não é um diálogo fácil de ser traçado. Os autores e juízes partem de epistemologias e até momentos históricos diferentes, porém, entendo que é necessário sair do lugar comum que o debate se encontra e avançar olhando com certa desconfiança as teorias liberais que idealizam o debate coletivo em contraposição com os efeitos concretos da permissibilidade de tais discursos.

a) Quanto às dificuldades inerentes ao exercício de comparação no Direito

Conforme será demonstrado, os institutos e categorias trabalhados no decorrer da pesquisa, muitas vezes tratados como a mesma coisa ou problema, não são idênticos, no máximo podem ser considerados equivalentes para determinados efeitos, como o desenvolvimento de pesquisas acadêmicas como essa. Considero perigosa a transposição irrefletida para o direito brasileiro em decisões judiciais dada as diferenças contextuais que serão apresentadas em capítulos específicos de contextualização geral e jurídica de cada país.

Assim, entendo não ser possível compará-los diretamente como se iguais fossem, mas é possível retirar lições de sua observação conjunta.

De qualquer forma, é preciso seguir algum método mínimo que permita a investigação de forma estruturada. Por essa razão, utilizo o **Direito Constitucional Comparado**, especificamente o método da **microcomparação**, associado à **lente crítica** para compreender aproximações possíveis e diferenças marcantes no tratamento da Liberdade de Expressão pelas Cortes Constitucionais no Brasil e nos Estados Unidos.

Como pesquisadora, estou ciente de que existem diversas discussões possíveis sobre o próprio Direito Comparado, que levantam questionamentos se esse seria ou não um método específico, uma disciplina autônoma ou uma ciência própria. Entendo que sejam classificações importantes, não meramente formais, mas definidoras do olhar conferido às pesquisas comparadas, e que, portanto, merecem uma análise detalhada em um trabalho sobre metodologias nas ciências jurídicas, mas esse não é escopo do presente trabalho. Aqui, fico com as definições dos referenciais teórico-metodológicos adotados, aos quais me permitirei curtas citações e paráfrases para esclarecimentos, reconhecendo que este não é o procedimento comum nas Introduções, porém, dada a particularidade, considero não só apropriado como necessário.

Duas principais obras serão tomadas como base para pensar a comparação feita. A começar pelo prof. José Afonso da Silva (1925), um dos mais importantes constitucionalistas brasileiros, constantemente citado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil. Aqui a ênfase será dada ao seu livro “Um pouco de direito constitucional comparado – três projetos de constituição” (2009). O material em questão foi a principal referência metodológica para a pesquisa e escrita deste trabalho.

Silva (2009, p. 28) entende que o Direito Constitucional comparado merece atenção por seu poder de contribuir com “o aperfeiçoamento do direito constitucional interno, no momento da elaboração da Constituição pelo poder constituinte”. Conjecturo que isso possa se estender ao Poder constitucional derivado e à própria produção do Direito Constitucional pelas Cortes Constitucionais ou de normas de direito público e contrato que se ocupam de assuntos de direito material próprios do estudo constitucional; somado a isso, essa concepção também auxilia na interpretação e aplicação das normas constitucionais.

O professor define a comparação como um confronto metódico que represente uma aproximação de coisas a fim de individualizá-las e distingui-las, para então agrupá-las e classificá-las, destacando suas “semelhanças e divergências” (2009, p. 24-25). E entende a

comparação jurídica como um *método*, e não uma ciência própria, por não ter objeto próprio (SILVA, 2009, p. 34).

O autor estabelece uma ordem metodológica para facilitar o trabalho do comparatista, chamada “regra dos três C”: *Conhecer, Compreender e Comparar*. Em suas palavras, “deve-se conhecer para compreender e deve-se compreender para poder comparar”. No cumprimento da primeira regra, o autor recomenda que se isole os termos a serem comparados para melhor examiná-los, dando a devida atenção ao contexto, sem deixar de considerar “seus conceitos, sua lógica e seus métodos de interpretação”. O estudo específico de um termo a ser comparado exige que se recorra as mesmas fontes utilizadas pelos juristas daquele ordenamento, respeitando a hierarquia dessas fontes e os métodos interpretativos locais, para tentar compreendê-lo tal como ele é, em sua totalidade e complexidade (SILVA, 2009, p. 42-43 – grifo do autor).

A compreensão, no entanto, é mais delicada, pois deve-se considerar elementos determinantes para o Ordenamento Constitucional, somado aos “elementos de natureza metajurídica que formam os meios político, econômico e social”. A sugestão, portanto, é ir além do direito positivo e da técnica jurídica, alcançando suas funções reais na Ordem Jurídica (SILVA, 2009, p. 43-44). Por questionar as dimensões positivas e negativas de liberdade de expressão e sua relação com as dinâmicas raciais, durante a exposição me atenho aos processos históricos e políticos que sustentam a Ordem Constitucional de cada país.

Por fim, procede-se com comparação propriamente dita: 1º) identificando e destacando “as semelhanças e discrepâncias existentes entre os elementos comparados”; 2º) englobando, “na síntese comparativa, as relações que aparecem sob todos os planos”; e 3º) “evitando conclusões antes de examinar a realidade jurídica das ordens a que pertencem os termos a comparar” (SILVA, 2009, p. 43-44).

O método não é de difícil cognição, mas complexo de ser executado na prática. Considerando que esta é a exposição da pesquisa desenvolvida ao longo mestrado, a ordem de apresentação não segue esses mesmos parâmetros. Conforme detalho na organização do trabalho, começo pela contextualização, para então expor os elementos jurídicos já sob enfoque dos elementos que considere relevantes de acordo com a lente utilizada, finalizando com a comparação e a síntese comparativa permeada de uma análise crítica. A intenção desta organização é torná-lo acessível a maior gama possível de leitores.

A outra base teórico-metodológica para este trabalho são os ensinamentos dos professores Almeida e Carvalho, em seu livro “Introdução ao Direito Comparado”, sobretudo

quanto à diferenciação da microcomparação da macrocomparação. Os autores esclarecem que a macrocomparação, analisa dois Ordenamentos Jurídicos em sua globalidade (2013, p. 72)⁹, enquanto a microcomparação examina institutos jurídicos específicos afins e em ordens jurídicas diferentes (2013, p. 87), ambos com o intuito final de contribuir com a ordem jurídica nacional, aumentando o conhecimento disponível sobre o assunto de modo sistematizado e auxiliando nas reflexões sobre a interpretação do direito em questão e sobre aplicação de lógicas estrangeiras para casos brasileiros (2013, p. 171).

De modo complementar, o prof. Silva (2009, p. 23-24) distingue o estudo de ordenamentos ou institutos síncronos, que aconteceria com a comparação de ordens jurídicas da mesma época, mas de lugares diferentes, ainda que não sejam necessariamente atuais, em oposição ao diacrônico, que seria a comparação de elementos que se sucedem no tempo. Para este estudo é necessário esclarecer que o foco está na comparação de um instituto amplo e um problema jurídico um pouco mais específico presente nas Declarações de Direitos de ambos os países, quais sejam, o Direito à Liberdade de Expressão e a questão dos Discursos de Ódio.

Ademais, a construção do posicionamento americano atual sobre o tema se deu ao longo da história americana, gestado em sua luta pela Independência e firmado durante o século XX. Por outro lado, é difícil traçar uma sólida tradição constitucional brasileira, considerando as várias rupturas jurídico-institucionais que deram origem às novas Ordens Constitucionais que modificaram a extensão da proteção à Liberdade de Expressão. Mas é possível vislumbrar um esforço em construí-la após a promulgação da Carta de 1988 e seus elementos neoconstitucionalista que concedem especial destaque aos Direitos Fundamentais.

Por consequência, para fins de delimitação temporal, minha análise se restringe aos casos brasileiros decididos após a constituinte de 1987, sem ignorar aspectos importantes do passado autoritário apresentados na segunda seção. Lembrando que não é interessante para as pretensões desta pesquisa equiparar os recortes temporais quanto aos casos principais em um primeiro momento. A comparação a seguir foi feita em função da natureza e do conteúdo do instituto da Liberdade de Expressão que, por certo, não são idêntico, mas se relacionam (ALMEIDA E CARVALHO, 2013, p. 232).

No mais, a principal diferença para os fins deste trabalho é a distinção entre as tradições jurídicas e suas implicações, produtos diretos dos fatores mencionados. Os Estados Unidos seguiram o modelo inglês, conhecido como *Common Law*, que em apertada síntese

⁹ Repetições de fontes das citações indiretas serão devidamente ajustadas ou removidas quando da versão final deste trabalho, mantidas por horas para evitar desorganização durante o percurso de escrita.

privilegia a jurisprudência como fonte do Direito (ALMEIDA E CARVALHO. 2013, p. 2336). Por sua vez, o Brasil seguiu a tradição romano-germânica presente em Portugal e em diversos outros países da Europa continental, conhecida como *Civil Law (Jus Civile)*, baseado nas normas jurídicas produzidas e positivadas pelo processo legislativo (ALMEIDA E CARVALHO. 2013, p. 233).

Nesta seara, as contribuições de John Merryman são relevantes quanto a separação de sistema e tradições jurídicas. Para Merryman, “sistema jurídico” seria o “conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes” nos próprios estados-nacionais e organizações internacionais, que variam de um para outro em suas peculiaridades. Variações essas resultantes da individualização dos estados-nacionais como soberanos em relação aos outros, o que refletiu no desenvolvimento de uma cultura jurídica própria (2009 p. 21).

Já a “tradição jurídica” reuniria pontos em comum entre diversos sistemas jurídicos criando categorias para a compreensão de seu funcionamento (2009, p. 22). Em geral, o agrupamento de diferentes sistemas sob o guarda-chuva de uma tradição se dá por uma identificação história de origem e colonização. Em sua definição, a tradição jurídica seria reconhecível através da visão comum sobre a concepção do direito e sua função na sociedade, verificáveis por meio da observação das posições “sobre forma adequada de organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado” (MERRYMAN, 2009, p. 23).

Neste sentido, a *Civil Law* é a tradição vigente na maioria dos países da Europa continental, tais como Portugal, França, Alemanha e nas regiões que colonizaram na América do Sul. Esta é uma tradição muito mais antiga, difundida e que possui maior adesão mundial, em razão de sua origem no direito romano. Suas origens remontam ao ano de 450 A.C. com a publicação das Doze Tábuas. A seu turno, a *Common Law*, vigente em países como Canadá, Nova Zelândia, Irlanda e nos EUA¹⁰, teria origem em 1066 com a conquista da Inglaterra pelos normandos¹¹ (MERRYMAN, 2009, p. 23-24).

De modo geral, a *Civil Law* privilegia a positivação de leis gerais e abstratas para regulação de condutas, resultado de um processo legislativo racional. Por outro lado, como

¹⁰ Os Estados Unidos se diferenciam juridicamente em diversos aspectos do sistema presente em sua antiga metrópole, entre eles, destaco três que considero de extrema relevância para este trabalho. Primeiro por adotar um documento constitucional escrito (Constituição e Declaração de direito 1787-1791, mais as Emendas posteriores). Segundo pela tendência de codificação presente nos Estados. E terceiro, o controle judicial de constitucionalidade das normas exercido de modo difuso pelos tribunais federais. Outras diferenças relevantes são apontadas pelo comparatista René David, no segundo capítulo do livro “Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo”.

¹¹ Existem outras tradições consideradas pelo autor que não são objeto deste estudo, tais como o modelo socialista de origem soviética e a tradição Islâmica, além de outras em formação MERRYMAN, 2009, p. 24-25).

leciona o comparatista René David, países de Common Law compartilham o direito jurisprudencial, baseado no sistema de precedentes que vincula decisões posteriores sobre temas similares. A norma escrita só é completamente assimilada após a interpretação e aplicação em um caso concreto por um tribunal (DAVID, 2002, p. 459).

Como se verá, essas características revelam diferenças marcantes, mas não intransponíveis, no peso atribuído às fontes jurídicas e na hermenêutica constitucional. Entretanto, não é novidade a tendência no mundo ocidental¹² de mesclagem dos sistemas, ainda que algum deles prevaleça. Cada vez mais os Estados Unidos e o Reino Unido conferem maior prestígio às legislações e o Brasil, a seu turno, adotou de vez o sistema de precedentes com centralidade no âmbito processual civil com o CPC/2015. Combinações que podem dificultar a apresentação de diferenças bem delimitadas, mas que facilitam o estabelecimento de paralelos entre os países.

b) Implicações de um estudo crítico no Direito

Estudar o embate entre Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio não é algo novo no direito, como citado. Este é um tema que ganhou relevância na mídia e na academia jurídica, uma vez que desde 1988/1989 o direito enfatiza, ao menos de modo formal, a proibição das diversas formas de expressões de racismo, dos discursos à violência física. No direito americano, esse debate recebe atenção da Corte desde as primeiras décadas do século XX, na forma de “discursos extremistas”.

Durante um bom tempo, o que denomino perspectiva tradicional reinou nesses estudos e julgados. Adoto o termo tradicional, por ter se firmado como um lugar comum nas discussões e isso se deve a forma como o direito concebe os avanços nos âmbitos de proteção dos direitos de Liberdade e Sociais, que exigem maior abstenção ou maior ação estatal.

Entretanto, nas últimas décadas de do século passado, um grupo de estudiosos do direito americano traçou um importante diálogo com perspectivas que até então não recebiam tanta atenção dos estudos jurídicos, como estudos marxistas, feministas e pós-coloniais. O resultado foi a formação de um movimento, denominado Teoria Crítica da Raça (TCR), em inglês, *Critical Race Theory (CRT)*, encabeçado por constitucionalistas que procuravam fazer uma análise crítica do universo jurídico no que afetava as relações raciais.

¹² Ocidente, não necessariamente será considerado como a divisão cartográfica, exceções críticas a esses raciocínios serão devidamente indicados.

O movimento se vale de referências interdisciplinares para orientar uma atuação transformadora nas atividades jurídicas, como a advocacia e o ensino jurídico. Em que pese ter sido um estudo iniciado por pessoas racializadas, o campo tem ganhado adeptos fora deste nicho, chegando até mesmo a receber espaço na área da educação, na formação de professores para o ensino infanto-juvenil e superior.

Os principais autores da TCR são Mari J. Matsuda (1956), primeira professora asiática-americana de Direito nos EUA, que escreveu o livro “*Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*” (1993) que aborda o problema do *hate speech* racial. O livro foi escrito em parceria com outros professores de Direito que são igualmente referência no campo da Teoria Crítica da Raça (Critical Race Theory), como Charles R Lawrence III, professor emérito na Universidade do Havaí e Kimberlé Williams Crenshaw, professora da UCLA e de Columbia, que também escreve sobre feminismos, ambos autores afro-descendentes.

Outro contribuinte de fundamental importância foi o professor de Direito Constitucional, Richard Delgado, que possui outras obras sobre discursos de ódio e discursos racistas. Uma delas, escrita em parceria com sua esposa Jean Stefancic, “*Must We Defend Nazis? Why the First Amendment Should Not Protect Hate Speech and White Supremacy*” (2018), também será usada como auxílio nesta pesquisa por questionar os principais argumentos político-jurídicos utilizados em defesa da ampla liberdade de expressão, para diálogo com as teorias tradicionais.

No Brasil, há estudos derivados e correspondentes, que tratam de questões locais específicas, dadas as diferenças na construção das relações raciais nos dois países. É possível entender que a perspectiva racializada no Direito tem como fonte de estudos das diversas áreas de ciências humanas, que se desenvolveram na segunda metade do século, como os de Florestan Fernandes, Abdias do Nascimento e Lélia Gonzalez e estudos pós-coloniais, de autores como Frantz Fanon, Aníbal Quijano e Paulo Freire¹³ que se debruçaram sobre as hierarquias raciais.

Atualmente, há um campo jurídico em ascensão, não somente no direito constitucional, mas nos diversos âmbitos jurídicos, como os Direitos Humanos e a Filosofia e Teoria do Direito, que se baseiam nos autores brasileiros e americanos citados acima, tal como trabalham com fontes diversas, como em dados estatísticos, jurisprudências e notícias. Esses

¹³ O educador brasileiro é citado diretamente por estudos sobre Liberdade de Expressão de Teóricos Críticos da Raça em razão de sua “Pedagogia da Libertação” como um engajamento contínuo na prática política. Considerando inseparáveis para um ensino crítico, formal ou cotidiano, a as dimensões de “reflexão” e “ação” (MATSUDA et al, 1993, p. 25-26).

autores congregam metodologias variadas, como os estudos comparativos, pós-coloniais e materialista histórico e dialético. Como exemplo é possível citar os autores Adilson Moreira¹⁴, Thula Pires¹⁵, Silvio Luis de Almeida¹⁶ e Eunice Prudente¹⁷.

Com este trabalho, pretendo de forma singela contribuir com esse campo de estudos, bem como com o Direito Constitucional que é a área de concentração da Pós-Graduação a que este trabalho se filia e, de modo específico, à linha de pesquisa “Teoria e História do Direito Constitucional e Direito Internacional e Comparado”. Meu intento não é inovar nos estudos sobre Liberdade de Expressão, mas expandi-lo para conjugar o Direito de Igualdade material. Em minha análise defendo que esses direitos não podem ser considerados como isolados uns dos outros na atualidade, sob o risco de se enfraquecer os estudos de Direitos Humanos Fundamentais.

c) Tangenciando “discurso” e “ideologia”

A base desta pesquisa é a interpretação da noção de Liberdade de Expressão e seus limites em casos de discursos de ódio racial. Para tanto, trabalho com textos constitucionais, normas infraconstitucionais e, principalmente, as decisões das Cortes. Parte dessas decisões serão meramente descritas enquanto outras, consideradas mais relevantes serão analisadas com maior detalhamento e acompanham considerações críticas.

Inicialmente tinha como referencial metodológico a análise de conteúdo proposta por Laurence Bardin e a análise de discurso destrinchada por Eni P. Orlandi. Ambos os métodos são bastante utilizados nas ciências sociais e eu procurava seguir à risca suas orientações em minhas análises textuais. Por isso, em todas as decisões jurídicas examinadas tentei ter um cuidado descritivo – através de citações diretas e paráfrases, considerações conceituais, explicações de categorias e breves apontamentos críticos devidamente evidenciados.

Dessa forma, busquei ser o mais fidedigna o possível ao sentido que aparentemente as Cortes procuram dar às suas decisões, fazendo uso de citações diretas com paginação

¹⁴ Professor na Universidade Presbiteriana Mackenzie, autor de “Pensando Como Um Negro: ensaio de hermenêutica jurídica” (2019), “Racismo Recreativo” (2019), “Tratado de Direito Antidiscriminatório” e “Manual de educação jurídica antirracista” (2022).

¹⁵ Professora da PUC-Rio, autora de “Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros” (2016) e “racializando o debate sobre direitos humanos” (2018).

¹⁶ Professor da Fundação Getúlio Vargas, autor de “Racismo Estrutural”, “Constitucionalismo moderno, codificação e reprodução do capital” (2019) e “Teoria crítica racial e do direito: aspectos da condição do negro nos Estados Unidos da América” (2021).

¹⁷ Professora Sênior da Faculdade de Direito da USP, autora de “Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil” (1980), “Racismo Estrutural” (2019) e “Educação em direitos: um caminho para a igualdade racial” (2011).

indicada até mesmo nas decisões jurídicas e pelas inferências dos fatos e contexto sócio-histórico, geralmente extraídas das próprias decisões. Nos casos de maior relevância, me aproximo do método de análise de discurso, porque além da mera descrição, procuro entender como o texto produz sentidos considerando que o significado está além da linguagem, mas diretamente relacionado a ela – e claro, o faço utilizando a lente crítica da TCR.

A análise de discurso para Orlandi considera três fatores que se relacionam: a língua como apenas relativamente autônoma, a história afetada pelos simbolismos trazidos pelo sentido e o sujeito da linguagem afetado pelos dois primeiros. A atenção ao discurso se afasta do “esquema elementar da comunicação” que é constituída originalmente por um emissor que transmite uma informação ao receptor dessa mensagem que é formulada em um código fazendo referência a um elemento da realidade. Para a análise do discurso a comunicação não se dá de modo estático, sequencial e separado, mas sim através de um processo complexo de constituição dos sujeitos e “produção de sentidos afetados pela língua e pela história” a que se dá o nome de “discurso” (2009, p. 19-21).

Outro conceito-chave para a análise de discurso é a noção de “ideologia” e seu papel na formação dos sentidos. Para Orlandi, a ideologia é parte da realidade, sem a qual não existe a constituição de sujeitos, algo inerente à cultura. Assim, ideologia, não é em si mesma uma ocultação de sentidos, mas um “efeito da relação entre sujeito com a língua e a história para que haja sentido” (2009, p. 47-48).

Entendo esta conceituação como fundamental para uma análise de discurso de qualidade. No entanto, a forma como disciplina Orlandi diverge relativamente do significado que a minha lente atribui. Por nascer de outros estudos críticos, a Teoria Crítica da Raça, possui uma compreensão própria de ideologia, que se aproxima mais de uma promoção e legitimação de interesses de grupos (raciais) dominantes, visando a manutenção e reprodução do poder¹⁸. Assim, as noções de análise do conteúdo e além dele (discurso) são um norte metodológico complementar, não como uma caixa engessada.

Com o fim de garantir maior consistência teórico-metodológica e cumprir o objetivo do trabalho de abrir espaço para a produção do conhecimento jurídico do ponto de vista do “subalternizado”, me atenho aos referenciais da Teoria Crítica da Raça. Mas é certo

¹⁸ Os materiais de Teoria Crítica da Raça analisados não estabelecem um conceito específico de ideologia, embora façam frequente referência à ideologia da supremacia racial ou ideologia de hierarquias com base nas distinções de raças, algo que nem sempre está evidente o bastante para os membros da sociedade.

que, conforme enuncia a metodologia de análise de discurso, estudos através de lentes diferentes, produzem resultados distintos.

d) Organização do trabalho

Entendo que a melhor maneira de estruturar a dissertação é dividindo-a em três “capítulos” ou “seções” principais, além desta introdução (1ª seção) e da conclusão (5ª seção).

A **segunda seção** visa estabelecer as bases teóricas e conceitos jurídicos preliminares de Liberdade de Expressão no Brasil e nos EUA. Leva-se em consideração o contexto histórico e suas implicações jurídicas, como a luta pela Independência consolidada na Constituição de 1987 e o *Bill of Rights* de 1791.

Para contextualização dos momentos históricos intercalo dois livros de história geral americana: “Uma Breve História dos Estados Unidos”, do historiador americano James West Davidson; e “História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI”, dos professores Luiz E. Fernandes, Sean Purdy, Marcus V. de Moraes e Leandro Karnal. Ambos são livros sintéticos, mas que oferecem informações confiáveis. De forma complementar, trago informações presentes em documentos oficiais.

Procuro fazer um percurso parecido contextualizar o Brasil. Busco apontar e refletir sobre os impactos que o passado constitucional instável e, frequentemente, autoritário, importam para as noções atuais de Liberdade de Expressão. Para tanto, me valho do vasto material desenvolvido por Lilia Schwarcz e Heloísa Starling e estudos de História Constitucional do Brasil, de José e Virgílio Afonso da Silva e Paulo Bonavides. Considerando que o período de Ditadura Militar é o que mais repercute na Constituinte de 1987 e na interpretação constitucional atual sobre Liberdade de Expressão, é o que me detenho com maior atenção.

Na **terceira seção** procuro entender a concepção jurídica de Liberdade de Expressão adotada em cada um dos países, extraindo o significado a partir das normas Constitucionais e dos critérios lapidação pelas Cortes. Ao invés de partir de concepções fechadas, procuro entender quais são, de fato, os termos em que esses direitos se apresentam considerando as diferenças de contexto histórico, cultural e jurídico. Com isso, estabeleço algumas distinções e semelhanças de acordo com o método comparativo.

Na **quarta seção**, abordo a ideologia de subalternização do outro por meio das classificações de raça e racialização de sujeitos que permearam o imaginário social, ainda

presente na atualidade, inclusive no Direito. Com o auxílio das reflexões da Teoria Crítica da Raça, em especial dos autores como Richard Delgado e Jean Stefancic, combinados com os autores nacionais que refletem sobre raça e direito. Aqui, se configura a comparação em termos críticos. Apresento reflexões a partir de uma perspectiva antissubordinada em contraposição à teoria liberal tradicional de liberdade de expressão que procuram repensar este valor em sociedades democráticas.

A **quinta seção** será a conclusão. Por trabalhar com a comparação, a conclusão será uma síntese comparativa de viés crítico dos elementos estabelecidos e questionados, explicitando os pontos de convergência e distanciamento entre os dois países no que tange ao tratamento da liberdade de expressão, acompanhados de uma reflexão acerca de ambos os posicionamentos.

Reafirmo que não tenho pretensões exaustivas com essa pesquisa, mas propositivas. Ao final desse caminho espero contribuir com o debate em uma perspectiva crítica e transformadora, possibilitando aos interessados pensar o direito à liberdade de expressão e os problemas dos discursos de ódio a partir de uma epistemologia racializada. Paralelamente, espero que as informações aqui colecionadas sejam úteis para uma aproximação facilitada com o direito constitucional comparado por meio da análise de casos.

2. CONSTITUCIONALISMO, PODER E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL E NOS EUA

*Já raiou a liberdade
A liberdade já raiou
Essa brisa que a juventude afaga
Essa chama que o ódio não apaga pelo universo
É a (r)evolução em sua legítima razão*
(Heróis da Liberdade, Samba do Império Serrano para o Carnaval de 1969)

Compreender as aproximações e distinções do Direito à Liberdade de Expressão nos EUA e no Brasil exige que se situe o leitor quanto aos contextos que levaram à suas posições. Assim, no intuito de cumprir esse objetivo este capítulo visa traçar uma relação jurídica-histórica entre os países. Não que se pretenda um resultado de cunho historiográfico e linear, mas sim trazer uma contextualização acerca das diferentes conjunturas e elementos em comum.

A retrospectiva de alguns marcos históricos relevantes para o Direito Constitucional desses países sustenta, em partes, a premissa liberal de que a Liberdade de Expressão deve ser protegida para evitar autoritarismos. Percebe-se essa importância na luta pela Independência americana, que se consubstancia na sua Primeira Emenda constitucional e, quase como um contraponto, no constante autoritarismo brasileiro ao longo de boa parte do século XX que deu origem à Constituição da República de 1988 (novamente, assincronismos).

Embora as diferenças entre os dois processos sejam notáveis, há pontos em comum que nos permitem traçar paralelos importantes. A começar por sua colonização por países europeus – Inglaterra e Portugal. Por colonização entende-se um processo de implementação do colonialismo, por sua vez definido por Aníbal Quijano como uma “estrutura de dominação/exploração onde o controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade” e localizada em outro território (2009, p. 74).

Além disso, a utilização massiva de mão-de-obra escravizada oriunda do continente africano, sustentada por uma ideologia de superioridade racial que justificou tal dominação por meio de dois campos discursivos que se entrelaçavam (o religioso e o científico/racional),

também se provou um elemento comum que impacta diretamente na realidade das duas sociedades.

Em seu estudo sobre a Colonialidade¹⁹, Quijano destaca que o colonialismo não necessariamente dependia das hierarquizações das relações raciais, mas na Modernidade, período identificado com o desenvolvimento capitalista. A hierarquização de raças, entre “brancos” (europeus), “amarelos” (orientais), “azeitonados”, “índios” (“peles vermelhas”, nativo americanos), “mestiços” e “negros” (africanos), a partir de uma perspectiva eurocentrada que deu vazão à dominação ideológica, a qual, por sua vez, sustentou a dominação física. Nesta perspectiva, os povos europeus seriam avançados em termos de organização social, sistema econômico e desenvolvimento cultural/intelectual e isso justificaria sua posição superior em termos de humanidade. Essa ideologia estabelecia as características atribuídas aos europeus como ideais a serem alcançados pelos demais grupos, necessariamente inferiores, irracionais e primitivos, em um antagonismo dicotômico²⁰ (QUIJANO, 2009, p. 74-75).

Nesse sentido, é fundamental ressaltar que as Américas receberam cerca de 11 milhões de escravizados durante a vigência legal do tráfico de escravos e quase metade desse número teve como destino as *plantaions* brasileiras (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 95). É comum, no entanto, que se visualize o período de escravidão brasileira como “menos cruel” do que o americano no tratamento conferido aos escravos. Karnal sugere que essa visão seja resultante da atividade de monocultura dominante nos EUA, a colheita do algodão, que causava feridas nas mãos dos trabalhadores forçados ou pela ortodoxia e inflexibilidade dos cristãos detentores do poder nos estados do Sul (KARNAL, et al., 2007, 63).

Abdias do Nascimento, ressalta, que essa visão de uma escravidão “branda”, em contraposição com a realidade americana, se sustentou por muitas décadas sob o mito da benevolência dos senhores de escravos no Brasil, dada a sobrevivência de traços culturais dos povos africanos (NASCIMENTO, 2016, p. 66). Entretanto, essa afirmação é no mínimo questionável, considerando-se, a rotina de trabalho extenuante e perigosa, a variedade de castigos físicos²¹, o uso de correntes e vigia para evitar fugas e rebeliões, a negação ou limitação de recursos mínimos de sobrevivência como alimentos, água potável, moradia, higiene e

¹⁹ Manutenção da ideologia colonial mesmo após a “superação” do colonialismo.

²⁰ Parte dessa ideologia se mantém na contemporaneidade, fenômeno compreendido. Aqui, faz-se relação à continuidade histórica das relações raciais de poder oriundas do colonialismo, apesar de se apresentar de formas diferentes ao longo da história (QUIJANO, 2009, p. 73-75).

²¹ Comumente o açoite público que servia para espalhar o medo entre aqueles que estavam situação semelhante.

vestimentas adequadas, entre outros fatores²² (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 109). Logo, torna-se incabível uma comparação de quem “sofreu mais”.

O que nos interessa é perceber a forte contradição dos valores liberais em ambas as experiências, como a própria noção de “liberdade”, e as práticas adotadas, como o escravismo. Nos EUA, com base nas normas inglesas, os corpos dos escravizados eram lidos e tratados mais como objetos (com função e proprietário) do que como sujeitos em um Estado de Direito. Mesmo em locais em que havia negros livres, em geral nas colônias do Norte, a diferença social era significativa (Karnal, Morais, Fernandes, & Purdy, 2007, p. 58).

A justificativa legal para a manutenção da escravização nos Estados Unidos se deu com o estabelecimento da doutrina “*partus sequitur ventrem*” (aquele que nasce segue o útero) na Virgínia em 1662, que determinava que as crianças seguiam o status da mãe (Karnal, Morais, Fernandes, & Purdy, 2007, p. 63). Assim, pelo critério da reprodução e sob o conceito de propriedade pessoal, crianças filhas de mulheres escravizadas eram de propriedade de quem possuía os direitos sobre o corpo da progenitora, isentando e negando a paternidade a essas crianças (Karnal, Morais, Fernandes, & Purdy, 2007, p. 64). Antes disso, não existia um sistema institucionalizado de escravidão vigente nos EUA.

A partir deste reconhecimento jurídico colonial diversas normas locais foram aprovadas e as já e o status de propriedade dos corpos de crianças filhas de escravos, reforçando a inferiorização e subalternização desses sujeitos. Apenas para citar algumas, Maryland reconhece a escravidão como legítima na Assembleia em 1663 e no ano seguinte proibiu o casamento entre mulheres brancas e homens negros. No mesmo ano Nova York e Nova Jersey também legalizam a escravidão. Em 1666, Maryland aprova uma lei sobre escravos fugitivos, dois anos depois Nova Jersey segue o mesmo caminho.

Em 1682 a colônia de Virgínia declara que todos os corpos negros importados serão escravos por toda a vida e em 1691 aprova a primeira lei anti-miscigenação entre brancos e negros e brancos e nativos. Em 1700 a Pensilvânia legaliza a escravidão. Connecticut estabelece a punição de chicotadas para escravizados que perturbam a paz ou atacam os brancos. Entre 1600 e meados de 1700, diversas colônias passam a embaraçar a livre circulação de negros e nativos, exigindo passes. Além disso, foram aprovadas normas impedindo a porte de armas por

²² Para uma descrição mais detalhada das violências infligidas aos escravizados no Brasil verifica Capítulo 3 do livro de SCHWARCZ e STARLING (2015) e Capítulo III do livro de Abdias do Nascimento (2016) acerca da exploração sexual da mulher africana no Brasil.

negros (THIRTEEN, 2004). Todas as violências, físicas, morais e psíquicas, surtiram reações, desde fugas até revoltas organizadas, como ressaltam Karnal *et al*, mas a estrutura de dominação persistiu (2007, p. 65).

Ao todo, quase quatrocentos mil negros africanos foram levados forçadamente ao território dos EUA, transportados em navios com condições insalubres e eram vendidos como escravos. Um número relativamente pequeno quando comparado com a colônia brasileira que recebeu cerca de 4 milhões de africanos escravizados. Ainda assim, na então colônia Carolina de 1708 o número da população de negros superava a de brancos. Até abolição, em 1864, o número de escravizados negros nos Estados Unidos chegou a quase meio milhão de pessoas (Karnal, Morais, Fernandes, & Purdy, 2007, p. 66).

2.1. *We the People*: inovações e contradições do constitucionalismo americano

Em ambos os países o processo de Independência não pôs fim ao regime escravocrata, mas trouxe avanços para a população branca. Nos EUA, eclodiu a Revolução Americana, fruto da insatisfação dos colonos gerada pelo aumento dos impostos cobrados por uma Inglaterra expansionista, sem representação política de seus interesses na Câmara dos Comuns²³. A luta pela Independência desencadeou um processo unificador das colônias com base nas ideias defendidas pelos Iluministas, como aquelas presentes no “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, de John Locke (1638-1704), que defendia valores como Igualdade entre os homens e Liberdade perante o Estado centrando a soberania no povo (item 141, 1994, p. 168).

Em síntese, políticos, intelectuais e proprietários de terras, se reuniram no primeiro Congresso Continental, na Filadélfia de 1774, pugnando pela organização de um exército para confrontar o exército inglês. Um desses intelectuais, Thomas Paine (1737-1809)²⁴, que viria a

²³ O lema “*no taxation without representation*” (“nenhuma tributação sem representação”) foi usado em diversas manifestações e sua autoria é incerta.

²⁴ Thomas redigiu o “*African Slavery in America*” que saiu no *Pennsylvania Journal* e no *Weekly Advertiser* (1775). Neste artigo, Paine defende incisivamente a abolição da escravidão, por entender que o comércio de homens não é natural. Seus argumentos se assentam na fé cristã: “Que alguns miseráveis desesperados devem estar dispostos a roubar e escravizar homens por violência e assassinato para ganho, é mais lamentável do que estranho” essa é a frase que inicia e dá o tom de seu texto (1894, pp. 4 - tradução nossa). continua “[...] Como essas pessoas não são condenadas por perder a liberdade, elas ainda têm um direito natural e perfeito a ela; e os governos sempre

se tornar um dos Pais Fundadores da nação americana, ganhou relevância ao escrever o panfleto de 50 páginas, publicadas de modo anônimo, intitulado “Senso Comum” (Davidson, 2016, p. 81). Paine propunha, entre outras ideias avançadas para época, uma administração sem um monarca, devido à experiência que denominou de “tirânica” com a Grã-Bretanha e outra organização Parlamentar baseada, mas não idêntica ao Parlamento britânico que contrapunham interesses, mais do que se uniam para deliberar os assuntos públicos (KARNAL *et al*, 2007, p. 85).

Mas foi pelas mãos de Thomas Jefferson²⁵ (1743-1826), outro iluminista, que a Declaração de Independência americana foi redigida (KARNAL, et al., 2007, p. 86). Baseando-se no racionalismo liberal de John Locke e em argumentos religiosos, Jefferson trouxe o ideal de igualdade entre os homens, o reconhecimento do direito à vida, à liberdade e de busca da felicidade no segundo parágrafo, além de fazer alusão à uma democracia (USA, Declaration of Independence, 1776), conforme se extrai do excerto abaixo.

Consideramos essas verdades evidentes, que **todos os homens são criados iguais**, que são dotados por seu Criador com certos **direitos inalienáveis**, que entre estes estão a **Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade**. _ Que para garantir esses direitos, os governos são instituídos entre os homens, derivando seus poderes justos do consentimento dos governados. _ Que sempre que qualquer Forma de Governo se torna destrutiva desses fins, é o **direito do povo** de alterá-lo ou aboli-lo, e instituir um novo Governo, estabelecendo suas bases sobre tais princípios e organizando seus poderes de tal forma, pois a eles parecerão mais propensos a afetar sua Segurança e Felicidade (grifo nosso).

O texto inicial sofreu alterações; não obstante, foi aprovado em 4 de julho de 1776. Foi assinado por 56 delegados das treze colônias no Segundo Congresso Continental da Filadélfia, publicado e distribuído por todo o território, alterando o status de uma rebelião para

que vierem devem, na justiça libertá-los, e punir aqueles que os mantêm na escravidão” (CONAWAY, 1894, p. 7 – tradução nossa). Paine entrou para história por sua defesa de um governo diferente da monarquia parlamentar, baseado em conceitos liberais e no respeito aos direitos naturais de liberdade fundamentados em uma justiça divina.
²⁵ Jefferson foi o terceiro presidente dos Estados Unidos (1801-1809). Apesar de ter ideais abolicionistas, sugeriu o retorno de ex-escravizados libertos para o continente africano e expôs sua visão sobre a diferença entre negros e brancos em tom claramente racista. Apenas a título exemplificativo, pois faltariam linhas para analisar cada uma de suas frases, o trecho a seguir escancara: “Para nossa reprovação, deve-se dizer que, embora por um século e meio tenhamos tido sob nossos olhos as raças de homens negros e vermelhos, eles nunca foram vistos por nós como sujeitos da história natural. Eu o adianto, portanto, apenas como uma suspeita, de que os negros, originalmente uma raça distinta, ou feitos distintos pelo tempo e circunstâncias, são inferiores aos brancos nas dotações tanto do corpo quanto da mente. Não é contra a experiência supor que diferentes espécies do mesmo gênero, ou variedades da mesma espécie, podem possuir qualificações diferentes” (JEFFERSON, 1781, p. 153 – grifo nosso).

uma revolução (DAVIDSON, 2016, p. 84). Após anos de batalhas sangrentas, das quais participaram homens de todas as idades, incluindo africanos e indígenas, o governo da Grã-Bretanha foi forçado a reconhecer a independência da jovem nação, oficializado em 1783 (DAVIDSON, 2016, p. 90-91).

Apesar do desejo de mulheres brancas como Abigail Adams, esposa de John Adams²⁶, e de todo teor revolucionário e pretensiosamente liberal das palavras presentes na Declaração de Independência, o texto não trazia considerações sobre igualdade de gênero. Do mesmo modo, a Declaração de Independência não trouxe uma nota sobre o regime escravocrata. Embora houvesse certo ar abolicionista no teor das conversas de parte dos signatários, muitos deles eram proprietários de africanos escravizados com negócios financeiramente prósperos e durante um bom tempo não foi do interesse dos articuladores da Independência e da União tocar nesta pauta, que poderia gerar divisões e exaltação de ânimos, considerando o interesse econômico envolvido e a ideologia racial fomentada por ele²⁷ (DAVIDSON, 2016, 84-85)

Os ideais de Locke, que tanto influenciaram o pensamento político americano, nunca encontraram coerência com sua defesa da Escravidão²⁸. E os EUA foram um retrato disso, como bem ressalta Karnal et al. “os ventos de liberdade de 1776 tinham cor branca” (2007, p. 66).

De toda forma, não tardou para que propostas mais sólidas prezando pela união permanente das colônias surgissem. O modelo intermediário encontrado foi o que ficou

²⁶ Abigail Adams (1744-1818) se correspondia frequentemente com marido, em uma das cartas, datada de 31 de março de 1776, escreveu “[...] Anseio saber que você declarou uma independência - e, a propósito, no novo Código de Leis [...] desejo que se lembre das mulheres e seja mais generoso e favorável a elas do que seus ancestrais. Não coloque tal poder ilimitado nas mãos dos maridos. Lembre-se de que todos os homens seriam tiranos se pudessem. Se cuidados e atenção peculiares não forem dados às Senhoras, estamos determinados a fomentar uma Rebelião e não nos obrigaremos a cumprir quaisquer Leis nas quais não tenhamos voz ou Representação. [...] Homens de bom senso em todas as épocas abominam esses costumes que nos tratam apenas como vassalos de seu sexo. [...]” (p. 2-3). Abigail também ficou conhecida por seus ideais abolicionistas e modestamente “antirracistas”. Infelizmente suas solicitações não foram atendidas. Levou quase 150 anos para que o Estado americano reconhecesse o direito ao voto às mulheres.

²⁷ A Independência também não trouxe resultados favoráveis para os indígenas, uma vez que o projeto de expansão para o Oeste se intensificou, resultando na dominação de territórios ocupados até então por diversos povos que as expedições britânicas haviam fracassado em colonizar. Ainda assim, a Revolução Americana impulsionou outras nações americanas a buscar a desvinculação de suas metrópoles, como o Brasil, anos depois.

²⁸ Ressalta-se que a obra de Locke referenciada não faz a defesa da escravidão de com base na ideologia da raça, mas sim uma defesa do direito de propriedade do Senhor (*pater familias*) em relação a um escravo indistinto após uma “guerra justa”. Ainda assim, dedica poucas linhas ao tema (vide capítulo IV do livro, p. 95-96), não sendo um elemento central de seu pensamento. Também é necessário ressaltar que existiam contemporâneos contrários ao escravagismo, logo suas ideias não podem ser lidas como única posição moral difundida. De toda sorte, suas palavras usadas para legitimar a escravidão de negros africanos no continente americano.

conhecido como “Confederação”, que garantia a independência²⁹ dos estados-membros através do direito de veto ou nulificação de normas federais, portanto, limitando o Congresso e, ainda, garantindo o direito de secessão³⁰. Entretanto, a proposta de limitação dos poderes do Congresso tornou a governabilidade especialmente difícil, exigindo uma nova forma de organizar o Estado.

No mês de maio de 1787 uma nova Convenção se propôs a rever os Artigos da Confederação. Diversas sugestões circulavam entre os 55 delegados que representavam interesses colidentes. Coube a Benjamin Franklin realizar os acordos que atendessem aos interesses de um governo central fortalecido o suficiente para negociar e fazer frente aos interesses de outras nações de forma coesa, concomitantemente mantendo a autonomia dos Estados para decidir seus assuntos internos, em um formato que permitisse o controle sobre o exercício do Poder (DAVIDSON, 2016, p. 97).

Após meses de discussão, concluíram que o melhor para evitar os arbítrios de outrora seria um executivo renovável, eleito pelos cidadãos, configurando a essência do sistema presidencialista de governo. A administração precisaria ser fiscalizada e para tal função organizaram um Congresso composto por membros de todos os Estados, separado em duas Câmaras: a dos Representantes, com número definido com base na população de cada estado; e o Senado, com número fixo e igual entre os entes federados (DAVIDSON, 2016, p. 97).

Marcada como uma das principais experiências constituintes, a Convenção da Filadélfia entrou para a história como uma Convenção Constitucional, a qual estabeleceu a Constituição de 1787, um documento escrito que trazia em si uma organização política inovadora. O constitucionalista Mark A. Graber elenca as características basilares do constitucionalismo a partir da experiência americana, as quais seriam: a hierarquia entre

²⁹ A declaração da Independência assim termina: “Nós, por conseguinte, representantes dos **ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**, reunidos em CONGRESSO GERAL, publicamos e declaramos solenemente: que estas colônias unidas são e de direito têm de ser **ESTADOS LIVRES E INDEPENDENTES**; que **estão desobrigados de qualquer vassalagem para com a Coroa Britânica**, e que todo vínculo político entre elas e a Grã-Bretanha está e deve ficar totalmente dissolvido; e que, como ESTADOS LIVRES E INDEPENDENTES [...]” (tradução livre, grifo nosso).

³⁰ Em complemento, no ano de 1777, o Congresso Continental aprovou os Artigos da Confederação que estabeleciam a soberania e poder de jurisdição de cada Estado (art. II), considerados em conjunto como uma “liga firme de amizade” e não uma nação propriamente dita. O gerenciamento dos interesses era feito em reuniões anuais, com pelo menos 2 representantes, com um voto por estado, assegurada a liberdade de expressão dos participantes (art. V).

normas, com a Constituição (1787) dando coesão à Ordem Jurídica; o Estado de Direito³¹, uma ordem política pautada por leis racionalmente produzidas e executada por instituições bem definidas; e a limitação das possibilidades de atuação do governo. Sua supremacia perante as outras normas se justificariam com base em uma categoria que ganhava novos contornos, a de soberania popular (2013, 25-26).

Mais do que meramente excluídos do processo Constituinte, os descendentes de africanos continuariam escravizados. Além disso, o Congresso ficou temporariamente proibido de regulá-la. Para fins de cálculo do número de representantes para cada Estado na Câmara dos Representantes, escravizados seriam contados como uma parte da população, sem direito a voto, mas que contariam como 3/5 de uma pessoa (art. I, seção 2). Como relata o cientista político americano Robert Dahl (1915-2014), em seu livro “A Constituição Norte-americana é democrática?”, a conservação da escravidão era um requisito básico para os delegados do Sul, que representavam interesses dos proprietários das *plantations*, ainda que as ideias abolicionistas proliferassem nos demais Estados (2015, p. 20).

Ainda assim, diversos estudiosos enxergam na Constituição americana fortes elementos democráticos com base na premissa da Soberania, mesmo considerando que nem todos os Pais Fundadores ou o próprio texto original a Constituição tivesse aspirações democráticas profundas. O historiador e pensador político francês, Alexis de Tocqueville (1805-1859), ressaltou essa característica ao visitar e estudar a sociedade americana em 1833. Como membro da aristocracia, muito do que observou no país era curioso e inovador para sua realidade. Por sua perspectiva, a vontade nacional, que se traduz pela soberania do povo é primordial para os americanos, não algo secundário e está presente desde as primeiras organizações coloniais início: “ele é reconhecido pelos costumes, proclamado pelas leis; estende-se com liberdade e atinge sem obstáculos suas últimas consequências” (2019, p. 62).

O Poder Judiciário também foi previsto, porém sem delimitação precisa de seus poderes, deixando uma ampla margem para revisão constitucional. Uma das poucas ressalvas era a exigência de não envolvimento de seus membros na criação de leis, políticas públicas e

³¹ Não existe um conceito definitivo de Estado de Direito, assim como não há consenso sobre todas as características de reconhecimento de um “Estado” e menos ainda um fim para a discussão sobre o que consiste no “Direito”. Mesmo quando se estabelece alguns critérios para uma definição, eles se alteram frente à realidade de outro país. Entretanto, parece ser possível afirmar, não sem relativizações, que a sua importância reside na necessidade de assegurar segurança jurídica, por essa razão, é recorrente nos textos sobre o tema o aparecimento de características de ordem formal, como a generalidade, coercitividade, racionalidade e publicidade das leis. Para mais informações, vide a citação de Graber a Lon Fuller (GRABER, 2013, p. 30)

decisões de governo, que caberiam ao legislativo e executivo. Tomando como regra, não só a divisão do Poder em três ramos de exercício³², mas o controle recíproco entre eles (*Checks and balances*), formato que se convencionou chamar de Republicanismo.

A título informativo, também vale destacar que os Autores³³ da Constituição não mencionam, no texto, a expressão “democracia”. Falavam em governo representativo como sinônimo de uma República equilibrada, mas previam a eleição indireta de seus líderes, por delegação. Na verdade, seguindo a linha de Montesquieu, muitos consideravam a “democracia pura” como potencialmente problemática para a preservação da propriedade ou segurança (MADINSON, HAMILTON, JAY, 1993, p. 136-137).

Em setembro de 1787 o texto constitucional final foi apresentado, sendo aprovado por 39 delegados e até o ano seguinte, 9 dos 13 estados ratificaram o documento por meio de eleições. Documento este que segue o mesmo em seu corpo até os dias de hoje. Mas a ausência de uma Declaração e Direitos foi sentida, e a ratificação, em alguns estados, foi condicionada a uma nova reunião para estabelecer os direitos fundamentais dos americanos, até então pulverizados em normas e Constituições estaduais (THE U.S. NATIONAL ARCHIVES, 2021).

Em 1789 a reunião do novo Congresso Nacional foi realizada em Nova York, para discutir e redigir a Declaração, que viria a se firmar nos próximos séculos como outro elemento essencial ao constitucionalismo. O escolhido para redigir o documento foi James Madison, que havia escrito a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (DAHL, 2015 p. 33). Conforme transcrição do The U. S. National Archives (revisada em 2022), a proposição inicial possuía 12 Emendas, sendo a primeira sobre número de eleitores de cada estado e a segunda sobre a estabilidade da compensação pelos serviços dos congressistas. Mas o texto não foi aprovado em sua integralidade, a Primeira Emenda foi rejeitada em sua integralidade e a segunda somente

³² Ao longo dos escritos federalistas de 1788 (The Federalist Papers), de Hamilton, Madison e Jay, é perceptível a influência do tratado de teoria política “O Espírito das Leis”³², de Charles-Louis de Secondat, o barão de La Brède e de Montesquieu (1689-1755), especialmente no que tange à divisão de Poderes. Montesquieu faz uma defesa de organizações políticas baseadas na divisão do Poder. Criticando sistemas vigentes na Europa que em sua maioria concentravam o poder nas mãos de um monarca. Em seus escritos, apresenta a República como um tipo de governo baseado na lei e na divisão tripartite do exercício do “poder soberano” que evitaria os vícios comuns de sua época cometidos por monarquias absolutistas. Esse poder na República seria de titularidade do povo em conjunto caso o modelo político optado fosse o democrático ou de um conjunto de pessoas iluminadas e de alta posição social, em um modelo aristocrático (MONTESQUIEU, 2000, p.19). Parte de seu pensamento que foi aproveitado pelos Pais Fundadores americanos.

³³ Robert Dahl prefere utilizar o termo “Autores” para se referir aos delegados enviados à Convenção por considerar que nem todos os Pais Fundadores da nação-americana participaram da discussão e redação do texto (2015, p. 12).

foi aprovada mais de um século depois como 27ª Emenda, a mais recente Emenda à Constituição Americana.

Somente as 10 Primeiras Emendas fazem parte do que os americanos entendem como Declaração de Direitos. Note-se, portanto, que ao contrário do que se tornou comum nas Constituições do século XX e XXI, a Declaração de Direitos dos americanos não integrava originalmente a Constituição aprovada em 1787. Elas compõem um documento a parte, trazendo direitos ou complementando informações do texto original, preservando intacto o texto do documento constitucional original.

Conforme observa o professor de Direito Constitucional de Yale Akhil Reed Amar a Declaração foi uma contenção explícita do exercício do Poder, não só do Congresso, que atou suas próprias mãos e das futuras gerações de parlamentares impedindo de legislar sobre determinados temas, como do executivo e até do judiciário. Entre os argumentos utilizados para convencimento da necessidade da adoção de uma Carta de Direitos, era de que essa contenção explícita poderia aproximar a Constituição dos estados que ainda faltavam ratificá-la, além de apaziguar as inquietações dos céticos anti-federalistas (AMAR, 2006, 341). Não à toa a Primeira Emenda começa com “o congresso não fará nenhuma lei [...]” seguido da proteção à liberdade de expressão, de imprensa, e liberdade religiosa. Esse trecho se contrapõe à primeira seção do artigo I da Constituição que dá ao Congresso amplos poderes de legislar (AMAR, 2006, 341).

De forma sucinta, a Segunda Emenda prevê o direito de ter e portar armas. A Terceira Emenda impede o uso forçado de casas por soldados, como faziam os britânicos durante a guerra Civil. A Quarta Emenda proíbe a busca e apreensão desarrazoada em um indivíduo ou sua propriedade privada. A Quinta Emenda prevê o direito ao devido processo legal em apurações criminais. A Sexta Emenda garante o direito de celeridade e publicidade dos julgamentos de crimes, incluindo o direito individual de ser julgado por júri. A Sétima Emenda estende o direito ao julgamento por júri para casos civis a nível federal. A Oitava Emenda proíbe fiança e multa excessiva e punição cruel. A Nona Emenda, declara que o texto do Bill of Rights não prejudica o reconhecimento de outros direitos implícitos. Por fim, a Décima Emenda afirma que os poderes do Governo Federal estão listados pela Constituição, os que não estiverem pertencem aos estados ou ao povo.

De início, as Emendas tinham como objetivo conter os poderes da União sobre os indivíduos dos Estados, através de princípios básicos que pertenceriam a todos os cidadãos,

evitando a deturpação das origens do governo. Mas, pouco mais de meio século depois, com as emendas do período da Reconstrução, durante o período que se seguiu à Guerra Civil, a Décima Quarta Emenda abriu margem para uma aplicação mais expansiva, assegurando os direitos de vida, liberdade, cidadania e propriedade dos cidadãos, independentemente de sua raça ou cor, em relação à União e aos Estados.

As Emendas configuram hoje parte essencial da Constituição Americana; para alguns estudiosos são inclusive mais relevante em razão segurança jurídica e proteção aos Direitos Fundamentais presentes. Porém, documentos como esses, que vinculam o futuro, seja imediato ou longínquo, geram dúvidas quanto à sua interpretação e são a razão de inúmeros conflitos. Com o intuito de pacificar o entendimento sobre os dizeres do texto constitucional, alinhando a pretensão do constituinte com os valores e demandas contemporâneos de cada época, o sistema americano desenvolveu o controle de constitucionalidade sobre as normas, exercido de modo difuso pelos tribunais federais³⁴, tendo como cúpula a Suprema Corte.

A Corte, no entanto, não possuía os limites de sua atuação bem definidos na Constituição ou nas Emendas. Foi somente no caso *Marbury v. Madison* (1803)³⁵, que a priori sequer se relacionava diretamente ao controle de constitucionalidade, que a Suprema Corte declarou sua competência de “*judicial review*” (revisão judicial). Em decisão redigida pelo Chief Justice John Marshall, sua jurisdição estava devidamente indicada pela seção II do

³⁴ Cada estado também possuía um método próprio de controle de compatibilidade de sua produção normativa em relação à sua Constituição, portanto, este trabalho não considera o precedente *Marbury v. Madison* como a origem definitiva do controle de constitucionalidade de modo geral, mas *um leading case* sobre o tema a nível federal.

³⁵ *Marbury v. Madison* 5 EUA 137 (1803). Caso em que a Corte declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade do Judiciário Agir de 1801, aprovado nos últimos dias do mandato de John Adams como presidente. Havia interesse político em jogo, uma vez que a oposição levava a eleição para presidente e a nomeação de juízes poderia ser estratégica. A norma analisada pela Corte criava cargos no judiciário federal, entre eles o de juiz de paz no Distrito de Columbia, que seria ocupado por William Marbury. As designações foram aprovadas pelo Senado e John Marshall, Secretário de Estado, estava encarregado de efetivar as nomeações. O que não foi inteiramente feito dentro do prazo, em razão do final do mandato Adams. O novo presidente, Thomas Jefferson, não estava de acordo com as nomeações e o orientou a não empossar os novos juízes. Marbury, sentindo-se lesado impetrou um *escrito de Mandamus* perante a Suprema Corte, conforme norma autorizativa do Judiciário Agir (1789). O “*Mandamus*” é uma ordem emitida por um tribunal para um funcionário do governo ordenando que cumpra seus deveres ou corrija abusos, o equivalente, em alguns aspectos, ao “mandado de Segurança”, para fins de compreensão deste caso. A Corte enfrentou uma das principais questões de competência ao entender que por interpretação constitucional era sua função analisar a conformidade com a Constituição. Assim, apesar de reconhecerem o direito de Marbury ao cargo, não emitiram uma decisão favorável em razão da seção 13 do Judiciário Atc, que previa uma competência originária para Corte sem previsão constitucional e por isso conflitante. Em suma, o entendimento foi de que não tinham competência para analisar e julgar o *Mandamus*, não sobre seu conteúdo em si, portanto, essa lei aprovada pelo Congresso seria inconstitucional. Para mais informações consultar caso em: <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/5us137>.

capítulo 3 da Constituição³⁶. Em regra, deveria exercer competência recursal, analisando o direito ou os fatos controversos de casos já analisados por instâncias inferiores do judiciário federal ou pelo judiciário estadual. Somente em casos específicos, estes previstos constitucionalmente, a Corte teria competência originária. Sendo assim, a norma editada pelo legislativo (seção 13 do Judiciary Act de 1789), que originou o caso, era inconstitucional por permitir a consulta direta à Corte sem respeitar esta previsão constitucional (DAVID, 2002, 495-496). Na oportunidade, Marshall reforçou o princípio da Supremacia e obrigatoriedade da Constituição:

[...] ao declarar o que será a lei suprema do país, a própria Constituição é mencionada em primeiro lugar, e não as leis dos Estados Unidos em geral, mas apenas aquelas que devem ser feitas em conformidade com o Constituição, têm esse posto.

Assim, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, supostamente essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei que repugna à Constituição é nula e que os tribunais, bem como outros departamentos, estão vinculados por aquele instrumento (USA, 1803, p. 180 – tradução nossa)³⁷.

A revisão judicial passou a ser exercida pela Suprema Corte pelos tribunais federais sob seu controle. A competência de revisão não operava somente sobre as normas editadas pelo Congresso, mas também sobre atos executivos, incluindo os atos do Presidente e dos governos estaduais, e de decisões judiciais que violem a norma Constitucional. A declaração de inconstitucionalidade resultaria em nulidade do ato ou norma. E a justificativa para uma atuação tão incisiva reside em síntese na proteção da norma Constitucional pela Corte, atuando como um complemento à doutrina do “*checks and balances*” (ou pesos e contrapesos), visando manter a estabilidade das normas constitucionais.

A discussão jurídica sobre o “ativismo judicial”, acerca da atuação política do judiciário ao interferir nas competências dos outros poderes através da “revisão judicial”

³⁶ “[...] Em todos os casos relativos a embaixadores, outros Ministros e cônsules, e naqueles em que se achar envolvido um Estado, a Suprema Corte exercerá jurisdição originária. **Nos demais casos** supracitados, **a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso**, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer. [...]” (tradução e grifo nossos).

³⁷ No original: “*It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned, and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank. Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*”.

(controle de constitucionalidade) recebe atenção de forma diferenciada nos Estados Unidos. Ao invés de se pôr em pauta sua possibilidade e adequação, questiona-se mais os parâmetros em que as decisões são tomadas, especialmente vieses ideológicos e político-partidários. O controle do judiciário sobre atos legislativos³⁸ é, em certa medida, visto como natural, uma vez que a Constituição, documento fonte do processo interpretativo do judiciário é um tratado jurídico-político entre os cidadãos ou entre as instituições públicas e os entes privados.

Essa posição remete diretamente a outro aspecto relevante da atuação dos tribunais: a Interpretação constitucional. A Suprema Corte estabelece doutrinas que possuem força normativa e que são corroboradas por decisões posteriores em uma cadeia de precedentes para casos semelhantes³⁹. Porém, há ocasiões em que a Corte derruba seu entendimento (*overruling*), definindo novos parâmetros ou simplesmente optando por uma interpretação mais elástica ou mais estreita da norma constitucional, o que geralmente confere o verniz de coerência e solidez de suas posições. É o que se percebe nos casos de Liberdade de Expressão, conforme se verá na próxima seção.

Esse exame de compatibilidade das normas e atos administrativos com a Constituição foi largamente adotado pelos países ocidentais, em especial, pelo Brasil anos mais tarde. Porém, para a população negra daquele país, os novos arranjos sociais pouco alteraram sua situação. Ainda quando livres e libertos, sua cidadania não era constitucionalmente reconhecida, ficando a critério dos estados tê-los ou não como membro participante de sua vida política.

Ademais, a Suprema Corte, quando consultada sobre o assunto, negou oficialmente esta cidadania, não somente em termos formais, em relação aos estados e à nação, mas ideológicos, negando-lhes também humanidade. Essa compreensão do *status* jurídico do negro americano é explicitada na decisão do caso *Dred Scott v. Sand Ford* (1856)⁴⁰. Na ocasião, um

³⁸ Lawrence Baum entende até que há certa confusão acerca dessa atuação da Corte. Embora a Corte revogue dispositivos com certa frequência, poucos são recebidos atenção pública, não são tantos, ao menos em quantidade, os casos em que a Corte conflita com Legislativo anulando leis, a maioria das normas editadas e atos dos executivos continuam válidas. (BAUM, 1987, p. 268-269). Em outras ocasiões a Corte se dedica a interpretar as leis, atuação que vira de acordo com sua composição, época e ideologia dos *Justices*, havendo certa variação temática como sua dedicação aos temas de liberdade civis. Na visão de Baum (1987, 292), a Corte como elaboradora de políticas “não costuma perturbar com frequência elementos básicos da política nacional”.

³⁹ De acordo com a doutrina do *stare decisis* da *Common Law* um comando de que impõe peso e importância aos precedentes, de modo que influenciam e, frequentemente, decidem casos posteriores, conferindo segurança e mantendo a Ordem Jurídica.

⁴⁰ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). Opinião da maioria redigida por Roger B. Taney. Considerada por muitos constitucionalistas americanos como a decisão mais vergonhosa da história da Suprema Corte.

homem negro praticou atos civis típicos de pessoas livres em um território onde a escravidão era proibida pelo Missouri Compromise Act (1820), mais precisamente os Estados de Illinois e Winsconsin. Um dos atos de maior relevância foi seu casamento formalmente reconhecido com a mulher negra Harriet Robinson, com quem constituiu família. Ao ter acesso a aconselhamento jurídico, Scott questiona sua condição de escravizado.

O questionamento chegou até a Corte em sede de recurso. A maioria (7-2), entendeu que os tribunais estaduais sequer tinham jurisdição para analisar o caso, uma vez que uma das partes, o suposto escravizado, Dred Scott, sequer seria um cidadão e apenas cidadãos poderiam ingressar com ações judiciais. Em todo o texto é palpável a ideologia de hierarquia racial eurocêntrica incrustada na concepção de “povo” /cidadão americano:

“[...] **Devemos perguntar quem, naquela época, foi reconhecido como o povo** ou cidadãos de um Estado cujos direitos e liberdades tinham sido ultrajados pelo Governo inglês, e que declarou sua independência e assumiu os poderes do Governo para defender seus direitos pela força das armas.

Na opinião da Corte, a legislação e as histórias da época, e a linguagem usada na Declaração de Independência, mostram que **nem a classe de pessoas que foram importadas como escravas nem seus descendentes**, quer tenham se tornado livres ou não, **foram reconhecidos como parte do povo**, nem pretendiam ser incluídos nas palavras gerais usadas naquele instrumento memorável” (p. 407 – tradução e grifo nossos)⁴¹.

Um dos argumentos que deu suporte à decisão, considerou que como os antepassados de Scott eram africanos trazidos aos EUA como escravos, logo, sua condição seria a mesma por ser decente dessas pessoas. Nem mesmo o Congresso não tinha poder para legislar sobre escravidão, entendo parte do Compromisso do Missouri como inconstitucional, pois **cerceava a liberdade do proprietário** de levar consigo quaisquer artigos (coisas, inclusive escravos) para os territórios (livres)⁴².

⁴¹ No original: “*We must inquire who, at that time, were recognized as the people or citizens of a State whose rights and liberties had been outraged by the English Government, and who declared their independence and assumed the powers of Government to defend their rights by force of arms.*”

In the opinion of the court, the legislation and histories of the times, and the language used in the Declaration of Independence, show that neither the class of persons who had been imported as slaves nor their descendants, whether they had become free or not, were then acknowledged as a part of the people, nor intended to be included in the general words used in that memorable instrument”.

⁴² Entre os argumentos elencados no resumo tem-se: “4. Um negro livre de raça africana, cujos ancestrais foram trazidos para este país e vendidos como escravos, **não é um "cidadão"** no sentido da Constituição dos Estados Unidos. 5. Quando a Constituição foi aprovada, não eram considerados em nenhum dos Estados como membros da comunidade que constituía o Estado, e não eram contados entre o seu "povo ou cidadãos". Conseqüentemente, os direitos e imunidades especiais garantidos aos cidadãos não se aplicam a eles. E não sendo "cidadãos" dentro

Por mais de um século, eles **foram considerados seres de uma ordem inferior e totalmente incapazes de se associar com a raça branca**, seja nas relações sociais ou políticas, e **tão inferiores que não tinham direitos que o homem branco fosse obrigado a respeitar, e que o negro pode ser justa e legalmente reduzido à escravidão em seu benefício**. Ele foi comprado e vendido, e tratado como um **artigo comum de mercadoria** e tráfico sempre que um lucro pudesse ser obtido com isso. Essa opinião era então fixa e universal na porção civilizada da raça branca. Era considerado um axioma tanto na moral quanto na política que **ninguém pensava em contestar ou supunha ser aberto a disputa**, e homens de todos os graus e posições na sociedade agiam diariamente e habitualmente de acordo com ele em suas atividades privadas, bem como em assuntos de interesse público, sem duvidar nem por um momento da veracidade desta opinião (p. 407 – tradução e grifo nossos)⁴³.

A abolição da escravatura, o reconhecimento da cidadania e o direito de voto⁴⁴ chegaram apenas depois de mais de meio século de vigência da Constituição, através das Emendas XIII (1865), XIV (1868)⁴⁵ e XV (1870). A tentativa de reconstrução da nação possibilitou a eleição de uma pequena, mas significativa, porcentagem de pessoas negras, o que gerou certo temor e ressentimento dos brancos derrotados na Guerra Civil de (1861-1865)⁴⁶. A nível estadual - principal, mas não somente, nos estados do Sul – os embaraços ao voto das “pessoas de cor” eram corriqueiros. Além de, por diversas artimanhas, novamente submetê-las

do significado da Constituição, eles não têm o direito de processar nesse caráter em um tribunal dos Estados Unidos, e o Circuit Court não tem jurisdição em tal processo. 6. As duas únicas cláusulas da Constituição que apontam para esta raça tratam-nos como pessoas a quem era moralmente legal negociar como artigos de propriedade e manter como escravos”.

⁴³ No original: “*They had for more than a century before been regarded as beings of an inferior order, and altogether unfit to associate with the white race either in social or political relations, and so far inferior that they had no rights which the white man was bound to respect, and that the negro might justly and lawfully be reduced to slavery for his benefit. He was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic whenever a profit could be made by it. This opinion was at that time fixed and universal in the civilized portion of the white race. It was regarded as an axiom in morals as well as in politics which no one thought of disputing or supposed to be open to dispute, and men in every grade and position in society daily and habitually acted upon it in their private pursuits, as well as in matters of public concern, without doubting for a moment the correctness of this opinion*”.

⁴⁴ O direito de voto ainda continuou limitado às pessoas do sexo masculino, maiores de 21 anos. Seção 2 da XIV Emenda. Em tese, homens negros poderiam eleger representantes, isso foi expressamente previsto pela XV Emenda, porém, na prática o

⁴⁵ Também estabeleceu o direito de igualdade entre todos os cidadãos americanos perante a lei com a cláusula de “*equal protection*” (seção 1, da XIV Emenda)

⁴⁶ Os estados Sul tiveram grande resistência às propostas do governo central para a nação, principalmente a pauta da abolição, representada pela eleição presidente da época Abraham Lincoln. O confronto foi inevitável, estados dos Sul se uniram em uma Confederação que foi derrotada. Os estados gradualmente retornaram à união. Mas os problemas econômicos gerados pelos gastos e devastação resultantes dos esforços de guerra e o clima de insatisfação entre os latifundiários sulistas e cidadãos que temiam a mudança na estratificação social e o sistema de vantagens às pessoas brancas atribuídos a essa estratificação deu condições para o aparecimento dos grupos de ódio racial e dos sistemas de separação baseados na raça.

a trabalhos forçados e perseguições a nível físico e moral, incluindo discursos de ódio e até mesmo linchamentos (DAVIDSON, 2016, p. 233-234).

Foi o momento de surgimento de organizações que impunham terrorismo contra pessoas negras, como a Ku Klux Klan. Essa organização ficou conhecida pela perseguição extremamente violenta contra pessoas racializadas, sobretudo, afro-americanos. Estudiosos dividem a atuação a Klan em ondas, sendo que a inicial remonta ao ano de 1866. O grupo era composto por veteranos do exército confederado, logo assumindo a face de uma organização secreta. Procurando agir à noite, o *modus operandi* da organização se tornou distinguível, desde às vestes e rituais, como a túnica branca com capuz para evitar identificação dos envolvidos, até os detalhes dos atos executórios, como danos ao patrimônio, açoite e linchamentos de pessoas negras (DAVIDSON, 2016, p. 233-234).

A institucionalidade também reforçava a organização social baseada na ideologia racial dominante. No caso conhecido como (The) Civil Rights Cases (1883)⁴⁷, a Suprema Corte entendeu que o Congresso não tinha o poder de regular atos privados de discriminação. Mesmo que a Lei de Direitos Civis de 1875 vedasse a discriminação em espaços públicos, não era possível a ingerência no âmbito privado, como a negativa de acesso aos teatros, hotéis e empresas de trânsito que vedavam acessos à negros nas áreas “*white only*”.

Pouco tempo depois, em *Plessy v. Ferguson* (1896)⁴⁸, a Corte, em decisão majoritária por sete votos a um⁴⁹, redigida por Henry B. Brown, reconheceu a

⁴⁷The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883): *United States v. Stanley*, *United States v. Ryan*, *United States v. Nichols*, *United States v. Singleton*, and *Robinson et ux. v. Memphis & Charleston R.R. Co.* O julgamento reunia esses cinco casos de pessoas negras que tiveram o acesso a esses serviços e espaços negados em razão de sua cor. Por oito votos a um, em decisão escrita por Joseph P. Bradley, a Suprema Corte entendeu que a proteção prevista na 14ª Emenda se referia apenas contra as ações estatais, sem ingerência nos assuntos estaduais ou privados.

⁴⁸ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). No caso, Homer Plessy, um homem de pele clara que teve um bisavô negro, foi impedido de viajar em vagão de trem exclusivo para pessoas brancas. Pela doutrina racial de “*one drop of blood*” era legalmente lido como negro por ter 1/8 de sangue negro e por isso foi detido ao recusar sentar-se no vagão exclusivo para negros, como exigido no “*Separate Car Act*” (1890) do estado de Louisiana. A situação foi provocada intencionalmente para funcionar como um “caso teste” (*case test*), uma estratégia jurídica que se utilizava de casos concretos para questionar normas que afetavam os direitos civis. Na situação, os advogados alegavam a violação da 13ª e 14ª Emenda constitucional, arguindo tratamento desigual perante a lei.

⁴⁹ A única dissidência veio do *Justice* John Harlan. Em seu voto, Harlan demonstra a incongruência da separação racial com os ideais de liberdade e igualdade declarados pela nação: “Nós nos vangloriamos da liberdade desfrutada pelo nosso povo acima de todos os outros povos. Mas é difícil conciliar esse que se vangloria com um estado da lei que, praticamente, coloca a marca de servidão e degradação sobre uma grande classe de nossos concidadãos, nossos iguais perante a lei. O disfarce fino de acomodações “iguais” para os passageiros em vagões ferroviários não enganará ninguém, nem expiará o erro que este dia fez” (p. 562). Ele entendia a norma em questão como “inconsistente com a liberdade pessoal dos cidadãos, brancos e negros, naquele Estado, e hostil ao espírito e à carta da Constituição” (p. 563). Porém, é possível notar os traços da ideologia de superioridade racial pungente em seu voto, quando o inicia afirmando que “A raça branca se considera a raça dominante neste país. E assim é no

constitucionalidade das legislações estaduais que previam a separação de estruturas públicas para uso de pessoas negras, denominadas *Jim Crow laws* (1877 e 1964). Essas legislações e posturas adotadas pelos estados sulistas se justificavam com base na doutrina “*separate but equal*” (“separados, mas iguais”), sob a alegação de que não haveria violação das Emendas à Constituição porque os serviços eram prestados igualmente, mas em espaços diferentes para as duas raças.

Por óbvio, essa justificação foi facilmente falseada, pois a qualidade dos serviços era significativamente distinta, desde os vagões de trem até escolas públicas⁵⁰; ou seja, essa igualdade material nunca chegou. Pessoas negras continuavam sendo tratadas como inferiores em espaços públicos e a segregação “encorajou mais desprezo, ódio e violência para com elas” (DAVIDSON, 2016, p. 292). A separação e os ataques de ódio da Klan permaneceram por longas décadas, protegidas sob a égide constitucional. Esse é o contexto de manutenção e validação do racismo aberto e declarado presente na sociedade americana (GONZALEZ, 1988, p. 76).

Aqui, apenas eventos pontuais foram citados para fins de exemplificação. Apesar de sua luta pela independência do autoritarismo inglês e da tentativa de unificação da nação em um Estado de Direito constitucional, é notável que esse processo de libertação e reconhecimento foi negado às pessoas negras. A estrutura que privilegia pessoas brancas se mantém com base nesta ideologia que é percebida tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil até os dias de hoje, e essa realidade, como se verá nos capítulos seguintes, se estende para o campo da Liberdade de Expressão.

2.2. Constitucionalismos à brasileira: chagas do autoritarismo

Enquanto a história constitucional americana se desenvolvia reafirmando ideologias raciais que inferiorizavam pessoas negras, o Brasil vivia a realidade colonial escravocrata com base nas mesmas lógicas outrora comuns em solo americano. Em solo

prestígio, nas conquistas, na educação, na riqueza e no poder. Portanto, duvido que não, continuará a ser para sempre se permanecer fiel à sua grande herança e se apegar aos princípios da liberdade constitucional.” (p. 559).

⁵⁰ A título de exemplo o autor cita que “os vagões ferroviários para os afro-americanos não eram tão confortáveis, as escolas para negros recebiam muito menos dinheiro para educação, e os cidadãos negros eram mantidos de fora dos melhores restaurantes e hotéis” (DAVIDSON, 2016, p. 292).

brasileiro, ainda vigia o Direito imposto pela metrópole. As normas aplicadas eram de origem monárquico-religiosas, denominadas “Ordenações Portuguesas”, especialmente as Filipinas, além da norma especial da Metrópole para a Colônia. Com base nesses códigos o controle das manifestações artísticas foi exercido primariamente pela Igreja e administradores portugueses na colônia. Esse controle também impediu o desenvolvimento da Imprensa na colônia até o século XIX⁵¹ (COSTA, 2015, p. 13).

A Declaração de Independência também se fez presente, em 07 de setembro de 1822. O rompimento com a Coroa portuguesa, entretanto foi gradual e com batalhas pontuais, teve seu estopim quinze dias após a declaração, com a redação e uma Carta oficial de comunicação destinada a Dom João, em que o príncipe regente, Dom Pedro I, rejeitava o apoio e o controle português e se colocava como o líder da nação⁵² (EGAS, 1916, p. 153-155). Nenhuma palavra sobre a escravidão.

A primeira Assembleia Constituinte foi convocada meses antes, mas dispensada pelo Imperador em 1823 por discordâncias quanto à contenção no exercício do Poder. Às avessas do constitucionalismo americano, um homem, Dom Pedro I, que já detinha o poder centralizado, fez valer seu interesse em manter concentrado na figura do monarca não somente o Executivo, como também a última palavra do Poder legiferante, incluindo a liberalidade de dissolver a Câmara dos Deputados e de veto absoluto de projetos de lei (SILVA, 2021, p. 67).

A instituição do Poder Moderador, exercido pelo Imperador, minava qualquer tentativa de equilíbrio e controle recíproco. Além disso, a previsão de Direitos Fundamentais era bastante limitada. Presente no último título (8º), se destina aqueles considerados “cidadãos brasileiros”⁵³, o que excluía escravizados (SILVA, 2021, p. 68). Por outro lado, constava a previsão do direito à liberdade de expressão no artigo 179, inciso IV:

⁵¹ O historiador Nelson Werneck Sodré (1966, p. 12) destaca a censura existente na metrópole para as produções locais e importações, conteúdos impressos, como livros e jornais, deveriam ser previamente aprovados, por entes do Estado e da Igreja Católica, posteriormente, pela Real Mesa Censória até idos de 1787. Isso explica o atraso no desenvolvimento da Imprensa local, conforme explica “se na metrópole feudal essas eram as condições, fácil é calcular quais seriam as que imperavam na colônia escravista, particularmente depois do advento da mineração, com o arrôxo que deu à clausura”.

⁵² Cabe aqui um breve comentário de Paulo Bonavides sobre a singularidade do Poder Constituinte em questão. D. Pedro consistia em um “poder constituinte paralelo”, dada a rebelião à Coroa e a parca adesão popular ao projeto de Independência, ao mesmo tempo, com procedência, legitimado pela sua anterioridade que lhe concedia direito ao trono português por sucessão. Ainda nem se cogitava a legitimidade fundamental a legitimidade por meio de um contrato social popular (BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 38).

⁵³ Reconhecendo a cidadania dos nascidos no Brasil, dos filhos de brasileiros ou dos nascidos em Portugal residentes no Brasil à época da Independência. Conforme ressalta Virgílio Afonso da Silva, essa Constituição não trouxe nenhuma palavra sobre a escravidão, em geral não é lida como endossando ou coibindo esse regime.

“Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar”.

Na prática, entretanto, a censura prévia era comum tanto para a incipiente Imprensa quanto para expressões artísticas. Este último setor, as artes, dependiam em sua maioria da Monarquia para financiamento de apresentações, exposições e publicações. Logo, o controle não era difícil e poderia ser exercido por autoridades públicas sem grandes critérios sobre qualquer atividade que ferisse “a moral, os bons costumes, a língua, monarquia, a cultura nacional” ou que trouxesse riscos à “paz social” (COSTA, 2015, p. 13).

Mais uma vez, o texto jurídico-político se absteve de regular a escravidão. Como destaca Paulo Bonavides, o que trazia o tom de outorga à Constituição Imperial, na prática era o pacto entre o poder monárquico e regime escravocrata (BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 7). Às avessas dos Estados Unidos, a abolição veio antes da República, sem vestes democráticas e mais de vinte anos após a XIII Emenda americana, por meio da Lei Áurea (1888), pelas mãos da princesa regente do Império do Brasil. A Proclamação da República⁵⁴ que se seguiu, em 15 de novembro de 1889, trouxe consigo um remanejamento na organização político-territorial, tornando o país uma federação, atendendo em parte às demandas dos estados por maior autonomia administrativa (SILVA, 2021, p. 69).

Com a República também adveio a criação do Supremo Tribunal Federal em 1890 e um novo projeto de Constituição, cujo esboço foi elaborado por Ruy Barbosa (1849-1923). O jurista e Ministro da Fazenda do Governo Provisório de Deodoro da Fonseca, também foi indispensável para o apagamento do passado escravocrata brasileiro, justificado por uma necessidade de desenvolvimento sociedade⁵⁵. Em dezembro de 1890, Barbosa determinou a

⁵⁴ As razões que levaram à queda do Império são múltiplas. Entre os fatores principais, destacados por Virgílio Afonso da Silva, figurava a resistência dos proprietários de terra em abolir a escravidão, que veio com um ano antes, em 1888, e as dificuldades na conciliação de interesses regionais que também exigiam maior autonomia (SILVA, 2021, p. 69).

⁵⁵ A argumentação foi curta, conforme se percebe: “Considerando que a Nação brasileira, pelo mais sublime lance de sua evolução histórica, eliminou do solo da pátria a escravidão — a instituição funestíssima que por tantos anos paralisou o desenvolvimento da sociedade, inficionou-lhe a atmosfera moral”; [...] “considerando que a República está obrigada a destruir esses vestígios por honra da Pátria, e em homenagem aos nossos deveres de fraternidade e solidariedade para com a grande massa de cidadãos que pela abolição do elemento servil entraram na comunhão brasileira”; (LACOMBE, 1988, p. 114)

incineração dos documentos públicos relativos às pessoas escravizadas, desde o documento de chegada no território brasileiro, matrícula dos escravos e descendentes libertos, transações comerciais, dados estatísticos, financeiros e tributários. Fatos histórico-jurídicos como esse serviram de base para o desenvolvimento de uma ideologia de “democracia racial” (NASCIMENTO, 2016, p. 58).

A Primeira Constituição Republicana, promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte eleito, serviu de base para as posteriores. Além da federação e do republicanismo, a Constituição de 1891 também importou o sistema presidencialista de governo e o controle de constitucionalidade das normas, sendo inegável a influência americana no modelo constitucional brasileiro até os dias de hoje⁵⁶ (SILVA, 2021, 69-70).

Apesar do avançado modelo constitucional, o período de vigência da Constituição de 1891 ficou conhecido pela pouca alternância de poderes entre as regiões brasileiras, pelas diversas fraudes eleitorais e pela suspensão de direitos dos cidadãos mediante declaração reiterada de estado de sítio nas unidades federativas (SILVA, 2021, p. p. 70). Ademais, ainda que formalmente abolida a escravidão, não houve qualquer política de integração dos negros libertos que continuaram em situação análoga a de escravidão ou em clara exclusão social, fora das cadeiras escolares e dos empregos formais. Insta destacar ainda que mendigos e analfabetos não podiam se alistar para votar, o que perfazia mais de 85% da população (NETO, 2010).

Formalmente, no entanto, constavam os direitos de Liberdade, Segurança e Propriedade dos cidadãos, incluindo o direito à Liberdade de Expressão (art. 72, §12), mantendo não só o impedimento de censura prévia, como a vedação anonimato, conforme se extrai:

“Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permitido o anonymato”.

⁵⁶ Segundo Virgílio Afonso da Silva até ao nome do país passou a ser “Republica dos Estados Unidos do Brasil”. Apesar de soar como uma cópia a expressão Estados Unidos também pode ser interpretada como sinônimo de estado federado e outras implicações de governos que não mais se identificavam com a monarquia (SILVA, 2021,70 – nota de rodapé).

Rompendo com o ciclo de poder estabelecido durante a chamada República Velha⁵⁷, o movimento revolucionário de grande adesão nos estados de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Paraíba colocou Getúlio Vargas⁵⁸ no poder em 1930. Inicialmente a ordem constitucional manteve suas bases, mas as mudanças infraconstitucionais foram notáveis e algumas permanecem até hoje. Entre elas, destaca-se o Código Eleitoral de 1932 e alterações posteriores, que estabeleceram o voto universal, não mais censitário, representação proporcional dos estados na Câmara dos Deputados e o voto feminino para as mulheres que exerciam atividades remuneradas (SILVA, 2021, p. 71).

Uma nova Constituição foi promulgada em 1934, trazendo consigo subordinação da atuação do Governo brasileiro à realização de objetivos de cunho social para a maioria da população, de modo geral, e prevendo direitos dos trabalhadores, de modo específico. O Documento teve sua inspiração na Constituição mexicana de 1917 e alemã de 1919 que inovaram ao trazer proteções constitucionais aos trabalhadores. Apesar de sua curta vigência, formalmente cumpriu o importante papel de alterar a compreensão das funções que deveriam ser desempenhadas por Estado de Direito: de uma posição primordialmente regulatória e, em tese, abstencionista, do Estado (de Direito) Liberal⁵⁹, para um Estado atuante que deveria promover e garantir políticas públicas para grande massa da população. Com essa mudança de paradigma há um reconhecimento da força normativa da Constituição, tornando os Direitos Fundamentais ali previstos como exigível do Estado pela população⁶⁰ (SILVA, 2021, p. 71).

⁵⁷ Também denominada República Velha ou República do Café com Leite em referência à alternância no poder executivo federal entre os nomes escolhidos por latifundiários dos estados de Minas Gerais e São Paulo, com apoio recíproco o que gerava uma perpetuação da concentração do poder. A dinâmica entrou em crise com a indicação e eleição do candidato de São Paulo, Júlio Prestes, em detrimento ao que era esperado como candidato da vez, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada e contrariando o movimento da oposição liderada por Getúlio Vargas (SILVA, 2021, p. 70).

⁵⁸ A revolução de 1930 é lida como o estopim de um acúmulo de insatisfações com a política do Café com Leite e as fraudes eleitorais envolvidas. O rio-grandense, Vargas assume antes da posse de Prestes, apoiado pela junta militar, líderes políticos dos estados que corriam por fora da dinâmica oligárquica e liberais desgostosos dessa política que pouco tinha de republicana e democrática.

⁵⁹ O Estado Liberal, o legalismo e, posteriormente, o constitucionalismo que os acompanha, se voltava essencialmente para a proteção da propriedade privada e manutenção da ordem, através da garantia de segurança e institucionalização da resolução de conflitos, sendo o elemento democrático bastante volátil no campo teórico. Sua grande relevância, expressa no constitucionalismo clássico, figura na contenção do exercício do Poder. Para mais informações sobre o tema, indica-se a leitura do Capítulo III, subitem 2 do livro “Contributo para uma Teoria do Estado de Direito” de Jorge Novais Reis (2006, p. 73-102).

⁶⁰ A ideia de um Estado (de Direito) Social e do constitucionalismo contemporâneo com o qual se intersecciona, em geral, remete a um governo necessariamente democrático e que assegura Direitos Fundamentais através de uma prestação ativa do Estado, para além do caráter hegemônico-burguês típico do Estado Liberal mencionado na nota anterior. Para mais informações sobre o Estado Social verificar Capítulo VI (REIS, 2006, p. 179-2018). Embora exista a inspiração e um notável empenho em estabelecer direitos sociais, o Brasil sempre esteve distante deste ideal, como é possível inferir pelos registros do próprio governo promulgou a Constituição de 1934.

Nesta Constituição, a proteção à Liberdade de Expressão se manteve, presente no inciso 9º, do artigo 113, no Capítulo II que tratava dos “Direitos e Garantias individuais”. Agora mais detalhada e passível de restrição em caso de difusão de mensagens de guerra ou derrubada violenta do governo, conforme se extrai:

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social (grifo nosso).

Durante este período a ideologia de “democracia racial”⁶¹ ganhou forças. Se propondo a superar a ideologia de hierarquização das raças com bases científicas, ainda bebia da mesma fonte colonialista e eurocêntrica. Sob essa teoria o Brasil se distinguia das outras nações, como os Estados Unidos, pela doutrina de convivência harmoniosa entre as raças. Além disso, atribuía-se um senso de vantagem na ideia de miscigenação⁶², com o fim de embranquecimento social para o desenvolvimento dos potenciais nacionais, portanto, mantendo a categorização hierarquizada das raças (NASCIMENTO, 2016, p. 47-48). Em suas palavras:

Devemos compreender “democracia racial” como significando a metáfora perfeita para designar o racismo estilo brasileiro: não tão óbvio como o racismo dos Estados Unidos e nem legalizado qual o apartheid da África do Sul, mas institucionalizado de forma eficaz nos níveis oficiais de governo, assim como difuso e profundamente penetrante no tecido social, psicológico, econômico, político e cultural da sociedade do país (NASCIMENTO, 2016, p. 111).

⁶¹ Conforme esclarece Nascimento, um dos principais representantes teóricos deste mito foi Gilberto Freyre. A ideologia mudava a perspectiva propagada de inferiorização declarada de raças distintas da europeia branca, que foi indispensável para a colonização e se fez presente para além dela, através da Colonialidade. A mistura do sangue passa a ser vista como necessária para a erradicação da “mancha negra” da história, porém, concedendo aos negros o “privilegio de se tornarem branco” (2016, p. 111).

⁶² A miscigenação foi alvo de estudos com pretensões científicas, em continuidade às publicações sobre a psicologia diferencial das raças. O jurista e sociólogo brasileiro, Oliveira Vianna é um dos grandes exemplos. Valendo-se dos estudos antropológicos de classificação das raças, Vianna propunha uma diferenciação mais detalhada do que a classificação europeia em grandes raças baseada na origem continental para que fosse possível compreender os efeitos concretos da miscigenação para a nação (branca). Atribuindo características relativas a cada subgrupo em que quase sempre características negativas eram aos descendentes de africanos não miscigenados. Para mais informações consultar o artigo de Jair de Souza Ramos, Ciência e racismo: uma leitura crítica de Raça e assimilação em Oliveira Vianna (2013).

É possível afirmar que a difusão da ideologia de democracia racial gerou uma mistificação dos conflitos raciais no Brasil que sobrevive até hoje. A institucionalidade, como símbolo de progresso ideológico e moral, elaborava normas que proibiam o tratamento desigual baseado na raça, portanto, em termos meramente formais, como o artigo 113, I, da Constituição de 1934. Simultaneamente, o “racismo de marca” ou “por denegação”, como denomina Lélia Gonzalez, operava. Essa sofisticação da ideologia racista produziu uma eficaz alienação da população – incluindo os grupos racializados, o que mascarava a discriminação (1988, p. 72-73).

Os ares revolucionários e democráticos, no entanto, logo deram lugar a uma nova forma de autoritarismo. Valendo-se do subterfúgio de uma “ameaça comunista” e influenciado pelas concepções fascistas europeias⁶³, Vargas suspendeu a Constituição de 1934 e outorgou, em 1937, as novas “Leis Constitucionais” ou “Constituição Polaca”, como ficou conhecida. Elaborada e lapidada por teóricos com inspirações eugenistas, como Francisco Campos, a nova Constituição se justificava para evitar uma “iminente guerra civil” como consta no Preâmbulo.

O retrocesso em termos políticos resultantes da nova Ordem Constitucional inaugurada em 1937 foi bastante visível, embora, seja necessário ponderar os avanços na seara dos direitos trabalhistas que culminou na aprovação da Consolidação das Leis Trabalhistas (1945) vigente até os dias de hoje (SILVA, 2021, p. 72). O Estado Novo representou, porém, uma experiência ditatorial reduzindo a autonomia das unidades federativas e centralizando as decisões do Executivo na figura do presidente. Previa também um Legislativo fraco em termos democráticos, em razão da participação de um “Conselho de Estado” composto por representantes dos estados e dez membros nomeados pelo presidente, conforme previsto no art. 38 combinado com o artigo 50 da Constituição de 1937.

Contudo, nem mesmo esse Parlamento que feria o conceito de separação de poderes foi efetivado, pois não foram realizadas eleições durante esse período, conhecido como Estado Novo. Para governar os Estados, Vargas nomeou “Interventores” de sua preferência. Como é de praxe nas ditaduras, o direito à “manifestação do pensamento”, previsto no art. 122, inciso 15, foi solapado em comparação com as previsões em Constituições anteriores.

⁶³ Tais como homogeneização do povo, hierarquização racial, com a raça branca (ou ariana) como superior, culto à pessoa do líder, antiliberalismo e anticomunismo. Características bastante presente nas obras de ideólogos do Estado Novo e do projeto de nação assumido por Vargas, tais como Oliveira Vianna (vide “Raça e Assimilação” de 1932) e Francisco Campos (vide “O Estado Nacional” de 1940).

As alíneas do inciso 15, previam uma série de limitações à liberdade de imprensa, artísticas e manifestações públicas. Entre as medidas de garantia deste controle por parte do Governo Central esteve a criação do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), sediado no Rio de Janeiro, com o objetivo de filtrar o conteúdo dissidente ao governo e favorecer as propagandas benéficas ao presidente.

A ideia de censura aqui trabalhada pode ser sintetizada como “recurso político de monitoramento e interdição da produção simbólica” essencialmente crítico ao governo em um regime autoritário (COSTA, 2015, p. 2). Governos anteriores praticavam diversas formas de censura, mas no Estado Novo esse controle foi formalizado e expandido, uma importação da censura praticada por regimes autoritários na Europa, como o Estado Novo Salazarista (1933-1974), em Portugal. A atividade de “censor” era exercida por três pessoas com o poder de decidir se o conteúdo poderia ou não ser divulgado, como peças de teatro e matérias jornalísticas, em geral, eram pessoas indicadas e que obtinham privilégios por exercer esse cargo (COSTA, 2015, p. 12-13).

O Estado Novo encontrou seu fim em 1945, mas a censura prévia contra críticas ao governo continuaria a fazer parte da realidade brasileira. A Constituição de 1946 também não foi longa, mas sua promulgação representou um breve respiro, retornando à organização política anterior à ditadura varguista. A constituinte teve traços mais diversos que as anteriores, como a participação do Partido Comunista. A Convenção Nacional do Negro, organizada por Abdias do Nascimento, também levou as demandas deste grupo para a Assembleia (PIRES, 2009, p. 103-104).

É notável, igualmente, a expansão da declaração de direitos individuais e sociais. Entre as inovações positivas que mais se destacam está a previsão de promoção do ensino primário fundamental gratuito e universal encontrada nos artigos 166 e seguintes. Por outro lado, a exclusão dos analfabetos do registro eleitoral permaneceu, sendo estes majoritariamente negros e brancos pobres.

No que concerne à Liberdade de Expressão, o art. 141, §5º novamente impedia a censura prévia do poder público para manifestações e publicação de livros e periódicos. Manteve-se, entretanto, a possibilidade de censura prévia para as atividades artísticas,

denominadas “diversões públicas”⁶⁴, a vedação ao anonimato e a possibilidade de responsabilização posterior por abusos. Mas inovou ao trazer a proibição constitucional à difusão de preconceito raciais ou de classe⁶⁵.

Durante este período foi editada a “Lei Afonso Arinos”, Lei nº 1.390/1951, primeira lei contra discriminação racial, qualificando as condutas previstas como contravenção penal. A norma teve um caráter simbólico, algo importante para época em que um ideal de país racialmente hegemônico era almejado e propagado, mas existem diversas interpretações acerca da conjuntura que propiciou a aprovação da referida lei e outras tantas sobre o responsável por sua edição e aprovação.

Parte dos estudiosos entendem que ela fundamental para a mudança de mentalidades e atitudes abertamente racistas no país. Ao menos, essa foi a compreensão de seu proponente⁶⁶. Na época, o legislativo gozava de certo prestígio, os Movimentos Negros ganhavam força e os acadêmicos tentavam desconstruíam o mito da ideologia racial. Os cientistas políticos Monica Grin e Marcos Maio, elencam dois propósitos para a edição de uma norma contra o racismo: uma intenção de desmobilização da luta do Movimento Negro e a retirada da tensão gerada pelo tema da figura de Getúlio Vargas (GRIN e MAIO, 2013, p. 39-41).

Por outro lado, aqueles que lutavam por uma igualdade material viam a lei com certo ceticismo. Muitos ressaltavam esse papel de reconhecer a existência do racismo na sociedade brasileira, contudo, suspeitavam de sua efetividade. Para Nascimento, a mudança na prática foi que tiraram a cor e colocaram no lugar um requisito que de forma implícita excluísse pessoas negras. Cita o exemplo de anúncios de empregos: se, antes da Lei, a publicidade exibia uma advertência explícita de que não aceitavam pessoas de cor, após a Lei de 1951, o anúncio

⁶⁴ De acordo com Costa (2015, p. 14), à censura prévia às Diversões Públicas incidia sobre “teatro, programas de rádio, cinema e jogos de azar, assim como shows de variedades e strip-teases”.

⁶⁵ Texto integral do artigo 141 da Constituição de 1946: § 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. **Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe** (grifos nossos).

⁶⁶ De acordo com os historiadores Grin e Maio 2013, p. 33), Afonso Arinos de Melo Franco foi uma figura controversa, conhecida pelo seu antissemitismo na década de 1930. "Considerado por Guerreiro Ramos um racista e por Florestan Fernandes um conservador, Afonso Arinos surpreendeu a intelligentsia com sua lei antirracista, embora se tenha visto que a trajetória da lei não era apenas obra do acaso, da contingência, mas sim a resposta a uma atmosfera racista já denunciada na Constituinte de 1946" (2013, p. 45).

apenas mudou para informar que procuravam por “pessoas de boa aparência”; um eufemismo para “branco” (2016, p. 96).

Outros exemplos poderiam ser enumerados sobre a falta de exequibilidade da norma. O instrumento legal não foi criado almejando a efetiva coibição do racismo enquanto ideologia ou das práticas racistas cotidianas. Arinos sequer considerava que o racismo atravessa de forma incisiva a sociedade brasileira. Na verdade, a finalidade da lei era ética, voltada para uma mudança de consciência com o objetivo preventivo de evitar que a sociedade brasileira se orientasse pelo racismo e pelo conflito entre raças, o que não seria algo “típico” do Brasil, mas importado (GRIN e MAIO, 2013, 44-45).

Como produto político, derivava das discussões constituintes, mas como mecanismo jurídico, não foi aprovada como uma regulação do Art. 141, parágrafo 5º da Constituição de 1946. Faltava à Lei o caráter coercitivo da lei criminal, pois, na prática, quase não existia condenação. Segundo o historiador Jerry Dávila, apenas vinte e três processos judiciais foram identificados como discriminatórios, dos quais dois não foram tipificados com base na lei em questão e como desacato. Do total apenas sete resultaram em condenação (2017, p. 173).

A distância do Brasil de um cenário efetivamente plural aumentou na década de sessenta, quando o país enfrentou um novo golpe não só apoiado, mas liderado por militares⁶⁷. Valendo-se de subterfúgios, tais como a necessidade de se combater a corrupção e uma suposta ameaça de derrubada violenta do governo por organizações comunistas, as forças armadas, empresários e parte da população civil retirou o depôs o presidente, João Goulart (1919-1976)⁶⁸, democraticamente eleito em abril de 1964, assumindo uma junta militar.

Buscando efetivar seus interesses, os militares editaram Atos Institucionais e Atos Complementares que na prática estavam acima das outras normas, inclusive da Constituição de

⁶⁷ Há certa discussão no campo das ciências humanas e sociais sobre o termo correto para fazer referência ao regime vigente autoritário de 1964 a 1985, alguns autores orientam que o termo correto seria ditadura “empresarial-civil-militar” em razão da participação desses setores, outros afirmam que seria redundante (SILVA, 2021, p. 73). Adota-se os termos como “ditadura militar” ou “regime militar” para simplificar a exposição e evitar repetições, sem prejuízo do debate existente.

⁶⁸ João Goulart, foi eleito como vice, mas assumiu o cargo de presidente após a controversa renúncia de Jânio Quadros. Era considerado um político de esquerda pelos conservadores e liberais mais extremistas, mesmo que adotasse uma fala mais conciliatória, o momento foi marcado por grande instabilidade política. Em março de 1964, “Jango”, como era conhecido, anunciou um conjunto de reformas em favor das massas populares e da independência financeira do país, como uma reforma eleitoral para garantir o voto dos analfabetos e um projeto de reforma agrária (SANTANA, 2019, p. 284). A essas e outras medidas, assim como ao contexto internacional e à abertura política do período anterior, atribui-se golpe de 1964.

1946. Os primeiros Atos tinham por objetivo formalizar a tomada do Poder e iniciar um Estado policialesco que permitia a suspensão de Direitos Fundamentais em prol de uma ideia distorcida de “Segurança Nacional”. Normas eleitorais foram suspensas, além da cassação de mandatos políticos e retirada da estabilidade e vitaliciedade de servidores públicos. Já no primeiro dos atos (art. 10) excluía-se a possibilidade de apreciação judicial de legalidade e constitucionalidade desses e outros atos do executivo (SILVA, 2021, p. 73).

Em 1967 uma nova Constituição foi aprovada, elaborada pelo principal idealizador da Constituição polaca, Francisco Campos. Conservou-se o véu democrático através da previsão de Separação de Poderes e Declaração de Direitos dos cidadãos, porém, como ressalta Virgílio Afonso da Silva, a norma seu texto trazia brechas para afastar os direitos e garantias previstos como conviesse ao executivo (SILVA, 2021, p. 74). Isso pode ser notado, por exemplo, na limitação à liberdade de expressão em caso de “subversão da ordem”, conforme previsto no §8º de seu artigo 150.

No mesmo ano foi editada a Lei nº 5250/1967, que regulava a “liberdade de manifestação do pensamento e informação”, especialmente voltada para o controle dos veículos de imprensa. Legislações de regulação da Imprensa/Mídia já não eram novidade, nem mesmo o teor de controle contra críticas ao governo, mas a atuação da Administração Pública se fez ainda mais incisiva durante o regime militar. A ênfase deste controle se dava em duas searas principais, que muitas vezes se sobrepunham. Primeiramente, para questões políticas, em casos de “propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe” (art. 1º e §1º), passíveis de suspensão e apreensão das publicações de jornais e periódicos, bem como de detenção e prisão de jornalistas. Outrossim, o controle também poderia ocorrer em caso de ofensas à “moral e bons costumes” (art. 2º), frequentemente relativo às questões de nudez, erotismo e pornografia, critérios altamente subjetivos.

Fundamentando-se juridicamente nessa e outras previsões, diversas peças, músicas e álbuns, filmes, livros, jornais e revistas foram censurados, tal qual reuniões de pessoas contrárias ao regime, incluindo estudantes e professores, trabalhadores, políticos e militantes, organizadas ou não e independentemente de sua adesão à luta armada. A intensificação da repressão nesses “anos de chumbo” proibiu inúmeras obras artísticas por questões morais ou dissidência política, levando muitos dos artistas nacionais à prisão ou ao exílio (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 568-569).

No final do ano seguinte, em 13 dezembro de 1968, foi editado o Ato Institucional nº 5, o mais conhecido e um dos mais perniciosos que escancarava o regime ditatorial, o qual permitia ao presidente fechar o Legislativo federal, estadual e municipal (art. 2º e seus parágrafos)⁶⁹, intervir nos estados quando houvesse “interesse nacional”, “sem as limitações do previstas na Constituição” (art. 3º). O ato também autorizava suspensão dos Direitos e Garantias Fundamentais⁷⁰, como o habeas corpus em caso de crime político (art. 10) e o já enfraquecido à direito Liberdade de Manifestação e Reunião. Conforme se extrai integralmente:

Art. 4º (caput)- No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: (Vide Ato Institucional nº 6, de 1969)

I - Cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;

II - Suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;

III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;

IV - Aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:

a) liberdade vigiada;

b) proibição de freqüentar determinados lugares;

c) domicílio determinado,

§ 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

No ano de 1969 foi outorgada a Emenda Constitucional nº 1 pela junta militar que deixava o poder, com tendências ainda mais centralizadoras e autoritárias. Muitos publicistas consideram-na como uma nova Constituição de fato ou uma extensão do Poder Constituinte da Constituição de 1967. De toda forma, em geral, este diploma é lido como Emenda, como ressalta Paulo Bonavides, um exercício do poder constituinte derivado de reforma de cunho limitado e parcial (1991, p. 444).

Adota-se neste trabalho o entendimento de que se trata formalmente de uma Emenda, dado o seu caráter modificador dos dispositivos constitucionais a Constituição de 1967. Na prática, porém, trata-se de uma Constituição de fato, por organizar política e

⁶⁹ Integralmente: O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

⁷⁰ Primordialmente voltado para o Direitos Políticos, mas suscetível de ser expandido para a outros dispositivos.

juridicamente o Estado, formalmente limitar a atuação do Estado e trazer um rol de Direitos Fundamentais, ainda que sob um viés despótico (2021, p. 31-32).

No mesmo ano ocorreu a criação da Operação Bandeirante (Oban), com o intuito de coletar informações, interrogar pessoas e operações de combate. Órgão que serviu de molde para a instituição do Centro de Operações de Defesa Interna (Codi) e do Destacamento de Operações de Informações (DOI) e no ano seguinte. Organismo que funcionavam em conjunto, como planejador e executor, liderados pelo Ministro do Exército. A partir de então se tornou cotidiano os casos torturas nos quartéis gerais⁷¹ e “desaparecimentos forçado” que encobria homicídios de prisioneiros da ditadura⁷². Os alvos deixaram de ser “apenas” os partidos de esquerda e opositores diretos, para englobar estudantes que protestavam contra o recrudescimento e as práticas do regime ditatorial (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 563-564).

Trata-se da ampliação da repressão política, sob a égide da Doutrina de Segurança Nacional. Importada dos Estados Unidos, que vivenciava a Guerra Fria contra a União Soviética (socialista/comunista), essa doutrina representava um conflito essencialmente ideológico no âmbito interno e externo à nação (CARVALHO, 2014, p. 81-82). Tal norte à atuação do governo e dos próprios civis aparece em diversos dispositivos legais da época, assim como nas próprias Leis de Segurança Nacional (LSN): Decreto-Lei 898 de 1969, revogada pela Lei nº 6.620/1978 que atenuou as penas, que por sua vez deu lugar à Lei nº 7.170/1983⁷³, com viés menos autoritário que as demais, mas ainda abstrata e ampla.

Esta última com vigência formal até o ano de 2021, quando foi revogada, após décadas de aplicação cerceando a Liberdade de Expressão política, especialmente daqueles que criticavam o governo. Cumprindo os objetivos de parte da LSN, foi acrescentado o Título XII

⁷¹ “Ao se converter em política de Estado, entre 1964 e 1978, a tortura elevou o torturador à condição de intocável e transbordou para a sociedade. Para a tortura funcionar, é preciso que existam juízes que reconheçam como legais e verossímeis processos absurdos, confissões renegadas, laudos periciais mentirosos. Também é preciso encontrar, em hospitais, gente disposta a fraudar autópsias e autos de corpo de delito e a receber presos marcados pela violência física. É preciso, ainda, descobrir empresários prontos a fornecer dotações extraorçamentárias para que a máquina de repressão política funcione com maior eficácia” (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 563).

⁷² Quanto às “máquinas de tortura” (Oban e Doi-Codi) A primeira, a partir de 1969, nos casos de desaparecimentos forçados praticados, na maior parte das vezes, para encobrir homicídios de prisioneiros ou provocar incerteza na oposição sobre o destino do desaparecido. A segunda, iniciada em 1970, na instalação de centros clandestinos que serviram para executar os procedimentos de desaparecimento de corpos de opositores mortos sob a guarda do Estado, como retirada de digitais e de arcadas dentárias, esquartejamento e queima de corpos em fogueiras de pneus. A terceira, desde 1964, no uso sistemático da tortura como técnica de interrogatório.

⁷³ Revogada com o intuito de proteger os discursos políticos dissidentes, inclusive aqueles que pregam a derrubada violenta ou por processos ilegais da ordem política e social. Atualmente, a proteção dos interesses nacionais como a soberania estão disciplinados no Código Penal.

no Código Penal Brasileiro que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, tais como a Soberania Nacional frente a governos estrangeiros ou em franco prejuízo à nação e crimes contra as instituições democráticas em exercício. Além disso, o novo título, incluído pela Lei nº 14.197 de 2021 (vigente), prevê uma proteção importante contra o a censura política prévia, ou seja, a reafirmação do direito de crítica e oposição ao governo indispensável a qualquer governo que se pretenda democrático.

Art. 359-T. Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais (grifo nosso).

Apesar da repressão intensa e violenta, os grupos dissidentes não foram completamente silenciados. Ao contrário, para além da luta armada, reuniões clandestinas para discutir ações de retomada democrática, manifestações públicas e expressões artísticas críticas continuavam acontecendo. Uma conjunção de fatores marca a decadência do regime, mas alguns eventos em específicos são bastante significativos.

A título de exemplo tem-se os casos de tortura e assassinato, como a do estudante Alexandre Vannucchi Leme, líder estudantil aluno da USP., preso pela Oban em 1973, por integrar o grupo clandestino Ação Nacional Libertadora⁷⁴. Sua morte gerou grande comoção de estudantes uma missa marcante também em referência a outro estudante, o secundarista Edson Luís, morto cinco anos antes pela tropa da PM⁷⁵. Em 1973 os ares começam a mudar, após a morte do jornalista da TV cultura, Vladimir Herzog, forjada como suicídio o que desencadeou uma série de manifestações de jornalistas, líderes religiosos, artistas e intelectuais (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 578).

⁷⁴ Organização de esquerda (de vertente comunista) criado em 1968 com propostas revolucionária e atuação em diversas frentes, desde disseminação de propagandas políticas críticas à Ditadura militar até ações de enfrentamento armado (guerrilha). Entre seus integrantes mais conhecidos está Carlos Marighela.

⁷⁵ Edson Luís de Lima Souto foi baleado durante uma manifestação contra o aumento do preço da comida no restaurante universitário Calabouço. A polícia teria entendido que os estudantes atacariam a embaixada americana e invadiu o restaurante com violência. Sua morte gerou uma manifestação pública em sua missa de sétimo dia, na Igreja da Candelária que foi cercada por fuzileiros que investiram contra padres, estudantes e jornalistas. Várias manifestações se seguiram, até a reunião de mais de 100 mil pessoas na Cinelândia no Rio de Janeiro, acompanhada de perto pela polícia, reunindo estudantes, políticos, professores, jornalistas, artistas e outros setores de trabalhadores exigindo o fim da ditadura e outras demandas relacionadas (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 564).

Movimentos grevistas e estudantes e sindicalistas também se tornaram frequentes. Essas reações contra a violência e a censura extrema e recorrente da ditadura, fortaleceu o discurso oposicionista slogan: “Pelos liberdades democráticas” (SCHWARCZ e STARLING, 2015, p. 578-580). Além disso, as organizações partidárias também difundiram seus ideais contrários ao autoritarismo e ganharam adeptos, a pressão internacional também ajudou impulsionar o processo. A abertura política se fez inevitável, porém gradual. Passando pela anistia dos crimes políticos cometidos entre os anos 1961-1979 pela Lei nº 6.683/1979, o que muito favoreceu os militares, manifestações públicas por eleições diretas e, principalmente a necessidade de uma nova Constituinte (1987-1988).

Diversos setores e grupos organizados levaram suas reivindicações à Assembleia Constituinte, entre eles, Movimentos Negros, como o Movimento Negro Unificado, que a criminalização do racismo em suas mais diversas formas de expressão. A intenção era trazer as questões raciais para o âmbito público e coletivo, para não mais ser tratado no âmbito privado. Do total de 599 deputados somente cerca de onze deles eram negros, cerca de 2% dos constituintes (SARMENTO, *apud* PIRES, 2009, p. 108). Apesar disso, o resultado das articulações resultou na previsão do racismo como crime inafiançável e imprescritível. O tema recebeu tratamento específico na Lei 7.716/89, que se propunha a ser mais efetiva do que a Lei Afonso Arinos, proibindo não somente condutas, mas discursos racistas e sendo dotada de coerção.

Entre as outras demandas presentes durante a elaboração do novo texto constitucionais, figurava o estabelecimento de Direitos e Garantias das Liberdades Individuais e Direitos Políticos sem qualquer possibilidade de restrição pelo Estado. A ênfase recaía especialmente sobre a Liberdade de Expressão, Reunião e Locomoção, abolindo a censura prévia da imprensa (jornais, rádio e tv), academia e expressões artísticas. Além de uma previsão detalhada dos direitos sociais a serem promovidos pelo Poder Público.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz parte de uma leva de constituições do movimento neoconstitucionalista que engloba teorias e entendimentos diversos que por vezes se sobrepõem e, em alguns casos, se antagonizam. Apesar de certa disputa conceitual, há alguns entendimentos comuns. O prefixo do termo “Neoconstitucionalismo” impõe boa parte do sentido básico deste movimento de renovação constitucional.

O “constitucionalismo moderno”, exemplificado pela Constituição americana (1787) e pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em sua gênese propõe uma limitação do Poder absolutista⁷⁶, adaptando-se a era moderna, especialmente ao desenvolvimento do Capitalismo⁷⁷. Desse modo, contribui para o reconhecimento da legitimidade de um regime político e dando ordem e coesão ao Estado de Direito com a edição de normas formalmente superiores às demais, como compreendia a teoria Kelseniana (MÖLLER, 2011, p. 23-24).

O neoconstitucionalismo possui uma proposta ainda mais ambiciosa. Não rompe com o “constitucionalismo moderno”, mantém a ideia de organização do Estado Nação e limita o exercício. Também parte da ideia básica de que tal regra é superior a quem exerce o poder e às outras normas jurídicas⁷⁸, além de obrigatoriamente vincular todo o ordenamento e os cidadãos⁷⁹, justamente por possuir esse caráter especial de tratar de temas sensíveis e caros para a sociedade. Por essa razão as Constituições tendem a serem rígidas, ou seja, de modificação dificultada, justamente visando manter a coesão e segurança jurídica atribuída pelo Poder Constituinte originário⁸⁰.

Unindo os “avanços” da Teoria e Filosofia do Direito, com as novas concepções do papel do Estado e a importância da participação popular nos processos decisórios da sociedade, respeitando-se as minorias vulneráveis, o neoconstitucionalismo, aos poucos tomou uma face própria. Não rompeu com o constitucionalismo clássico, mas demonstra-se como uma variação e, na visão deste trabalho, uma evolução da organização política e jurídica inicial. O

⁷⁶ Trata-se de uma simplificação. Boa parte dos autores entendem que a Inglaterra não vivenciou um absolutismo monárquico em razão da existência da Magna Carta desde 1215, um documento precursor das Declarações de Direitos, que limitava o poder do rei sobre a nobreza (NETO e SARMENTO, 2012, p. 60-61).

⁷⁷ Nas palavras de Neto e Sarmiento “[...] a burguesia emergente pretendia proteger a liberdade, a propriedade e os contratos também do eventual arbítrio dos governantes. Emerge a noção de que também os governantes deveriam se submeter a ordenamentos jurídicos providos de estabilidade e racionalidade. Daí a plena convergência entre os interesses da classe econômica ascendente — a burguesia — e o ideário do constitucionalismo, de contenção do poder estatal em favor da liberdade individual” (2012, p. 58).

⁷⁸ Supremacia da Constituição.

⁷⁹ A legitimidade “Força Vinculante” e sua sobreposição formal e material se justifica na titularidade do Poder Constituinte, na visão contemporânea presume-se a participação do povo de um dado Estado, seja de forma direta pelos nacionais, ou indiretamente, por representantes eleitos pelos cidadãos. A propostas devem estabelecer e organizar normas que irão gerir a sociedade não só no presente como no futuro. Na prática, entretanto, esse requisito é frequentemente mitigado, muitas vezes apenas possuindo um verniz popular (SILVA, 2021, p. 47-48). Como apontado, essa foi uma das características ausente nas várias experiências brasileiras, especialmente a Constituinte que estabeleceu a Constituição de 1967.

⁸⁰ Como demonstrado no tópico voltado ao desenvolvimento jurídico americano, é aquele que cria a Constituição e inaugura através dela inaugura a Ordem Jurídica. Em tese é ilimitado, por não poder ser restringido pelo ato que o convoca, mas limitado por vários fatores práticos a como a continuidade do aparato estatal, pela participação popular, valores culturais e influências do poderio econômico (SILVA, 2021, p. 46-47).

neoconstitucionalismo se firmou pelo privilégio que ocupam os Direitos Humanos Fundamentais no para o Constitucionalismo e para o Direito Constitucional positivo (MÖLLER, 2011, p. 23-24).

Com a Constituição vigente, o Brasil aderiu a um compromisso que se pretende materialmente efetivo quanto à concretização desses Direitos Humanos essenciais. A liberdade de expressão recebeu atenção privilegiada na nova Ordem Constitucional, em razão deste histórico de arbítrios. Com pela perspectiva neoconstitucionalista e os novos padrões de democracia, este direito deixa de se referir apenas a um direito de crítica ao governo, para cumprir um papel político fundamental de participação popular nas questões de interesse público. Ou seja, além do Estado estar obrigado a se abster de censurar a dissidência, também passa a ter a obrigação de garantir que todos – incluindo grupos vulneráveis - possam participar do debate público. Este apreço ser o maior desafio atual em termos de Liberdade de Expressão.

2.3. Considerações parciais

Essa contextualização histórico-jurídica nos permite considerar alguns problemas e pontos de contato. A começar pelo fato de a Constituição americana ser a mesma desde 1787-1791, contando com vinte e sete Emendas e inúmeras decisões paradigmáticas da Suprema Corte para sua atualização. Enquanto o Brasil contou com sete (ou oito, a depender da perspectiva) - a atual contando com 125 Emendas, até o momento. Constituições que significaram uma efetiva reestruturação da Ordem anterior, quando não um rompimento por completo. São momentos distintos de constitucionalismo e concepções diferentes de Poder Constituinte. Essa é uma das dificuldades que o exercício do direito comparado impõe, tratar de temas semelhantes em Estados com realidades políticas, sociais, econômicas e culturais distintas.

As tradições jurídicas também possuem origens diferentes. Por conseguinte, formas distintas de controle de constitucionalidade são aplicadas. Nos Estados Unidos, o paradigma *Marbury v. Madison* atribuiu à Suprema Corte a competência de realizar o exame de compatibilidade de normas e atos administrativos pela própria inferência de questões-chaves do constitucionalismo, como a Supremacia da Constituição. Assim, o Direito americano foi responsável pelo desenvolvimento de um controle difuso de constitucionalidade (*judicial*

review) que ocorre a partir de casos concretos e chegam à Corte em sede recursal, uma vez que esta integra o Poder Judiciário, e conforma a aplicação jurídica com os mandamentos constitucionais ao mesmo tempo que resolve um dilema prático.

O Brasil importa não só sua organização política americana, observadas as questões locais, como também o controle o modelo de *judicial review*. Dessa forma, o Brasil assume um modelo misto de controle de constitucionalidade. Soma-se ao controle difuso, o modelo europeu, com influência especialmente dos modelos austríaco e franceses, de exame de compatibilidade com a Constituição, para quem o Tribunal Constitucional tem a função precípua de controlar a constitucionalidade das normas vigentes a partir de demandas abstratas, sem um conflito jurídico concreto. De toda forma, a última palavra sobre a constitucionalidade de uma norma ou ato no Brasil também cabe ao Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de recurso, quanto em um controle concentrado e abstrato realizado pela Corte. Há ainda a mesclagem dos efeitos da decisão, de anulação completa da norma desde sua origem, tal qual o modelo americano, ou de declaração de sua ineficácia e suspensão seus efeitos para casos futuros.

Em termos de processo sociais, apesar diferenciações destacadas, é possível notar que as duas nações possuem expressões da ideologia de dominação racial advinda do período colonial. De acordo com a classificação sugerida pelo sociólogo brasileiro Oracy Nogueira, entre o preconceito racial de origem, presente nos Estados Unidos segregado, e o racismo de marca, experienciado no Brasil em que vigia a “democracia racial”, figuram as principais particularidades⁸¹:

- Quanto ao modo de atuar: Nos EUA, o preconceito racial atua por meio de uma "exclusão incondicional" em relação a situações ou recursos pelos quais venham a competir com os membros do grupo discriminador. Já no Brasil, onde o preconceito é de marca, há uma preterição (2006, p. 293);
- Quanto à definição de membro do grupo discriminador e do grupo discriminado: No Brasil, o critério é o fenótipo ou a aparência racial; nos EUA, o critério é a ascendência (2006, p. 293).
- Quanto à carga afetiva: Nos EUA, onde é de origem, tende a ser mais “emocional e mais integral”, quanto “à atribuição de inferioridade ou de traços indesejáveis aos

⁸¹ A distinção de Oracy utiliza tipos ideais, “puros”, mas devem ser interpretadas como uma tendência não como algo fixo, como alerta o próprio autor (NOGUEIRA, 2006, p. 292).

membros do grupo discriminado”. No Brasil, o preconceito "tende a ser mais intelectual e estético", por isso, "a intensidade do preconceito varia em proporção direta aos traços negroides" (2006, p. 295-296);

- Quanto ao efeito sobre as relações interpessoais: Nos EUA, relações entre indivíduos do grupo discriminado e discriminador são restringidas por tabus e sanções negativas. Por sua vez, no Brasil, "as relações pessoais, de amizade e admiração cruzam facilmente as fronteiras de marca (ou cor)", por essa razão é fácil encontrar pessoas que tenham preconceitos contra negros e ao mesmo tempo sejam amigos íntimos ou admiradores de pessoas negras específicas (2006, p. 297);

- Quanto à ideologia: Nos EUA, por seu preconceito de origem, a ideologia é altamente segregacionista; No Brasil, "onde o preconceito é de marca, a ideologia é, ao mesmo tempo, assimilacionista e miscigenacionista", com uma "expectativa geral de que o negro e o índio desapareçam, como tipos raciais" (2006, p. 297-298);

- Quanto ao efeito sobre o grupo discriminado: No Brasil, "a consciência da discriminação tende a ser intermitente", asseverando nos momentos de conflito e humilhação. Nos EUA, "a consciência da própria identificação racial" tende a ser permanente (p. 300).

- Quanto à estrutura social: nos EUA, "o grupo discriminador e o discriminado permanecem rigidamente separados um do outro, em status, como se fossem duas sociedades paralelas, em simbiose, porém irredutíveis uma à outra", já no Brasil, "a probabilidade de ascensão social está na razão inversa da intensidade das marcas de que o indivíduo é portador, ficando o preconceito de raça disfarçado sob o de classe, com o qual tende a coincidir" (2006, p. 303);

- Quanto ao tipo de movimento político a que inspira: nos EUA, "o grupo discriminado atua como uma 'minorias nacional' coesa, por isso, "mais propensa à ação conjugada". No Brasil, "a luta do grupo discriminado tende a se confundir com a luta de classes" (p. 303).

- Quanto ao tipo de movimento político a que inspira: nos EUA, "o grupo discriminado atua como uma 'minorias nacional' coesa, por isso, "mais propensa à ação conjugada". No Brasil, "a luta do grupo discriminado tende a se confundir com a luta de classes" (p. 303).

Essa separação ideal purista não retrata, entretanto, a realidade de forma compartimentada. São inúmeros os casos de discriminação efetiva com base na raça no Brasil,

assim como o racismo disfarçado se faz presente estrutural e institucionalmente nos Estados Unidos. As diferenças e transformações nas relações raciais chanceladas pelo Estado não modificam substancialmente a posição cultural que esses indivíduos ocupam, mesmo que se afirme a igualdade perante a lei. Os projetos segregacionista e de democracia racial se mostram como duas facetas relativamente distintas do mesmo problema: o racismo.

É comum que se ignore ou minimize a conjunção desses elementos concretos ao fazer uma análise jurídica. Este trabalho procura ir em sentido oposto. A pretensão é compreender o Direito Constitucional como parte das relações sociais que se estabelecem sob influência ideológica da hierarquização racial. Em ambas as tradições jurídicas, o Poder Constituinte foi exercido de forma quase exclusiva por pessoas brancas e essa exclusão se estende ao Poder Judiciário até a atualidade. Com as informações levantadas neste capítulo, que refletem problemas de legitimidade, autoritarismos e ideologias dominantes, é possível (re)pensar o embate em Liberdade de Expressão e discursos de ódio a partir de paradigmas costumeiramente ignorados pelo campo jurídico.

3. O DEBATE JURÍDICO TRADICIONAL SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*“Our freedom of speech is freedom or death
We got to fight the powers that be
Lemme hear you say
Fight the power”*

(“Fight The Power”, album “Do The Right Thing”, Public Enemy, 1989)

O conceito de Liberdade de Expressão é alvo de disputas em diversas searas, da filosofia ao direito ao direito penal. Divergência sobre sua abrangência é algo comum e este trabalho não tem por escopo apresentar uma resposta definitiva com base nessas teorias. A pretensão que aqui se apresenta é de expandir o âmbito de discussão jurídica sobre o assunto por uma perspectiva crítica.

Para tanto, se faz necessário um estudo detalhado de seu objeto. Por essa razão, antes de aprofundar nas contribuições de pensadores negros para este debate é necessário compreender de forma específica o significado do termo. Para fins didáticos e mantendo a adesão deste trabalho à sua grande área de pesquisa que é o Direito Constitucional, opta-se por estabelecer a concepção jurídica deste princípio.

Em atenção à metodologia proposta, partimos dos conceitos extraídos das Constituições americana (1787-1791) e brasileira (1988) e a interpretação de seus dispositivos por suas respectivas Cortes Constitucionais. Não que as decisões prevalentes nessas jurisdições sejam idênticas ao debate jurídico ou mesmo que o debate jurídico em torno do tema se dê sob as mesmas premissas. A interpretação jurídica para além dos tribunais também abarca a doutrina e a academia, sobretudo no Brasil, além dos costumes sociais que possuem sua relação direta com o histórico de cada sociedade.

No entanto, em busca de manter filiação à proposta de dar vazão outras epistemologias que não as tradicionalmente empregadas na análise do tema, opta-se por trabalhar a perspectiva jurídica preferencialmente por meio das decisões judiciais. O caráter mais conteudista visa delimitar os principais critérios de interpretação do direito à Liberdade de Expressão nos casos que se aproximam da temática dos discursos de ódio. Os argumentos aqui presentes geralmente são apresentados como atinentes à teoria liberal, por sua relação direta com as bases do Estado Liberal e do constitucionalismo moderno. Porém, diante de

contrapontos e decisões mais restritivas e até da adoção de medidas mais protetivas aos grupos vulneráveis, este campo de estudo será aqui denominado “Teoria Tradicional”.

3.1. A construção da Liberdade de Expressão pela Suprema Corte americana

A proteção ao direito à Liberdade de Expressão cunhado na Primeira Emenda da Constituição americana, no que se convencionou sua Declaração de Direitos (Dez Primeiras Emendas), representou uma segurança jurídica para os cidadãos americanos contra eventuais arbítrios advindos do Legislativo. Tanto em suas bases de formação do Estado constitucional, conforme demonstrado no capítulo anterior, como nas primeiras decisões da Suprema Corte, este direito sempre esteve diretamente ligado à liberdade de liberdade de discurso e de imprensa e, em situações específicas, à liberdade religiosa, e não aos discursos extremistas e virulentos.

Apesar do forte sentimento de liberdade de expor e disseminar ideias partilhado pelos estadunidenses desde a sua luta pela Independência, e da aparente solidez do instituto jurídico da Liberdade de Expressão sedimentado na Primeira Emenda, as decisões da Corte nem sempre foram no mesmo sentido. Contrariando o senso comum sobre o direito americano no Brasil, em diversos momentos a Suprema Corte pronunciou decisões bastante limitadoras da esfera deste direito e até contraditórias com base em padrões ou requisitos que desenvolveu em julgamentos mais liberais, especialmente no que diz respeito aos discursos políticos dissidentes de esquerda⁸².

Anthony Lewis (1927-2013), jornalista jurídico americano, explicitou essa característica de proteção dos cidadãos contra o Estado em seu livro “Freedom for the Thought That We Hate” de 2007, que logo se tornou um clássico sobre o tema. Lewis ressalta que a Inglaterra da Era Moderna foi bastante restritiva com o discurso de seu povo e exigente quanto ao respeito ao governo. Tornou-se comum a edição de normas como a Ordenação de Licença

⁸² Por esquerda aqui me refiro à parte da dicotomia estudada por Bobbio, “Direita-Esquerda”, uma de tantas díades antitéticas “reciprocamente excludentes” comuns no pensamento europeu moderno e contemporâneo. Em geral a ideia de “direita” seria relativa ao apego aos valores de liberdade, enquanto a “esquerda” pugnaria por maior igualdade social, por certo que ambas possuem às duas noções trabalhadas em seus próprios termos e Bobbio complexifica este debate valendo-se das noções de democracia e extremismos. De toda forma, o discurso político de esquerda abrangeria a crítica ao Capitalismo e conceitos atrelados (liberalismo), contendo o espectro da social-democracia ao comunismo. Bobbio destaca, entretanto, que nas sociedades democráticas contemporâneas essa separação nítida pode ser imprecisa (1995, p.34-35). Sem prejuízo das discordâncias existentes sobre o pensamento e crítica de Bobbio, incluindo concepções liberais e marxistas.

de 1643, que visava a regulação da imprensa, ou A Lei de Sedição, de 1661 punia aqueles que escrevessem, imprimissem ou pregassem qualquer palavra que pudesse reduzir o respeito das pessoas em relação à figura do Rei ou a igreja oficial, sob o argumento de evitar o caos social (LEWIS, 2007, p. 1-2).

Apesar de existir mais abertura na América Colonial, os puritanos tinham pouca tolerância com a dissidência de sua fé, até mesmo com outros protestantes (LEWIS, 2007, p. 3-4). Mesmo com a derrubada da Lei do Selo de 1765, que exigia pagamento de taxa para publicações que circulassem nas colônias, os colonos ainda tinham um sentimento incerto sobre a extensão desse direito de manifestação de ideias.

A independência não representou uma efetiva mudança neste cenário. Após a edição da Constituição e da Declaração de Direitos, o Senado, composto por uma maioria federalista, aprovou sua própria Lei de Sedição, em 1798, que permitia a imposição de penas de multa de até US\$ 2000, prisão ou deportação para qualquer pessoa que fosse considerada uma ameaça ou que publicasse escritos falsos, escandalosos ou maliciosos contra o governo americano. O argumento de John Allen, o redator, era um suposto terrorismo francês (jacobino) que levou à guilhotina milhares de nobres e opositores da Revolução, mas especula-se que este foi apenas um subterfúgio para as verdadeiras razões. Especula-se que diante do clima de disputa política pré-eleições, os federalistas tenham defendido a Lei de Sedição para evitar a divulgação de críticas contra John Adams, que era do Partido Federalista. Na época, a imprensa estava intimamente ligada aos partidos, e propagandas contra e pró candidatos eram feitas de modo pungente (LEWIS, 2007, p. 12).

Ainda assim, os autores afirmavam que a norma era mais liberal do que as anteriores, por permitir críticas verdadeiras. Mas o ônus da prova cabia aos acusados de violar a norma e rebater a acusação de disseminação de informação falsa era muito difícil. O caráter político ficou ainda mais claro quando críticos do governo que demonstravam alguma tendência federalista foram processados (LEWIS, 2007 p. 12-13).

Além disso, a própria lei tinha prazo para expirar, um dia antes da posse pelo novo presidente, pouco mais de dois anos após sua edição. No fim, a norma foi denunciada como repressora e pode ter contribuído com a eleição de Thomas Jefferson, do partido oposto. Em seu governo, Jefferson perdoou os condenados com base nela por reconhecer sua nulidade (LEWIS, 2007, p. 20).

Os vencidos no Congresso afirmaram que a lei seria um óbice à liberdade de imprensa porque geraria medo nos editores de publicar qualquer informação que não pudesse ser prontamente provada. A Suprema Corte não chegou a julgar a constitucionalidade dessa lei, mas Lewis considera provável que mantivesse sua vigência na época (2007 p. 15). A norma serviu para iniciar um debate mais sério entre a população sobre o valor da Primeira Emenda, mas como ressalta o autor o uso político de normas do gênero reapareceu durante a história americana e em alguns casos, foram confirmadas como compatíveis com a noção de Liberdade de Expressão (2007, p. 21).

3.1.1. O teste de “má tendência”

Ao longo do século XIX e início do século XX, não houve outra tentativa do Congresso de restringir o discurso. Os casos sobre Liberdade De Expressão eram decididos com base na constituição e em argumentos típicos do direito comum inglês. No caso *Patterson v. Colorado* (1907)⁸³ a Suprema Corte estabeleceu o “teste de má tendência” para analisar se um discurso estava ou não em acordo com a Primeira Emenda (LEWIS, 2017, p. 24).

Os fatos que deram origem ao caso e ao teste foram protagonizados pelo editor Thomas Patterson. Patterson foi um parlamentar americano pelo estado do Colorado e dono do *Denver Times* e do *Rocky Mountain News*, detido por desacato por publicar artigos criticando condutas da Suprema Corte do Colorado (VILE, 2009). Segundo ele, a Corte não agia de forma imparcial na administração da justiça e que dois dos juízes conseguiram seus cargos por meio de acordos políticos duvidosos (USA, 1907, p. 458-459). Ao ser processado, Patterson, argumentou que considerava as publicações um dever público, manteve as críticas feitas e reivindicou o direito de fazer prova da verdade, mas foi condenado pelo tribunal e a questão chegou na Suprema Corte por meio de recurso (USA, 1907, p. 458-459).

O resultado não lhe foi favorável, por 7-2 a Corte entendeu que não lhe cabia analisar o caso, pois não havia erro em seu julgamento. O voto da Corte foi redigido pelo juiz Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), conhecido por ser um grande defensor da Liberdade de Expressão. Em sua compreensão, ainda que os direitos constitucionais de liberdade de

⁸³ *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907).

expressão e de imprensa oponíveis aos estados, por interpretação da Décima Quarta Emenda, sob a cláusula do devido processo legal, a reivindicação de Patterson não encontraria lugar (VILE, 2009).

Entre seus argumentos, Holmes afirmou que a Primeira Emenda tinha o objetivo de evitar restrições prévias e não a punição posterior ao fato. E como o caso envolvia um júri que ainda iria acontecer e que poderia ser afetado por suas declarações contra os membros da Corte estadual, não caberia a Corte julgar sua reclamação, a própria Corte do Colorado poderia resolver a questão (USA, 1907, p. 461-463). Vencidos os Juízes Harlan e Brewer⁸⁴.

Holmes seguiu o teste do *Common Law* inglês baseando-se especialmente no Juiz Sir William Blackstone (1723-1780), importante referência para a Corte americana. Blackstone rechaçava as restrições prévias, mas reconhecia o poder do Governo de reprimir discursos com “**má tendência**”, aquelas que significavam “blasfêmia, traição, insurreições ou calúnias”, ou seja, qualquer discurso que pudesse ofender o governo ou a igreja (BLACKSTONE, 2003, p. 86). Em seus Comentários sobre a Lei Inglesa, Blackstone afirmou que:

Todo homem livre tem o direito indiscutível de expor ao público os sentimentos que quiser: proibir isso é destruir a liberdade de imprensa; [...] sujeitar a imprensa ao poder restritivo de um licenciador, como se fazia antigamente, tanto antes como depois da revolução, é submeter toda liberdade de sentimento aos preconceitos de um homem, e torná-lo o juiz arbitrário e infalível de todos os pontos controvertidos. [...], mas punir (como a lei faz atualmente) quaisquer escritos perigosos ou ofensivos que, quando publicados, sejam julgados em um julgamento justo e imparcial como uma tendência perniciosa, é necessário para a preservação da paz e da ordem divina, do governo e religião, os únicos fundamentos sólidos da liberdade civil. Assim, **a vontade dos indivíduos ainda é deixada livre; o abuso apenas desse livre-arbítrio aqui colocado sobre a liberdade de pensamento ou investigação: a liberdade do sentimento privado ainda é deixada; a divulgação de sentimentos ruins, destruidores dos fins da sociedade, é o crime que a sociedade corrige** (BLACKSTONE, 2003, p. 86 – tradução e grifo nossos)⁸⁵.

⁸⁴ Harlan alegou que o direito de cidadania e de petição proibia os estados de prejudicar os direitos individuais dos cidadãos e que a Corte, dando a entender que houve violação da Liberdade de Imprensa em primeiro lugar (USA, 1907, p. 464-465). O *Justice* Brewer se limitou a discordar da negação do tribunal em analisar o caso mais afundo, mas não fez considerações sobre o mérito (USA, 1907, p. 466).

⁸⁵ No original: *Every freeman has an undoubted right to lay to what sentiments the please before the public: to forbid this, is to destroy the freedom of the press; [...] To subject the press to the restrictive power of a licensor, as was formerly done, both before and since the revolution, is to subject all freedom of sentiment to the prejudices of one man, and make him the arbitrary and infallible judge of all controverted points. [...]. But to punish (as the law at present does) any dangerous or offensive writings, which, when published, shall on a fair and impartial trial be adjudged of a pernicious tendency, is necessary for the preservation of peace and God order, of government and religion, the only solid foundations of civil liberty. Thus the will of individuals is still left free; the abuse only of that free will hereby laid upon freedom, of thought or inquiry: liberty of private sentiments is still left; the dissemination or making public, of bad sentiments, destructive of the ends of society, is the crime witch society corrects.*

As palavras de Blackstone significaram um avanço na proteção da Liberdade de Imprensa na Inglaterra em sua época, por prever a liberdade como regra. Ou seja, vedava a censura prévia, sendo a Liberdade de Imprensa passível de controle posterior. Mas com o desenvolvimento do constitucionalismo americano, esse critério tornou-se incongruente para os valores que os Estados Unidos pretendiam cultivar.

Tal padrão, tinha o discurso como solo movediço, uma vez que era pouco claro e muito sugestivo: na prática, o que contrariasse a autoridade política, os interesses da nação, a ordem e moral poderia ser punido pelo Poder Público e sem muitas possibilidades de controle destes atos pelo judiciário. Normas que se valiam desta exclusão do âmbito de proteção da Primeira Emenda foram utilizadas para controle político dos discursos que circulavam contra as ações do Estado durante a Primeira Guerra Mundial.

Isso não favorecia o desenvolvimento do senso político de seus cidadãos e o espírito de imprensa livre, que se tornaria uma marca do jornalismo americano, uma vez que arcar com os prejuízos das punições por críticas ao governo poderia ser demasiadamente penoso para os meios de comunicação e mais ainda para pessoas comuns. Apesar de ter sido bastante aplicado pelos tribunais inferiores⁸⁶, e do período restritivo ao discurso durante as guerras mundiais, a Corte estabeleceu outros padrões para avaliar a adequação com a Primeira Emenda que foram se tornando mais abrangentes com o tempo, mas ainda discutíveis e maleáveis.

3.1.2. Teste do Perigo Claro e Presente

Com a entrada dos EUA na Grande Guerra, o congresso aprovou a Lei da Espionagem em 1917. De acordo a Enciclopédia da Primeira Emenda, organizada pelo MTSU⁸⁷ o diploma normativo tornou crime a transmissão de informações que pudessem interferir no esforço de guerra dos EUA ou ajudar os inimigos do Estado americano. Também tornou crime qualquer tentativa de obstrução ao alistamento nas forças armadas ou que gerasse insubordinação ou deslealdade na corporação. As penas poderiam chegar a U\$ 10.000 de multa

⁸⁶ Como no caso federal *Shaffer v. United States* (1919).

⁸⁷ Free Speech Center da Middle Tennessee State University (MTSU).

e até 20 anos de prisão (ASP, 2019)⁸⁸. No ano seguinte uma nova Lei de Sedição⁸⁹ foi editada, em completo à Lei da Espionagem, prevendo punição para aqueles que fizessem declarações falsas que pudessem interferir no prosseguimento da guerra, insultar o governo, a bandeira, a Constituição ou os militares ou que de alguma forma significasse a defesa desses atos.

A administração do Presidente Woodrow Wilson enfatizava que os direitos às liberdades civis poderiam ser sacrificados em tempos de guerra e aqueles que incitassem à traição não seriam tolerados. Por outro lado, o movimento revolucionário russo, que levaria Vladimir Lênin ao poder, estava estourando e as ideias socialistas e comunistas eram cada vez mais propagadas, inclusive nos EUA.

Nesse cenário, um casal de socialistas, Charles Schenck e Elizabeth Baer imprimiu 15.000 panfletos em 13 de agosto de 1917 para serem distribuídos aos soldados recrutados incitando-os, de modo pacífico, a não atenderem à convocação militar, sob a alegação de que ir para a guerra era uma forma de servidão involuntária que havia sido abolida pela XIII Emenda. O casal foi acusado pelo governo americano de incitar a insubordinação. Em sua defesa, o casal argumentou que a Lei de Espionagem representava uma forma de intimidação ao exercício dos direitos legítimos, mas não obtiveram apoio e foram condenados (ASP)⁹⁰.

O caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)⁹¹ foi levado à Suprema Corte, que decidiu de forma unânime contrariamente ao casal. Em seu voto para a Corte, o Juiz Holmes concluiu que a Lei de Espionagem não era inconstitucional e que as informações eram suficientes para conectar os réus à conspiração contra obstrução do serviço de recrutamento e alistamento (USA, 1919, p. 48). Para Holmes, o fato de Schenck ocupar o cargo de secretário geral do Partido Socialista, o fazia, de certo modo, responsável pela sede, local onde os panfletos foram impressos. Schenck teria reconhecido esse fato em juízo. E, em continuidade, havia provas de que Baer ocupava o cargo de Conselheira Executiva (USA, 1919, p. 50).

Foi por meio deste caso que Holmes elaborou uma das principais doutrinas da Primeira Emenda: o teste do perigo claro e presente. Sem explicitar, Holmes reconhece a

⁸⁸ Não paginado.

⁸⁹ Seditio Act of 1918 (1918).

⁹⁰ Sem data ou paginação, utilizado apenas para aproximação dos fatos. Pesquisável no site pelo nome do caso, devidamente anexado (link) nas referências.

⁹¹ Para fins de pesquisa, todos os casos citados estão disponíveis no site oficial da Suprema Corte que organiza os arquivos através do nome do caso (partes envolvidas), seguido do volume (249) do United States Report e a página em que o caso começa. Outras fontes de pesquisa seguras são o <https://supreme.justia.com/> e a organização <https://www.oyez.org/>. Este último foi usado para consulta por ser a fonte aparentemente mais completa, com transcrição de áudios e outros documentos para além da decisão da Corte.

liberdade de expressão como um princípio e que deve ser ponderado diante das circunstâncias fáticas: “a mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem em falsamente gritar fogo em um teatro e causar pânico” (USA, 1919, p. 52). Neste caso, mesmo que em outras circunstâncias a Lei de Espionagem pudesse ser vista como violadora da Primeira Emenda, caberia maior deferência ao Congresso pelo período excepcional de guerra.

A questão em todos os casos é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza a ponto de criar um **perigo claro e presente** que eles trarão os **males substantivos** que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma **questão de proximidade e grau**. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que podem ser ditas em tempos de paz são um obstáculo ao seu esforço que sua expressão não será suportada enquanto os homens lutarem, e que nenhum Tribunal poderia considerá-los protegidos por qualquer direito constitucional. Parece ser admitido que, se uma obstrução real do serviço de recrutamento fosse comprovada, a responsabilidade pelas palavras que produziram esse efeito poderia ser aplicada (USA, 1919, p. 52 – tradução e grifo nosso)⁹².

Esse teste se tornou o novo padrão, deixando de lado o padrão da “má tendência” utilizado pela Corte nos Casos relativos à Primeira Emenda. Segundo Lewis (2007, p. 26), Holmes teria afirmado em seu livro (*The Common Law*, 1881) que o conceito do teste veio da possibilidade de punição em casos de tentativa do direito penal. Outros casos no mesmo ano tiveram decisões unânimes com *opinion*⁹³ com base no padrão de Schenck.

O do líder socialista e pacifista, Eugene Debs⁹⁴, fez um discurso em oposição à Guerra e foi condenado a dez anos de prisão. A Suprema Corte defendeu a constitucionalidade de sua punição com base na Lei de Espionagem e no padrão do caso Schenck. Lewis destaca que a fala de Debs não prejudicou o recrutamento de fato, mas que Holmes entendia pelo cumprimento do teste de perigo claro e presente, porque o dano potencial em tempo de guerra, embora improvável, acarretaria consequências graves à nação (2007, p. 28).

⁹² No original: *The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no Court could regard them as protected by any constitutional right. It seems to be admitted that, if an actual obstruction of the recruiting service were proved, liability for words that produced that effect might be enforced.*

⁹³ Utilizado como sinônimo de “parecer” ou “voto”, que gera uma decisão.

⁹⁴ Debs vs. Estados Unidos, 249 U.S. 211 (1919)

Jacob Frohwerk⁹⁵, também foi acusado e condenado com base na Lei de Espionagem, por publicar artigos em um jornal do Missouri criticando o envolvimento americano na Primeira Guerra. Seu resultado, entretanto, foi diferente na Suprema Corte. Por entender que o jornal era de pequena circulação, que Frohwerk era apenas um funcionário no jornal, e que não houve “qualquer esforço especial em alcançar os homens” a Corte o absolveu. Segundo Holmes em uma defesa da Liberdade de Expressão, resultado da aplicação de seu padrão, “não perdemos o direito de condenar medidas ou homens porque o país está em guerra” (USA, 1919, p. 208).

3.1.3. O livre mercado de ideias

Outro célebre caso indispensável para compreender a construção do valor da Liberdade de Expressão foi *Abrams vs. Estados Unidos*, também decidido em 1919⁹⁶. Jacob Adams e outros quatro imigrantes russos que viviam em Nova York também publicaram cerca de cinco mil folhetos no ano de 1918. Alguns folhetos foram atirados do alto de um prédio, convocando trabalhadores para uma greve geral em condenação à intervenção dos Estados Unidos na Guerra Civil russa⁹⁷ (USA, 1919, p. 618).

Os réus condenados com base na Lei de Espionagem a penas que variavam de 10 a 20 anos. A condenação se manteve na Suprema Corte, por 7-2. Em seu voto para a Corte, o Juiz John Clarke entendeu que a intenção dos réus era causar tumulto e crise durante a guerra o que justificaria a punição, seguindo a linha argumentativa do Teste de Má Tendência⁹⁸ (USA, 1919, p. 624).

A decisão em si pouco repercutiu nas décadas seguintes, mas a dissidência do Juiz Holmes ecoou. Com base no teste que desenvolveu, Holmes não encontrou peso o bastante para

⁹⁵ *Frohwerk vs. United States*, 249 U.S. 204 (1919).

⁹⁶ *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

⁹⁷ De acordo com a página 620 e 623 da decisão, entre os dizeres do panfleto constava: "Sim! amigos, há apenas um inimigo dos trabalhadores do mundo e que é o CAPITALISMO" e uma "ameaça" ao enfrentamento armado "Se usarem armas contra o povo russo para impor seu padrão de ordem, usaremos armas, e nunca veremos a ruína da Revolução Russa", respectivamente.

⁹⁸ De acordo com a decisão que representou a maioria (1919, p. 624): “[...] a linguagem dessas circulares obviamente pretendia provocar e encorajar a resistência aos Estados Unidos na guerra [...], e os réus, em termos, instaram e defenderam claramente o recurso à greve geral dos trabalhadores das fábricas de munições com o objetivo de reduzir a produção de munições e munições necessárias e essenciais para o prosseguimento da guerra [...]” (p. 624).

a restrição do discurso dos envolvidos⁹⁹. Em sua visão, as limitações legais à Liberdade de Expressão em questões de direito público só se justificariam frente a um perigo atual de um mal imediato ou a ou a intenção de causá-lo (USA, 1919, p. 628). Em outro trecho, Holmes faz uma defesa apaixonada do direito de oposição, argumentando que deixar opiniões que geram discordâncias livres é uma forma de demonstrar que este é um discurso impotente.

Mas quando os homens perceberam que o tempo perturbou muitas crenças de luta, eles podem vir a acreditar ainda mais do que acreditam que nos fundamentos de sua própria conduta que o bem final desejado é melhor alcançado pelo **livre comércio de ideias** - que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento para se aceitar na concorrência do mercado, e essa verdade é o único terreno sobre o qual seus desejos com segurança podem ser realizados. Isso, de qualquer forma, é a teoria da nossa Constituição.

[...]

Embora essa experiência seja parte do nosso sistema, acho que devemos ser eternamente vigilantes contra as tentativas de verificar a expressão de opiniões que detestamos e acreditamos estar repletas de morte, a menos que eles ameacem tão iminentemente a interferência imediata com os propósitos legais e urgentes da lei que uma verificação imediata é necessária para salvar o país (USA, 1919, p. 630 – tradução e grifo nossos)¹⁰⁰.

Importante notar que Holmes ressalta que o perigo claro e presente deve ser imediato ou iminente. Essa viria a ser a primeira de uma série de discordâncias, uma verdadeira virada hermenêutica de Holmes. Lewis conjectura que essa mudança se deu após crítica à sua decisão no caso *Debs*. Outra influência que considera possível é a do juiz federal Learned Hand, com quem Holmes trocava correspondências. Learned entendia que restrições aos discursos só seriam possíveis em casos que incitassem diretamente condutas ilegais, o mero discurso crítico ao governo não seria passível de punição (LEWIS, 2007, p. 30).

Lewis também questiona a autoria do termo “livre mercado de ideias”¹⁰¹ comumente atribuída ao juiz Holmes. Como se observa do texto original, de fato o termo não é

⁹⁹ Foi acompanhado pelo Juiz Brandeis, que também se tornou um forte defensor da liberdade de expressão na Corte.

¹⁰⁰ No original: *But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. [...]. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.*

¹⁰¹ “Free market of ideas”.

idêntico. Lewis atribui a frase ao professor Vicent Blasi¹⁰² que a teria usado em uma carta ao editor do New York Times, no qual teria ressaltado o valor de verificação presente na Liberdade de Expressão e de Imprensa, uma função atribuída à Liberdade de Imprensa de apontar e corrigir os erros do governo (2007, p. 185-186). De toda forma, não há prejuízo de sentido perceptível e a contribuição de Holmes para o avanço do debate acerca da Liberdade de Expressão é inegável.

Gitlow v. New York (1925)¹⁰³ foi responsável por sedimentar a discussão sobre a aplicação da Primeira Emenda aos Estados e iniciar a doutrina da incorporação (no que tange as outras emendas). Por 7-2 a Corte decidiu favoravelmente à constitucionalidade do Estatuto de Anarquia no estado de Nova York (1902). Em *opinion* de Edward T. Sanford, a Corte entendeu que, apesar de não incitar a violência diretamente, o teor do discurso em análise era “revolucionário destrutivo”, o que justificava a intervenção estatal para garantir a segurança e a paz pública (USA, 1925, p. 664).

O entendimento foi imprescindível na incorporação da aplicação das Emendas em face dos Estados no que fosse cabível, ficando conhecida como “doutrina da incorporação”¹⁰⁴. Contrariando os interesses que deram origem à Declaração de Direito, que opunha tais direitos ao Governo e processos judiciais federais, o entendimento foi de que por força da Décima Quarta Emenda, os direitos fundamentais estariam protegidos de qualquer prejuízo governamental, ou seja, mantendo sua aplicação vertical, porém, entendendo-os como oponível aos Estados. Apesar disso, nem todas as Emendas foram incorporadas aos Estados, apenas a Primeira, Segunda Quarta e Oitava Emendas foram completamente incorporadas. Partes da Quinta e da Sexta Emendas que tratam do direito ao júri não foram incorporadas. A Terceira, Nona e Décima Emenda não se justificavam a nível estadual, por tratar de temas estritamente federais ou por causar possíveis conflitos com as Constituições estaduais. Em razão disso, ainda não se fala em incorporação total, mas parcial ou seletiva das Emendas (CORNELL, 2020).

¹⁰² Lewis cita o texto “Holmes and the Marketplace of ideas”, Supreme Court Rev. 2004, p. 39, em que teria escrito: “Provavelmente, a contribuição mais estimulante que a liberdade de expressão pode dar é simplesmente deixar as pessoas livres para seguir seus pensamentos políticos onde quer que levem – livres, isto é, para pensar”. Não foi possível obter acesso ao texto para conferência.

¹⁰³ *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)

¹⁰⁴ O caso representou uma revogação expressa dos argumentos utilizados em *Barron v. Baltimore* (1833) que havia decidido pela aplicação da Declaração de Direitos apenas contra o governo federal. O em questão caso não entraria na regra porque os envolvidos defenderam a derrubada ilegal ou violenta do governo (USA, 1925, p. 664).

Nesse mesmo sentido de incorporar as Emendas como direito em face dos Estados, *Whitney v. Califórnia* (1927)¹⁰⁵ a Corte manteve sua posição desfavorável à plena expressão política. Anita Whitney (1867-1955) foi processada e condenada após se aliar a uma ala mais radical dos partidos de esquerda que defendia a revolução pela classe trabalhadora. Seu delito era de pregar a derrubada do governo, inferido por sua filiação, e se baseava em uma Lei de 1919 da Califórnia.

Por unanimidade a Corte rejeitou sua apelação, sob o argumento de que “incitar o crime, perturbar a paz pública ou colocar em risco os fundamentos do governo organizado e ameaçar a derrubada do governo” seria um abuso do direito de Liberdade de Expressão. Novamente, aqui se destaca a dissidência.

O *Justice* Brandeis, acompanhado por Holmes, escreveu uma justificativa de voto concorrente no qual discorreu sobre a função da Liberdade de Expressão no processo democrático. Apesar de reconhecer que os Direitos Fundamentais não são absolutos, abrindo margem para o Estado restringi-lo, Brandeis entende que essa restrição só seria legítima em casos muito graves de ofensa de ordem política, econômica ou moral. Brandeis ainda apontou a falta de detalhamento para o uso do critério para determinar quando um perigo claro deve ser considerado claro ou o “quão remoto pode ser o perigo e ainda ser considerado presente”, nem mesmo haveria uma diretriz para saber qual o “grau de um mal suficientemente substancial” (USA, 1927, p. 373-374). Seu voto demonstrou uma das mais apaixonadas defesas à Liberdade de Expressão:

[...] aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que o fim último do Estado era tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades [...] valorizavam a liberdade tanto como um fim quanto como um meio. Eles acreditavam que a liberdade era o segredo da felicidade e a coragem o segredo da liberdade. Eles acreditavam que a liberdade de pensar como quiser e falar como pensar são meios indispensáveis para a descoberta e divulgação da verdade política; que, sem liberdade de expressão e reunião, a discussão seria inútil; que, com eles, a discussão oferece proteção ordinariamente adequada contra a disseminação de doutrina nociva. [...]

Reconheceram os riscos a que estão sujeitas todas as instituições humanas. Mas eles sabiam que a ordem não pode ser assegurada meramente pelo medo da punição por sua infração; que é perigoso desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo gera repressão; que a repressão gera ódio; que o ódio ameaça um governo estável; que o caminho da segurança está na oportunidade de discutir livremente

¹⁰⁵ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

supostas queixas e remédios propostos, e que o remédio adequado para os maus conselhos são os bons conselhos (USA, 1925, p. 375 – tradução nossa)¹⁰⁶.

Brandeis se utiliza de uma retórica sofisticada para defender a liberdade de expressão. Para ele, deve-se dar preferência à discussão e à educação para evitar o mal, logo “o remédio a ser aplicado é mais discurso, não silêncio forçado”. Brandeis destaca ainda que a probabilidade de violência ou destruição de alguma propriedade não justifica a intervenção estatal, sendo necessário considerar a gravidade. Em sua perspectiva, a defesa feita por um partido político, como o partido de Whitney, de derrubada do governo por meio de uma revolução proletária em um futuro distante é um direito sob a Constituição (1927, p. 377-378). Mas ao fim, entendeu que houve uma conspiração pelos membros do partido para cometer “crimes graves”, ponto em que concordava com a decisão estadual.

Aqui foram mencionados apenas os casos mais relevantes para a construção dos contornos interpretativos da Primeira Emenda no caso de discursos extremos. Diversos outros poderiam ser considerados, principalmente casos relativos à liberdade de imprensa e liberdade religiosa, como *New York Times v. Sullivan* (1964)¹⁰⁷, que estabeleceu novas regras para o deferimento de indenização favorável às figuras públicas em relação à imprensa, e *New York Times Co. v. United States* (1971)¹⁰⁸, que reafirmou a liberdade de imprensa contra restrição

¹⁰⁶ No original: *Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties, and that, in its government, the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end, and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness, and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that, without free speech and assembly, discussion would be futile; that, with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies, and that the fitting remedy for evil counsels is good ones.*

¹⁰⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Ação movida pelo comissário de polícia L.B. Sullivan, pleiteando indenização por ter se sentido pessoalmente ofendido por uma publicação de terceiros no jornal, escrita por uma organização parte da luta pelos Direitos Civis, em crítica ao tratamento conferido ao Martin Luther King durante sua prisão. Sullivan alegou que a publicação continha erros grosseiros que tinham potencial de difamar sua atuação como supervisor da polícia. Decisão unânime em prol do *New York Times*, com votos concorrentes, exigindo a prova de malícia real comprovada que entendeu como constitucionalizou o tema da difamação, até então tratado em lei estadual.

¹⁰⁸ *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971). Decisão: 6-3, *per curiam* (redação pelo tribunal em conjunto). Caso dos Papéis do Pentágono, em que a Corte permitiu a publicação de documentos que questionavam e incriminavam a postura do governo na Guerra do Vietnã. Para mais informações, ler artigo do Stephen Robertson para o *The First Amendment Encyclopedia* (2009).

prévia, dessa vez favorável ao jornal (LEWIS, 2007 p. 47). Entretanto, dada à vastidão de casos, foram selecionados apenas aqueles que contribuem diretamente para uma posição acerca dos discursos de ódio.

Até o momento é notável, portanto, que a liberdade de expressão nos EUA é abrangente e se fundamenta em valores cultivados muito antes da Convenção que redigiu a Constituição. Esse direito possui intrínseca conexão com a Liberdade de Imprensa – se fundamentando, em síntese, na liberdade de se opor ou criticar o governo - e, em tese, veda restrição prévia. Porém, a compreensão de seus limites sofreu diversas mudanças ao longo do tempo, especialmente influenciados por preconceitos sociais e momentos políticos de maior tensão social em razão do período de guerras ou fruto de crises econômicas com maior controle por parte do governo.

Além disso, esse direito não é absoluto nos Estados Unidos como o senso comum tende a afirmar. Ele convive com outros valores e interesses (Lewis, 2007, p. 169). Ainda assim, pelos padrões da Corte, principalmente o de Perigo Claro e Presente, sua restrição só deveria ser admitida em casos específicos a depender das circunstâncias. Na prática, entretanto, não é isso que os casos paradigmáticos citados sugerem.

Frequentemente o uso dos critérios mencionados servem a interesses políticos e se adequam a posições ideológicas dos *Justices*. Portanto, mesmo os critérios que são reivindicados como objetivos, são bem menos do que pretendem diante dos casos concretos, deixando margens para inserção de valores pessoais dos juízes e do governo americano, uma vez que o juiz que interpreta a norma não está isolado da sociedade e de seu tempo histórico. Um exemplo apontado é a inegável perseguição aos movimentos trabalhistas, socialistas e comunistas na primeira metade do século XX.

Manter a interpretação próxima ao que pretendiam os Autores é um desafio considerável, uma vez que não existem muitos registros da época e a letra da norma constitucional é sintética. É essa abertura que permite a adaptação desse direito às diversas realidades ao longo do tempo, mas nem todas as interpretações extensivas ao que foi desenhado pelos Pais Fundadores dos EUA são positivas ou necessárias, embora algumas possam ser. A extensão da interpretação sobre seus limites também não é uma tarefa fácil, o que gera críticas da doutrina e do público. Portanto, a tarefa de interpretar a Primeira desempenhada pela Suprema Corte não tem sido fácil e nem sempre demonstra coesão e no que tange aos discursos odiosos acrescenta-se o problema da vulnerabilidade social histórica de determinados grupos.

Este tópico cumpre o intento de esclarecer os critérios base de interpretação dos limites mais gerais da Primeira Emenda. Nota-se que a Corte percorreu todo um caminho e mudou de posicionamento algumas vezes. Outros critérios se somam ou superam os que foram mencionados quando o tema é especificamente discurso de ódio. Dada a especificidade dos critérios de julgamento, bem como considerando a proposta comparativa adotada por este trabalho, tais critérios serão trabalhados no tópico 3.3. Antes disso, entretanto, convém esclarecer quais são os parâmetros adotados no Brasil para lidar com o tema da Liberdade de Expressão após a redemocratização.

3.2. Liberdade de Expressão como Direito Fundamental no Brasil

A construção da liberdade de expressão no Brasil, como visto, não se deu de forma constante em direção ao progresso de sua proteção, assim como os demais Direitos Fundamentais. Com a conquista da Constituição da República Federativa do Brasil instaurada em 1988, as experiências passadas foram e ainda devem ser levadas em consideração. Essa atenção se deve tanto para a reprodução de conceitos e dispositivos de forma semelhante, dando um ar de continuidade apesar das rupturas, seja para evitar repetir o histórico de desrespeito a esses direitos no campo jurídico e na prática.

Muito das experiências estrangeiras também foi aproveitada, marcadamente a experiência europeia e a experiência americana. Como visto, a Constituição de 1988 trouxe uma proteção jurídica aos Direitos Fundamentais ímpar em sua história constitucional com uma extensa Declaração de Direitos em seu Título II (artigo 5º-17). Além de outros dispositivos de mesmo teor espalhados pelo texto. Como um Direito Fundamental¹⁰⁹, como já adiantado, possui características próprias, tais como a possibilidade de relativização, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, historicidade, complementariedade entre eles e universalidade.

¹⁰⁹ Por força do §3º, equipara-se aos Direitos Fundamentais os tratados de Direitos Humanos incorporados ao sistema jurídico brasileiro com quórum de Emenda à Constituição, qual seja, aprovação por três quintos dos membros de cada casa do Congresso Federal, em dois turnos. Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do Ministro Gilmar Mendes (p. 1137) em publicação de 2009, tratados de Direitos Humanos não aprovados sob esta regra ainda assim são considerados como supralegais na hierarquia jurídica brasileira, por força do entendimento (RE nº 466.343).

A interpretação do sentido desse direito é feita não somente pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁰. Teóricos e doutrinadores de notável saber jurídico, também se aprofundam sobre características e limites da Liberdade de Expressão. Por essa razão, toma-se como referência alguns autores, estes, especialistas na seara de Direito Fundamentais, quais sejam, Daniel Sarmento, Virgílio Afonso da Silva e seu pai, José Afonso da Silva¹¹¹.

A começar pela sua natureza principiológica. Quanto a isso duas interpretações são cabíveis. A americana, de Ronald Dworkin, que entende princípios como padrões normativos (*standards* de força obrigatória) que servem para orientar, ainda que de forma não conclusiva, o exercício do poder discricionário¹¹² dos juízes ao decidirem casos difíceis, aqueles em que exista uma lacuna de regras ou que em que regras não se adequem bem (DWORKIN, 2020, p. 49). E a alemã, de Robert Alexy, que entende de modo relativamente parecido, para Alexy esses mesmos princípios são mandamentos de otimização, configurados através dos Direitos Fundamentais, satisfeitos de forma gradual a depender das condições fáticas e jurídicas do contexto específico (ALEXY, 2015, p. 90). Em ambos os casos a ideia é a mesma, de conferir um sentido político ou moral ao direito.

Por outro lado, as diferenças se tornam mais palpáveis na forma de lidar com conflitos entre princípios, tal qual liberdade de expressão e dignidade humana. Para isso, os teóricos apresentam soluções distintas. Dworkin pugna pela aplicação que pondere os interesses envolvidos, representados por esses princípios, sem que isso signifique a anulação de um princípio (2020, p. 57). Já Alexy entende que em termos abstratos os princípios se restringem, mas não se anulam, somente no caso concreto adquiririam diferenças de peso e importância (ALEXY, 2015, p. 95-96). Neste caso, seria necessário sopesar a relevância dos valores

¹¹⁰ Com a Constituição da República de 1988, o STF retomou seu papel na prática de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e a quem concerne a última palavra sobre a interpretação constitucional e contramajoritário de proteção das minorias, equivalente à Suprema Corte Americana e fazendo às vezes dos Tribunais Constitucionais. Ao contrário dos Estados Unidos, no Brasil o Superior Tribunal de Justiça desempenha o papel de uniformização das interpretações das normas federais.

¹¹¹ Sem prejuízo citação de outros de modo auxiliar e das inúmeras discordâncias existentes no campo dos Direitos Fundamentais.

¹¹² Alexy (2015) concebe a “máxima da proporcionalidade” como um princípio que orienta a solução de conflitos entre princípios, embora atualmente, também se discuta sua aplicação sobre as regras jurídicas. Se traduz em um exame feito em três níveis principais, que não excluem outros critérios: um juízo de “adequação” relativa à atribuição de maior peso à aplicação de um princípio em específico para a solução de um problema jurídico em concreto (p. 120 e 587); somada ao juízo de “necessidade”, em que se orienta a preferência pelo princípio que resolva o impasse causando menos prejuízo a outros valores, ou simplesmente, “interferindo de modo menos intenso” (p. 590); e por fim, um juízo de “proporcionalidade em sentido estrito”, identificado como uma “otimização dos princípios colidentes”, um sopesamento, que garanta que os valores envolvidos não serão derrotados por completo, não deixando de satisfazer, em alguma medida, os valores que não prevaleçam, sendo essa “prevalência” proporcional diante do caso concreto (p. 594-595).

envolvidos para o caso concreto, utilizando a técnica-princípios de “proporcionalidade”, que se assemelha com a ponderação, mas possui critérios próprios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Em ambos os casos, a decisão poderia variar caso a caso, sendo que nem sempre a Liberdade de Expressão irrestrita deve prevalecer.

Isso corrobora com uma característica específica dos Direitos Fundamentais no Brasil: seu caráter não-absoluto¹¹³. Embora sejam a base da Ordem Constitucional, especialmente em uma perspectiva neoconstitucionalista (e pós-positivista), eles convivem e são regulados por outros Direitos Fundamentais. Por essa razão, o entendimento majoritário é de que os Direitos Fundamentais podem ser alvo de intervenção estatal e de restrição diante de casos concretos¹¹⁴, desde que isso ocorra de forma fundamentada e que seja preservado um núcleo mínimo do direito a ser restringido¹¹⁵ (SILVA, 2010, p. 110). Assim, os interesses relativos à propriedade privada e desenvolvimento econômico, devem conviver com os interesses de igualdade social e de preservação ambiental, por exemplo.

Desse modo, não haveria que se falar em Liberdade de Expressão absoluta. Considerando a definição de liberdade de expressão a partir da noção de autoritarismo, ou seja, em seu sentido negativo, que exigiria certo grau de abstenção estatal, existiria um espaço de intervenção legítima. Trata-se da intervenção autorizada antecipadamente, aquela compatível com os valores constitucionais considerados em seu todo, buscando uma harmonia entre os princípios constitucionais.

Essa perspectiva parece óbvia, mas pode não estar tão explícita a *prima facie*. Isso colabora com a resolução de potenciais conflitos envolvendo a Liberdade de Expressão. Trata-

¹¹³ Em regra, todos os Direitos Fundamentais podem ser restringidos em alguma medida, para que se preserve outro Direito Fundamental. Há, entretanto, parte da doutrina, considerada minoritária, que entende que existem sim alguns direitos absolutos, mas por possuírem estrutura de regras, como por exemplo, Virgílio Afonso da Silva ao afirmar que a vedação à tortura e ao tratamento degradante (Art. 5º, III) estariam contidas no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana (2010, p. 202). Em outra ocasião (2021, p. 117-118) o mesmo autor pugna pelo reconhecimento deste caráter à vedação de extradição de brasileiro nato (art. 5º, LI), reserva e anterioridade da lei penal (art. 5º, XXXIX). Outros autores, incluem a vedação absoluta à escravidão e o de não ser compulsoriamente associado, mas para evitar cair em uma cadeia de debates, vale considerar que o próprio Daniel Sarmiento, reconhece que a Dignidade da Pessoa Humana pode ser forçosamente relativizada, diante das (im)possibilidades fáticas (2016, p. 97).

¹¹⁴ Mediante a utilização do critério da “proporcionalidade” o conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais permaneceria intacto.

¹¹⁵ Em linhas gerais, trata-se de um conteúdo essencial que definiria os Direitos Fundamentais e deveriam ser preservados: De acordo com Virgílio Afonso da Silva, “que direitos, em geral, um conteúdo mínimo pode ser contêm algo intuitivo, que decorre da própria noção de que, sem a garantia desse mínimo, a do próprio direito seria de pouca valia garantia” (2010, p. 23). Parte da doutrina, entende que esse conteúdo mínimo pode ser relativizado, ao invés de se definirem a priori, seus contornos seriam estabelecidos diante de casos concretos (2010, p. 196).

se da nota que José Afonso da Silva faz ao estudar o problema de conceituação liberdade¹¹⁶. Em sua perspectiva, com a qual este trabalho se coaduna, não existe incompatibilidade entre Liberdade e autoridade legítima¹¹⁷, e aqui inclui-se a Liberdade de manifestação do pensamento. O que existe, como muito experienciado pelo Brasil em sua história política e jurídica, é a oposição entre liberdade em um sentido democrático e autoritarismo, um uso abusivo e ilegítimo do poder de coação (2005, p. 232).

Nesta perspectiva, a proteção está prevista principalmente no IV do artigo 5º, de modo parecido com as proteções constitucionais anteriores à 88. Além de outras proteções à liberdade de expressão de modo mais específico, como à expressão religiosa, cultural e de imprensa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - **é livre a manifestação do pensamento**, sendo vedado o anonimato;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

IX - **é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença**;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV

2º **É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.**

A partir desta previsão e do raciocínio desenvolvido até este ponto é possível conceber a liberdade de manifestação do pensamento ou de expressão, utilizado neste trabalho como conceito guarda-chuva, em diversas instâncias. Primeiramente cabe uma ressalva: a liberdade de expressão aqui considerada é em seu sentido externo e objetivo. Não nos interessa tratar do pensamento que se guarda para si. Que sequer é externalizado e se o for, não atinge o domínio privado de outrem ou o domínio público. Não é possível, nem se configura uma

¹¹⁶ José Afonso da Silva define “liberdade” de forma um tanto poética e bastante filosófica como “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização a felicidade pessoal”.

¹¹⁷ Por legítima, entende-se aquela dotada de aprovação popular, o que configura outro aspecto dos direitos de autoridade, o de sentido positivo (SILVA, 2010).

pretensão dos que defendem as regulações sobre liberdade de expressão que limite o pensamento¹¹⁸.

As diversas formas de expressão listadas na Constituição também estão abarcadas dentro do conceito amplo de liberdade de expressão, como as liberdades de comunicação, de religião, intelectual, artística, científica, cultural, tendo como regra a liberdade e como exceção as restrições legítimas (SILVA, 2005, p. 243). A expressão aqui considerada pode ser escrita, imagética ou gestual, presencial ou à distância. Inclui-se ainda, de forma tácita, o direito de não se manifestar, que recebe maior atenção no Direito Processual Penal de “do preso de permanecer calado” (art. 5º, LXIII).

Diferentemente do direito americano, a Constituição brasileira vigente prevê possibilidades de limitação em seu próprio texto. É o que se infere das outras proteções, como a Dignidade da Pessoa Humana, que constitui um dos fundamentos do Estado de Direito brasileiro, prevista no art. 1º, III. De modo mais específico, a Constituição também estabelece o compromisso de repúdio ao racismo em suas relações internacionais (art. 4º, VIII) e, portanto, denota um compromisso também em sua Ordem interna como se extrai do preâmbulo (que não possui força normativa).

Outra previsão constitucional considerada nos julgamentos são os objetivos da República, no qual se insere a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Além da previsão do art. 5º, XLII que constitui o racismo como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão. Cabe mencionar ainda, a previsão constitucional dos direitos da personalidade no inciso X, do art. 5º, quais sejam, “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A Dignidade da Pessoa Humana¹¹⁹ é um princípio elástico que tem como fim a proteção integral das pessoas físicas, excluindo-se outros seres e as pessoas jurídicas

¹¹⁸ Este é campo também discutível. É possível pensar em intervenção psicológica em ações como “lavagens cerebrais”, como aos estudos sobre a ultrapassada técnica de lobotomia, as sujeições ideológicas a críticas como a que levam pessoas a participarem seitas perniciosas e até mesmo as discussões sobre os efeitos das fake News na formação das opiniões públicas. Temas que estão fora do escopo deste trabalho.

¹¹⁹ Sarmento (2016, p. 92) estabelece alguns conteúdos específicos do princípio da Dignidade, em suas palavras: “Dessa compreensão, emergem, prima facie, os seguintes componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: o valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a igualdade, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como

(SARMENTO, 2016, p. 89-90). Como destaca o constitucionalista Ingo Sarlet, sua origem remonta ao pensamento clássico e cristão, como inerente a todos os seres humanos, sendo uma das suas distinções para os outros seres (2018, p. 99-100). E apesar das teorias constitucionais contemporâneas, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, demonstrar um esforço em conceituar o ideal de Dignidade da Pessoa Humana, para fins práticos, seria equivocado pensá-lo em termos fixos para fins conceituais abstratos, dado que passa por aspectos filosóficos (potencialmente metafísicos), estando inevitavelmente em constante mutação e sendo axiologicamente aberto (2018, p. 101).

Mas, de modo geral, a Dignidade da Pessoa Humana pode ser inferida como presente no núcleo essencial de todos os Direitos Fundamentais¹²⁰, não só aqueles especificados no Título II. E possui um amplo escopo de atuação, devendo orientar toda a atuação estatal, legislativa, administrativa e jurisdicional, além de afetar as relações entre os particulares, nas mais diversas obrigações jurídicas, sendo, portanto, um relevante parâmetro de controle de constitucionalidade (SARMENTO, 2016, p. 84).

Logo, no campo da Liberdade de Expressão e nos conflitos relativos a esse direito não seria diferente. É com base no sopesamento tendo como norte este princípio que diversas restrições se sustentam, sem que ofendam seu núcleo. O exemplo mote deste trabalho é a proibição de práticas racistas, tutelada pelo Direito Penal. Desde a edição da Constituição esta previsão pôde ser observada e finalmente acompanhada de sanção criminal (SARMENTO, 2016, p. 83).

A Lei 7716/89 (Lei Caó) trouxe 20 tipos com penas que variam entre um e cinco anos, com possibilidade de agravante e cumulação com penas de multas. O art. 20 em específico traz a proibição de práticas, indução ou incitação à discriminação ou preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, incluindo símbolos de propaganda nazistas. Além disso, a lei 9459/1997 que incluiu o artigo vinte na Lei CAÓ, também inclui o §3º do art. 140 do

na pública, relacionada à democracia; o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o reconhecimento, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas”.

¹²⁰ Apesar de não ser o enfoque do trabalho delinear o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como este princípio é aqui compreendido como importante à interpretação da Liberdade de Expressão, cabe trazer a objeção de Ingo Sarlet (2018, 96-97) à afirmação de que a Dignidade fundamenta toda a Declaração de Direitos, sem exceções. Para Sarlet, existem Direitos Fundamentais em que seria um tanto forçado inferir a presença da Dignidade em seu núcleo, como as normas reguladoras sobre criação de associações (art. 5º, XVIII).

Código Penal¹²¹, tipificando uma forma qualificada de injúria quando baseada em elementos de raça, cor, etnia, religião ou origem, também com pena máxima de três anos e multa.

Além desses elementos, cumpre destacar uma diferença importante do Direito brasileiro para o americano. No ordenamento pátrio as normas de Direitos Fundamentais, como é o caso da Liberdade de Expressão, são oponíveis não só em face do Estado (verticalmente) como também na relação direta entre particulares, adotando, na atualidade uma aplicação ou eficácia horizontal, sem a intervenção direta do Estado¹²². Como adiantado, ofensas à honra, imagem e privacidade de terceiros são passíveis de indenização, sem que com isso se configure restrições prévias (SILVA, 2021, p. 115).

Por fim, é possível suscitar que, como um direito de Primeira dimensão, de caráter primariamente abstencionista, compreendido como um direito individual, a Liberdade de Expressão é lida como uma norma de aplicabilidade direta, imediata e integral ou “de eficácia plena”¹²³. Aqui emprega-se muito da interpretação americana, concebendo as normas constitucionais em sua maioria como autoexecutórias, ou seja, desde o momento que passam a integrar o Ordenamento Jurídicos produzem efeitos vinculantes e são completamente aplicáveis e exigíveis, independente de normas posteriores ou de política pública (SARLET, 2018, p. 286).

Dessa forma, as críticas quanto a sua eficácia, são atribuídas às restrições posteriores feitas pelo legislativo¹²⁴, por atos dos particulares e decisões jurídicas que no Brasil

¹²¹ Transcrição do §3º do art. 140 do Código Penal: Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:(Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003). Pena -reclusão de um a três anos e multa (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997).

¹²² De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 115) o Estado se incumbe apenas de proteger os envolvidos em suas relações jurídicas de modo indireto, em geral feita pelas legislações infraconstitucionais. Isso pode ser observado no fenômeno recente de “constitucionalização do Direito Privado”, representado, por exemplo, pelo Código Civil de 2002, que em seu capítulo II pormenoriza e protege os direitos intrínsecos à personalidade (alguns, também aplicáveis às pessoas jurídicas), que encontram seu fundamento último na norma Constitucional.

¹²³ Apenas a título informativo aos que não são da área jurídica, é preciso fazer um esclarecimento quanto a essa forma de classificação das normas constitucionais, que se estende aos Direitos Fundamentais. Sem aqui adentrar nas discussões teóricas envolvidas, é possível subdividir as normas constitucionais de acordo com sua capacidade de produção de efeitos jurídicos após sua promulgação. As de (I) “eficácia plena” estão identificadas no texto, correspondendo às normas constitucionais de modo geral. Além dessas, é possível identificar normas de (II) “eficácia contida” que podem ser restringidas por outras normas, como se verifica com o direito à liberdade de escolha da profissão em contraposição com normas que o exercício específico de algumas delas. E ainda é possível mencionar, pela classificação doutrinária de José Afonso da Silva, as normas de (III) eficácia limitada, aquelas que dependem de regulamentação infraconstitucional para produzir seus efeitos (2004, p. 82). Por força do art. 5º, §1º, entretanto, boa parte das normas de Direitos Fundamentais possuem aplicação imediata e devendo sempre prevalecer a máxima de conferir-lhes maior eficácia possível.

¹²⁴ Em termos de Emenda à Constituição, o legislativo está obrigado a respeitar o núcleo essencial dos direitos e garantias individuais, por força do art. 60, §4º que impede a abolição completa destes direitos, embora, como mencionado, a própria a delimitação deste núcleo essencial não seja clara. No exercício legislativo infraconstitucional a observação das normas constitucionais é requisito básico, por força da supremacia e vinculação da Constituição.

tendem, embora de forma oscilante, à limitação de sua extensão. No que concerne à atuação do judiciário, essa problemática é frequentemente denominada como uma forma de ativismo judicial, em que o judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, excederia sua função interpretativa para efetivamente criar normas constitucionais¹²⁵ ou alterar o sentido daquelas existentes¹²⁶.

O tema da Liberdade de Expressão ainda está sendo pontualmente abordado pelo STF. Verifica-se entendimento relevantes de não-recepção de normas sobre a Imprensa editada durante o período de Regime Militar, como pode ser observado na Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional (ADPF) nº 130 (2009) em relação à Lei nº 5.250/1967¹²⁷ entendida como incompatível com a Constituição vigente por seu caráter notadamente autoritário demonstrado no capítulo anterior. Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal decidiu por meio do Recurso Extraordinário (RE) nº 511.961/SP (2009)¹²⁸ que a exigência de diploma de jornalista e a obrigatoriedade de registro profissional, impostas pelo Decreto-Lei nº 972/1969 também não estaria em conformidade com o propósito democrático da Liberdade de Expressão.

Outros dois casos relevantes foram julgados mais recentemente. A Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) nº 4.815/DF (2015)¹²⁹ reconheceu a possibilidade de publicação de biografias não-autorizadas previamente, garantindo-se, entretanto, o direito de posterior judicialização para reconhecimento de danos causados. A ADI também foi no mesmo sentido de proteção da Liberdade de Expressão ao reconhecer como inconstitucional parte dos incisos II e III do art. 45 da do Código Eleitoral (Lei 9.504/1997), e §4º e 5º por arrastamento, uma vez que contrariavam a liberdade de expressão, de imprensa e artística relativas à veiculação de charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam candidatos, partidos ou coligações.

¹²⁵ Como anteriormente trabalhado, o papel precípua das Cortes Constitucionais é de guardar e interpretar a Constituição. A alteração e criação de normas Constitucionais é um exercício do Poder Constituinte derivado de cunho reformador. Incumbe, no Brasil, ao exercício de poder legislativo pelos representantes eleitos a nível federal, quais sejam, os membros do Congresso, com base na própria Constituição e baseado no princípio democrático, dada a necessidade de participação popular (ainda que por via indireta). Daí se extrai a embate as interpretações mais extensivas ao sentido originário do texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

¹²⁶ Como o tema é controvertido, inclusive sobre a existência de tais lacunas, não cabe aqui delongas para evitar fuga ao tema proposto. Para mais informações indica-se a leitura do Capítulo 6 do livro “Teoria do conhecimento constitucional” de José Afonso da Silva (2014), “Mudanças Constitucionais”.

¹²⁷ ADPF 130/2009.

¹²⁸ Recurso Extraordinário 511.961/SP, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Publicado em 13 nov. 2009 no Diário de Justiça Eletrônico.

¹²⁹ ADI 4815/DF, de Relatoria da Ministro Carmen Lúcia. Publicado em 16 fev. 2015 no Diário de Justiça Eletrônico.

Não nos interessa aqui, esmiuçar os termos dessas decisões, apenas frisar o aspecto democrático e o respeito às normas constitucionais relativas à proteção da Liberdade de Expressão, principalmente no tocante à Liberdade de Imprensa, mas também artística e religiosa em outras ocasiões. Embora esta proteção não tenha a mesma consistência a nível infraconstitucional, em que é possível verificar diversos julgados que poderiam ser caracterizados como censura prévias¹³⁰, é possível afirmar que no âmbito do Supremo Tribunal Federal, caminha-se em direção à proteção desses direitos e seus derivados, em grande parte para evitar os arbítrios em relação passado autoritário especialmente da ditadura militar. Porém, essa mesma consistência não se verifica nas decisões relativas aos casos envolvendo Discurso de Ódio, seja perceptível uma tendência garantista, conforme se demonstra a seguir.

3.3. O debate jurídico sobre Liberdade de Expressão frente à “questão dos discursos de ódio” no Brasil e nos Estados Unidos

Até agora se pretendeu demonstrar que a justificativa para a relevância constitucional conferida ao direito à Liberdade de Expressão, decorre de sua própria origem, na positivação desse direito como um direito de defesa da burguesia ascendente contra intervenções do Estado, principalmente as tentativas de calar posições dissidentes quanto aos rumos políticos.

Nos EUA a Liberdade de Expressão, goza de ampla proteção constitucional, mas encontra seus limites nas decisões da Suprema Corte. Embora mais ampla que na maioria dos países, senão em todos, a nação americana está longe de ser um local completamente permissivo a todo tipo de discurso, existindo categorias específicas que permitem a restrição prévia e a punição posterior em caso de excessos. No Brasil, essa proteção constitucional também pode

¹³⁰ Um exemplo notável é a decisão do Santander Cultural de suspender a mostra do “Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira” que reunia cerca de 270 trabalhos de 85 artistas. Prevista para durar de 14 de agosto até 8 de outubro de 2017, a mostra foi encerrada em 10 de setembro, após a repercussão negativa que alegavam sexualização exacerbada, blasfêmia e apologia à pedofilia e zoofilia. Em pedido liminar em uma Ação Popular, foi solicitada a reabertura, em razão do financiamento advindo da Lei Rouanet, ou seja, indiretamente seriam recursos públicos (renúncia fiscal). Entretanto, a 8ª Vara Federal de Porto Alegre alegou que não seria o caso de alegação de censura, uma vez que o controle não veio por parte do Estado e sim da instituição privada (Ação Popular nº 5047657-45.2017.4.04.7100/RS). Em setembro do mesmo ano, a 1ª Vara Cível de Jundiá - SP, proibiu a peça “O Evangelho Segundo Jesus, rainha do céu” que retratava Jesus como uma mulher transgênero que estrearia em 15/09/2017, a justificativa do magistrado era de que a peça expunha figuras religiosas ao ridículo (Tutela Antecipada Antecedente – Processo nº 016422-86.2017.8.26.0309, decisão por Dr. Luiz Antônio de Campos Júnior).

ser lida como a mais ampla até então concedida aos direitos atinentes, tais como a Liberdade de Manifestação do Pensamento.

Uma dessas categorias perpassa pela noção de “*hate speech*”. Embora seja difícil uma tradução completa, há grande correspondência com a expressão popular “discurso de ódio” no Brasil. Como conceito jurídico, não obstante, o termo seja pouco usado, por muitas vezes englobar discursos protegidos e desprotegidos. Sendo assim, este tópico pretende compreender o que Suprema Corte americana delimitou como *hate speech* e, por conseguinte, como o Supremo Tribunal Federal brasileira tem tratado o problema. Cabe inicialmente, apresentar algumas concepções comuns e acadêmicas sobre o termo para começar a elucidar a questão.

3.3.1. A Construção de novos parâmetros pela Suprema Corte Americana

Como visto, a Suprema Corte americana não se preocupou com os problemas referentes à Liberdade de Expressão no século XIX. Provavelmente, essa postura se deve à Carta Constitucional que oferecia uma proteção aparentemente absoluta contra qualquer tentativa do Legislativo Federal de regular este direito. Entretanto, no início do século XX a Corte não pôde se eximir de resolver impasses interpretativos quanto a sua extensão.

A partir da década de 1940 o problema passa a receber atenção do judiciário. Trata-se de um período de forte segregação racial e de intensa participação dos Estados Unidos na Segunda Guerra. Novos critérios foram desenvolvidos para lidar com os testes dos limites da Primeira Emenda. A principal questão que se colocava era encontrar uma forma de conjugar os interesses de ordem e paz pública com a garantia do direito à Liberdade Expressão.

Em paralelo a outras discussões relevantes para a Liberdade de Expressão, como novos padrões para interpretar o direito à Liberdade de Imprensa ou a Liberdade religiosa, os critérios e as categorias estabelecidos nos julgados tratados a seguir representam uma tentativa de resposta a esta questão dos chamados “discursos de ódio”. E essa resposta não veio pronta, foi uma construção ao longo das décadas que encontrou seu paradigma mais relevante em *Brandenburg v. Ohio* (1969) e pode-se dizer que ainda está em disputa. Este é um dos marcos que confere a fama aos Estados Unidos como um país que permite discursos extremos contra indivíduos e grupos historicamente perseguidos, tais como negros e judeus. Mas os Estados

Unidos passaram a permitir todas as formas de discursos de ódio? Toma-se essa pergunta como o fio condutor das reflexões propostas neste tópico.

Fighting Words

Nessa perspectiva, o problema dos discursos de ódio ganhou relevância na Suprema Corte na década de 1940, no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942)¹³¹. Os fatos remetem a uma testemunha de jeová que foi detido após distribuir panfletos que atacavam outras religiões e fazer discursos que geraram grande tumulto em uma multidão que o ouvia. Além disso, Chaplinsky, que estava em uma calçada próximo à prefeitura da cidade de Rochester, teria ofendido o prefeito da cidade, chamando-o de fascista, bem como um policial da cidade que teria intervindo em seu discurso (USA, 1942, p. 569). Seu discurso resultou em condenação com base nas Leis Públicas de New Hampshire que proibiam discursos intencionalmente ofensivos, de escárnio ou irritantes dirigidos a outros em espaço público.

Essa norma foi questionada perante a Suprema Corte quanto à sua constitucionalidade. A dúvida era se o estado de New Hampshire teria violado a Primeira Emenda e, portanto, o direito de livre expressão, imprensa e culto de Chaplinsky. Chaplinsky também apresentava uma versão um pouco diferente dos fatos alegados.

Em decisão unânime redigida pelo *Justice* Francis Murphy, a Suprema Corte entendeu que o discurso em questão excedeu os limites da Primeira Emenda porque instigava reações violentas dos ouvintes. Murphy destacou que a norma não feria a Primeira Emenda por não se limitar a um ponto de vista em particular e sim pela suscetibilidade de causar uma briga, um embate físico. Seriam expressões em locais públicos capazes de infligir sofrimento a outrem e tendem a incitar uma “perturbação imediata e violentada paz” (USA, 1942, p. 573)

Nesse caso reside a tentativa, ainda tímida, de definição da categoria de “*fighting words*” que não encontra correspondência precisa em português e por isso utilizada aqui em inglês. Muitas vezes traduzido como “palavras de guerra”, “palavras de combate”, “palavras de luta” ou “palavras belicosas” seriam aquelas que convidam à disputa, que tendem a gerar uma resposta emocional forte em pessoas comuns. Essa categoria se diferencia das críticas comuns

¹³¹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

de “boa-fé” em razão da intenção de quem profere, além disso, em geral, devem ocorrer em interações cara-a-cara. Não se resume às ofensas baseadas nas características do ouvinte ou destinatário da mensagem, portanto, seria mais ampla e, ao mesmo tempo, mais específica que a noção atual de discurso de ódio. A decisão representou um paradigma na seara de liberdade de expressão, trazendo uma exceção que até o momento não foi formalmente revogada, conquanto bastante refinada.

Em *Terminiello v. Chicago* (1949)¹³² a Corte reduziu o âmbito de aplicação da categoria das “*fighting words*” ao conjugá-la com o teste do “Perigo Claro e Presente”. No caso em questão, cujos fatos ocorreram em 1946, ou seja, logo após o término da segunda guerra mundial, o padre católico, Arthur Terminiello, suspenso de suas de seu ministério por seu Bispo, falou para cerca de 800 pessoas em um auditório situado em um bairro com uma notável população judia. Em seu discurso proferiu ataques a negros, judeus, comunistas, ao presidente Roosevelt, entre outras ofensas.

Do lado de fora uma multidão ainda maior protestava contra a reunião dos “Veteranos Cristãos da América” na qual o padre discursava, inclusive atirando pedras e tijolos nas janelas do auditório. Algumas pessoas foram presas, e o Comitê das Liberdades Civis de Chicago (ACLU) ingressou com ação contra o padre por violar uma portaria local sobre perturbação da paz.

Quando impasse jurídico escalonou, a questão foi levada à Suprema Corte que deveria decidir sobre a constitucionalidade da norma e, por conseguinte, das falas inflamatórias do padre. Nesse caso a Corte se dividiu. Por 5x4, em parecer do *Justice* defensor de uma ampla proteção da Primeira Emenda, William O. Douglas, entenderam que a norma violava a Primeira Emenda por não existir nenhum perigo em concreto que justificasse a intervenção em um direito individual tão caro.

Na decisão, que não discutiu a conteúdo da fala do padre, a maioria compreendeu que a norma em questão restringia demais o discurso. Mesmo considerando, com base no caso *Chaplinsky*, que a Liberdade de Expressão não é absoluta, deveria ser protegida de censuras ou punições. Pontuando que:

¹³² *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949)

[...] **uma função da liberdade de expressão sob nosso sistema de governo é convidar a disputa.** Pode de fato servir melhor ao seu alto propósito quando induz uma condição de inquietação, cria insatisfação com as condições como elas são, ou até mesmo agita as pessoas à raiva. O discurso é muitas vezes provocativo e desafiador. Pode atingir preconceitos e pré-concepções e ter efeitos profundos e perturbadores à medida que pressiona pela aceitação de uma ideia. [...] a menos que demonstre ser capaz de produzir um perigo claro e presente de **um mal grave substantivo que muito acima do inconveniente público**, aborrecimento ou agitação (USA, 1949, p. 4, grifo e tradução nossa)

Entre os dissidentes, é notável o voto do *Justice* Robert H. Jackson, que destacou o fato de que o padre falou para uma multidão já alvoroçada, descrita como “muito próxima das dos fascistas”. Para ele, a Corte tinha errado ao interpretar que as tentativas de manter a ordem, como a norma de New Hampshire, são prejuízos à liberdade do cidadão, pois o contrário poderia ser uma completa anarquia. Uma vez que, a longo prazo, a liberdade de expressão poderia ser mais ameaçada se não houvesse a proteção contra “os abusos que levam à violência”. Para ele, a Corte corria o risco de transformar a Declaração de Direitos em um pacto suicida, caso não “temperasse sua lógica doutrinária com um pouco de sabedoria prática” (USA, 1949, p. 37).

Usando o mesmo padrão, a Corte decidiu em sentido contrário no caso *Feiner v. New York* (1951)¹³³. Em 1949, Irving Feiner, um estudante da Universidade de Syracuse, subiu em um caixote em uma esquina e, fazendo o uso de um autofalante ligado ao carro, discursou para uma multidão convidando os ouvintes a participar de uma reunião dos Jovens Progressistas da América que ocorreria no mesmo dia. Na ocasião receberiam uma figura controversa, o ex-advogado do departamento de Justiça que representava homens negros acusados injustamente de assassinato de um lojista em New Jersey.

Sua fala tinha um tom revoltoso, pois, supostamente, tentativas anteriores de reunião foram frustradas por razões políticas. Além disso, teria feito comentários em tom depreciativos ao presidente Harry Truman e convidava os negros a pegar em armas para se rebelarem contra os brancos. Parte do público endossou suas críticas, enquanto outra se sentiu incomodada. Ponto importante, foi o fato de que sua manifestação ocorria na calçada e quando a multidão se formou, os pedestres tinham que desviar passando pela rua o que atrapalhava um pouco o trânsito no local.

¹³³ *Feiner v. New York*, 240 U.S. 315 (1951).

Logo a polícia foi chamada e, após algum tempo de observação, solicitaram por três vezes que Feiner descesse da caixa e tentaram dispersar a multidão. As ordens policiais não foram atendidas, o que resultou na prisão do orador, com fiança estipulada em um valor alto para época (cerca de 1000 dólares). A acusação era de que Feiner violava o Código Penal de Nova York, incorrendo no tipo de conduta desordeira (seção 722), que inclusive previa a recusa da ordem de dispersão.

Em instância inicial, o juiz compreendeu que o direito de livre manifestação de Feiner foi violado pela aplicação da norma, a seu ver incompatível com a Primeira Emenda. Em sede de recurso a prisão de Feiner foi mantida. O caso seria importante para assegurar o direito de protesto, sendo levado até a Suprema Corte.

Ao contrário do que esperavam seus advogados, a Corte manteve a sua condenação, confirmando a constitucionalidade da norma de New York por seis votos a três. Fred Vinson, *Justice* que redigiu o voto da maioria, afirmando que não haveria incompatibilidade por não ter sido comprovado nenhum tipo de crítica baseada no conteúdo da fala de Feiner. Ao contrário, em tese, sua prisão e sua condenação se justificavam pela perturbação da ordem¹³⁴, visto que teria gerado certo tumulto e atrapalhado o trânsito, configurando o excesso passível de intervenção do Estado (USA, 1951, 320-321).

Em que pese a decisão, a dissidência do *Justice* Hugo Black é bastante citada. Em suma, Black destacou três pontos principais. Primeiro que, pelos fatos, a multidão parecia normal¹³⁵ (sem ameaça de motim, confusão)¹³⁶. Segundo, ainda que tenha havido tumulto, o dever das autoridades seria o de resguardar o orador da hostilidade do público, o que não teria ocorrido. Aparentemente, Feiner chegou a ser ameaçado por um dos ouvintes sem qualquer

¹³⁴ A Corte (maioria) fez referência a um julgamento anterior, *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296 (1940), sobre a ofensa de violação da paz que englobaria uma grande variedade de condutas destruindo ou ameaçando a ordem pública e a tranquilidade. Esse conceito de perturbação ou desordem englobaria não apenas atos violentos, mas atos e palavras tendentes a produzir violência a outros. “[...] Quando claro e presente o perigo de motim, desordem, interferência no trânsito nas vias públicas, ou outra ameaça imediata à segurança pública, paz ou ordem, aparece, o poder do Estado de prevenir ou punir”.

¹³⁵ Em nota de rodapé (2/2), *Justice* Black entendeu a reunião da multidão no local e horário em que Feiner se manifestou era recorrente na cidade, não sendo considerada ilegal, não cabendo qualquer discussão sobre o tumulto atrapalhar o tráfego de veículos e pedestres.

¹³⁶ Em nota de rodapé (2/5), Black destaca que as testemunhas juramentadas em nenhum momento afirmaram que Feiner convidou a audiência a pegar em armas, sendo este um elemento mais retórico do que factual: “Testemunhas confiáveis juraram que a declaração do peticionário era que seus ouvintes “poderiam se levantar e lutar por seus direitos indo de braços dados para o Hotel Syracuse, preto e branco, para ouvir John Rogge”.

ação da parte dos policiais. O terceiro e último aspecto era mais processual, Feiner não teria sido informado da razão de sua prisão.

Black é outro juiz conhecido por uma defesa quase irrestrita da liberdade de expressão, mais do que muitos de seus colegas defensores enfáticos da Primeira Emenda. Seu receio não era pela situação de Feiner, mas sim pelo precedente de silenciamento de falantes minoritários que o caso possibilitou, especialmente em relação ao direito de crítica às autoridades. Também citando *Cantwell v. Connecticut*, Black lamentou não ser capaz de convencer o restante da Corte em proteger o direito de Liberdade de Expressão:

"No reino da fé religiosa e no da crença política, surgem diferenças nítidas. Em ambos os campos, os princípios de um homem podem parecer o maior erro ao seu vizinho. Para persuadir os outros a seu próprio ponto de vista, o suplicante, como sabemos, às vezes, recorre ao exagero, à difamação de homens que foram ou são proeminentes na igreja ou no estado, e até mesmo a declarações falsas. [...], apesar de da probabilidade de excessos e abusos, essas liberdades são, a longo prazo, essenciais para a opinião esclarecida e a conduta correta por parte dos cidadãos de uma democracia" (USA, p. 1951, 329)¹³⁷

A manutenção da condenação de Feiner gerou sua expulsão da Universidade e acabou com suas pretensões de se tornar um advogado ativista pelos direitos civis. Além de estremecer a noção de que a restrição do discurso não se dá pelo conteúdo e sim por critérios unicamente objetivos, como a iminência de uma situação de violência, uma vez que as decisões *Terminiello* e *Feiner* se contradizem em termos de justificação.

“Difamação” contra grupos¹³⁸

As restrições aos discursos odiosos em geral tomam como referência os grupos alvos desses discursos, em regra, grupos tidos como vulneráveis ou minorias com base em raça, religião ou credo, origem e orientação sexual. Em *Beauharnais v. Illinois* (1952)¹³⁹, a Suprema Corte enfrenta parcialmente a questão. Joseph Beauharnais foi processado e multado com base

¹³⁷ Em referência *ipsis litteris* à decisão *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. 296, 310 U. S. 310.

¹³⁸ No original: *Group Libel*.

¹³⁹ *Beauharnais v. Illinois* (1952), volume 343 do *United States Reports*, página 250.

em uma norma do Código Penal do estado de Illinois¹⁴⁰ pela distribuição de panfletos do White Circle League of America, um grupo supremacista branco no qual era o líder local.

A norma estadual violada punia a fabricação ou divulgação de “imagens que retratem depravação, criminalidade ou falta de virtude de uma classe de cidadão, expondo cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião ao desprezo, escárnio ou que produza uma violação da paz” (USA, 1952, p. 251). Joseph alegou em juízo que a norma era vaga e feria sua Liberdade de Expressão com base na Primeira e Décima Quarta Emenda.

O panfleto associava pessoas negras a agressões, estupros, roubos, armas e drogas, convocando as pessoas de bem de Chicago a unirem-se contra tal ameaça, preservando e protegendo a vizinhança branca. Entre outras coisas afirmava que “se a persuasão e a necessidade de evitar que a raça branca se torne mestiça pelo negro não nos unirão, então as agressões... estupros, roubos, facas, armas e maconha do negro, certamente irão”. No panfleto havia um formulário para que os destinatários da mensagem se juntassem ao grupo (USA, 1952, p. 1952 – tradução nossa).

Em uma decisão apertada de 5x4, proferida pelo *Justice* Félix Frankfurter, a Corte entendeu que o discurso de Beauharnais seria o equivalente à calúnia e difamação, categorias de discurso desprotegidas e reguladas em todos os estados e distritos americanos (USA, 1952, p. 255). Frankfurter compreendeu que o caso em questão configuraria “difamação coletiva”.

Ninguém negará que é difamatório acusar alguém falsamente de ser um esturador, ladrão, portador de facas e armas e usuário de maconha. A questão precisa que se coloca diante de nós, portanto, é se a proteção da “liberdade” [...] impede o Estado de punir tais difamações dirigidas à coletividades designadas e flagrantemente disseminadas [...] se uma enunciado dirigido a um indivíduo pode ser objeto de sanções criminais, **não podemos negar ao Estado o poder de punir a mesma afirmação direcionada a um determinado grupo [...]**” (USA, 1952, p. 257-258)¹⁴¹.

¹⁴⁰ § 224-A da Divisão 1 do Código Penal de Illinois, Ill.Rev.Stat.1949, c. 38, § 471.

¹⁴¹ Trecho completo no idioma original: *No one will gainsay that it is libelous falsely to charge another with being a rapist, robber, carrier of knives and guns, and user of marijuana. The precise question before us, then, is whether the protection of "liberty" in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment prevents a State from punishing such libels directed at designated collectivities and flagrantly disseminated. There is even authority, however dubious, that such utterances were also crimes at common law. It is certainly clear that some American jurisdictions have sanctioned their punishment under ordinary criminal libel statutes. We cannot say, however, that the question is concluded by history and practice. But if an utterance directed at an individual may be the object of criminal sanctions, we cannot deny to a State power to punish the same utterance directed at a defined group unless we can say that this a willful and purposeless restriction unrelated to the peace and wellbeing of the State.*

Frankfurter entendeu que o discurso veiculado nos panfletos tinha claro tom provocativo, consistindo em uma forma de propaganda racial ou religiosa extrema e que tinha o objetivo de infligir forte efeito emocional, com potencial de incitar retaliações. Também fez remissão ao passado do Estado de Illinois com conhecido histórico de ódio racial, que justificam a existência da norma e que evitava alimentar revoltas que pudessem perturbar a paz social (USA, 1952, p. 261).

Também citando *Cantwell v. Connecticut*, Frankfurter entende que há categorias de discursos reconhecidamente desprotegidos, como o discurso obsceno, profano, calunioso, e as “*fighting words*”, em suas palavras, seriam “aquelas que, por sua própria expressão, infligem lesões ou tendem a incitar uma violação imediata da paz” (USA, 1952, p. 256). Essas e outras categorias também foram amplamente discutidas nos tribunais.

De toda forma, a decisão abre margem para um reconhecimento de grupos possíveis alvos do discurso, não sendo limitados aos integrantes desses grupos individualmente. Porém, ainda não significa uma proteção jurídica dos grupos vulneráveis como o faria uma legislação de discurso de ódio. A posição atual da Corte sobre o tema foi finalmente definida no paradigma que se segue.

O direito de externar o ódio à grupos raciais e defender condutas ilegais

O reconhecimento do discurso dirigido a grupos poderia significar um avanço para normas protetivas de grupos historicamente vulnerabilizados. Entretanto, apesar de não ter sido expressamente revogado, o padrão anterior perdeu muito de sua eficácia com o caso *Brandenburg v. Ohio* (1969)¹⁴². Este caso é considerado o principal paradigma no que se refere aos discursos de ódio. Em sua decisão, a Corte estabeleceu o padrão que inclui a **probabilidade** de um imediato resultado físico danoso ou violento como requisito para proibição dessa categoria de discurso extremo.

¹⁴² *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Na década de 50 a Ku Klux Klan entrou em sua terceira onda¹⁴³. A “seita” havia atingido seu pico na década de 1960 com cerca de 17.000 membros, período em que já era bastante conhecida por seus discursos e crimes de ódio e tinham a pretensão de se expandir. Com esse intuito, Clarence Brandenburg, líder de uma divisão da KKK em Ohio, convidou um representante da mídia local para televisionar partes de uma reunião na zona rural do Estado, em 28 de junho de 1964.

Na ocasião, Brandenburg fez um discurso afirmando que não se tratava de uma organização vingativa, mas lamentava o "destino da raça caucasiana" nas mãos do governo. Também fez declarações antissemitas e contra afro-americanos, fazendo alusão à "possibilidade de vingança caso o governo continue a suprimir a raça branca e caucasiana", em tom depreciativo aos judeus e negros. Na oportunidade, divulgou uma marcha que ocorreria em Washington D.C., no Dia da Independência (USA, 1969, p. 446).

Em outro trecho o acusado aparecia dizendo “Pessoalmente, acredito que o negro deve ser devolvido à África, o judeu retornar a Israel” (USA, 1969, p. 447), "Isso é o que vamos fazer com os negros", "liberdade para os brancos" "enterrem os negros..." (USA, 1969, p. 449 – nota de rodapé). Diversos trechos de suas falas foram transmitidos, mas nem todos compreensíveis, juntamente com as imagens da reunião cheia de simbolismo que tinham a intenção de infligir terror nos seus alvos: 12 homens encapuzados, portando armas e queimando uma cruz (USA, 1969, p. 445).

Brandenburg foi condenado por infringir uma norma penal de Ohio¹⁴⁴ que "estabelecia como ilegal a defesa de crime, sabotagem, violência ou métodos ilegais de terrorismo como meio de realizar reformas industriais ou políticas", bem como reunir "com qualquer sociedade, grupo ou assembleia de pessoas formadas para ensinar ou defender as

¹⁴³ De acordo com o levantamento feito pelo Southern Poverty Law Center (2011, p. 23-25) após o período de perseguição a negros no pós-abolição, a Klan se dissolveu, voltando às atividades em 1915 como uma sociedade fraternal e patriótica. Essa retomada costuma ser associada ao lançamento do filme *Birth of a Nation*, que teria influenciado até mesmo alguns simbolismos adotados desde então, como a queima de cruzes. Os ideais tinham cunho patriótico e a KKK ganhou facetas anticomunistas na década de 30. Em 1940 a Klan se encontrou sob a influência do regime nazista alemão, além do ideal de pureza da raça ariana, os integrantes também simpatizavam com a perseguição aos comunistas e judeus. Em 1946, após a 2ª Guerra Mundial, a seita assume uma faceta de combatente às pretensões de avanço dos movimentos de Direitos Civis, principalmente após a derrubada de *Plessy v. Ferguson* (1896) por *Brown v. Board of Education* (1954). Para mais detalhes sobre a Klan, indica-se o compilado feito pelo projeto *Klanwatch* do Southern Poverty Law Center (2011).

¹⁴⁴ Ohio's Criminal Syndicalism Statute, promulgado em 1919, em anos próximos mais de 20 estados e território possuíam normas semelhantes, logo, o tema já era de interesse nacional há anos.

doutrinas do sindicalismo criminoso. Ele foi multado e condenado a 10 anos de prisão (USA, 1969, p. 445).

Brandenburg recorreu com o apoio da União Americana das Liberdade Cívica (ACLU), até à Suprema Corte que de forma unânime, entendeu que a norma de Ohio era demasiadamente ampla, punindo a “mera advocacia” e “proibindo a reunião” para a defesa de suas ideias e ações (USA, 1969, p. 449). Consequentemente, a norma era inconstitucional por violar o direito à Liberdade de Expressão de Brandenburg e, indiretamente, da Klan. A decisão, assinada como *per curiam*¹⁴⁵, se baseou nos precedentes que estabeleceram e reforçaram o padrão do perigo claro e presente¹⁴⁶, considerando que (1) a fala pode ser proibida se for dirigida a incitar ou produzi ação ilegal iminente, mas sendo necessário a (2) **probabilidade** que “incite ou produza tal ação”. Em suma, não haveria perigo concreto de ação ilegal iminente, apenas a defesa de uma ideologia ou doutrinas, o que estaria dentro dos limites constitucionais estabelecidos pelos Autores na Primeira Emenda. Este padrão ficou conhecido como “Teste de Brundenburg” ou “*imminent lawless action test*” (teste da ação ilegal iminente).

Essas decisões posteriores criaram o princípio de que as garantias constitucionais da liberdade de expressão e da imprensa livre não permitem que um Estado proíba ou proscra a advocacia do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal defesa é direcionada para incitar ou produzir ação ilegal iminente e é **provável (susctível)** que incite ou produza tal ação (USA, 1969, p. 447 - grifo e tradução nossas)¹⁴⁷

Embora a Corte tenha votado no mesmo sentido, alguns votos concorrentes trouxeram suas próprias justificativas, destacando-se a ressalva do William O. Justice Douglas acompanhada pelo Justice Black. Em seu argumento, questionou o uso do teste do perigo claro e presente em julgados anteriores, como a perseguição aos comunistas ativistas no período de guerras que resultou em supressão e punição de discursos dissidentes. Também, fez uma distinção entre ação e discurso, buscando demonstrar o porquê seria difícil separar ideias de atos para fins e regulação, conforme se denota:

¹⁴⁵ Emitida de modo unânime e em conjunto pela Corte.

¹⁴⁶ Como os já trabalhados *Whitney v. California* e *Dennis v. United States*.

¹⁴⁷ No original: “*These later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*”.

A ação é muitas vezes um método de expressão, e dentro da proteção da Primeira Emenda.

Suponha que alguém rasgue sua própria cópia da Constituição em protesto eloquente a uma decisão desta Corte. Ele pode ser indiciado? (USA, 1969, p. 454 – tradução nossa)¹⁴⁸

[...]

A linha entre o que é permitido e não está sujeito a controle e o que pode ser inadmissível e sujeito à regulação é **a linha entre ideias e atos manifestos**.

O exemplo geralmente dado por aqueles que puniriam o discurso é o caso de quem falsamente grita **fogo** em um teatro lotado.

Este é, no entanto, um caso clássico onde o discurso é combinado com a ação. Eles são de fato inseparáveis, e um processo pode ser instaurado pelos atos evidentes realmente causados. **Além de raros casos** desse tipo, **o discurso é, eu acho, imune à acusação**. Certamente **não há linha constitucional entre a defesa de ideias abstratas**, [...], **e a defesa da ação política**, [...]. A qualidade da advocacia se volta para a profundidade da convicção, **e o governo não tem poder para invadir esse santuário de crença e consciência** (USA, 1969, p. 456-457 – tradução e grifos nossos)¹⁴⁹.

Com a decisão deste caso, a Corte caminhou no sentido do “máximo discurso possível” contido no ideal de “livre mercado de ideias”. Embora seja anacrônico pensar o caso como uma decisão que permita “*hate speech*”, uma vez que essa categoria sequer era difundida naquele momento, este julgado representou um paradigma no que se convencionou como “discurso de ódio racial” décadas mais tarde. O cerne do critério deixou de ser a possibilidade de um discurso causar danos para ser a incitação às ações ilegais com chances reais (concreta e imediatas) de causar algum dano ou violência física. Esse teste dificultou a edição de normas protetivas aos grupos vulneráveis aos discursos (e ações) de ódio direcionado, quase sempre invalidadas por serem amplas demais ou se basearem no conteúdo.

Cabe ainda destacar que em todos os casos analisados a lide se dava em face do Estado ou de agente em representação do Poder Público. Essa limitação decorre da garantia da Primeira Emenda que se destina apenas a vedar a interferência desarrazoada ou os abusos do

¹⁴⁸ No original: *Action is often a method of expression, and within the protection of the First Amendment. Suppose one tears up his own copy of the Constitution in eloquent protest to a decision of this Court. May he be indicted?*

¹⁴⁹ No original: *The line between what is permissible and not subject to control and what may be made impermissible and subject to regulation is the line between ideas and overt acts. The example usually given by those who would punish speech is the case of one who falsely shouts fire in a crowded theatre. This is, however, a classic case where speech is brigaded with action. [...]. They are indeed inseparable, and a prosecution can be launched for the overt acts actually caused. Apart from rare instances of that kind, speech is, I think, immune from prosecution. Certainly there is no constitutional line between advocacy of abstract ideas, as in *Yates*, and advocacy of political action, as in *Scales*. The quality of advocacy turns on the depth of the conviction, and government has no power to invade that sanctuary of belief and conscience.*

Governo. Essa doutrina é denominada *State Action Doctrine*, que restringe a Cláusula de Liberdade de Expressão sob a Primeira Emenda às atuações estatais¹⁵⁰.

Dessa forma, é possível manter a afirmação de que, juridicamente, os Estados Unidos não possuem uma liberdade de expressão irrestrita. Este estudo trabalha com essa perspectiva de que os EUA de fato são um país permissivo em termos de liberdade de expressão, mas não de forma tão ampla como se tende a crer. A regra é que todo discurso é protegido com base na Primeira Emenda, pois ela, em si mesma, não contém limitação de nenhuma categoria de fala e veda o Congresso de legislar restringido a Liberdade de Expressão.

Existem, ainda, categorias de discursos altamente protegidos, que exigem que o governo cumpra um alto padrão em caso de uma eventual regulação. Isso inclui discursos individuais ou coletivos, por diversos meios (presenciais, *online*, gestuais, simbólicos) que configurem valores centrais para a democracia, seriam aqueles destinados a fins políticos ou ideológicos, educacionais e religiosos¹⁵¹. Por outro lado, ao longo de sua história, a Corte tem reconhecido discursos fora do âmbito de proteção da Primeira Emenda, conhecidos como “*unprotected speech*” ou discurso restrito. Uma dessas subcategorias de discursos desprotegidos são as “*fighting words*”, afirmadas no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), falas que tendem a incitar a violência no destinatário ou ouvinte em um embate presencial podem ser restringidas pelo Governo. Outra exceção é a difamação¹⁵², entendida como uma afirmação falsa que prejudica a reputação do indivíduo, não somente uma opinião ou um insulto simples. A categoria definida como “*Incitement*” (incitação), é destinada às ações iminentemente ilegais e prováveis de serem realizadas, definida pelo critério do Teste de *Brandenburg*¹⁵³. São categorias que se aproximam do conceito popular de discursos de ódio.

¹⁵⁰ Essa doutrina se estabelece ao longo de vários casos, um dos mais importantes foi *Marsh v. Alabama* (1945). Neste caso, a Suprema Corte, por 5 votos a 3, em decisão redigida por de Hugo Black, somente aplicou o direito de liberdade de expressão e liberdade religiosa para decidir contra uma cidade de uma empresa privada porque essa funcionava como uma cidade pública. Outro caso paradigmático sobre o mesmo assunto foi O Caso dos Direitos Civis (1883), mencionado no capítulo anterior.

¹⁵¹ Construção por meio de diversos casos, como *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609, 622 (1984) que trata do direito de associação e *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), que trata da liberdade religiosas.

¹⁵² Afirmada pela decisão a nível constitucional no caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) e reafirmada de modo específico no caso *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966). A difamação escrita é considerada “*libel*”, enquanto a difamação oral é qualificada como “*slander*”, sendo a primeira categoria, geralmente, tratada como mais grave por se propagar pelo tempo. Embora a Corte não proíba declarações falsas ofensivas, se for comprovada malícia real e a intenção clara do autor de prejudicar o alvo da mensagem, causando danos à sua reputação, há passível de responsabilização civil (e, eventualmente, criminal, nos mesmos termos).

¹⁵³ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

Existem ainda outras categorias constantemente consideradas desprotegidas sob a Primeira Emenda, como a obscenidade¹⁵⁴, o assédio¹⁵⁵, as ameaças que possam ser consideradas verdadeiras¹⁵⁶, direitos autorais¹⁵⁷, crimes envolvendo o discurso¹⁵⁸ e a pornografia infantil¹⁵⁹. Sob critérios menos rígidos existem outras categorias passíveis de regulação, como o discurso comercial¹⁶⁰ e o discurso do empregado público¹⁶¹.

Nenhuma das categorias analisadas protege integralmente os discursos de ódio como uma categoria jurídica própria. Por isso, não é simples assumir uma conceituação jurídica para o termo. Ao contrário, a maioria das situações entendidas como *hate speech* pela opinião pública ou por ativistas dos direitos civis são considerados como um discurso dentro do círculo de proteção da Liberdade de Expressão. Essa afirmação se sustenta pelo levantamento do histórico de mudanças nos padrões de interpretação da Primeira Emenda ao longo das décadas, desde a importação do “teste de má tendência” até o “teste de Brandenburg”.

Os casos paradigmáticos apresentados demonstram certa oscilação entre a censura de discursos politicamente dissidentes e a permissividade dos discursos nocivos contra indivíduos ou grupos historicamente vulnerabilizados. Mas, independentemente dessa

¹⁵⁴ Reconhecido como discurso desprotegido no caso *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973). No caso, a Corte decidiu, por 5 votos a 4, pela modificação de padrões anteriores para exigir o preenchimento de três requisitos: 1) se uma pessoa comum, aplicando padrões comunitários locais e contemporâneos – não necessariamente nacionais, entenderia o trabalho, em todo ou em parte apela para o interesse lascivo; 2) se o trabalho retrata ou descreve, de forma claramente ofensiva, a conduta sexual especificamente definida pela lei estatal aplicável; e 3) Se tomado como um todo, o material carece de valor literário, artístico, científico ou político, sendo este último o padrão mais objetivo. O “Miller Test”, como ficou conhecido pelo voto da maioria, representada pelo voto do *Chief-Justice* Warren, tornou desnecessária a exigência de que a obra careça totalmente de valor social, e abriu margem para uma regulação variada entre os estados de acordo com seus valores.

¹⁵⁵ Afirmado em *Davis v. Monroe County Board of Education* (1999).

¹⁵⁶ Afirmado em *Watts v. Estados Unidos*, 394 U.S. 705 (1969), Declarações destinadas à ameaça ou intimidação que demonstrem intenção de prejudicar seriamente pessoas específicas não estão protegidas sob a Primeira Emenda. Vários casos são usados como referência, embora nenhum teste em específico delimite as limitações deste conceito.

¹⁵⁷ Discursos de autoria de outrem estão protegidos contra plágio ou uso não autorizado.

¹⁵⁸ Tais como perjúrio, chantagem e assédio, constituem crimes em si mesmo, mas entram na categoria de discursos desprotegidos por envolver a fala (ou o discurso, de modo mais abrangente).

¹⁵⁹ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 764 (1982). Por maioria, a Corte entendeu que casos de pornografia infantil não deviam ser julgados pelos critérios de obscenidade, pois exploração infantil seria tão ultrajante que deveria ser analisada em separado. A proibição se justificaria pelo dano excessivo à criança em razão da circulação do conteúdo, mas deveria ser especificado limite de idade.

¹⁶⁰ A decisão em *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980), por maioria estabeleceu um teste para determinar quando o discurso comercial não é protegida exigindo, entre outros, que: a comunicação seja destinada a enganar o público, que o Estado demonstre interesse em fazê-lo e este era o meio menos gravoso. Os critérios têm sido modificados e são alvos de duras críticas, sendo uma categoria com critérios em desenvolvimento.

¹⁶¹ Afirmado em *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, 417 (2006). Trata-se de uma categoria relativamente restrita: a depender das funções o discurso de funcionários públicos podem ser restringidos, pois falar como um funcionário em exercício é diferente de falar como um cidadão em razão do interesse público. O setor privado, naturalmente, também pode limitar o discurso de seus funcionários.

percepção, a posição americana quanto ao tema e os argumentos utilizados em cada um dos casos citados frequentemente são importados pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro como se demonstra no item a seguir.

3.3.2. O desenvolvimento das limitações do Discurso de ódio no Brasil

Enquanto nos Estados Unidos vige uma liberdade ampla de proferir discursos de ódio, embora, como procurou se demonstrar, não completamente irrestrita. No Brasil o cenário é quase o inverso. Não existe ainda um número considerável de casos no Supremo Tribunal Federal sobre o problema dos discursos de ódio, em razão da recente Ordem Constitucional e de certos limites pré-estabelecidos no texto constitucional e em normas infraconstitucionais, como o Código Penal.

Ademais, o principal paradigma brasileiro vai em sentido oposto ao da Constituição americana. No caso *Ellwanger*¹⁶², julgado em 2003 e publicado em 2004 o STF definiu que a liberdade de expressão pode ser limitada em caso de expressões de racismo e antissemitismo. E ainda que no caso *Enem* (2017)¹⁶³ tenha, aparentemente, oscilado, decisões recentes demonstram a tendência protetiva da Corte.

Em 1987, Siegfried Ellwanger Castan (1928 – 2010), proprietário da Revisão Editorada, publicava materiais de cunho negacionista. Na ocasião, publicou o livro “Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”, assinando como “S. E. Castan”. O livro afirmava que diversas mazelas e violências verificadas durante o nazismo na Alemanha não teriam existido, como os campos de concentração e extermínio, que em verdade teriam sido, no máximo, campos de trabalhos forçados.

¹⁶² Habeas Corpus 82.424.4/RS, sob relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 17 de setembro de 2003, publicado no Diário da Justiça em 19 de março de 2004. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424, Rs - Rio Grande do Sul. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Diário de Justiça. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 20 jul. 2022.

¹⁶³ Medida Cautelar na Suspensão Liminar nº 1127/DF, indeferida em decisão Monocrática da Ministra Presidente, Carmén Lúcia em 4 de novembro de 2017.

O editor foi denunciado pela prática de crime de racismo com base no art. 20 da Lei 7.716/1989¹⁶⁴, em razão do teor antissemita do livro. Em primeira instância, na 8ª vara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), em Porto Alegre, Ellwanger foi absolvido (1995), mas em sede de recurso para a 3ª Câmara Criminal do TJRS foi condenado a dois anos de reclusão com possibilidade de suspensão da pena (1996). A 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça indeferiu o Habeas Corpus, e o caso chegou ao STF por meio do HC nº 82.424-2 impetrado em 2002, com relatoria do então Ministro Moreira Alves, em favor do Ellwanger.

Por 8 votos a três, a maioria decidiu pela não concessão do Habeas Corpus. Foram contrários à concessão os Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. A favor, o relator, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto. Cabe ressaltar brevemente os argumentos utilizados.

Maurício Côrrea argumentou que apesar de ter sido superada a ideia de divisão racial da sociedade em termos biológicos, o conceito social permanece, existindo, portanto, a prática de racismo, em que incidu a conduta de Ellwanger. Carlos Veloso e Cezar Peluso entenderam que o conteúdo do livro era notadamente racista por difundir ideologia antissemita. Entre os argumentos trazidos por Nelson Jobim, destaca-se seu argumento sobre a incompatibilidade de delitos de motivados por ódio contra grupos e o primado democrático e constitucional:

A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra homossexuais, devem, ou não, ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva? Por óbvio, **o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é condição para a**

¹⁶⁴ Transcrição do art. 20 da Lei 7.716/89: Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

democracia e o objetivo da liberdade de opinião. **As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião.** Não visam contribuir para nenhuma deliberação, **não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática.** Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. o objetivo seguramente é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. **Quer, isto sim, impor condutas antiigualitárias** de extermínio, de ódio e de linchamento; **desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre;** a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. A Constituição não legitima a tolerância com aqueles que querem a produção de condutas contrárias ao princípio da igualdade (p. 973-974, grifo nosso).

Celso de Mello argumentou que a prática de racismo fere o princípio de Dignidade da Pessoa Humana. Fez uma defesa da Liberdade de Expressão nos termos da Constituição de 1988, mas ressaltou seu caráter não absoluto, que permite reação por parte do Poder Público, embora seja vedada restrição prévia, cabendo ao Estado agir “sempre *‘a posteriori’*”, caso contrário não seria possível punir calúnia e difamação (p. 928-929). Na oportunidade, citou os argumentos de Wendell Holmes em Schenck, pontuando que sob a critério do *clear and presente danger* o caso em questão, ao “incitar ódio contra o povo hebreu” configuraria um abuso no exercício do direito (p. 929-930).

Ellen Gracie rebateu a argumentação da defesa que alegou a inexistência de divisão de raças. A Ministra Destacou que, em que pese a inexistência de raças humanas diferentes na atualidade em termos científicos, o preconceito a que se refere a Constituição faz menção ao sentido social e ideológico, relativo ao “menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade” (p. 752-753). O Ministro Carlos Ayres Britto se valeu do argumento da irretroatividade da lei penal, uma vez que não seria razoável reconhecer a prática do delito porque o crime teria sido cometido após a edição da Lei Caó.

Gilmar Medes utilizou a teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy para fundamentar seu voto. Para ele haveria colisão entre direitos fundamentais, quais sejam, a Liberdade de Expressão do editor em face da Dignidade da Pessoa Humana dos judeus. Utilizando-se da técnica da ponderação de valores, entendeu que a discriminação racial por via da liberdade de expressão fere o princípio da igualdade que também é basilar ao sistema democrático (p. 958). Mendes, cita a jurisprudência americana, como *Terminiello v. Chicago* e *Schenk v. United States* (p. 962). Finaliza com a afirmação de que a compreensão dos direitos

fundamentais no Brasil não se assenta apenas no prisma liberal, portanto não se justificaria a permissão de “manifestações antissemitas tão intensas” (p. 971).

Todos os argumentos trazidos por Gilmar Mendes estão em plena consonância com o que a doutrina vem compreendendo desde então, mas cumpre ressaltar que o Ministro já reconhecia que aquela era uma discussão que passava pelo tema de “discurso de ódio”, que por sua vez é um conceito desenvolvido, inicialmente, para tratar da discriminação racial por via discursiva, em que pese não se restringir à raça:

Tal como já observado, não se desconhece, porém, que, **nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do "hate speech"**. Ressalte-se, porém, que o "hate speech" não tem como objetivo exclusivo a questão racial (p. 956 – grifo do texto original).

A favor, o relator Ministro Moreira Alves argumentou que o caso não se configurava como crime de racismo, por não serem os judeus entendidos como uma raça, além de entender que apenas existe a raça humana (*Homo Sapiens*), e ainda, por ter ocorrido a prescrição da pretensão punitiva (p. 544-545). Chama atenção um trecho em específico de seu voto que ao argumentar contra a divisão de seres humanos por raça, em caráter, a prima facie “antirracista”, demonstra pouco conhecimento sobre temas raciais:

nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de **igual** dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas **pelo vínculo comum** que nos projeta, **em unidade solidária**, na dimensão incindível. do gênero humano.

Marco Aurélio fundamentou seu argumento inteiramente na Liberdade de Expressão. Fez referência à Primeira Emenda americana e à Declaração francesa de Direitos do Homem, também citou o ato de Ruy Barbosa de tentar apagar o passado escravocrata brasileiro (p. 867-868). Mencionou, ainda, questões abordadas no curso deste trabalho, como a superação da ditadura militar e o princípio democrático presente na Constituição de 1988 e expresso, dentre outros direitos, na proteção á Liberdade de Expressão (p. 871-873).

Apesar de o caso não estabelecer um critério objetivo de interpretação, ainda é considerado o grande paradigma para casos de discurso de ódio e liberdade de expressão. Algumas interpretações firmadas na decisão prevalecem até hoje, como o entendimento majoritário de que os Direitos Fundamentais não são absolutos e de que é caso de colisão de princípios a solução é encontrada por meio de sopesamento de valores. Além de elucidações importantes no campo da teoria constitucional e primados democráticos.

Seria inviável aqui esmiuçar todos os detalhes da decisão, que possui ao todo 488 páginas, o que já difere o modo de julgar do STF para a Suprema Corte, que em *Brandenburg v. Ohio* (1969) teve ao todo 13 páginas com as notas de rodapé. Isso se deve ao fato de que no Brasil os Ministros escrevem e detalham seus votos, frequentemente retomando à teoria constitucional, fazendo remissão à doutrina e a julgados estrangeiros, quase sempre americanos, europeus ou da seara direito internacional dos direitos humanos.

Mesmo com a relevância desta decisão para os estudos de discurso de ódio e o esforço em coibir o racismo, não é possível afirmar que houve uma significativa diferença em termos de proteção para os grupos vulneráveis, inclusas as populações racializadas. Os problemas relativos à efetividade são de diversas ordens, conforme procurará se demonstrar no capítulo seguinte, porém, a priori, nota-se certa tendência de divergência nos julgados da Suprema Corte, a despeito das referências feitas ao longo da decisão. Ainda assim, parece claro que o STF ainda está formulando suas bases e tentando estabelecer os contornos do direito à Liberdade de Expressão de modo equilibrado com os demais Direitos Fundamentais, demonstrando na prática, certa oscilação em suas posições.

Em 2017, entretanto, a Corte brasileira caminhou no sentido de conceder maior amplitude para a Liberdade de Expressão, ainda que potencialmente abra margem para discursos odiosos. Trata-se da decisão que ficou conhecida como “**Caso Enem**”, se refere a uma Medida Cautelar na Suspensão Liminar nº 1127/DF (2017). No caso, o Ministério Público Federal, requereu a suspensão da decisão liminar proferida pelo Tribunal Regional Federal no Agravo de Instrumento de nº 0072805-24.2016.4.01.0000. A liminar requeria a suspensão da eficácia do item 14.9.7 do edital do Exame Nacional do Ensino Médio do ano de 2017.

Como é sabido o Enem é o principal exame de avaliação do desempenho dos estudantes do Ensino Médio (EM) promovido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação. É uma prova padronizada, semelhante ao SAT realizado nos Estados Unidos. Entre

seus objetivos figuram a formação de parâmetros para aperfeiçoamento do currículo do EM e servir parâmetro principal, alternativo ou complementar para admissão no Ensino Superior, bem como possibilitar o acesso a financiamentos estudantis, entre outras funções estabelecidas no item dois do Edital de 2022.

Em 2017 a organização de cunho conservador denominada “Escola Sem Partido”, ingressou com Ação Civil Pública, em face das diretrizes do INEP sobre a prova que ocorreria nos dias 05 e 12 de novembro de 2017. A Ação, que continha pedido liminar, visava a declaração de nulidade da regra presente no item 14.9.4¹⁶⁵, que atribuía nota zero à redação que desrespeitasse direitos humanos, caso em que seria anulada. A causa de pedir se fundava no direito à Liberdade de Expressão dos candidatos, que poderiam ser privados de entrar em uma instituição de Ensino Superior por manifestar opinião que “venha a ser considerada radical, não civilizada, preconceituosa, racista, desrespeitosa, polêmica, intolerante ou politicamente incorreta” (p. 2).

Mas a liminar foi considerada indeferida pelo juiz de primeira instância, o que motivou a interposição do recurso interlocutório, Agravo de Instrumento nº 0072805-24.2016.4.01.0000, contra o indeferimento. O provimento do recurso em questão foi aceito pela 5ª Turma da Primeira Região do TRF no final de outubro daquele ano, cerca de semana antes da realização da primeira parte da prova. Sendo assim, a Procuradoria Geral da República requereu a Suspensão da Liminar ao STF, alegando que em razão do pouco tempo para a prova, a aplicação da liminar, alterando o edital, poderia trazer insegurança jurídica aos candidatos, em razão do “risco de lesão à ordem pública e o interesse público (da coletividade) em ver aplicada a regra que é reflexo da atuação do Estado na promoção de valores constitucionais” (p. 4)¹⁶⁶.

Em decisão monocrática, proferida pela então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, em 4/11/2017, o pedido foi indeferido, mantendo assim, os efeitos de Suspensão do referido item. Entre os argumentos, algumas questões processuais foram decisivas, como a falta do inteiro teor das decisões anteriores, o que não favoreceu a análise do mérito. Com base nas alegações levantadas, a Ministra não verificou prejuízo à segurança jurídica, ao contrário, vislumbrou uma ampliação na garantia ao exercício da

¹⁶⁵ Trecho extraído do edital 14.9 Será atribuída nota 0 (zero) à redação: [...], 14.9.4 que apresente impropérios, desenhos e outras formas propositais de anulação, bem como que desrespeite os direitos humanos, que será considerada "Anulada".

¹⁶⁶ Argumento do MP extraído do relatório da SL, por não ter sido possível acessar os autos em questão.

liberdade de expressão e opinião. Para a Ministra, o desrespeito aos direitos humanos ocorreria com a “mordada prévia” do candidato (p. 8-9).

A decisão é curta em relação às demais da Corte, ao todo, 11 páginas, mas é possível extrair que o ponto central da fundamentação da decisão é a amplitude do dispositivo:

14. Sem desconhecer que a) **a coexistência das normas constitucionais relativas à liberdade de expressão e manifestação do pensamento vincula-se aos demais direitos fundamentais**, determinando sejam interpretados de modo a torná-los harmoniosos em seus efeitos, e b) também **sendo certo que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal assentou não terem os direitos e as garantias individuais caráter absoluto**, neste exame preliminar e urgente, **tenho que, como posta a regra questionada do Edital do Enem, tem-se o aniquilamento de direitos fundamentais, não a busca de sua conjugação coerente e harmoniosa.**

No caso em análise, apesar de **a norma editalícia** objeto de discussão destinar-se a combater o que seria mau exercício da liberdade de manifestação do pensamento pelo candidato, **parece ter-se ablação abstrata e genérica desse direito.**

[...]

Mas **não se combate a intolerância social com maior intolerância estatal** (p. 9 – grifo nosso).

A decisão da Min não analisou o mérito, logo não se consubstancia em decisão definitiva. Entretanto, no ano subsequente a exigência de respeito aos direitos humanos sob pena de anulação da redação foi suprimida. Demonstrando uma posição mais liberal da Corte, ou ao menos, da Ministra Presidente, Cármen Lúcia, possibilitando redações com discursos extremos. Ainda que o texto fira direitos humanos, sendo plausível crer que a depender do discurso de ódio escrito, desde que não desrespeite outras regras passíveis de anulação, como desconexão ao tema proposto, não acarretará nenhum prejuízo para o candidato que, quase sempre, possui o objetivo de ingressar em uma Universidade Federal, financiada pelo Estado. Pode-se questionar, portanto, se em certa medida, a decisão de fato não legitimaria discursos de ódio nessas condições, o que iria de encontro aos argumentos trazido no caso Ellwanger.

Cabe mencionar, ainda, dois casos recentes pertinentes para os contornos interpretativos que a liberdade de manifestação do pensamento assume no Brasil quanto ao tema dos “discursos de ódio”. O primeiro deles é o julgamento conjunto de 2019 da ADO 26 – DF e do MI 4733 – DF, que equiparou os delitos de homofobia e transfobia ao crime de racismo previsto na Lei 7716/1989. Dada a sua relevância para os propósitos desta pesquisa, este julgamento será abordado na seção seguinte. Contudo, há o julgamento do **Deputado Daniel Silveira (2021)** que merece ser mencionado, embora o caso ainda esteja em discussão.

A importância do caso se deve ao cenário de balanços das instituições democráticas que pode ser observado, pelo menos, desde as manifestações que tomaram o Brasil em junho de 2013, seguido do processo de impeachment da ex-presidenta Dilma Rousseff (2011-2014 e 2015-2016) e eleição do governo liberal-conservador de Jair Messias Bolsonaro (2019-2022). O período de turbulência política está sendo estudado por especialistas e não se pretende aqui estabelecer uma narrativa em específica dos fatos, pela impossibilidade de sintetizá-los sem perder as nuances inerentes às matérias políticas.

Ainda assim, cabe o esclarecimento inicial, de que parte do movimento da nova direita que despontou no período mencionado dirige enfáticas críticas públicas ao Supremo Tribunal Federal como instituição e a alguns Ministros de forma específica. Neste cenário, o deputado democraticamente eleito pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), Daniel Lúcio Silveira, foi acusado de participar de atos antidemocráticos no ano de 2020, que pugnavam pelo fechamento do STF e do Congresso Federal.

Em específico, no decorrer das investigações, o deputado passou a fazer acusações, ofensas e ameaças aos Ministros do STF em vídeo (ao vivo e gravados). Como observado, além das agressões verbais direcionadas aos onze Ministros de modo geral, em particular aos Ministros Edson Fachin e Alexandre de Moraes, relator do inquérito que apurava suas condutas, Silveira também fazia referência aos Atos Institucionais do período ditatorial, proferia ofensas variadas a outros políticos e ex-presidentes e incitava a população a invadir o STF e praticar violência contra os Ministros, conforme demonstram as transcrições presente no relatório (p. 2-23). O caso envolve questões que estão além do objeto deste trabalho, como questões de cunho penal, processual penal e eleitoral. Ainda importa para temas sensíveis como a separação de poderes, visto que o deputado teria direito à imunidade parlamentar nos termos do art. 53 da CRFB/88¹⁶⁷. Tais detalhes não serão aqui esmiuçados, visto que até o momento são alvos de controvérsia.

¹⁶⁷ O centro da controvérsia quanto à imunidade material do deputado reside na interpretação do “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. A interpretação majoritária sobre o tema, contempla a inviolabilidade da prerrogativa como relativa ao cargo e não à pessoa que o exerce. Portanto, para estar resguardado pelo art. 53 é preciso comprovar o vínculo do discurso empregado o papel que desempenha como deputado federal. Entendendo de forma diversa ao que alegou a defesa, o plenário do STF consignou no item 5 da Emenda que “A garantia constitucional da imunidade parlamentar material somente incide no caso de as manifestações guardarem conexão com o desempenho da função legislativa ou que sejam proferidas em razão desta, não sendo possível utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas” (p. 2).

Levando em consideração apenas a argumentação jurídica acerca da Liberdade de Expressão, presente no acórdão e votos da Ação Penal 1044/DF, julgada pelo plenário do STF em 20/04/2022¹⁶⁸, cabe destacar o argumento já presente na Ementa, que pode firmar a posição brasileira. Em seu item 4 (p. 2) a Corte estabeleceu que a liberdade de expressão não permite a propagação de discursos de ódio e ideias contrárias à Ordem Constitucional e ao Estado de Direito, mencionado o caráter não absoluto dos Direitos Fundamentais. Para evitar repetições de argumentos já trabalhados neste capítulo, apenas trarei o argumento do Ministro Alexandre de Moraes:

Dessa maneira, tanto **são inconstitucionais as condutas** e manifestações que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao **regime democrático**; quanto aquelas **que pretendam destruí-lo, juntamente com suas instituições republicanas; pregando a violência, o arbítrio, o desrespeito à Separação de Poderes e aos direitos fundamentais**, em suma, **pleiteando a tirania, o arbítrio, a violência e a quebra dos princípios republicanos**, como se verifica pelas manifestações criminosas e inconsequentes do réu DANIEL SILVEIRA (p. 78 – grifo nosso).

No mesmo sentido, Rosa Weber entendeu que a importância do julgamento em questão ia além da figura dos próprios Ministros, afetava o próprio Estado Democrático de Direito. Citando John Stuart Mill e o livre mercado de ideias primado pela Suprema Corte americana em *Schenk v. United States*, a Ministra afirmou que “no livre mercado de ideias [...] alguns conteúdos simplesmente não podem ser negociados” (p. 248-249). Bem como fez referência ao caso *Brandenburg v. Ohio*, afirmando que o caso em questão excederia o “círculo protetivo edificado pela garantia constitucional da liberdade de expressão para adentrar no campo da delinquência penal” (p. 301).

Para evitar estender por demasia esta análise que não se pretende exaustiva, mas sim, exemplificativa, cabe mencionar que em seu voto, Gilmar Mendes também fez referência ao paradigma do livre mercado de ideias elaborado no voto divergente de Wendell Holmes, relevante para a busca da verdade (p. 367). Reconhecendo a influência das decisões americanas, o Ministro pondera que esses paradigmas (especialmente *Brandenburg v. Ohio*) não se adequam aos objetivos previstos constitucionalmente no Brasil. Em sua visão:

¹⁶⁸ Condenado por 10x1, a oito anos e nove meses de prisão em regime fechado, por atos antidemocráticos. Com voto divergente do Ministro Nunes Marques que não havia qualquer ameaça grave nas falas do deputado, apenas “bravatas” que não evidenciam ameaça de capaz de “concretamente causar mal presente, quanto mais futuro” (2022, p. 30-31).

“Nessa toada, a interpretação predominante na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que exerce forte influência no Brasil, por vezes não oferece ferramentas adequadas para regular discurso de ódio ou antidemocráticos [...], nos quais se declarou a constitucionalidade de manifestações de ódio contra negros e judeus e a inconstitucionalidade de lei que restringia o uso de símbolo que remetesse a práticas de discriminação racial” (p. 368-369)

Com base nos casos analisados, que não são os únicos relativos à Liberdade de Expressão, mas os mais próximos da temática dos discursos de ódio, percebe-se a influência americana nas decisões do STF. Também é pungente a influência europeia, embora tenha-se enfatizado a importação de argumentos americanos, outros aspectos também se destacam como os novos parâmetros de compreensão do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito em que se insere o Brasil após a promulgação da Constituição de 1988. Sendo assim, embora a Corte sempre ressalte a importância da Liberdade de Expressão, presente em todos os votos de todos os casos citados, há certa temeridade quanto à extensão demasiada deste direito quando se trata de ofensas diretas que expressem ódio.

3.4. Considerações parciais

Como se procurou demonstrar, a Suprema Corte americana de fato possui décadas de experiência quanto ao tema da Liberdade de expressão. Entretanto, é difícil afirmar que ela é tão sólida quanto é possível se inferir em leituras superficiais de paradigmas mais recentes. Analisando seu histórico de precedentes é possível compreender mais sobre o instituto do *Free Speech* nos Estados Unidos, mas é curioso notar que seus padrões parecem mais elásticos do que gostariam os defensores mais convictos da objetividade na aplicação da Primeira Emenda.

Esta hipótese se justifica em razão da variação da posição da Suprema Corte a depender do momento político e econômico. O que corrobora com teorias que defendem a impossibilidade de neutralidade dos critérios definidos, uma vez que o juiz, mesmo aqueles que integram as Cortes constitucionais. O magistrado não está alheio historicamente, ele é parte e é influenciado direta e indiretamente pela sociedade do lugar e época a qual pertence.

No Brasil, o entendimento de Liberdade de Expressão encontra limites previstos na própria constituição e em normas infraconstitucionais. A influência das doutrinas nacionais e de julgados estrangeiros também são constantes. Em que pese seja cedo para se falar em uma posição sólida, é possível perceber uma tendência protetiva aos grupos vulneráveis e às instituições políticas resguardadas constitucionalmente. Ademais, é perceptível a influência dos padrões americanos nos julgamentos sobre discurso de ódio, ao mesmo tempo, por influência de doutrinas europeias e do significado extraído da própria constituição é frequente o recurso à ponderação de valores, dado o entendimento do caráter não absoluto dos Direitos Fundamentais.

Ambas as posições, no entanto, são passíveis de questionamentos. Questiona-se a saúde do ambiente democrático americano que permite discursos de ódio contra negros e judeus, mas que prevê outras categorias protegidas. No Brasil, a tendência garantista levanta dúvidas quanto à sua eficácia.

Porém, é como é sabido, o debate jurídico sobre discurso de ódio não se limita à decisões das Cortes. Esta foi apenas uma decisão metodológica. Inúmeros autores teorizam sobre discurso de ódio e liberdade de expressão, quase sempre dentro de uma perspectiva liberal compartilhando boa parte dos argumentos e padrões levantados pela Suprema Corte. Portanto, houve maior preocupação em trazer elementos que permitissem comparações sobre o tema pelos posicionamentos adotados constitucionalmente em cada um dos sistemas jurídicos, evitando-se demasiados juízos de valores quanto aos argumentos e posicionamentos.

Buscando contribuir com este debate, este trabalho comparativo se propõe a pensar o dilema entre liberdade de expressão e discurso de ódio, como estabelecido pelas Cortes pela perspectiva de pessoas racializadas. Como o debate sobre o assunto já se encontra bastante avançado, nos Estados Unidos opta-se pela utilização da análise da Teoria Crítica da Raça sobre discursos de ódio para pensar a Liberdade de Expressão por outros parâmetros, sendo este o enfoque da próxima

4. CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA CRÍTICA DA RAÇA PARA OS ESTUDOS SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSOS DE ÓDIO

*“Usando e abusando da nossa liberdade de expressão,
Um dos poucos direitos que o jovem negro ainda tem nesse país”*
(“Fim de Semana no Parque”, álbum “Raio-X do Brasil” - Racionais MC’s, 1993)

Os capítulos anteriores procuram delimitar as bases constitucionais para as posições jurídicas atualmente adotadas no Brasil e nos Estados Unidos sobre o tema Liberdade de Expressão e discursos de ódio, especialmente frente a discursos racistas. Os argumentos e critérios envolvidos para tentar chegar a um limite definido do que está além das proteções constitucionais de cada país integram o que foi denominado “Teoria Tradicional”. Também poderia ser chamado de “teoria liberal”, que foi responsável pelo desenvolvimento do direito na Modernidade e domina as posições majoritárias. Esse não é um termo utilizado necessariamente em sentido de crítica ou pejorativo, apenas busca marcar a diferenciação de epistemologia para outras perspectivas.

Utiliza-se o termo tradicional, para evitar confusão com as posições específicas dentro do debate de liberdade de expressão em que o termo liberal pode ser usado como sinônimo da posição que entende que o ideal é manter o discurso irrestrito – também chamado de posição absolutista - ou extremamente amplo, geralmente representada pela posição americana, conforme demonstrado. Há visões dentro da mesma epistemologia (tradicional) com bases teóricas semelhantes (eurocêntricas) que entendem que a melhor forma de garantir o debate público é através de uma maior regulação, proibindo através de leis civis ou penais discursos de ódio e outras categorias que tendam a ser nocivas para o ambiente democrático. Essas posições em geral são chamadas de legalistas, formalistas ou protetivas de vulneráveis. E em muito se coadunam com as reflexões e demandas trazidas por teóricos críticos, como a necessidade de se atribuir atenção aos alvos desses discursos.

Porém, os críticos às perspectivas tradicionais possuem posições próprias e epistemologias que não se baseiam, necessariamente, nas perspectivas liberais ou tradicionais. Um exemplo que vem encabeçando o debate sobre *hate speech* nos Estados Unidos é a Teoria Crítica da Raça (TCR)¹⁶⁹. A TCR compreende o direito, como fruto e mantenedor de hierarquias

¹⁶⁹ No inglês: *Critical Race Theory* (CRT).

sociais, assim como a economia e a política. Essas hierarquias, como as que se pautam pela divisão racial da sociedade, traduzem modos de organizar a sociedade com base em dominação, exploração, inferiorização, opressão e exclusão de uns em detrimento de outros. Os principais sistemas de dominação se entrelaçam na atualidade, quais sejam, classe, gênero e raça e outros tantos que se interseccionam como “sexualidades”. São questões que recebem atenção das áreas de humanidades e sociais, mas que cada vez mais ganham espaço nas discussões acadêmicas do Direito.

A Teoria Crítica da Raça considera esses e outros sistemas de opressão, mas dando ênfase aos temas atinentes às relações de poder envolvendo raça¹⁷⁰. Sua análise percebe a sociedade a partir das dinâmicas de hierarquia racial que se mantém desde a colonização de continentes pela Europa ocidental. A TCR se dedica a compreender as implicações dessas dinâmicas para o Direito, especialmente no que se refere aos princípios constitucionais, e fazer proposições de transformação da realidade material desse “estado de coisas”.

Entre os objetivos principais dos teóricos críticos, está o de desmistificar as abstrações repetidas nas cadeiras jurídicas, como “sujeito universal”, “homem médio”, “liberdade” e “igualdade” a partir da análise da realidade material. Apontam para o fato inegável, mas pouco percebido ou divulgado nos espaços de poder, de que a questão racial está presente em toda a configuração jurídica. Algo que vem desde o ensino nas Universidades (ou até antes, na preparação de estudantes para o ingresso no Ensino Superior), passando por quem elabora as teorias jurídicas, interpreta e legisla e a quem essas elas se destinam, até a aplicação do Direito em si.

Não que se trate de uma teoria nova. A TCR se utiliza de estudo de outras ciências para compreender o direito desde a década de 70, nos EUA. Alguns juristas brasileiros se dedicaram a estudar e dialogar com a TCR, pensando seus correspondentes e equivalentes no Brasil. Este capítulo não dá conta de trazer todas as frentes que a TCR reflete, nem o nível de desenvolvimento que os estudos sobre Raça no Direito já alcançaram. Mas, dentro das possibilidades fáticas, pretende trazer um pouco das contribuições da TCR e seus críticos para pensar os discursos de ódio e repensar os termos em que operam os debates sobre Liberdade de Expressão.

¹⁷⁰ Este trabalho também procura enfatizar essa forma de opressão pela necessidade de aprofundamento, sem esquecer que outras formas de opressões existem e se somam.

4.1. Arremates Teórico: O que é a Teoria Crítica da Raça e qual sua relevância para os estudos jurídicos?

O desenvolvimento desta vertente teórica e prática remonta ao período após as conquistas dos Direitos Civis. Em 1954 chegou à Suprema Corte os casos de *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁷¹ conhecido por dar início ao processo de dessegregação dos espaços públicos com a superação da doutrina “separados, mas iguais”, de *Plessy v. Ferguson* (1896). *Brown* foi uma reunião de cinco casos que questionavam a constitucionalidade da manutenção da segregação nas escolas públicas¹⁷².

Entre os argumentos, levados à Corte pelo então advogado, Thurgood Marshall¹⁷³, estava o experimento conhecido por “*Doll Test*” o qual forneceu bases fortes para as alegações de que a divisão racial escolar causava danos irreversíveis no psicológico e na compreensão de mundo das crianças. O Teste desenvolvido pelo casal de psicólogos negros Kenneth e Mamie Clark, questionava crianças de cores/raças distintas sobre sua preferência entre quatro bonecas quase idênticas, apenas de cores distintas. A conclusão mostrou que mesmo entre as crianças afro-americanas, as bonecas de cor clara eram preferidas, por considerarem-nas mais bonitas e outros adjetivos positivos (NAACP, 2022).

O estudo foi apresentado perante a Corte de Earl Warren que, de modo unânime, derrubou *Plessy* entendendo que a segregação nas escolas públicas dos Estados do Sul violava a Cláusula de Igual Proteção prevista na 14ª Emenda (Equal Protect). A maioria entendeu que “preconceito, discriminação e segregação” geram uma sensação de inferioridade entre as crianças afro-americanas “quanto ao seu status na comunidade que pode afetar seus corações e mentes de uma maneira que dificilmente será desfeita” (USA, 1954, p. 494).

¹⁷¹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁷² *Brown et al. v. Board of Education of Topeka* (proveniente do Kansas), *Briggs v. Elliott* (proveniente da Carolina do Sul), *Davis v. County School Board of Prince Edward County* (proveniente da Virginia), *Gebhart v. Belton* (proveniente de Delaware), e *Bolling v. Sharpe* (proveniente de Washington, D.C.). *Brown* era o pai de uma das crianças, Linda Brown, que requeria o direito de estudar em uma escola mais próxima de sua casa, uma escola branca, onde teve sua matrícula recusada. Outros pais em situação semelhante acompanham o autor que dá nome ao caso.

¹⁷³ Na época advogado-chefe da NAACP (Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor) e levou o caso até a cúpula do judiciário, pouco tempo depois Marshall (1908-1993) se tornou o primeiro afro-americano a assumir o cargo de *Justice* na Suprema Corte (1967-1961), indicado pelo residente Lyndon B. Johnson.

A decisão, que rapidamente se tornou uma das mais importantes da Suprema Corte, impulsionou os avanços jurídicos e políticos conquistados pelos movimentos negros e progressistas da época. Pouco antes, em 1948 a Ordem Executiva 9981¹⁷⁴ do 33º Presidente, Harry Truman (1884-1972), estabeleceu a dessegregação nas forças armadas (National Archives, 2022). Nos anos que se seguiram, outros eventos se somaram ao período que levou à dessegregação. A Lei de Direitos Civis de 1964 (Civil Rights Act), assim como a Lei Afonso Arinos no Brasil, proibiu a discriminação em locais públicos e privados abertos de acesso público, bem como, vedou a discriminação no emprego em razão base na raça, cor, religião, sexo ou origem nacional (título VII). Outro exemplo conhecido foi a Marcha de Selma a Montgomery de 1965, liderada pelo ativista dos Direitos Civis, Martin Luther King Jr., que foi indispensável para a aprovação do Voting Rights Act (1965) que proíbe a discriminação racial no voto no mesmo ano.

Após décadas de lutas e conquistas que modificaram o reconhecimento jurídico de pessoas racializadas no país, especialmente afrodescendentes, as demandas desses grupos encontraram um período de estagnação (DELGADO e STEFANCIC, 2021, p. 30). Ao notar a necessidade de novas estratégias e atuação por outras frentes, estudantes e professores do Direito inovaram ao somar estudos e métodos a serviço de uma crítica ao Direito, que se transformou na proposta de um uso instrumental desse mesmo Direito, sob outro prisma, para garantir os avanços proporcionados por essas lutas e evitar retrocessos.

Entre precursores do movimento está Derrick Bell (1930-2011). Diplomado pela University of Pittsburgh School of Law, Bell foi o único negro de sua classe. Trabalhou como advogado na NAACP (em português, Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor) durante o período de dessegregação. Foi um eminente professor das faculdades de Harvard e NYU até o fim de sua carreira. Após sua saída de Harvard, onde lecionava a matéria “Race, Racism and American Law” (raça, racismo e Direito Americano), os alunos demandavam outro professor para manter a matéria no currículo, o que não foi atendido.

Dessa forma, estudantes do curso de Direito, como a nipo-americana Mari Matsuda¹⁷⁵ e a afro-americana Kimberlè Creenshaw¹⁷⁶, e professores convidados, como o

¹⁷⁴ “haverá igualdade de tratamento e oportunidade para todas as pessoas das forças armadas sem levar em conta raça, cor, religião ou origem nacional”.

¹⁷⁵ Professora da Universidade de Hawaii, primeira professora asiática-americana nos EUA (1998), especialista em Direito Constitucional, História do Direito, Teoria Feminista, Direitos Civis e CRT.

¹⁷⁶ Professora da Columbia Law School, especialista em Direito Constitucional, Direitos Humanos, CRT, Interseccionalidade, Feminismo e Direitos Civis.

latino-americano, Richard Delgado¹⁷⁷ e o afro-americano, Charles R. Lawrence III¹⁷⁸, organizaram um curso que gerou um amplo campo de discussões e estudos pelo prisma racial a serem desenvolvidos de forma conjunta¹⁷⁹ (MATSUDA, et al, 1993, p. 16). Os envolvidos logo se tornaram professores de direito Constitucional e advogados influentes na área de estudos jurídicos críticos ou estudos críticos ao Direito.

Suas pesquisas possuem como bases teórico-metodológicas, os estudos marxistas, como de Antoni Gramsci, filósofos estruturalistas e pós-estruturalistas, como Foucault e Derridá. Também se valem dos constructos de teóricos e ativistas dos Direitos Civis, como Frederick Douglas, W.E.B. Du Bois e Martin Luther King Jr. De críticas feministas, como Ângela Davis e Bell Hooks. Além de manter constante diálogo com autores sul-americanos, como o brasileiro Paulo Freire (DELGADO e STEFANCIC, 2021, p. 31).

Logo, fica claro que os TCR não se propõem a inventar um novo método para pensar o direito, mas associar ferramentas já disponíveis e utilizados por outros campos críticos, bem como conjugar esses campos teóricos, no que for pertinente para compreender as dialéticas raciais, sendo claro seu caráter interdisciplinar. Os teóricos críticos pensam as questões raciais, especialmente a presença das ideologias racistas no direito, como parte de algo estrutural e sistêmico, presente cultural e psicologicamente nas mentes e relações das quais fazem parte os sujeitos envolvidos nas relações jurídicas, sejam eles partes, advogados, vítimas, acusados e réus, juízes e promotores – em uma visão macro: em toda a sociedade americana (MATSUDA, et al, 1993, p. 18).

É necessário frisar que os estudos críticos sobre raça ou colonialidade não consideram raça como uma característica biológica, como fizeram os pesquisadores do “Racismo Científico”, que de fato categorizaram seres humanos. Os críticos entendem raça como uma construção social, frutos dos interesses econômicos, pensamentos autocentrados e preconceitos culturais decorrentes. Logo, raça, não é uma categoria objetiva ou inerente, mas criada. De fato, atualmente a ciência reconhece apenas a espécie humana (*homo sapiens*), com diferentes etnias/origens e, claro, cores e outras características físicas, decorrentes de processos

¹⁷⁷ Professor na Seattle Law School, especialista em Direito Constitucional, Hate Speech, CRT.

¹⁷⁸ Professor na Universidade de Hawaii em Mānoa, já tendo lecionado em Harvard, Berkeley, UCLA, entre outras. Possui ênfase em Direito Constitucional, CRT e Educação Jurídica.

¹⁷⁹ Outros nomes relevantes entre pesquisadores e professores negros, asiáticos, latinos, indígenas e brancos podem ser citados, tais como Patricia J. Williams, professora da Universidade de Northeastern, Angela Harris, Cheryl Harris, Neil Gotanda, Mitu Gulati, Jerry Kang, Eric Yamamoto, Robert Willians, Laura Gomez, Margaret Montoya e Juan Perea. (DELGADO e STEFANCIC, 2021, p. 31).

de adaptação aos ambientes, mas mesmo essas diferenças não interferem nas capacidades e características sociais, como inteligência e sociabilidade. Portanto, se trata apenas de reconhecer essa racialização, essa categorização forçada, feita por grupos dominantes com interesses específicos, não por acaso, diferentes grupos étnicos são classificados de formas distintas com estereótipos próprios, mas sempre com um valor “menor”, “abaixo”, “inferior” à “raça” do grupo dominante (DELGADO e STEFANCIC, 2021, p. 34).

Por essa razão se definem como um movimento, comprometido com a transformação social através e além do Direito. Os teóricos críticos divulgam suas discussões e pesquisas em textos acadêmicos, mas se preocupam muito mais com sua aplicação prática nas salas de aulas, na prática jurídica e no dia a dia dos movimentos sociais. Seus referenciais teóricos são uma associação de estudos clássicos, liberais e o uso instrumental do direito com o raciocínio crítico a partir dos campos críticos variados, principalmente o marxismo, o feminismo e os estudos pós-coloniais, mas sempre adotando ênfases multidisciplinares dentro das ciências humanas e sociais (MATSUDA, et al, 1993, p. 18).

Uma característica distinguível da Teoria Crítica da Raça para outros estudos críticos, é seu ceticismo frente às perspectivas e respostas tradicionalmente dadas pelo Direito. Assim, teorias que possuem como ponto de partida abstrações, ideais de neutralidade, meritocracia e “*racial colorblindness*”¹⁸⁰ são descartados (MATSUDA, et al, 1993, p. 18). Apesar de sedutores, os teóricos críticos consideram esses ideais manipuláveis, servindo desde sua origem para legitimar a hierarquização das condições materiais da vida de pessoas comuns, como questões de financeiras e políticas (CREENSHAW, et al., 1995, p. 64).

Os teóricos críticos da raça procuram demonstrar que a indeterminação no direito privilegia perspectivas específicas, reforçando a subordinação racial. Subordinação essa que

¹⁸⁰ A ideia de “daltonismo” ou “cegueira” constitucional em relação às cores foi destaque no voto do *Justice Harlan* em sua divergência em *Plessy v. Ferguson* (1896). Após exaltar a branquitude com um tom de superioridade, já mencionado na análise do caso neste trabalho, Harlan continua: “em vista da Constituição, aos olhos da lei, não há neste país nenhuma classe superior, dominante e dominante de cidadãos. Não há casta aqui. **Nossa Constituição é cega para cores**, e nem sabe nem tolera classes entre os cidadãos. Em relação aos direitos civis, todos os cidadãos são iguais perante a lei. O mais humilde é o par dos mais poderosos. A lei considera o homem como homem, e não leva em conta seu entorno ou de sua cor quando seus direitos civis garantidos pela lei suprema da terra estão envolvidos. Lamenta-se, portanto, que este tribunal elevado, o último expositor da lei fundamental da terra, tenha chegado à conclusão de que é competente para um Estado regular o gozo por cidadãos de seus direitos civis apenas com base na raça” (p. 559 – grifo nosso). Por muitos anos, a interpretação constitucional continuou (e continua) julgando sujeitos levando cor, raça, etnia e origem em consideração. A crítica está justamente na dificuldade dessa superação, uma vez que toda a história constitucional é construída em um contexto de hierarquização racial.

sofre alterações na forma em que opera, tornando fundamental a contextualização histórica em suas análises (MATSUDA, et al, 1993, p 18-19), conforme destacam:

As atuais desigualdades e práticas sociais/institucionais estão ligadas a períodos anteriores em que a intenção e o significado cultural de suas práticas eram claros. Mais importante, como teóricos críticos da raça, adotamos uma postura que **pressupõe que o racismo contribuiu para todas as manifestações contemporâneas de vantagem e desvantagem de grupo ao longo de linhas raciais**, incluindo diferenças de renda, prisão, saúde, moradia, educação, representação política e serviço militar (MATSUDA, et al, 1993, p 18-19 – grifo nosso).

Também atribuem maior peso para as experiências empíricas das pessoas racializadas – reitera-se, não somente a comunidade negra, mas todas as pessoas consideradas não-brancas. Esta atenção é fundamental para a análise do direito e para compreensão das dinâmicas sociais a partir de reflexões críticas (MATSUDA, et al, 1993, p. 19). Com esta clareza, os TCR consideram o cruzamento das opressões em sua análise, cientes que as pessoas podem possuir identidades que se somam, não somente em relação à raça e origem, mas à classe, gênero, orientação sexual e identidades de gênero, capacidades e outras possibilidades (DELGADO e STEFANCIC, 2021, p. 36).

Essas características identificadoras podem ser imutáveis e ou condicionais, tendo como ponto em comum a situação de desvantagem que o sujeito ocupa social e economicamente em razão dela. Frequentemente são generalizadas como “minorias”, inclusive nos estudos da TCR. Para este trabalho prefere-se o termo vulneráveis, para evitar confusões com quantitativas, uma vez que nem sempre uma “minorias” está em desvantagem numérica¹⁸¹. Já a “vulnerabilidade” é um termo emprestado da medicina para designar posições de desigualdade, discriminação e exclusão (BELTRÃO *et al.*, p. 13-14, 2014).

Em suas exposições, é comum perceber os TCR narrando histórias do ponto de vista dos vulneráveis. Esta é uma técnica que atravessa gerações, sendo comum aos povos tradicionais e às pessoas escravizadas, nos EUA e no Brasil, a valorização da transmissão de conhecimento e experiências por via oral. Esse “*storytelling*” é utilizado para permitir que

¹⁸¹ No Brasil, negros podem ser minoria no exercício das diversas formas de poder, mas são maioria numérica de acordo com o levantamento de 2018 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, perfazendo um percentual de 55,8% da população (pretos e pardos), frente a 43,1% de autodeclarados brancos em um total de 207.583 brasileiros (IBGE, 2019, p.1). Nos EUA, afro-americanos são 13,6% perante 75,8% de pessoas brancas, considerando o total de 331,893,745 na estimativa populacional de Julho de 2021 (U.S. – Census Bureau, 2020-2021).

ouvinte ou leitor tenha um pouco da perspectiva do orador ou do vulnerável, principalmente quando parte dos destinatários da mensagem são pessoas brancas. Assim, muitas vezes os teóricos críticos partem da contação de histórias verídicas ou exemplificativas para elaborar sobre questões raciais e jurídicas (DELGADO e STEFANCIC, 2021, p. 66-67).

Outro elemento perceptível comum nos materiais produzidos pelos Teóricos Críticos da Raça, independente do tema, é uma certa “incoerência”. Essa incoerência pode ser apontada pelos críticos da TCR ou assumida pelos próprios autores. A partir deles próprios, essas incoerências são assumidas como o reconhecimento da relevância e utilização do direito, até mesmo crença e valoração genuína dos elementos jurídicos, tais como o princípio de Igualdade ou a Constituição. Simultaneamente, os teóricos críticos apontam que a indeterminação jurídica pende a favor do grupo racial dominante. Por essa razão os teóricos críticos questionam dispositivos legais e atuações das autoridades, demonstrando forte descrença e ao mesmo tempo, certo grau de esperança no direito. Sobre essa dualidade, os críticos pontuam:

A dissonância de combinar uma profunda crítica do direito com uma visão aspiracional do direito faz parte da experiência das pessoas de cor. Essas pessoas usaram a dualidade como força e desenvolveram estratégias para resolver essa dissonância por meio do processo de apropriação e transformação. W. E. B. Du Bois observou há muito tempo a resiliência da consciência do “povo negro. A aplicação do conceito de dupla consciência à retórica dos direitos nos permite ver que a vítima de racismo pode ter uma consciência dominante da Declaração de Direitos, bem como uma consciência de vítima. Esses dois pontos de vista podem se combinar poderosamente para criar um constitucionalismo radical que seja fiel às raízes radicais deste país (MATSUDA, 1995, p. 65).

É a partir deste raciocínio que os Teóricos críticos coadunam a crítica ao direito com a luta por direitos que passa pelo uso estratégico dos elementos da Ordem Jurídica. Eles entendem, por exemplo, que há o direito de participação igualitária na sociedade que pertence a todas as pessoas e isso deve ser ensinado nas escolas e faculdades, bem como defendido nos tribunais, concomitantemente estão cientes de que “direitos são o que as pessoas no poder dizem que são” (MATSUDA, 1995, p. 66).

Os teóricos críticos reconhecem os avanços pelo direito. As conquistas dos Direitos Civis são evidentes, mas, Derrick Bell viu com certo ceticismo a decisão de *Brown v. Board of Education*, deixando claro que mudanças concretas, nas décadas que se seguiram foram poucas.

A segregação continuou a existir na prática, com escolas frequentadas por pessoas racializadas praticamente isoladas e quase sempre inferiores. Além de entender que, juridicamente, os avanços para os afro-americanos geralmente ocorriam quando era interessante para as elites (brancas). O próprio período de dessegregação, serve de exemplo, posto que somente ocorreu após o fim 2ª Guerra onde soldados negros serviram pela democracia. A subsequente guerra fria também corroborou neste processo, pois não era interessante para os EUA ter a mídia externa divulgando os linchamentos perpetrados por organizações de ódio supremacistas e a divisão dos espaços (BELL,1995, p. 23-24).

Outra característica definidora da teoria crítica da raça é a retomada da história por lentes críticas. Traduzido como um “revisionismo” histórico, pouco se assemelha a conotação depreciativa que é atribuído ao termo no Brasil. Com o “revisionismo” os TCR procuram interpretar os fatos históricos através de lentes que permitam a compreensão do papel das hierarquias raciais na condição das pessoas racializadas e a dialéticas de posições envolvidas nesses processos. Como Derrick Bell fez ao interpretar a decisão de *Brown v. Board of Education* e seus impactos (DELGADO e STEFANCIC, 2021, p. 48).

Desse modo, os autores mantêm, como base ou como centro de suas investigações, a crítica às perspectivas estritamente liberais de neutralidade racial das leis e nos princípios de Direito Constitucional. Todos propõem, cada um em sua área de pesquisa, medidas que de fato permitam a superação da posição de subordinação em que os vulneráveis foram colocados. Isso somente é possível desnudando o quão enraizado é o racismo nas práticas e instituições cotidianas, e mais, o quanto as divisões hierárquicas de raça fazem parte da organização das relações sociais que as normas constitucionais reivindicam disciplinar (DELGADO e STEFANCIC, 2021, p. 50-51).

Um dos principais expoentes desta perspectiva teórica no Brasil é o professor Adilson José Moreira¹⁸². Moreira parte dos teóricos críticos americanos para desconstruir o mito da neutralidade racial difundida no direito brasileiro. Assim como os teóricos críticos americanos, Moreira utiliza narrativas biográficas para demonstrar que o intérprete no direito,

¹⁸² Doutor em Direito Constitucional Comparado pela Universidade de Harvard e mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Pesquisa a relação entre raça e direito, principalmente sobre Direito Antidiscriminatório”, hermenêutica constitucional, Direitos Fundamentais e Direitos de minorias. Professor de Direito Constitucional, Processo Constitucional, Teoria da Constituição, Teoria do Estado, Direitos Humanos, Metodologia Científica e Psicologia Jurídica.

principalmente os juízes, possuem uma identidade específica que se reflete no direito construído – o que também é verdade para os legisladores e aplicadores da lei.

Adilson explicita que o direito é pensado e desenvolvido a partir da experiência social de pessoas brancas. Essas pessoas que ocupam os cargos de poder pensam a partir de uma pretensa posição universal porque “elas são a referência a partir da qual as normas culturais operam”. Sua proposta comum às suas obras, é pensá-lo, portanto, do prisma dos vulneráveis - neste caso, de um homem negro - e não da abstração de um “sujeito universal” (2019, p. 77-78).

Ocorre, portanto, deslocamento de perspectiva de uma suposta neutralidade para uma postura interpretativa específica, adotando a ótica de um subalterno. Nessa toada, a crítica ao direito liberal – e ao aqui denominado, “debate tradicional” – é inevitável, quase um pressuposto. Isso porque, os teóricos críticos compreendem que o regime liberal, no qual se insere o Direito, “não elimina as relações assimétricas de poder”. Conforme demonstrado na segunda seção deste trabalho, essa hierarquização se estabelece durante a colonização, com a introdução de pessoas negras (e indígenas) como mercadorias destinadas ao trabalho braçal forçado, perpassando pela constituição de uma ordem política independente e se faz presente mesmo após a superação formal da diferença de *status* entre os sujeitos (MOREIRA, 2019, p. 88).

A subalternização do sujeito se mantém no regime democrático brasileiro atual. Se não mais pela distinção entre quem é mais ou menos humano e reconhecidamente cidadão perante a lei, essa distinção ainda é clara pelas condições materiais e culturais que esses grupos racializados possuem¹⁸³. O autor frisa que essa subalternidade não é dada e sim construída “a partir de ideologias sociais, de determinações históricas de interesses econômicos e projetos políticos” que mantém essas pessoas em “uma situação de alteridade permanente para que processos de dominação possam ser sempre reproduzidos”¹⁸⁴ (MOREIRA, 2019, p. 88-89). Conforme leciona:

¹⁸³ Teóricos críticos da raça, em geral, trabalham com referenciais marxistas considerando o problema do capitalismo para as questões raciais, principalmente nos estudos pós-coloniais. Entretanto, entendem que o racismo está presente hoje para além das desigualdades de classe, “ele também estabelece diferenças de valor cultural entre os diversos grupos sociais” (MOREIRA, 2019, p. 87).

¹⁸⁴ Por essa razão ao longo desta dissertação é dada preferência aos termos “escravizados” ao invés de escravo, “vulnerabilizado” ao invés de “vulnerável” e “subalternizado” ao invés de subalterno. Embora se entenda que em muitos casos se trate apenas de um preciosismo que não seria necessário em um trabalho acadêmico que já considera os processos de exclusão e inferiorização, nesta pesquisa procura-se manter essa informação central a compreensão do trabalho em evidência para o leitor.

As transformações dos regimes políticos pelas quais passamos afetaram positivamente a vida de muitas pessoas brancas, mas elas não modificaram de forma essencial o *status* cultural e material da vasta maioria das pessoas negras. Os projetos de dominação racial utilizados durante os períodos colonial e monárquico foram diferentes daqueles presentes na era republicana, mas todos foram bem-sucedidos em manter a dominação branca (MOREIRA, 2019, p. 88-89).

O racismo a que este trabalho constantemente faz referência pode ser identificado de diversas formas. Um resumo pertinente foi desenvolvido pelo professor Moreira ao afirmar que racismo “é fundamentalmente uma política identitária de caráter negativo que tem o propósito específico de identificar pessoas brancas com os lugares de poder”. Por essa visão, a ideologia racista busca reproduzir a ideia de que apenas pessoas brancas “são capazes de atuar de forma competente no espaço público”, atribuindo à branquitude, enquanto grupo racial dominante, “o parâmetro de integridade moral, superioridade intelectual e estética, além de sexualidade sadia” (2019, p. 157).

Ao refletir sobre o problema do ponto de vista de um jurista negro, Moreira enfrenta uma das principais formas de expressão do racismo, sua versão “institucional e sistêmica”. Aquela que opera nas instituições públicas e privadas que são controladas pelo grupo racial dominante. A compreensão rasa de que o racismo é fruto de atitudes preconceituosas de indivíduos que expressam aversão ao outro de modo irracional, encontra guarida no universo jurídico como um véu que impede a compreensão de que esta ideologia estrutura as mais diversas relações sociais visando “manter e legitimar o sistema de vantagens sociais que pessoas brancas gozam na nossa sociedade” (MOREIRA, 2019, 200-201).

Aderir a uma posição interpretativa crítica ao Direito, não significa rejeitá-lo. Inversamente, Moreira compreende o Direito como um instrumento de transformação social com potencial para afirmar a dignidade de grupos vulneráveis. Mas isso perpassa por reconhecer essa relação de privilégios e preterimentos. E, indo além, exige meios de correção dos danos causados a esses grupos de modo que promova a igualdade de *status* cultural e econômico. As várias formas de ações afirmativas, adotadas nos dois países, são exemplos

constantemente mencionados pelo autor pela comprovação de sua eficácia na promoção de acesso um pouco mais equânime às oportunidades¹⁸⁵ (2019, p. 286-287).

Os estudos desses teóricos críticos trazem reflexões sobre a realidade jurídica de um ponto de vista ignorado. Por conseguinte, permitem pensar avanços concretos em diversas áreas. Cogitar examinar a liberdade de expressão por essa ótica, levando em consideração o racismo não só nos discursos de ódio em si, mas transpassando as relações jurídicas é a contribuição final a que este trabalho se propõe.

4.2. A antissubordinação como princípio orientador dos estudos sobre Liberdade de Expressão

O debate em torno da Liberdade de Expressão costuma ser restringido à argumentos abstratos, posições idealistas e sucessivas tentativas de enquadramento dessas visões aos casos concretos. Como resultado, tem-se contradições inquietantes e a continuidade do uso da indeterminação jurídica em prol de interesses de camadas sociais específicas. No intento de resolver este impasse de forma a colaborar para a resolução de problemas reais, a TCR adentrou no debate sobre Liberdade de Expressão com atenção especial aos problemas relativos aos *hate speech*.

Os estudos de maior fôlego vieram diante de um problema que se tornou recorrente nas universidades em que esses teóricos lecionavam e pesquisavam. Uma onda de discursos de ódio racial, étnicos e de origem tomaram os câmpus americanos após a consolidação da dessegregação, avanços de Direitos Civis e estabelecimento das políticas de cotas. Além disso, havia uma crise econômica mundial com o fim da guerra fria e os problemas econômicos internos devido ao aumento populacional e mudanças nas políticas de imigração. Certo é que tais discursos atrapalhavam os objetivos universitários de colaboração e estudos, tornando a Universidade um ambiente hostil de difícil integração (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 52-53).

¹⁸⁵ De modo complementar, é possível visualizar a potencialidade presente na Lei nº 10.639/2003 ao estabelecer a inclusão do ensino da "História e Cultura Afro-Brasileira" no currículo básico, embora ainda careça de efetiva implementação em larga escala.

Dessa forma, os trabalhos acadêmicos surgiram diante da demanda de um aprofundamento da problemática, especialmente depois da derrubada de normas editadas pelas próprias Universidade ou de cidades e Estados que buscavam coibir expressões de ódio direcionado consideradas demasiadamente perniciosas. Essas normas foram tidas como incompatíveis com a Primeira Emenda com base nos argumentos elencados no capítulo anterior, como a ideia de Livre Mercado de Ideias, proibição de censura e ação ilegal iminente (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 51).

Assim, visando a defesa dessas normas, seja a nível institucional nos *campi*, seja a nível local, estadual e até mesmo federal, através de normas editadas pelo parlamento ou extensão critérios para englobar os discursos de ódio nas categorias desprotegidas, os TCR escreveram pesquisas e ensaios com conteúdo analítico e propositivo. Autores como Mari Matsuda, Richard Delgado e Jean Stefancic pugnam em seus trabalhos por uma maior restrição de discursos nos debates públicos por considerarem seus efeitos excessivamente nocivos para a Ordem constitucional que se pretenda democrática.

Seria inviável e pouco produtivo fazer jus a todas as frentes analisadas e argumentos relacionados. Destacam-se, entretanto, alguns que no curso desta pesquisa guardam relação com a forma como o Direito brasileiro lida com a mesma questão. Assim, este tópico reúne diversos argumentos em dois principais, o primeiro e mais relevante é o argumento de que a análise do problema dos discursos de ódio raciais por meio de abstrações jurídicas não favorece a concretização dos valores constitucionais associados à Liberdade de Expressão. O segundo desloca os termos do debate para a concretude, considerando a posição daqueles que “vem de baixo”, as pessoas racializadas¹⁸⁶.

Os TCR desaguam nas proposições de normas e interpretações jurídicas que pesem valores constitucionais, possibilitando a regulação dos discursos odiosos. A proposição da teoria crítica da raça sob análise neste tópico será contrastada, em termos gerais, com a normativa em vigência no Brasil voltada para a proteção aos vulneráveis dos discursos de ódio racistas no tópico final.

Inicialmente cabe esclarecer que os discursos de ódio (*hate speech*) analisados pela perspectiva crítica são um meio de reforço e propagação de ideologias de subordinação de

¹⁸⁶ “Nos originais: “*from the bottom*”, perspectiva próxima à adotada nos estudos decoloniais latino-americanos “*desde abajo*”.

grupos historicamente oprimidos por suas características em comum. Assim, na definição dos teóricos críticos americanos, o racismo, como conceito amplo, seria uma ideologia de supremacia racial que se utiliza de meios como o discurso (de ódio) racista para manter e reforçar a posição de subordinação de seus alvos, pessoas racializadas ou não-brancas. O discurso racista seria apenas um dos meios de propagação dessa ideologia, outros seriam a discriminação evidente ou disfarçada e a violência (MATSUDA et al., 1993, p. 39-40).

Parte dessa “violência discursiva” pode ser encontrada nos discursos de ódio, como é o caso dos discursos racistas. Entre seus principais critérios de distinção para meras ofensas e insultos seriam o 1) conteúdo de inferiorização racial presente na mensagem de ódio, 2) o direcionamento a um grupo historicamente oprimido e 3) o caráter persecutório, odioso ou degradante da mensagem. Isso porque em todas as mensagens de ódio de conteúdo racista é possível encontrar uma generalização dos membros do grupo inferiorizado, uma conexão entre o racismo presente nas mensagens e uma dinâmica histórica de subordinação, no caso dos discursos racistas, presente desde a escravização de povos africanos, e uma relação com o critério de “*fighting words*”, como visto, aquelas falas que exaltam os ânimos convidando ao confronto (MATSUDA et al., 1993, p. 56-57).

Essa categorização é sugerida por Mari Matsuda para orientar a edição de normas regulatórias que não fossem demasiadamente amplas¹⁸⁷. Sua proposta se contrapõe aos atuais parâmetros de tratamento dos discursos de ódio que, de modo geral, é considerado protegido pela Primeira Emenda desde que não represente um perigo ilegal iminente altamente provável, conforme estabelecido no Teste de Brandenburg. Conforme trabalhado no capítulo anterior, isso se deve ao entendimento de que a Primeira Emenda deve ser aplicável apenas para proteger os cidadãos do Poder Público federal e local. É a proteção do direito de crítica ao Governo ou, como repetido no curso deste trabalho, uma proteção contra o autoritarismo estatal.

É importante frisar, no entanto, que o direito americano oferece uma mínima proteção – para casos que ameacem seriamente gerar dano ao patrimônio ou violência física de modo imediato – mas esta proteção não se estende aos demais casos. É possível considerar as

¹⁸⁷ A proposta de Matsuda é tomada apenas como referência, outras propostas legislação e interpretativas são levantadas mais ou menos permissivas.

proteções - sempre posteriores à enunciação do discurso - existentes no direito civil (*Tort*) e até do direito penal, porém, nada que seja direcionado aos discursos de ódio especificamente¹⁸⁸.

O que os TCR reclamam, portanto, é a ausência de uma regulação específica ou “autônoma” para os discursos de ódio, como o art. 20 da Lei 7716/89 e o §3º do art. 140 do CP em vigência no Brasil. Além de requererem a valoração das proteções constitucionais em um exercício de ponderação, considerando a Dignidade Humana e o Princípio da Igualdade. As poucas proteções existentes aos vulneráveis são consideradas por eles como “intermitentes” e “fragmentadas”. E as respostas às demandas por maior proteção jurídica geralmente são respondidas com argumentos clássicos da Liberdade de Expressão (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 18-19).

Os teóricos críticos rechaçam esses argumentos no todo ou em parte por seu elevado grau de abstração, de modo a guardar pouca ou nenhuma correlação com a realidade. Isso porque o valor central da liberdade de expressão em termos liberais seria diferente do que se busca proteger nas regulações de discursos de ódio. As revoluções burguesas que buscavam limitar os arbítrios estatais, como os tentáculos da aristocracia britânica sobre as colônias, resultaram em normas que protegiam a dissidência política e a crítica ao governo. Um direito primariamente negativo e de aplicação vertical.

Entretanto, essa compreensão da Primeira Emenda como um direito negativo, que exige a abstenção do Estado, foi frequentemente relativizada pela Corte no uso dos critérios de julgamento que deveriam garantir a Liberdade de Expressão. Conforme destacam e, como tende a crer a pesquisa para este trabalho, durante boa parte da vigência da Primeira Emenda, o Estado coibiu os discursos divergentes e tentou silenciar a dissidência política. Nem mesmo para o avanço de pautas sociais teria sido uma garantia estável uma vez que foram frequentes os casos de enfrentamento policial e prisão de líderes e membros de protestos pacíficos, entre os maiores exemplos estão as constantes prisões de Martin Luther King entre as décadas de 50-60 (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 65-66).

Além disso, desde sua origem a ideia de Liberdade de Expressão esteve distante dos grupos vulneráveis, como os afro-americanos. Durante a redação e promulgação da Constituição e da Primeira Emenda, a escravidão era uma instituição legítima,

¹⁸⁸ Cabe ressaltar o Direito americano prevê que alguns lugares dedicados a funções específicas podem ter o discurso, de modo geral, regulado como a sala de aula de escolas, o tribunal e o local de trabalho.

constitucionalmente reconhecida, logo, nenhuma daquelas normas constitucionais se aplicavam a eles. E atualmente parecem continuar servindo a grupos dominantes (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 65-66).

A concepção de um livre mercado de ideias em que todos dialogam e que evitaria excessos, como a violência física, é encarada pelos TCR como um idealismo, pois presume igualdade de condições e respeito mútuo em um ambiente em que nada disso se faz presente. Os alvos quase nunca estão em condições de responder a esses discursos, uma vez que há risco de agressão física e perseguição em retaliação. Há situações em que é impossível responder pelo meio que a mensagem é propagada, como as mensagens anônimas e simbólicas por meio de posts online e pichações. E ainda existem os efeitos que a repetição dos discursos de ódio causam nas vítimas. Por essa razão, seria completamente descolado da realidade apenas sugerir “mais discurso” em resposta (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 68-69).

Na realidade, os teóricos argumentam que a manutenção dos discursos de ódio nos espaços públicos cumpre um papel contrário às pretensões democráticas expressas em uma versão positiva do direito à liberdade de expressão: o direito de participação política. Além de não proteger nenhum valor central para a Primeira Emenda, a defesa de uma concepção de liberdade de expressão que inclua discursos de ódio inibe a participação política de indivíduos pertencentes aos grupos racializados. Essas pessoas evitam expressar suas opiniões sobre questões de interesse público, como sobre as tomadas de decisões do governo, por receio de hostilidade ou que suas demandas sejam menosprezadas, o que mantém o poder político na mão de um grupo específico, ou seja, impede a plena participação política (MATSUDA et al., 1993, p. 56-57).

Outros argumentos tradicionais trabalhados pelos teóricos críticos chamam atenção pela comparação que é possível estabelecer com a realidade brasileira. Entre os argumentos principais figura a ideia de que essas normas protetivas teriam pouco valor por não atacar todas as formas de racismo, como aqueles mais sutis ou institucionalizados, induzir ao vitimismo e configurar uma forma de censura (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 79-80).

A resposta que a Teoria Crítica da Raça oferece a essas críticas reforça o apelo por uma resposta jurídica autônoma aos discursos de ódio. O problema em estabelecer este debate, segundo os autores, é a falta de correspondência que os discursos racistas representam para o universo branco. Uma sociedade concebida desprezando as minorias, desde a sua forma de pensar e de se expressar, legitimando essa hierarquização e discriminação através das ações ou

inações do Poder Público está fadada a não resolver os problemas decorrentes disso. Novamente, para os teóricos críticos, o *hate speech* é considerado como mais uma forma de expressão dessa ideologia que contribui para a continuidade de outras formas de racismo. O fato de não atingir o racismo mais sutil¹⁸⁹ ou o racismo institucional, não retira sua importância para formas explícitas de declarações de ódio direcionadas à subalternização de grupos racializados (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 83-85).

No mais, uma eventual regulação não necessariamente configuraria censura. E aqui reside um dos pilares argumentativos da Teoria Crítica da Raça, porque regular o *hate speech* não isola o governo de críticas. Ao contrário, justamente por não se tratar de uma relação vertical – entre cidadãos e Estado - e sim entre entes privados em um debate público é que seria cabível falar em direito de intervenção estatal para proteção de interesses constitucionais caros (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 93-94).

A célebre frase de Holmes “liberdade para ideias que odiamos” – por mais abjetas que elas possam ser - é usada como uma suposta garantia dos valores centrais da liberdade de expressão. Ao garantir o que está mais distante do centro da Primeira Emenda, se garante seu núcleo: a crítica e participação política. É o argumento que os teóricos críticos denominam de “centro-extremidades” (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 144-145).

A esse argumento tipicamente liberal, aplicado pela Suprema Corte para permitir as falas racistas da KKK ou passeatas nazistas, os TCR trazem dois argumentos relevantes. O primeiro é a existência de categorias de discurso desprotegidas no direito americano – como a difamação - por ferir outros valores constitucionais de grande relevância, como a privacidade. Além disso, ao analisar a experiência de outros países que valoram a Liberdade de Expressão como central em uma democracia constitucional, sem que isso signifique a proteção aos discursos de ódio, como é o caso do Canadá e, a seu modo, do Brasil (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 146-148).

No mais, caso se esteja diante de um caso difícil, em que não está clara a relevância do discurso em sua centralidade política, deveria ser feita ponderação. O que ocorre é uma

¹⁸⁹ Um exemplo desse “racismo sutil” é o que o professor Adilson Moreira denomina como “racismo recreativo”, um tipo de racismo que opera “pelo uso estratégico do humor racista”, permitindo expressões de “condescendência, desprezo e ódio por minorias raciais”, ao mesmo tempo que mantém uma “imagem social positiva” para os emissores em razão do pressuposto de que “todas as manifestações de humor têm caráter benigno”. Os efeitos, conforme leciona Moreira, são os mesmos dos outros tipos, reafirmar a superioridade racial do grupo dominante em relação aos demais e “ensinar a pessoas negras que elas não podem demandar a mesma respeitabilidade social que pessoas brancas” (2020, p. 610).

valoração prévia da Primeira Emenda impeditiva do equilíbrio de princípios. Essa visão “totalitária” da liberdade de expressão vai de encontro com o propósito de política dialógica atribuída à Primeira Emenda: trata-se de um verdadeiro paradoxo. Nas decisões envolvendo discurso de ódio racial não há diálogo entre os interesses e valores em jogo, as pessoas não precisam conversar entre si e convencer o juiz que decidirá sopesando os argumentos. Os emissores de discurso de ódio encontram-se fora do domínio da política (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 153-155).

E, por conseguinte, os teóricos críticos apontam que esse argumento tradicional peca por não olhar para a experiência cotidiana, falta um suporte empírico, novamente, seria uma dedução abstrata. A realidade demonstra que, ao contrário do que as abstrações nos levam a crer, a manutenção desses discursos no debate público é o que enfraquece seu conteúdo substantivo. Mas, para alcançar essa percepção é necessário trazer o debate sobre liberdade de expressão para outros termos.

Este seria o maior esforço. Não o de argumentar em si, mas o de fazer com que sujeitos que geralmente não estão em posição de vulnerabilidade compreendam como é estar neste lugar. É fazer com que pessoas que não são historicamente subalternizadas entendam que a legitimação dos discursos de ódio na arena pública é uma forma de reforço desse sistema de poder. Essa posição crítica é resumida em uma postura epistêmica orientada pela antissubordinação (MATSUDA et al., 1993, p. 23).

Esse argumento parece simples, mas é essencial no deslocamento do foco da abstração para a concretude neste debate. Verificada a veracidade dos fatos, o foco passa a ser os argumentos trazidos pela narração da vítima contrastada com o valor político da Liberdade de Expressão em igual nível de importância, a priori. Refere-se a um reconhecimento e validação dos efeitos que o racismo produz na vida dos alvos desses discursos. Somente os teóricos críticos e os estudiosos de fora do direito parecem ter a clareza na compreensão de que a violência racial discursiva ameaça suas vidas tanto em termo de existência quanto em qualidade e dignidade (MATSUDA et al, 1993, p. 37-38).

Os juristas em posição de poder ou de maior influência, como é o caso de juízes, advogados, teóricos e professores, em sua maioria pertencem ao grupo racial dominante. Pessoas que parecem não compreender que a violência discursiva gera efeitos reais, sendo parte de um conjunto de práticas racistas que mantém a engrenagem da hierarquização racial. Essas pessoas se negam a considerar o peso dessas consequências na prática e, assim, argumentam

que, apesar de condenável, não se justifica a intervenção estatal nesse domínio (MATSUDA et al, 1993, p. 37).

A Teoria Crítica da Raça entende que o problema não reside somente na posição dos “absolutistas da Primeira Emenda” – como aqueles que entendem a decisão *Brandenburg v. Ohio* como correta, justa, ética ou adequada. O problema está no reconhecimento da realidade estrutural desempenhada pelo racismo na sociedade americana (MATSUDA et al, 1993, p. 36). Isso passa por reconhecer o direito como produto e reproduzidor do racismo. Eis a grande empecilho argumentativo.

É por essa razão que os teóricos críticos escrevem longas páginas destacando a relevância da “história da vítima”. Não como um argumento a mais a ser considerado, mas como um dos fatores de peso centrais. Eles tentam tornar evidente que a vertente tradicional de pensamento sobrecarrega os grupos vulneráveis com custos de uma liberdade de expressão “absoluta” o que viola a outra base do constitucionalismo, do Estado de Direito e dos compromissos humanitários: o princípio da Igualdade. Essa abstenção de regulação estatal seria, em verdade, uma ação que atende aos interesses do grupo dominante, cujos indivíduos não se entendem como sujeitos racializados, mas obtêm seus privilégios justamente em razão de sua cor/origem (MATSUDA et al., 1993, p. 72-73).

Uma análise abstrata desconsidera as premissas básicas adotadas pelo raciocínio crítico de que a própria ideologia racista é em si mesma considerada um discurso de ódio por seu conteúdo e por sua necessidade de ser propagada para manutenção das posições na hierarquia das raças. Essa ideologia de superioridade de origem ou por merecimento é espalhada entre pessoas pertencentes ao grupo dominante e reproduzida por gerações. Estereótipos negativos são associadas aos grupos subalternos, como a associação de pessoas negras à criminalidade e como aptos unicamente aos serviços braçais. Essa associação é feita sobre cada grupo racializado e influencia a percepção social desses grupos, por si mesmos e por outros grupos, o que interfere nas interações cotidianas (MATSUDA et al, 1993, p. 43).

A implementação do racismo se dá por várias formas¹⁹⁰, como violência física e genocídio, mensagens de ódio racial e ameaças, tratamento díspar evidente ou disfarçado

¹⁹⁰ Os métodos podem variar a depender da época, região ou classe social do agente. Matsuda destaca que pessoas de classe alta podem evitar a convivência com pessoas racializadas, optando pela utilização de serviços privados/exclusivos, já pessoas de classes baixas ou mediana podem usar de violência física diretamente ou violência verbal (MATSUDA et al, 1993, p. 40).

(discriminação). A violência discursiva, aqui em estudo, inclui mensagens de ódio, ameaças, insultos, epítetos e outras formas de discurso depreciativo com intuito de inferiorizar ou reforçar a ideologia de subalternização nos alvos. Alvos esses que, novamente, não se reduzem às pessoas negras (afro-americanos), mas se referem a qualquer pessoa que não seja considerada branca em seu local de análise¹⁹¹ (MATSUDA et al, 1993, p.39-40).

Essas mensagens de ódio não se restringem às falas e textos escritos, também são emitidas na forma de imagens (desenhos, fotos, pinturas), símbolos, gestos e outros meios de transmissão de conteúdo. Os meios de propagação podem incluir telefonemas e cartas anônimas, cartazes, livros, revistas e panfletos, televisão a cabo, mensagens telefônicas gravadas, mensagens de texto, publicações online – em público ou privado, correio, grafitti e panfletagem (MATSUDA et al, 1993, p.41).

Compreender os discursos de ódio racial contra vulneráveis como uma forma de violência é fundamental na perspectiva dos teóricos críticos da raça. Deixar de lado o padrão estabelecido em *Brandenburg v. Ohio* que somente permite a intervenção do Poder Público quando a situação tenha alta probabilidade de gerar violência/danos iminentes, para considerar que a depender do grau de nocividade de um discurso somente sua propagação já geram efeitos concretos extremamente nocivos para os alvos e para a sociedade como um todo.

Os teóricos críticos alertam que as consequências da perpetuação dessa ideologia racial por meio dos discursos de ódio estão presentes não somente para os grupos e indivíduos racializados, mas para os integrantes do grupo dominante. Ainda que não sejam alvos, os integrantes do grupo dominante precisam conviver em um ambiente racial hostil. Pessoas brancas que mantêm relações próximas com pessoas racializadas, como relações de amizade, sofrem direta e indiretamente com a ideologia racial, mesmo que alguns possam se sentir aliviados de não pertencerem aos grupos perseguidos (MATSUDA et al, 1993, p.42).

Prejudica ainda a sociedade como um todo ao ir de encontro com os ideais igualitários de que cada pessoa é um “agente moral responsável” e de igual valor, devendo, portanto, ser tratada de forma igual às demais (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 11). A presença constante dessa ideologia “supremacista branca” em todos os âmbitos da vida pública, legitimada pelas instituições, sacrifica os princípios sob os quais uma democracia constitucional

¹⁹¹ Isso incluiria facilmente pessoas que na América do Sul ou central seriam reconhecidas como brancas, mas que nos EUA serão lidas como latinas, em razão de sua origem, mesmo que seus antepassados mais distantes tenham sido europeus.

se ergue: “todas as nossas instituições democráticas estão manchadas como consequência” (MATSUDA et al, 1993, p. 72-73).

Para os membros dos grupos racializados, no entanto, a amplitude das consequências são inestimáveis. É possível apontar alguns dos efeitos psicossomáticos - físicos e psíquicos - observados pelas ciências. A internalização da ideologia racista, como as transmitidas por discursos de ódio, afeta a percepção de mérito, dignidade, status e personalidade dos indivíduos racializados (MATSUDA et al, 1993, p. 126).

Entre os danos decorrentes tanto da internalização dessa inferiorização quanto do frequente reforço externo, como é o caso dos discursos de ódio, estão problemas psicológicos graves. Em algum grau essas pessoas acreditam nos estigmas que lhes foram atribuídos, gerando inseguranças e auto ódio, que frequentemente se expressam em doenças mentais e comportamentos problemáticos, como os altos índices de depressão e abuso de drogas (MATSUDA et al, 1993, p. 126-127).

O médico, teórico e ativista martinicano, Franz Fanon, decompôs de modo detalhado esses efeitos. Ao estudar a dimensão psicológica do racismo, Fanon entendeu que os efeitos da internalização do racismo são de dimensão coletiva e não apenas uma questão individual. O racismo coloca o sujeito negro em um não lugar, ao qual denominou zona do “não-ser”, uma posição de não-humanidade ou de subumanidade. Fanon propõe uma “desalienação do negro” sobre o status que as dinâmicas raciais decorrentes da mentalidade colonial lhe impõem. Para isso reconhece a existência de um “complexo de inferioridade” que é resultante de um duplo processo: primeiramente econômico e em segundo lugar uma epidermização dessa inferioridade” (2021, p. 22-25).

Sua teoria se coaduna com os estudos dos críticos da raça. Danos psicológicos atrapalham os estudos e a carreira profissional dos alvos, uma vez que essas pessoas tendem a se tornar tímidas, retraídas, amargas, derrotistas, demonstrando “altas expectativas de fracasso” porque sabem que partem de posições desiguais e por mais que se esforcem as oportunidades estarão fechadas ou serão excessivamente dificultadas para as vítimas. De fato, os alvos passam a se sentir menos propensos ou de fato a acreditar que são menos capazes de alcançar resultados (MATSUDA et al, 1993, p. 128-129).

Além disso, o racismo presente de forma cotidiana na vida de sujeitos vulnerabilizados repercute em suas aspirações acadêmicas e profissionais. Os alvos dessa

ideologia se sentem incapazes ou são efetivamente impedidos de contribuir socialmente em razão dos estigmas internalizados nas mentes de todos, inclusive deles mesmos. Nas crianças o resultado é ainda mais problemático, porque desde muito novas entram em contato com a ideologia de hierarquização racial que incute em suas mentes sua posição de inferiorização e fomenta o auto ódio (MATSUDA et al., 1993, p. 129-130).

Na própria pessoa que emite os discursos de ódio racista inúmeros problemas podem ser vislumbrados. Entre eles o fato de que não existem evidências concretas de que a possibilidade de expressar publicamente evitaria atos de violência (MATSUDA et al., 1993, p. 129). O emissor do discurso racista não evita de escaloná-lo porque pode dizê-lo, na verdade, o que se verifica é a tendência de aumento de discursos de ódio em intensidade e frequência e ainda a possibilidade de difusão para mais pessoas que também tendem a se sentir livres para propagar o ódio. Configurando nítidos incentivos para a violência física e discriminação (DELGADO e STEFANCIC, 2018, p. 62).

Esses são os principais pontos argumentativos da Teoria Crítica da Raça, outros inúmeros argumentos levantados pelos autores que poderiam ser elencados, mas todos giram em torno da crítica de uma posição liberal ou “absolutista” da Primeira Emenda. A conclusão a que chegam é que, na realidade, a proteção com tendências muito amplas à Liberdade de Expressão tem o efeito de perpetuar racismo e a exclusão (MATSUDA et al., 1993, p. 33).

Por essa razão, os teóricos críticos defendem a ponderação de interesses nas Cortes diante de casos concretos, sem atribuição prévia de maior peso para a Liberdade de Expressão, ao mesmo tempo, pugnam por uma legislação que iniba a prática desses discursos, como a existente no Brasil. Apesar de partirem de premissas que este trabalho considera como verdadeiras e indispensáveis para o exame do problema em questão, existem fatores que a Teoria Crítica da Raça precisa considerar com atenção. De toda forma ao mesmo tempo que seus argumentos fazem refletir sobre a eficácia do reconhecimento formal em um universo jurídico permeado pelo racismo desde seu desenvolvimento na modernidade/colonialidade.

4.3. Estudo de casos: expandindo as perspectivas sobre liberdade de expressão e discursos de ódio

Considerando o caminho percorrido, este capítulo se propõe, a expandir as fronteiras do debate indo além das concepções constitucionais e do debate tradicional sobre liberdade de expressão. Os teóricos críticos a raça, ao defenderem uma legislação protetiva nos EUA, acabaram por desenvolver um forte arcabouço para entender os discursos de ódio racial e sua (não) conformação com o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão. Estabelecem um conceito discutível de *hate speech* e compreendem facetas essenciais da ideologia racista que muitas vezes é apenas tangenciada pelos estudos jurídicos, raramente estudado como algo central na organização constitucional.

Porém, este trabalho entende que a Teoria Crítica da Raça pode estar depositando expectativas em demasia no papel da legislação e do judiciário. Não que isso seja dispensável. A legislação protetiva, como a existente no Brasil, cumpre um papel simbólico importante e tem recebido maior atenção nos últimos anos. Mas sua eficácia e seu poder de transformação são contestáveis, sobretudo na seara da regulação por meio do direito penal.

Para ilustrar o impasse e repensar as dificuldades expostas, este tópico se vale dos argumentos levantados pela teoria crítica da raça para oferecer um contraponto, por meio do estudo de casos dois casos em comparação. A apresentação desses casos seguirá o mesmo, apontando um contexto inicial que deu origem ao caso, o impasse constitucional que confere relevância às decisões em análise, as justificativas adotadas e, se cabível, alguma consideração com detalhes estatísticos e impactos das decisões. Soma-se a essa análise considerações em contraponto com o direito americano, refletindo de forma geral sobre os argumentos levantados pela TCR.

Em *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), Robert. A. Viktora, um adolescente branco em conjunto com colegas, cravou uma cruz de madeira feita de pernas de cadeiras dentro do jardim cercado da família Jones. Uma família afro-americana. Após “plantada” os jovens atearam fogo. Os fatos ocorreram na madrugada/manhã de 21/06/1990, quando Robert ainda era menor de idade, por isso indicado pelas suas iniciais. Viktora foi preso com base na lei municipal da cidade de Saint Paul, capital do estado de Minnesota (MATSUDA, 1992, p. 185).

A norma em questão - Código Legis, §292,02 (1990) - tipificava como “contravenção” (*misdemeanor*) o uso de símbolos, objetos, denominações, caracterização ou grafite, como suásticas e cruz em chamas, “que se conhece ou tenha motivos razoáveis para saber despertar raiva, alarme ou ressentimento com base em raça, cor, credo, religião ou gênero”. St. Paul argumentava que a norma não tinha intenção de impactar expressões livres de

Viktora, mas proteger “contra a vitimização de uma pessoa ou pessoas que fossem particularmente vulneráveis por causa de sua participação em um grupo que historicamente foi discriminado” (USA, 1992, p. 394).

Os advogados de Viktora alegaram que a norma feria o direito à Liberdade de Expressão e, portanto, pela restrição era motivada por um viés específico de proteção, baseada em conteúdo. Conforme se extrai do syllabus (resumo), na primeira instância foi dada razão a Viktora, mas em sede de recurso à Corte do Estado de Minnesota, a decisão foi revertida. A Corte do Estado de Minnesota, utilizou a obra de Matsuda como referência em sua decisão ao apontar que a cruz em chamas carrega um significado inconfundível, passível de proibição, por “evocar a violência e ódio com base em noções virulentas de supremacia racial”. Segundo a Corte de Minnesota, seria um dever da comunidade confrontar essa ideologia supremacista (MATSUDA, 1993, p. 185).

O caso chegou à Suprema Corte, que de modo unânime, 9x0, entendeu que a norma de St. Paul violava o direito à Liberdade de Expressão sob a Primeira Emenda. A decisão foi redigida pelo Justice Antonin Scalia que entendeu que a norma restringia com base no conteúdo, ou seja, proibindo o exercício do direito constitucional de expressar opiniões, ainda que controversas ou repulsivas. Conforme se denota do Syllabus, a Corte entendeu que a norma se valia de forma muito ampla da construção de *fighting words* desenvolvida em *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), aquelas que convidam a um confronto acalorado e, dando razão ao peticionário, que ela deveria ser restringida.

Ao retomar alguns casos paradigmáticos, a Corte ressaltou que a Primeira Emenda impede o governo de proscriver discursos¹⁹² ou mesmo a condutas expressivas¹⁹³ por causa da desaprovação das ideias que expressam. Ao mesmo tempo, os Justices ressaltaram que há compatibilidade com a norma constitucional na existência de restrições ao conteúdo de discursos “de baixo valor social” aqueles que “qualquer benefício derivado possa ser claramente superado pelo interesse social de ordem e moralidade”, conforme estabelecido no caso *Chaplinsky* (USA, 1992, p. 383).

Entre os exemplos citados figuram a difamação, estabelecida, entre outros, no caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964)¹⁹⁴ e a obscenidade, com critérios definidos em *Miller*

¹⁹² *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

¹⁹³ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

¹⁹⁴ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254.

v. California (1973)¹⁹⁵. Tais categorias proíbem conteúdos de discursos, mas não configuram uma seara completamente desprotegida (USA, 1992, p. 384). E mais, nestas e outras categorias “desprotegidas” não existiria “nenhum perigo significativo de ideia ou discriminação do ponto de vista” (USA, 1992, p. 388).

Fora esses casos de “discurso proscrito”, a restrição somente seria constitucional se não se relacionassem diretamente ao conteúdo, sendo possível regular “tempo, lugar e modo” de expressão, mas não “o quê” se diz efetivamente (p. 385-386). Scalia contempla essa diferenciação ao afirmar que:

De fato, para validar tal seletividade (onde o discurso totalmente proscrito está em questão) pode nem ser necessário identificar qualquer base "neutra" específica, desde que a natureza da discriminação de conteúdo seja tal que não haja possibilidade realista de que a supressão oficial de ideias esteja em andamento. [...] Exceto por essa limitação, a regulamentação das "*fighting words*", como a regulamentação do discurso barulhento, pode abordar algumas instâncias ofensivas e deixar outras instâncias, igualmente ofensivas, em paz (USA, 1992, p. 390 – tradução nossa)¹⁹⁶.

Para os *Justices*, a norma de St. Paul, além de regular com base no conteúdo mensagem sem integrar a categoria dos discursos proscritos, configuraria uma discriminação com base em ponto de vista. A discriminação com base no conteúdo se deve ao fato de que a proibição seria aplicável às expressões contendo “epítetos raciais”, mas não seria cabível para outras ofensas que não fossem sobre “raça, cor, credo, religião ou gênero”. Justamente uma discriminação com base no conteúdo que o critério das *fighting words* não faz (1992, p. 391).

O que temos aqui, deve ser enfatizado, não é uma proibição de *fighting words* que são dirigidas a determinadas pessoas ou grupos (o que seria facialmente válido se cumprisse os requisitos da Cláusula de Proteção Igualitária); mas, em vez disso, **a proibição de *fighting words* que contêm [...] mensagens de ódio "tendencioso" e,**

¹⁹⁵ Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973).

¹⁹⁶ No original: *There may be other such bases as well. Indeed, to validate such selectivity (where totally proscribable speech is at issue) it may not even be necessary to identify any particular "neutral" basis, so long as the nature of the content discrimination is such that there is no realistic possibility that official suppression of ideas is afoot. (We cannot think of any First Amendment interest that would stand in the way of a State's prohibiting only those obscene motion pictures with blue-eyed actresses.) Save for that limitation, the regulation of "fighting words," like the regulation of noisy speech, may address some offensive instances and leave other, equally offensive, instances alone.*

em particular, como aplicado a este caso, **mensagens "baseadas em noções virulentas de supremacia racial"** (USA, 1992, p. 392 – tradução e grifo nossos)¹⁹⁷. [...] a razão pela qual as de *fighting words* são categoricamente excluídas da proteção da Primeira Emenda não é que seu conteúdo comunique qualquer ideia particular, mas que seu conteúdo incorpore um *modo* particularmente intolerável (e socialmente desnecessário) de expressar *qualquer* ideia que o orador deseja transmitir. Saint Paul não destacou um modo especialmente ofensivo de expressão - não tem, por exemplo, selecionado para proibir apenas aquelas palavras de luta que comunicam ideias de uma maneira ameaçadora (em oposição a uma maneira meramente detestável). Em vez disso, proscreeu a palavras de qualquer maneira que comuniquem mensagens de intolerância racial, de gênero ou religiosa. Seletividade desse tipo cria a possibilidade de que a cidade esteja buscando desabilitar a expressão de determinadas ideias (USA, 1992, p. 393-394 – tradução nossa)¹⁹⁸.

Logo, o maior problema para a Corte, conforme destaca o voto de Scalia, residia na proibição de uma categoria específica, ao invés de meramente regulamentar de modo geral e neutro. Ainda que os interesses estatais na regulação sejam convincentes, como a garantia de direitos humanos básicos dos “membros de grupos historicamente submetidos à discriminação”, o “perigo de censura” que a norma representaria seria maior. Para os *Justices* “[...] queimar uma cruz no jardim de alguém é repreensível. Mas St. Paul tem meios suficientes à sua disposição para evitar tal comportamento sem atirar a Primeira Emenda ao fogo” (USA, 1992, p. 395-396).

Esta decisão foi bastante aguardada por ativistas dos direitos civis e por instituições que consideravam a adoção de regras de *hate speech*. Esses se viram bastante decepcionados. Matsuda, valendo-se da argumentação característica da TCR, ressalta alguns aspectos que passam despercebidos apenas pela leitura da decisão. A autora ressalta que o casal Russ e Laura haviam se mudado a pouco tempo para a casa de seus sonhos em um bairro branco. Ao se instalarem tiveram os pneus de seus carros furados. Duas semanas depois a família teve as janelas de seu carro quebradas. Um grupo de adolescentes também teria passado chamando seu

¹⁹⁷ No original: *What we have here, it must be emphasized, is not a prohibition of fighting words that are directed at certain persons or groups (which would be facially valid if it met the requirements of the Equal Protection Clause); but rather, a prohibition of fighting words that contain (as the Minnesota Supreme Court repeatedly emphasized) messages of "biasmotivated" hatred and in particular, as applied to this case, messages "based on virulent notions of racial supremacy."*

¹⁹⁸ No original: *[...] the reason why fighting words are categorically excluded from the protection of the First Amendment is not that their content communicates any particular idea, but that their content embodies a particularly intolerable (and socially unnecessary) mode of expressing whatever idea the speaker wishes to convey. St. Paul has not singled out an especially offensive mode of expression-it has not, for example, selected for prohibition only those fighting words that communicate ideas in a threatening (as opposed to a merely obnoxious) manner. Rather, it has proscribed fighting words of whatever manner that communicate messages of racial, gender, or religious intolerance. Selectivity of this sort creates the possibility that the city is seeking to handicap the expression of particular ideas. That possibility would alone be enough to render the ordinance presumptively invalid, but St. Paul's comments and concessions in this case elevate the possibility to a certainty.*

filho de nove anos pela *N-word*¹⁹⁹. Quando Russ viu algo queimando em seu quintal pela janela não demorou a entender o significado do símbolo de ódio racial conhecido como instrumento de intimidação desde o período da Reconstrução (MATSUDA, 1993, p. 184-185).

Ao contrário da Suprema Corte, os juízes de Minnesota consideraram a história e o contexto para formar sua decisão, não apenas formulações abstratas. Sabiam que não se tratava de um caso comum de invasão de propriedade, porque a queima de cruces passa uma mensagem ligada “à violência, ao linchamento e à exclusão”. Era uma ameaça para aquela família negra, visando não só incutir o medo nos novos vizinhos, como também silenciar os brancos que demonstrassem alguma tolerância racial. O que estava em questão era um dano muito específico, típico aos discursos de ódio pela história que carregam (MATSUDA, 1993, p. 185).

Matsuda também destaca o caráter mais conservador da Corte, cujo *Chief-Justice*, Antonin Scalia, foi nomeado por Ronald Reagan, o presidente cuja intenção era reverter decisões de caráter mais progressista através de suas indicações (BAUM, 1987, p. 172). Para a autora esse tipo de análise jurídica presente no voto de Scalia que a Teoria Crítica da Raça procura combater: a redução dos discursos de ódio a um conteúdo meramente impopular que a Suprema Corte deve defender contra as forças estatais (MATSUDA, 1993, p. 186).

Dizem-nos que uma “cruz grosseiramente feita” foi queimada no quintal de uma família negra, mas **não nos dizem nada sobre essa família ou a hostilidade que experimentaram ao se mudar para o bairro. A Ku Klux Klan, linchamento, cavaleiros noturnos, a Reconstrução, padrões contínuos de crimes de ódio e violência racial neste país nunca são mencionados. Estatísticas de crimes de ódio e evidências de ciências sociais mostrando o uso crescente de cruces queimadas e suásticas para perseguir minorias étnicas e religiosas não são mencionadas** (MATSUDA, 1993, p. 186 – tradução e grifos nossos)²⁰⁰.

Matsuda destaca que na visão abstrata liberal/tradicional ocorre uma inversão dos valores e pesos: o propagador do discurso de ódio racial se torna a vítima. Na análise da autora,

¹⁹⁹ Na língua inglesa a palavra remete a um insulto direcionado a pessoas negras, usado de forma pejorativa durante a escravidão e o pós-abolição. Sua origem é geralmente atribuída à palavra em latim para “preto” e uma variação do termo francês “*negre*”. Durante a primeira metade do século XX, no entanto, a palavra se tornou altamente ofensiva e seu uso tornou-se extremamente desaconselhável, principalmente para pessoas pertencentes ao grupo racial dominante.

²⁰⁰ No original: *We are told that a “crudely made cross” was burned in the yard of a Black family, but we are told nothing about that family or the hostility they experienced upon moving into the neighborhood. The Ku Klux Klan, lynching, nightriders, the Reconstruction, continuing patterns of hate crimes and racial violence in this country are never mentioned. Hate crime statistics and social science evidence showing increasing use of burning crosses and swastikas to harass ethnic and religious minorities are not mentioned.*

R.A.V. é repleto de incoerências e distorções do verdadeiro significado de Liberdade de Expressão. A proteção concedida a discursos como o de Viktora desde a consolidação do padrão de Brandenburg omite e simultaneamente escancara um sistema de privilégios que podem ser relacionados à brutalidade policial e às taxas de mortalidade crianças negras (MATSUDA, 1993, p. 187-18). Em seu entendimento:

[...] O objetivo da Primeira Emenda de maximizar o discurso público não é alcançado em um mercado de ideias distorcidas por coerção e privilégio. Cruzes em chamas não trazem à mesa mais ideias para discussão, e o fracasso da Corte em ver isso faz parte de uma longa história de não ver o que as pessoas que vem “de baixo” (MATSUDA, 1993, p. 188 – tradução nossa)²⁰¹.

Mas, em razão deste mesmo sistema se produz e reproduz uma ideologia de dominação baseada em hierarquia racial. Na análise dos teóricos críticos, o reforço de um ideal abstrato de liberdade de expressão resistirá por mais algum tempo, por mais incoerente que ele possa ser ao analisar os casos concretos. Em uma perspectiva de anti-subordinação da Primeira Emenda, defendida pelos TCR, a decisão acima seria em verdade incompatível com outros valores constitucionais em uma ponderação e até mesmo com o ideal de Liberdade de Expressão efetivamente democrático (MATSUDA, 1993, p. 187-188).

Mais recentemente, no caso *Virgínia v. Black*²⁰², a Suprema Corte reconheceu que a queima de cruzes, em alguns contextos, pode ser intimidatória. Por sete votos a dois, a maioria entendeu que esse discurso simbólico está associado a um passado de perseguição e violência que se aproxima da concepção de “*true threats*” (“ameaças verdadeiras”), categoria que atualmente integra os discursos desprotegidos com base na Primeira Emenda. Para distinguir este caso, do julgamento de R.A.V., a *Justice* Sandra Day O’Connor, escrevendo para a maioria compreendeu que neste caso era possível a restrição do discurso simbólico por configurar “uma forma particularmente virulenta de intimidação”, mas destacou que nem todas as queimadas de cruzes teriam cunho intimidatório, não sendo possível proscrever a conduta em si (USA, 2003, *Syllabus*). Apesar de ser um avanço significativo em direção a uma maior proteção dos

²⁰¹ No original: *The first amendment goal of maximizing public discourse is not attained in a marketplace of ideas distorted by coercion and privilege. Burning crosses do not bring to the table more ideas for discussion, and the Court’s failure to see this is part of a long history of not seeing what folks on the bottom see.*

²⁰² *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

vulneráveis, o *hate speech* ainda não integra o rol de categorias desprotegidas de discurso no Direito americano.

No Brasil, por outro lado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão²⁰³ nº 26 e o Mandado de Injunção²⁰⁴ nº 4733 julgados conjuntamente no ano de 2019, caminharam em sentido contrário. O Supremo Tribunal Federal não só reafirmou o reconhecimento do racismo, como estendeu a criminalização para casos de homofobia e transfobia sob o mesmo diploma legal, a Lei nº 7.716/1989. De acordo com a Ementa, esse enquadramento é justificável enquanto não forem cumpridos os mandados de criminalização previstos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CRFB/88:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Um dos argumentos centrais da ADO nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi a ideia de “dimensão social” do racismo. Ainda de acordo com a Ementa, seria uma projeção do racismo que iria além de questões biológicas, abarcando uma “manifestação de poder” construída histórica e culturalmente. Nesse sentido, a dimensão social nega elementos inerentes ao reconhecimento da personalidade em sociedade, como a alteridade, a dignidade e a humanidade das pessoas que integram grupos vulneráveis visando manter a desigualdade e o controle ideológico, político e social.

Em outras palavras, o STF entendeu pela necessidade regular por meio do direito penal discursos de ódio e atitudes discriminatórias contra integrantes da comunidade LGBT+. Até o momento, a garantia de direitos para essa população é uma pauta que encontra dificuldade

²⁰³ Em termos gerais, a ADO visa garantir a efetividade das normas constitucionais, ante a omissão total ou parcial do Congresso Federal. Como ação de caráter abstrato e concentrado, visa declarar a mora legislativa de modo generalizado. Segundo Bonavides, é uma ação inspirada no direito português, que visa garantir especialmente direitos sociais ou a atuação direta do Estado (2011, p. 322).

²⁰⁴ A seu turno, o Mandado de Injunção visa suprir omissão do Poder Público que torne inviável o exercício regular de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional de eficácia limitada, ou seja, que dependam de regulamentação total ou parcialmente. Para Bonavides seriam aquelas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Diferente da ADO, o Mandado de Injunção como um processo subjetivo pressupõe a existência partes, com pretensão de defesa de um direito concreto de uma pessoa ou de um grupo em específico (2011, p. 551). Por esse motivo as ações foram analisadas conjuntamente com as mesmas fundamentações, mas com dispositivos diferentes, logo, a resolução de cada um dos casos versa sobre objetos distintos.

de avanços na Câmara e no Senado federal, em razão de sua composição com tendência mais “conservadora nos costumes”²⁰⁵.

Essa criminalização, até então ausente, se justificaria em razão da realidade e do histórico de discriminação e subalternização sofridos por membros do grupo LGBTQ+, muitas vezes manifestado através de violência física. Agressões que ocorrem exclusiva ou primordialmente em razão das características que identificam o grupo, quais sejam, a dissidência em relação à autoidentificação binária de gênero, associada ao “sexo biológico”, e/ou a atração romântica e sexual em relação a pessoas do mesmo sexo/gênero²⁰⁶.

A estimativas demonstram a razoabilidade da preocupação. De acordo com dados das estatísticas experimentais do IBGE de 2019, ao menos 1,8% da população maior de 18 anos se identificava como ou homo ou bissexual, o que totalizava da população 2,9 milhões da população²⁰⁷. Porém, esses dados tendem a estar subnotificados. Organizações como a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) (*apud* Fundo Brasil, 2022) estimam que esse número seja em torno de 20 milhões da população.

Essa dificuldade de acurácia numérica, por falta de dados e tipificação específica, se reflete na seara penal. Atualmente é impossível dizer ou estimar com segurança o total de pessoas alvos de violência em razão de sua identificação. Mas ONGs e centros de estudos LGBTQ+ apontam para a urgência de tratar os problemas deste grupo social com seriedade.

²⁰⁵ Em 208 cerca de 303 deputados identificados com a direita ou centro-direita, em comparação com 135 deputados identificados com a centro-esquerda/esquerda. Segundo matéria do *Le Monde Diplomatique Brasil*, esse crescimento pode ser de 30% em relação às eleições federais anteriores, descrito como o Congresso mais conservador dos últimos 40 anos (QUEIROZ, 2018).

²⁰⁶ As possibilidades de identificação dentro da comunidade LGBTQ+ são variadas, fluídas e atualizadas à medida que novas expressões de gênero e sexualidade são reconhecidas no espaço público. Por não ser o objetivo do trabalho, as distinções internas não são pormenorizadas. Apenas destaca-se de forma bastante genérica que a sigla inclui pessoas que são afetiva e sexualmente atraídas por pessoas do mesmo gênero (gays, lésbicas, bissexuais, pansexuais) e também pessoas que se identificam com uma expressão de gênero distinta do seu “sexo biológico” (pessoas transgênero) – a sigla pode abranger outros espectros relativos à afetividade e sexualidade e formas de expressão no mundo além dos binarismos de gênero. Para informações sucintas, recomenda-se a leitura da Cartilha “O Ministério Público e os Direitos de LGBTQ+: conceitos e legislação” publicada em 2017 e disponibilizada no link: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/MPeDireitosLGBT.pdf>. Reflexões mais profundas sobre a construção eurocêntrica das categorias e atribuições de papéis às noções de “gênero” e “sexo” (mulher-homem, feminino-masculino) podem ser encontrados em estudos de teorias feministas e *Queer*. A referência mais completa na qual essa pesquisa se baseia indiretamente é o livro *Problema de Gênero* de Judith Butler, especialmente o seu capítulo 1 que introduz à complexidade do debate citado.

²⁰⁷ Informação retirada diretamente da Tabela 1.1.2 (vide referências). A pesquisa ainda é de cunho experimental, logo, pode não ser tão fidedigna quanto os resultados que os censos decenais apresentam, além disso não abordou questões sobre identidade de gênero. Entretanto, os resultados do IBGE em 2019 foi o primeiro levantamento de iniciativa pública de larga escala em nível federal. Até então essas informações não constavam em pesquisas amplas e o tema não foi incluído como quesito nos questionários básicos e amostrais do censo de 2022.

Neste sentido, a decisão do STF enfrenta o embate entre liberdade de expressão de cunho religioso e lgbtfobia. Conforme o Acórdão publicado em 2019 ultrapassado o limite do discurso de ódio, em um exercício de ponderação diante de casos concretos, há possibilidade de enquadramento no artigo 20 da Lei Caó. Os demais dispositivos também passaram a ser aplicados de forma análoga para casos de discriminação, qualificando a lgbtfobia como espécie de racismo, enquanto não sobrevém norma autônoma para essa comunidade (p. 10-11).

Na ADO nº 26 (2019), o Partido Popular Socialista (PPS), enquanto legitimado ativo, requereu a declaração de inconstitucionalidade da omissão do Congresso Nacional em discutir e aprovar qualquer legislação referentes às populações LGBTQ+. O Congresso Federal, autoridade interessada, teria pugnado pela improcedência do pedido em razão da existência de iniciativas em análise perante a Comissão de Constituição e Justiça visando a inclusão de tipo específico contra a discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero no Código Penal (p. 39).

Avanços anteriores também foram sedimentados através da atuação do STF em sua atuação contramajoritária²⁰⁸. Em 2011, a Corte julgou conjuntamente a ADPF 132 e ADI 4277, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, em que reconheceu uniões homoafetivas como entidade familiar nos mesmo termos que a união entre “homem e mulher” na Constituição/1988 e no Código Civil/2002.

Citando dados do Grupo Gay da Bahia, *amiscus curiae* no processo, o Ministro Celso de Mello ressaltou para os índices de violência contra a população LGBTQ+, incluindo dados alarmantes sobre rejeição, tentativa de suicídio e aumento dos índices de assassinato em 2017 em relação ao ano anterior, marcando a diferença de status social e respeito em relação às populações heterossexuais e cisgênero no país (p. 72-73). Ato contínuo, o Ministro destacou para o estado de agravada vulnerabilidade das pessoas transgênero, que possuem dados ainda mais preocupantes. Citando dados do Transgender Europe, o Ministro destaca que no Brasil

²⁰⁸ Diz-se contramajoritário em relação ao poder de anulação da Corte sobre a lei ordinária. Esta, tecnicamente, é fruto da decisão da maioria, uma vez que geralmente é editada pelo Congresso Nacional e aprovada pelo presidente da República. Esta é a típica atuação da Corte questionada como “ativismo” por ir além do que prevê estritamente o texto constitucional e legal. Entretanto, autores, como Gustavo Binbenbonjm (2014, p. 80-81), alertam para o equívoco na pecha de antidemocrático, uma vez que sua atuação é pautada para a concretização ou aproximação dos princípios Constitucionais, logo, em uma democracia constitucional, a Corte estaria apenas cumprindo seu papel precípua de guardião da Constituição.

ocorriam mais da metade dos assassinatos em razão a identidade de gênero em um comparativo com outros 71 países nos anos de 2011-2016 (p. 75)²⁰⁹.

Tenho para mim que a configuração de **atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo** – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando **inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero** (p. 125 – grifo nosso).

Cabe notar a utilização da larga categoria de racismo extraído do caso Ellwanger (HC nº 82.424 publicado em 2003). Não caberia fazer referência à superada ideia de raça biológica, mas à ideologia que subsiste dessa classificação. Assim, a homotransfobia, enquanto aversão aos LGBT+ manifestada de forma cruel, ofensiva e intolerante, manifestada pelo preconceito e discriminação, configuraria expressão do racismo, aquele “compreendido em sua dimensão social: o denominado racismo social” (p. 130). Neste sentido, sua explanação dá o tom no qual se inicia e encerra o julgamento, não obstante as divergências relacionadas:

Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder – permite identificá-lo **como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados “outsiders” e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito** (p. 130 – grifo nosso).

Reiterando os argumentos contra a tolerância jurídica com os discursos de ódio, o Ministro Celso de Mello crítica a condescendência com as diversas formas de intolerância. Ressalta a que uma das características dos regimes democráticos é a pluralidade de ideias que mantenha uma comunidade “inclusiva” como livre e protegida das ações do Estado “ou

²⁰⁹ Paginação referente ao Inteiro Teor do Acórdão.

praticadas por particulares que lhes restrinjam o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero”. Seu voto destaca que a incitação ao ódio público contra a comunidade LGBTQ+ não está protegida pelo direito por qualquer frente da liberdade de expressão previsto na Constituição (p. 140-141).

O Ministro Edson Fachin, relator do MI 4.733, acompanhou o relator. As premissas de seu voto se basearam no direito a não ser discriminado, base da ordem constitucional sob o qual se assenta o Estado Democrático de Direito brasileiro. Também destacou o direito à dignidade e à igualdade (art. 1º, III e art. 5, *caput* da CRFB/1988) como bases para a interpretação da questão jurídica (p. 197-198). O Ministro destacou que o direito penal é o instrumento adequado para a proteção dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente e que o Direito Internacional dos Direitos Humanos também reconhece a posição de vulnerabilidade que se encontram as pessoas LGBTQ+ e tem oferecido proteções normativas (em convenções e decisões), incluindo na seara penal, para conter o agravamento dessa vulnerabilidade (p. 208-209).

Pelo teor de seu voto, o Ministro está ciente de que as origens dos preconceitos raciais e contra pessoas LGBTQ+ são distintas, assim como a incidência de discriminação sobre cada grupo. Portanto, os parâmetros de proteção legislativa a esses e outros grupos vulneráveis, também são ou deveriam ser distintos (p. 210). Porém, diante da constância da violação de direitos fundamentais desta comunidade, não seria razoável limitar a decisão ao reconhecimento da mora do Congresso. Seria necessário estender o reconhecimento da igual lesividade da discriminação contra esse grupo que teria, por sua vez direito à livre expressão de sua sexualidade (p. 215-216).

O Ministro Alexandre de Moraes reconheceu como flagrante a insuficiência das proteções disponíveis contra a discriminação homofóbica e transfóbica. Com base nas contribuições dos *amicus curiae* e dados de conhecimento público, entendeu como poucas e esparsas as políticas públicas à comunidade LGBTQ+ que não são satisfatórias na atuação contra “atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero” (p. 243-244). O Ministro destacou documentos

internacionais²¹⁰ voltados à efetivação dos direitos da comunidade e o rol de legislações internas vigentes, fruto do processo legislativo de âmbito federal, voltadas à “implementação legislativa dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos vulneráveis”, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)²¹¹, o Estatuto da Pessoa Idosa²¹², do consumidor²¹³, da mulher²¹⁴ e o recente Estatuto das pessoas com deficiência²¹⁵, todas elas contendo previsões penais (p. 250-251).

Via de regra, é permitido ao Poder Judiciário, mesmo em sua mais alta instância, obrigar o Poder Legislativo a legislar ou ao Executivo implementar políticas públicas, ainda que para garantia dos direitos e garantias mais básicos dos cidadãos (SILVA, 2010, p. 250). Trata-se da premissa mais básica da separação e equilíbrio dos poderes e do respeito às funções típicas de cada um deles. O que a ADO torna possível é a declaração de mora do Poder em falta no cumprimento com suas obrigações constitucionais.

A eficácia da declaração em mora, porém, pouco altera a realidade da questão jurídica que chega até o judiciário, por essa razão a eficácia da ADO (e do MI) é passível de questionamentos sobre esvaziamento de seu alcance e eficácia. Ciente disso, o Ministro Alexandre de Moraes, declara a demora do Congresso Nacional. No entanto, não institui prazo para a produção de norma regulamentadora, uma vez que seu descumprimento não traria qualquer consequência de ordem prática pelas razões mencionadas acima (p. 258-259).

Ainda assim, o Ministro ressalta que é papel da Corte garantir a efetividade das normas constitucionais. Desse modo, Ministro Moraes resume bem o impasse jurídico em

²¹⁰ Tal como o “*Born Free and Equal – Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law*” (2012). Entre os cinco principais compromissos do documento que envolvem a proteção contra discriminação e violência e a revogação de normas atentatórias à liberdade sexual privada, sintetizados no voto do Ministro Alexandre de Moraes (inteiro teor do acórdão), está a proteção da Liberdade de Expressão das pessoas LGBT+, incluindo o direito de organização em grupo, como o direito de associação e reunião (p. 247). O documento internacional está disponível integralmente pelo link <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>.

²¹¹ Lei 8069/1990.

²¹² Lei nº 10.741/2003, com nova redação pela Lei nº 14.423/2022.

²¹³ Lei nº 8.078/1990 ou Código de Defesa do Consumidor, que reconhece a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Toda a sistemática jurídica consumerista desenvolvida a partir dessa legislação fornece aporte normativo para os estudos relativos à categoria “vulnerabilidade” e para o campo dos Direitos Difusos e Coletivos.

²¹⁴ Lei 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha), especialmente contra violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial contra Mulher no âmbito dos relacionamentos afetivos e familiares. Normativa que adveio após a condenação do Brasil em 2011 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

²¹⁵ Lei nº 13.146/2015.

questão, principalmente quanto à utilização da Lei 7.716/89, por se tratar essencialmente de uma norma criminalizadora, logo submetida aos princípios do Direito Penal, em especial o princípio da reserva legal e da anterioridade penal da lei penal, o que requer atuação do parlamento na tipificação, enquanto representantes da vontade popular (maioria democrática), não aos magistrados (p. 260-261). Conforme detalha:

Os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*) [...] (p. 260).

Na resolução da questão, o Ministro utiliza o método hermenêutico de “interpretação conforme a Constituição” voltado para a interpretação de normas infraconstitucionais. Critério este decorrente do princípio básico do constitucionalismo de supremacia da Constituição. Compatibilizando, assim, o texto legal com variados significados possíveis, no caso, a Lei nº 7.716/89, com os mandamentos constitucionais, especialmente o princípio da Dignidade da pessoa Humana, princípio da igualdade e objetivo fundamental de construção de uma sociedade sem discriminações que atentem contra direitos e liberdades fundamentais (p. 264-265).

Em complemento o Ministro destaca que mesmo subsistindo algum interesse de fundo que possa gerar um embate principiológico, como o direito à liberdade religiosa, esta não deve servir de pretexto para os discursos de ódio. Em sua rápida definição, os discursos de ódio incluiriam “declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários”. Deixando poucas dúvidas quanto à eventuais conflitos, ao se valer do princípio da proporcionalidade para chegar a essa conclusão (p. 269-270)

Assim, além do reconhecimento da mora Legislativa, o Ministro também conclui pela interpretação da lei 7716/89 conforme à Constituição (art. 1º, III; 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e § 1º), pugnando pela sua aplicação integral às ofensas de cunho homofóbico e transfóbico, enquanto o Congresso Nacional não edite norma específica. Ressalta que embora os efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões de controle concentrado de constitucionalidade, não

seriam cabíveis os efeitos de retroatividade, em razão da principiologia penal mencionada (p. 271).

O Ministro Luís Roberto Barroso votou no mesmo sentido. Em sua fundamentação teórica o Ministro destacou que “a principal missão de uma suprema corte assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias”. Neste sentido, realça os três papéis de uma corte constitucional, como o STF: (i) seu papel Contramajoritário, exercido, por exemplo na declaração de inconstitucionalidade, ao ir diretamente contra a “suposta” vontade da maioria, representada pelos membros do Congresso Nacional que, em regra, é quem edita as normas; (ii) seu papel Representativo: ao atender das demandas sociais reconhecidas pela constituição e; (iii) seu papel Iluminista na promoção de “avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria”. Cita como exemplo deste último a atuação da Suprema Corte no Caso *Brown v. Board of Education* (2019, p. 286-287).

Justificando a equiparação das ofensas homofóbicas e transfóbicas, Barroso trouxe à baila a conceituação de racismo firmada no Caso *Ellwanger* (2003). Apesar das violações aos direitos fundamentais da população LGBT+ não configurar racismo enquanto categoria teórica específica, a compreensão do STF à época firmou racismo como hierarquização de grupos humanos que importe em segregação, inferiorização e eliminação de pessoas. Dessa forma, “a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+” (2019, p. 293-294).

A ministra Rosa Weber também concordou com os demais quanto à necessidade de criminalização da homofobia. Rememorou as categorias teóricas utilizadas no Caso *Ellwanger* (HC nº 82.424/2003), para pugnar pela “ampliação conceitual do conceito jurídico-constitucional de racismo”. Por esse conceito a discriminação em razão do gênero ou da orientação sexual poderia ser abarcada pela ideia de racismo a que se refere a Lei 7716/89 (2019, p. 371).

Assim como os outros Ministros, Luiz Fux, retomou a argumentação utilizada no precedente de 2003: “O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou seu conceito de que racismo é um delito cometido contra o homem de carne e osso, integrantes da comunidade LGBT, judeus e afrodescendentes” (2019, p. 406). No mais, reforçou o papel do Poder Judiciário, de cunho contramajoritário, na concretização do Direito Fundamental de minorias em matéria penal, ainda que suprimindo as lacunas normativas apenas de modo excepcional e

transitório (2019 p. 411). Na compreensão do Ministro, a Corte não estaria criando uma lei, mas sim um reconhecimento da extensão do conceito de “racismo” previsto na 7.116/89, por se tratar de um conceito indeterminado, com vários significados (2019, p. 432).

Neste mesmo sentido foi o voto da Ministra Carmén Lúcia. Retomando o HC nº 82.442/2003, como *leading case* que definiu racismo como um fenômeno ideológico”, a ministra entendeu pela insuficiência da proteção penal contra a comunidade LGBTQ+, o que por sua vez, configuraria a omissão inconstitucional do Poder Legislativo o que justificaria a equiparação (2019, p. 471-472). Em suas palavras:

O traço histórico de perseguição das comunidades homo e transexuais, conduzida por uma ideologia supremacista, impõem a subsunção da homotransfobia ao gênero racismo, na linha do que decidido por este Supremo Tribunal Federal no habeas corpus n. 82.424 (p. 484).

Gilmar Mendes também reconheceu a mora do Legislativo e destacou a importância da proteção dos Direitos Fundamentais. Valendo-se de sua experiência no julgamento do caso Ellwanger, o Ministro destacou que no Brasil o problema do preconceito racial não se limita ao sentido estrito de raça “biológica”. Faz-se necessário considerar a “posição ou status cultural, social e econômico do indivíduo, sua origem étnica e sua orientação sexual ou sua identidade de gênero”. A existência desses outros sentidos para a interpretação jurídica ressalta o objetivo da República em “coibir a discriminação inferiorizante” (2019, p. 532-533).

Em meu voto, no já referido caso Ellwanger, ponderei que a discussão sobre a configuração de judeus como raça perdia sentido na medida em que quem discrimina o está fazendo como uma raça, promovendo e incitando a segregação. Assim, **parece-me mais relevante o conceito antropológico do que o científico**. Nesse sentido, a existência de diversas raças decorre de concepção histórica, política e social, sendo ela considerada na aplicação do Direito (p. 533).

Apesar da maioria formada, os Ministros Ricardo Lewandowski, Antônio Dias Toffoli e Marco Aurélio divergiram parcial ou integralmente do relator. Citando pensadoras de gênero do campo teórico crítico, como Judith Butler e Nancy Fraser, Lewandowski reconheceu a mora legislativa, compreendendo a gravidade das violações sofridas em razão da identidade de gênero ou homossexualidade/homoafetividade. Divergiu, no entanto, quanto ao

entendimento de criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas com base na Lei Caó, por entender que configuraria uma efetiva extensão da lei penal que violaria princípios penais constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito, como o princípio da reserva legal (2019, p. 511-514). O presidente do Supremo Tribunal Federal, à época o Ministro Dias Toffoli, não entrou nos pormenores como os demais Ministros, acompanhando o voto do Ministro Lewandowski (2019, p. 558).

A maior divergência foi traçada pelo Ministro Marco Aurélio, que entendeu que as duas principais pretensões não deveriam ter procedência. Apesar de reconhecer o quadro grave de violências perpetradas contra integrantes da comunidade LGBTQ+, o Ministro entendeu como inadequados os instrumentos adotados, quais sejam, a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção coletivo por não ser possível inferir a existência de um direito público subjetivo à criminalização de uma conduta. Isso seria um poder-dever do Estado e não de particulares (2019, p. 552).

Por conseguinte, não haveria por que constituir em mora o Poder Legislativo. Ademais, a extensão interpretativa fruto do alargamento do conceito popular de racismo, configuraria violação do princípio da legalidade estrita em matéria penal. Para o Ministro, o entendimento da maioria levaria à usurpação da competência legiferante do Congresso Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, o que poderia abrir margem para subjetivismos, violações graves às premissas do Estado Democrático de Direito regido pela CRBR/88 (2019, p. 553-554).

Ao final, por 10 votos a 1, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a demora do Congresso Nacional em editar a respectiva norma reguladora. Foi apontada urgência da norma protetiva para a comunidade LGBTQ+, colocando o direito penal como instrumento adequado para os temas mais sensíveis, como agressão física e discursos de ódio. Contudo, houve uma divergência maior, de 8 votos a 3, quanto à equiparação aos delitos motivados por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A discordância versou sobre o princípio da estrita legalidade da Lei Penal que exigiria a tipificação pelo processo legislativo. De toda forma, por maioria, o tratamento equiparado com base na Lei 7716/89 para fins de criminalização da homofobia e transfobia foi julgado procedente, enquanto não sobrevém instrumento autônomo próprio. Por consequência, condutas homofóbicas e transfóbicas podem ser subsumidas aos tipos penais definidos na lei, como o art. 20, associado à criminalização do discurso de ódio racial. Também se aplicam as

características que dão o tom de gravidade para os delitos em questão, quais sejam, a imprescritibilidade para a persecução penal e a inafiançabilidade.

Considerando a demanda dos teóricos críticos da raça, a normativa nacional e os argumentos mais protetivos da Corte, que levam em conta o princípio da Proporcionalidade, o Direito à Igualdade e à Dignidade da Pessoa Humana, o Brasil possui uma proteção jurídica considerável aos grupos vulneráveis desde a promulgação da Constituição da República de 1988. Há certo compromisso nacional, ao menos formal, em coibir o racismo explícito e institucional, verificado na proibição de discursos de ódio racial, injúria racial e efetiva discriminação negativa baseada na ideologia de supremacia racial.

Assim, é possível entender que, embora não se trate de uma posição estática, o Brasil adota uma postura mais protetiva aos vulneráveis em termos constitucionais, legais e judiciais. Existe uma gama de normas autônomas para a proteção de variados grupos e avança na proteção de tantos outros, como os LGBTQ+. Essa proteção formal engloba o reconhecimento civil, administrativa e penal, sendo que este último é destinado à proteção dos bens mais caros da sociedade²¹⁶, dando o tom da relevância da proteção dos grupos vulneráveis.

Essa proteção se dá em consonância com outros direitos fundamentais, como o Direito à Manifestação do Pensamento e Liberdade Religiosa que, no entanto, não são considerados absolutos. Desse modo, a decisão da ADO nº 26, reafirma o entendimento de que os discursos de ódio, enquanto a inferiorização de grupos sociais historicamente vilipendiados, não são tolerados pela Ordem Constitucional brasileira. Este é justamente o reconhecimento requerido pelos teóricos críticos americanos.

Na maioria das justificativas dos Ministros, nos casos brasileiros analisados nesta pesquisa, a limitação da liberdade de expressão frente aos casos de discursos de ódio racial – extensível para discursos de ódio contra os demais grupos vulneráveis - se dá pela interpretação das normas constitucionais à luz da Dignidade da Pessoa Humana. À diferença do julgado americano, este princípio é usado como uma diretriz para o exercício da Ponderação na resolução de conflitos entre os Direitos Fundamentais, especialmente através do critério da Proporcionalidade.

²¹⁶ Como fica claro na argumentação do Ministro Barroso: “Há um cenário de reiterada violação da integridade física e psíquica da população LGBTQ+, que afeta esse grupo no que há de mais essencial em sua dignidade: seu valor intrínseco como pessoa humana. A grande importância dos bens jurídicos violados, portanto, justifica a utilização da última *ratio* que é o Direito Penal” (2019, p. 292).

A partir dessa decisão, dois aspectos importantes merecem ser considerados. Primeiramente, o possível enfraquecimento do conceito de racismo relativo à ideia de interiorização e exclusão de pessoas baseadas na raça, uma herança colonial tão presente em nossos tempos. Ao utilizar a conceituação de racismo em sua “dimensão social”, os Ministros colocam de lado a ênfase dada pelo constituinte na proposição de um esforço normativo para a superação do racismo, substancializado em Leis como a 7.716/1989. Criou-se um “racismo” que não considera o elemento racial, mas sim uma noção ampla de preconceito e discriminação, categorias estas pré-existentes e utilizadas anteriormente em casos sobre direitos dos vulneráveis.

Como ressalta, o prof. Wallace Corbo, é possível que ocorra um apagamento histórico das lutas contra o racismo que afeta diretamente pessoas racializadas. Esse enfraquecimento tende a afetar diretamente pessoas afrodescendentes, cujos esforços de movimentos negros ao longo das décadas de existência da República brasileira culminou no objetivo de eliminação da discriminação direta contra pessoas negras e combate à ideologia racista. A questão jurídica, portanto, vai além da discussão de atribuições de competências e separação de poderes, atinge os objetivos firmados pelos constituintes “o sujeito concreto negro é absorvido pelo sujeito abstrato de direito que tem o igualmente abstrato direito à não discriminação” (CORBO, 2019).

Outro problema recorrente em matéria de Direitos Fundamentais, é possivelmente ainda mais grave: a dificuldade de efetivação do direito previsto. A professora Thula Pires²¹⁷, outra estudiosa brasileira da Teoria Crítica da Raça e dos estudos decoloniais, aponta este problema no combate ao racismo, tanto na ótica constitucional quanto nas normas infralegais amparadas pela Constituição, em razão da exigência de dolo de ofender, apartar ou excluir. Entretanto, em uma sociedade marcada pelo “racismo disfarçado” ou “racismo sutil”, consequência da propagação do mito da democracia racial, torna-se difícil o enquadramento e punição das condutas lesivas (PIRES, 2018, p. 71).

Além disso, a persistência do racismo nas instituições é perceptível nos tipos da Lei 7.716/89 e na tratativa das demandas relativas aos discursos de ódio racial. Apenas a título exemplificativo, duas pesquisas quantitativas realizadas por pesquisadoras negras podem ser

²¹⁷ Mestre e Doutora em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-RJ. Coordenadora dos cursos de Graduação e Pós-graduação do Departamento de Direito na mesma instituição.

citadas. A primeira, de autoria da professora Gislene Aparecida dos Santos²¹⁸, publicada em 2015, e a segunda de autoria da professora Thula Pires, publicada em 2018.

Santos analisou 119 documentos, entre inquéritos e processos de 2003-2011 da base de dados do tribunal de Justiça do estado de São Paulo. A pesquisadora notou que maior parte das ocorrências eram entre vizinhos, entre pessoas em relações comerciais ou em vias públicas. Nos inquéritos cerca de 73% dos casos foram classificados como injúria e nos processos, após desclassificação das tipificações, aproximadamente 53% foram compreendidos como crime de injúria contra 7% como crime de racismo. Dentro desses percentuais, a maior parte dos casos foram encerrados durante a fase investigativa por falta de provas ou decurso do prazo para a propositura da Ação Penal (SANTOS, 2015, p. 190).

Pires, por sua vez, analisou os julgados criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no período de 1989, ano da edição da Lei 7.716, até julho de 2018, levantando 150 casos envolvendo o tema racismo contra pessoas negras. A maior parte, cerca de 83% foram tipificados como injúria qualificada, prevista pelo art. 140, §3º do Código Penal, sendo que do total 57% foram condenados. Como alerta sua pesquisa, a escolha pela tipificação no delito de injúria e não nos dispositivos da Lei 7716/89, especialmente o artigo 20 que abrangeria o discurso de ódio racial, se dava no intuito de evitar os efeitos de imprescritibilidade e inafiançabilidade agregados à lei (PIRES, 2018 p. 71).

Os recentes julgados reconhecendo a injúria racial, prevista no Código Penal, como uma forma de expressão do racismo, concedendo-lhes as consequências típicas da Lei 7716/89 não teve seus impactos avaliados devido ao pouco tempo produzindo efeitos²¹⁹. De toda forma, em alguns dos exemplos citados pela autora, as decisões condenatórias enfatizavam apenas a dimensão intersubjetiva, dolosa e aberta do racismo, mantendo intactas as condutas sutilmente menos explícitas, mas igualmente danosas. Frequentes os casos de descaracterização do delito para a injúria simples nos julgados levantados (PIRES, 2018 p. 72).

²¹⁸ Mestre em Filosofia (Unicamp) e Doutora em Psicologia (USP), professora do curso de pós-graduação em Direitos Humanos da USP. Pesquisadora ênfase em raça, racismo, discriminação e estudos pós-coloniais

²¹⁹ Pires considerou o julgado do Superior Tribunal de Justiça RE686.965-DF de 2015 e do STF, ARE 983.531-DF em 2017. O Supremo Tribunal Federal brasileiro confirmou, por 8x1, a jurisprudência do STJ, no HC 1542.248, com decisão publicada 2021, entendendo como inexistente a diferenciação ontológica da injúria racial do artigo 140, §3º e os tipos da Lei 7.716/89, a única diferença significativa é em relação ao foco da ofensa: a injúria, de modo geral visa ofender a honra subjetiva da vítima, já os crimes da Lei Caó se destinam ao grupo racializado como um todo, quase todos relacionados à exclusão, restrição ou preferência (discriminação negativa).

Apesar da existência de proteções jurídicas específicas a nível constitucional e da sedimentação desse caráter protetivo tanto nas doutrinas tradicionais brasileiras, quanto no Supremo Tribunal Federal, as pesquisas citadas exemplificam algumas das dificuldades em conceder efetividade às normas criminalizadoras²²⁰. Assim, ao contrário do que os teóricos críticos parecem defender, a mera adoção de uma postura constitucional de combate ao racismo não sugere modificações práticas na realidade concreta do grupo racializado mais afetado diretamente pelos discursos de ódio no país, a população afrodescendente.

4.4. Considerações parciais

O estudo até aqui desenvolvido trabalha com duas posições clássicas no debate de liberdade de expressão. O embate jurídico se dá entre os liberais, aqueles que entendem que manter os discursos livres é benéfico à sociedade e uma posição que considera os danos que esses discursos causam nas vítimas e na sociedade, pugnando por maior restrição em casos de discursos de ódio, geralmente defendida por formalistas/legalistas. Este trabalho procurou dar vazão à perspectiva dos alvos desses discursos, pessoas racializadas, que pouco tem voz no debate jurídico dominante.

A posição da Teoria Crítica da Raça assevera que a posição americana majoritária desconsidera ou atribui menor peso à posição dos alvos desses discursos. Mas a realidade brasileira indica que, mesmo com as decisões de caráter protetivo, que consideram a Dignidade do alvo e se norteiam pelo Princípio da Igualdade, ainda estão longe de representar um caminho em direção à efetivação desses ditames constitucionais que se propõem a superar as chagas do passado.

De toda sorte, isso não significa que os teóricos críticos da raça estejam equivocados em requerer a superação do Padrão de Brandenburg. Apenas que, com base em sua própria linha

²²⁰ Ainda seria possível tangenciar a discussão sobre a orientação do sistema criminal de justiça pela seletividade e punitivismo em relação às pessoas negras e pobres. Nesse sentido, seria possível abrir ao menos um tópico a parte para discutir se de fato o melhor método de lidar com os discursos de ódio é o Direito Penal, o mesmo que exerce repressão violenta e direcionada para esses corpos. Opta-se por não abordar o tema em razão do recorte escolhido e, principalmente, do tempo necessário para condensar os estudos e informações relevantes. Mas recomenda-se a leitura do livro da socióloga americana Michelle Alexander, *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*, principalmente a versão publicada pela Boitempo em 2017

teórica, pode ser necessário enxergar além e reconhecer o Direito de fato como reproduzidor da ideologia racista por diversos meios. Diante deste quadro, é importante ter clareza de que o Direito é um espaço de disputa de narrativas.

Essa postura crítica é corroborada ao examinar, por exemplo, a composição das Supremas Cortes. Em toda sua história, a Suprema Corte americana teve apenas 6 Justices mulheres, Sandra Day O'Connor (1981-2006), Justice Ruth Bader Ginsburg (1993-2020), Sonia Sotomayor (2009-presente), Elena Kagan (2010-presente), Amy Coney Barrett (2020-presente) e Ketanji Brown Jackson (2022-presente), as quatro últimas em exercício. E, até o momento da redação deste trabalho, somente três pessoas negras foram indicadas para servir à Corte. O primeiro foi o Justice Thurgood Marshall (1967-1991) e o segundo Clarence Thomas (1991-presente). Ketanji B. Jackson é a terceira, sendo também a primeira mulher negra ocupando esse espaço de poder.

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal teve apenas 3 Ministros reconhecidamente afrodescendentes, quais sejam, Pedro Lessa (1907-1921), Hermenegildo de Barros (1919-1937) e Joaquim Barbosa (2003-2014). Dentre esses nomes, apenas o último tem pele retinta. O Brasil também não indica mulheres de forma equânime para o Supremo Tribunal Federal. A primeira Ministra a ser nomeada foi Ellen Gracie (2000-2011), seguida Cármen Lúcia (2008-presente) e Rosa Weber (2011-presente). Nenhum dos Ministros em exercício é declaradamente negro, nenhuma mulher negra foi nomeada para o cargo. Fatos que reforçam o que foi trabalhado ao longo de todo o trabalho: temos problemas estruturais e institucionais a serem superados para que seja possível o efetivo combate aos discursos de ódio.

Este estudo comparativo sugere, portanto, que a superação da realidade dos discursos de ódio racial, não virá através da criminalização de condutas, nem mesmo de responsabilizações civis de cunho pecuniário. Esse reconhecimento jurídico desempenha um inegável caráter simbólico e deve ser utilizado estrategicamente para demonstrar a persistência da ideologia racial explícita em nossa sociedade, mas está longe de ser uma solução. A resposta também não parece vir da liberação completa dos discursos perniciosos que prejudicam não só a vítima, mas estremecem sociedade democrática como um todo. Trata-se de um problema coletivo e que precisa ser enfrentado como tal.

Com as informações levantadas e pulverizadas ao longo desta pesquisa, é indispensável o cultivo de uma memória comunitária que leve em conta as contradições existentes desde antes da formação do Estado constitucional brasileiro e americano e que

sobrevive até hoje na subalternização de pessoas negras e na manutenção de um sistema de vantagens que privilegia o grupo racial dominante. Articulado a isso, são necessárias amplas ações voltadas para o combate de desigualdades materiais, educação para transformação cultural da posição social ocupada por pessoas racializadas e a efetiva ocupação de espaços de poder por pessoas negras de forma igualitária com o grupo racial dominante. Somente assim, parece ser possível combater essas e outras expressões de racismo de forma satisfatória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciei esta pesquisa com grandes pretensões. Intencionava fazer um percurso histórico detalhado da Suprema Corte americana, o que me pareceu extremamente enriquecedor em termos de conhecimentos jurídicos. Também queria traçar um debate jurídico e filosófico sobre liberdade de expressão a partir de mais de um campo crítico. Também queria propor uma descolonização e uma racialização do saber jurídico. Pesquisei, li, analisei e levantei dados de diversas fontes e referências.

Mas a realidade material me confrontou e precisei delimitar o recorte de pesquisa. Diante de tantas opções sobre como tratar o tema, fiz algumas que considerei essencial para organizar e tentar responder as perguntas que me fiz durante todo o curso. Desse modo, optei por colocar em xeque a forma como as Supremas Cortes analisam a Liberdade de Expressão.

Poderia ter escolhido o largo espectro de discursos de ódio, mas entendi por bem, limitá-lo aos discursos de ódio racial para poder trabalhar, ainda que tangencialmente, as origens do preconceito, da discriminação e do ódio racial presente ainda hoje em quase, senão todas, as sociedades.

Dessa forma, escolhi fazer um trabalho comparativo e multidisciplinar, analisando as decisões judiciais da Suprema Corte e dos Estados Unidos nos casos em que abordam o tema acima ou que colaboram diretamente para a definição de critérios para julgar os casos de discursos de ódio. Elegi este método para trabalhar o problema de pesquisa em razão da experiência americana no assunto e inquietações que eu tinha sobre a forma de como o problema é tratado no Brasil.

Assim, fazendo jus à minha linha de pesquisa, mais ainda, à metodologia estabelecida, tracei um histórico constitucional que pudesse contribuir para reflexões sobre o significado do Direito à Liberdade de Expressão para além do texto constitucional de cada país. Isso foi feito na segunda seção, cumprindo o requisito de contextualização exigido em qualquer trabalho comparativo, observando a assincronia das dinâmicas políticas de cada nação.

Neste percurso contextualização, pude traçar características básicas de cada constitucionalismo e o valor central inicial do Direito à Liberdade de Expressão sempre indicado de forma abstrata como um direito negativo contra o Estado afirmado durante as

Revoluções Burguesas. Analisando a experiência americana, fica claro que a maior preocupação dos que defenderam uma Ordem Constitucional própria era garantir que a União protegesse os Estados, mas não interferisse nos assuntos particulares, resguardados pelas Dez Primeiras Emendas.

A Primeira Emenda não recebe essa atenção ao acaso. Durante a gestão colonial pela metrópole inglesa, havia controle sobre a produção intelectual na colônia e um direito de crítica bastante limitado. A Constituição de 1787 e a Declaração de Direitos modificou radicalmente esta realidade ao estabelecer a Liberdade de Expressão como princípio basilar de seu Ordenamento. Entretanto, conforme busquei destacar, essa liberdade nunca foi pensada para os corpos negros levados forçosamente para o Novo Mundo.

Estendo esta constatação para o Direito à Liberdade de Expressão. Durante muito tempo, pessoas racializadas, especialmente afrodescendentes, não eram reconhecidos como cidadãos. Quando sua cidadania foi afirmada constitucionalmente, pessoas negras ainda encontravam restrições para exercer seus direitos políticos. Essa restrição se estende aos demais Direitos Fundamentais, exercidos de forma debilitada em razão da realidade de discriminação e segregação dos espaços públicos. O Governo também buscava suprimir suas manifestações em críticas à segregação, ao mesmo que tempo permitia discursos que pregavam o ódio e a violência contra este grupo vulnerável.

Também pude observar que, em diversos momentos históricos, mesmo pessoas brancas não podiam exercer plenamente seu direito à liberdade de expressão. Isso se denota das decisões favoráveis ao silenciamento e à punição de dissidentes políticos, principalmente, comunistas, socialistas, anarquistas, membros de movimentos trabalhistas e pacifistas contra o envolvimento dos EUA em guerras. Essa informação desmonta, ao menos em parte, o mito de que os Estados Unidos prezam pela Liberdade de Expressão absoluta e convive bem com críticas políticas. Justamente o centro do direito à Liberdade de Expressão.

No Brasil a situação não foi necessariamente melhor. A primeira Constituição conviveu perfeitamente com o regime escravocrata. Mesmo após a abolição, o negro brasileiro também não teve sua participação política assegurada. Durante a primeira metade do século XX, a população negra não tinha o direito ao voto, por ser, em sua maioria, analfabeta. Também esteve bem longe de ter acesso a condições de vida equânimes ou minimamente dignas, ainda que aqui não tenha existido uma segregação física formalmente declarada dos espaços. Concluo

que a doutrina e ideologia de democracia racial se faz presente em todos os aspectos de construção da vida do negro brasileiro e isso inclui as relações jurídicas.

A ideia de Liberdade, em seu valor mínimo de abstenção de intervenção estatal, também não ocupou o centro de nossas preocupações em termos de prática institucional de forma contínua até a Constituição vigente. Desde o período monárquico, até os períodos ditatoriais, a restrição do discurso político e artístico se fez presente. No período de 1964 a 1985 as práticas censórias atingiram seu auge, procurando suprimir quaisquer críticas ao governo militar. A violação de direitos se tornou o *modus operandi* das autoridades estatais e a democracia foi vilipendiada por diversas frentes, assim como qualquer valor subjacente do constitucionalismo moderno.

Com a redemocratização e a Constituição de 1988, um novo compromisso se firmou. Dessa vez, colocando no centro os Direitos Fundamentais básicos, resguardando a Liberdade de Expressão e ao mesmo tempo proibindo discursos de ódio contra grupos vulneráveis. Nesta proteção, uma atenção especial foi dada à população negra.

Contextualizada as bases constitucionais de cada país, me detive ao tema central, qual seja, o constructo do direito à liberdade de expressão pelas Cortes constitucionais e suas posturas de combate aos discursos de ódio. Novamente, tive que fazer escolhas difíceis, pois os julgados eram muitos. Optei por trabalhar apenas os casos paradigmáticos que definem o direito de expressão frente aos casos de discurso de ódio racial.

Compreendo que o Brasil e os EUA tratam os temas de forma bastante distintas pelas razões trabalhadas, mas possuem uma coisa em comum: o estabelecimento de critérios pouco objetivos na forma de tratar o tema. Isso não é necessariamente uma crítica, pois entendo que indeterminação é parte inevitável do Direito como fruto da política e um exercício de linguagem. Mas, ao analisar mais a fundo os casos-chave e as decisões mais recentes, o problema que funcionou quase como uma hipótese se confirmou: a indeterminação tende para a manutenção do *status quo* para o grupo dominante. Isto é, as decisões favorecem a manutenção e a reprodução do racismo. Seja pela amplitude da Liberdade de Expressão nos EUA, firmada após Brandenburg e reafirmada em R.A.V. v. St. Paul nos casos específicos dos discursos de ódio contra grupos vulneráveis, mesmo existindo outras exceções constitucionais; seja pelo reconhecimento de que os discursos de ódio racial não estão inseridos dentro do direito à manifestação do pensamento, no Caso Ellwanger e na Equiparação da Homofobia, mas sem

que essas normas efetivamente consigam coibir esses discursos – se mostrando mais uma proteção formal do que material.

Por essa razão, tendo a crer que, ainda que os teóricos críticos tenham seus pontos ao defender uma normativa própria para casos de discursos e ao pugnar pelo exercício da ponderação ao decidir casos de ódio racial, eles devem ser tomados com certo ceticismo. Aponto essa desconfiança não por completo descrédito ao Direito, mas pela percepção de que as instituições jurídicas não consideram o problema do ponto de vista dos alvos dos discursos de ódio, sequer foram desenhadas para pensar os problemas atinentes aos grupos vulneráveis, a começar por sua origem e composição.

Questões como essas podem ser consideradas como “de identidade”, mas influenciam as decisões da Corte. Outras características particulares influenciam sua cosmovisão, tais como sua cor, gênero e classe social de origem. Os juízes, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, geralmente, são brancos, homens cis e heterossexuais, de classe média ou alta. E, indo além, sua atuação inconscientemente reproduz as dinâmicas e sustentam os interesses de categorias de sujeitos específicas, ainda que não seja essa a intenção dos magistrados de modo particular. Por fim, ressalto os magistrados apenas para me manter dentro do enfoque desta pesquisa, mas a constatação pode ser estendida para outros espaços de poder no setor público e privado.

Este é o problema da ideologia da supremacia racial que subsiste no Brasil e nos EUA: a reprodução de uma relação de dominação e discriminação que demonstra uma significativa incongruência com os valores constitucionais mais básicos. É o caso da Liberdade de Expressão em seu sentido positivo, isto é, o direito de participação política em igualdade material de condições. Pela lente que adoto, somente através do empenho para pensar o direito pela perspectiva dos vulneráveis é que seria possível compreender os discursos de ódio como distantes do domínio democrático da “liberdade de expressão” e, então, possibilitar a discussão de medidas efetivas para o combate a esses discursos

A meu ver, esta é a principal contribuição da Teoria Crítica da Raça para os estudos jurídicos: o de pensar e trabalhar o direito a partir de uma postura de antissubordinação, voltada para a práxis de uma luta pelo reconhecimento e efetivação de garantias constitucionais, o que é só é possível trazendo para a discussão política vozes até então silenciadas. Isso tem sido feito para a população negra e esse caminho começou a ser aberto para outros grupos vulneráveis, também a passos lentos e com concretização distante.

O trabalho, a seu turno, oferece um estudo sólido em termos das decisões jurídicas da Suprema Corte e do Supremo Tribunal Federal, fornecendo uma análise histórica sintética das bases constitucionais que ajudam a explicar essas decisões em cada país. Mas a maior contribuição que pretendia deixar e que entendo ter alcançado é a expansão de caráter epistemológico no debate sobre o tema. Em geral, estudos sobre liberdade de expressão se baseiam em referências liberais e idealismos. Este trabalho analisa o problema dos discursos de ódio não só pela perspectiva das pessoas racializadas, mas utilizando como referencial teórico estudos produzidos por essas pessoas e o fazendo em perspectiva comparada.

O que se firma, afinal é a conclusão de que a normativa, tanto afirmada pelas Cortes, quanto positivada pelo processo legislativo, é insuficiente diante de um Direito proposto e interpretado por uma ótica que não parte essencialmente da posição dos vulneráveis. Porém, seu simbolismo importa. O uso instrumental do direito é um aceno tímido para a sociedade de não tolerância com discursos que tendem a impedir a plena participação política de todos os cidadãos.

De toda forma, a transformação social e jurídica não se concretiza na restrição de discursos, mas na adoção de uma postura coloque em seu centro as necessidades e urgências daqueles que historicamente ocupam uma posição de preterimento. A verdadeira resposta aos discursos de ódio, só será efetiva ao enfrentar a subalternização dos vulneráveis a nível cultural e material. Um começo possível é pensar os problemas da perspectiva antissubordinada de um(a) jurista negro(a).

REFERÊNCIAS

ADAMS, Abigail Smith. **Adams Family Papers**. Massachusetts Historical Society. Destinatário: John Adams, 31 de março de 1776. An Eletronic Archive. Disponível em: <https://www.masshist.org/digitaladams/archive/letter/>. Acesso em 20 abr. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, C. F., & CARVALHO, J. M. **Introdução ao Direito Comparado**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. E-book²²¹.

AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution: A Biography**. New York: Random House Trade Paperbacks, 2006. E-book.

ASP, David. **Espionage Act of 1917 (1917)**. THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. MTSU. atualizado 2019 (por Deborah Fisher). Disponível em: <https://mtsu.edu/first-amendment/article/1045/espionage-act-of-1917>. Acesso em: 23 abr. 2022.

_____. **Schenk v. United State (1919)**. THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA. MTSU. s.d. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/193/schenck-v-united-states>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BAUDOIN, Richard (ed). **Ku Klux Klan: a History of Racism and Violence**. 6ª ed. Montgomery: The Southern Poverty Law Center, 2011. Disponível em: <https://www.splcenter.org/sites/default/files/Ku-Klux-Klan-A-History-of-Racism.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Tradução: Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BELTRÃO, Jose Fellipe; FILHO, Jose Claudio Monteiro Brito; GÓMEZ, Iotizar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira; (coord.). **Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis**. Manual. Rede Direitos Humanos e Educação Superior. 2014. Disponível em http://www.consorciodh.ufpa.br/livros/DDGV_PORT_Manual_v4.pdf. Acesso em: 15-09-2020.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACKSTONE, (Sir) William. **Comentaries on the Law of England vol. 4**. Yorke and Yorke: Lonang Institute Library 2005. E-book.

BOBBIO, Norberto. **Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política (1909)**. Traduzido por: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

²²¹ Arquivos ebook não contém paginação nas páginas do documento, sendo definida pelo leitor de arquivos digitais (precisamente o Adobe Acrobat, formatos PDF).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BONONE, Luciana. Ataque nazista a escolas em MG pode terminar em massacre. **Revista Fórum**, 29 nov. 2022. Crime de Ódio. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/brasil/sudeste/2022/11/29/video-ataque-nazista-escolas-em-mg-pode-terminar-em-massacre-127937.html>. Acesso em: 29 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 10 de junho de 2015. **Diário de Justiça. Brasília**, 01 fev. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336558/false>. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Diário de Justiça. Brasília**, 06 out. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 15 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. **Diário de Justiça. Brasília**, 06 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 10 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424/RS - Rio Grande do Sul. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Maurício Côrrea. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. **Diário de Justiça. Brasília**, 19 mar. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 20 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733, Número Único: 9942814-37.2012.1.00.0000. Impetrante: Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. **Diário de Justiça. Brasília**, 29 set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 20 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1127/DF - Distrito Federal. Requerente: Ministério Público de Minas Gerais. Requerido: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Ministra Presidente Cármen Lúcia. Brasília, DF, 04 de novembro de 2017. **Diário de Justiça. Brasília**, 08 nov. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho804690/false>. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511961/SP - São Paulo. Recorrente: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo - SERTESP e Ministério Público Federal. Recorrido: FENAJ - Federação Nacional dos Jornalistas e Outro(a/s) e União. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 15 de junho de 2009. **Diário de Justiça. Brasília**, 13 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169452/false>. Acesso em: 10 ago. 2022.

BROWN, Alex. What is hate speech? Part 1: The Myth of Hate. *Law and Philos* 36, 419–468, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10982-017-9297-1>. Acesso em 15 jul. 2022.

CARVALHO, Lucas Borges de. A censura política à imprensa na ditadura militar: fundamentos e controvérsias. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, vol. 59, nº 1, p. 79-100, 2014.

_____. Censura e liberdade de expressão na Assembleia Constituinte (1987-1988). **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 53, n. 209, p. 87-113, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p87. Acesso em: 23 jul. 2022.

CONWAY, M. D. (org). **The Writings of Thomas Paine**. Nova York e Londres: G. P. Putnam's Sons, 1984. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/paine-the-writings-of-thomas-paine-vol-i-1774-1779>. Acesso em: 27 de mar. 2022.

COPE, K. (07 de julho de 2018). Politics. Monkey Cage: Analysis. Exactly how conservative are the judges on Trump's short list for the Supreme Court? Take a look at this one chart. **The Washington Post**. Disponível em: The Washington Post: <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2018/07/07/exactly-how-conservative-are-the-judges-on-trumps-short-list-for-the-supreme-court-take-a-look-at-this-one-chart/?variant=c44b726edf25a662>. Acesso em: 02 de abr. 2022.

CORBO, Wallace. Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude. **JOTA**, São Paulo, 27 mai. 2019. STF. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019>>. Acesso em: 23 set. 2022.

COSTA, Maria Cristina Castilho. A censura no Governo Vargas: antes, durante e depois. **E-Revista de Estudos Interculturais do CEI – ISCAP**, n. 3, maio 2015. Disponível em: <https://www.eca.usp.br/acervo/producao-academica/002721184.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

DAHL, Robert Alan. **A constituição norte-americana é democrática?** Traduzido de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2015.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIDSON, James West. **Uma breve história dos Estados Unidos**. Tradução de Janaína Marcoantonio. 2ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2016.

DÁVILA, Jerry. Challenging Racism in Brazil? Legal Suits in the Context of the 1951 Anti-Discrimination Law. **Varia Historia**, Belo Horizonte, vol. 33, nº 61, p. 163-185, jan/abril, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/vh/a/6BvVFHGbpvTGKJypxM4W6VQ/?format=pdf&lang=en>. Acesso em 29 set. 2022.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. **Must Defend Nazis? Why the First Amendment Should Not Protect Hate Speech and White Supremacy**. New York: New York University Press, 2018.

_____. **Teoria Crítica da Raça: uma introdução**. Tradução de Diógenes Moura Breda. 3ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

DISCURSO. In: **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/discurso/>. Acesso em: 15 jul 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

EGAS, Eugênio (ed.). **Cartas de D. Pedro Príncipe Regente do Brasil a seu pae D. João VI Rei de Portugal** (1821-1822). São Paulo: Typographia do Brasil, De Rothschild & Cia, 1916. Disponível em: <https://digital.bbm.usp.br/handle/bbm/2166>. Acesso em 05 de jul. 2022.

FANON, FRANTZ. **Peles Negras, Máscaras Brancas**. São Paulo: Ubu Editora, 2021.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1972.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; SALVADOR, João Pedro Favaretto; LUCCAS, Victor Nóbrega (Coord.). **Discurso de Ódio: Desafios Jurídicos**. 1. Ed. São Paulo: Almedina, 2020.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, n^o 92-93, p. 69-82, nov. de 2006.

GRABER, Mark. **A New Introduction to American Constitutionalism**. New York: Oxford University Press, 2013.

GRIN, Monica; MAIO, Marcos Chor. O antirracismo da ordem no pensamento de Afonso Arinos de Melo Franco. **Topoi**, v. 14, n. 26, p. 33-45, jan./jul. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/4rfSyw3LgqcPnZZs7WV9LjJ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 29 set. 2022.

HART, Hebert. **O conceito de Direito**. Traduzido por A. Ribeiro Mendes. 3^a edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian. 2001.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. New York: Oxford University Press, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Desigualdades Sociais por Cor e Raça no Brasil. **Estudos e Pesquisas Informação: Demográfica e Socioeconômica**. Rio de Janeiro: IBGE; 2019. 12p. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 25 jul. 2022.

_____. (2010/2018 - data adaptada de outros mapas). **Países**. Disponível em <https://paises.ibge.gov.br/#/mapa/estados-unidos-da-america>. Acesso em 02 mar. 2022.

_____. **Pesquisa Nacional de Saúde - PNS: Estatísticas Experimentais (Tabelas - 2019 Orientação sexual autoidentificada da população adulta)**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9160-pesquisa-nacional-de-saude.html?=&t=resultados>. Acesso em: 15 set 2022.

JEFFERSON, Thomas. **Notes on the State of Virginia**: Eletronic Edition. 1^a ed. Chapel Hill: University of North Carolina. Disponível em <https://docsouth.unc.edu/southlit/jefferson/jefferson.html>. Acesso em: 27 mar. 2022.

KARNAL, Leandro; MORAIS, Marcus Vinícius de; FERNANDES, Luiz Estevan; PURDY, Sean. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: A Biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2007.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MADINSON, James; HAMILTON, Alexander, JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788: edição integral**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993

_____. **Federalist Papers: Primary Documents in America History**. Library of Congress. Research Guides. Washington. Disponível em: <https://guides.loc.gov/federalist-papers>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MATSUDA, Mari J.; LAWRENCE, Charles R., DELGADO, Richard; CREENSHAW, Kimberlè Willims. **Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment**. New York/London: Routledge, 1993. (ebook)

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, jul./dez 2017, p. 641-673. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1877/1779>. Acesso em 25 de jul. de 2022.

MERRYMAN, John Henry. **A tradição da Civil Law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Traduzido por: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2009.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Muracho. 2ª ed, 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro**: ensaio de hermenêutica jurídica. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. E-book.

MURGEL, Heloisa e SCHWARCZ, Lilia. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. E-book

National Association for the Advancement of Colored People (NAACP). **A Revealing Experiment Brown V. Board and "The Doll Test**. Washington: Legal Defense Fund, 2022. Disponível em: <https://www.naacpldf.org/brown-vs-board/significance-doll-test/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

NETO, Aristides Monteiro. **República Brasileira - 120 anos depois, o que comemorar?** Revista Desafios do Desenvolvimento - IPEA, Brasília - DF, ano 7, ed. 61, 13 jul. 2010.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. E-book.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito de marca e preconceito de origem: Sugestões de um quadro de referência sobre as relações raciais no Brasil. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 19, nº 1. p. 287-308, nov. de 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do Racismo**: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Racializando o debate sobre direitos humanos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. V. 15, n. 28., dez. 2018. p. 65-75. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>. Acesso em 10-10-2020.

POST, Robert. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. New York: Oxford University Press, 2010.

PRICE, Polly J. **Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)**. Yale Journal of Law & Humanities, New Heaven, vol. 9, 73, p. 73-145, 1997. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/7701>. Acesso em: 02 mai. 2022.

QUEIROZ, Antônio Augusto. O Congresso mais conservador dos últimos quarenta anos. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, ed. 136, 5 nov. 2018. Eleições 2018. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/o-congresso-mais-conservador-dos-ultimos-quarenta-anos/>. Acesso em: 28 out. 2022.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder e Classificação Social. In: SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria de Paula (org). **Epistemologias do Sul**. Coimbra, 2009. p. 74-117.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

RAMOS, Jair de Souza. Ciência e racismo: uma leitura crítica de Raça e assimilação em Oliveira Vianna. **História, Ciências, Saúde, Manguinhos**, vol. 10(2), p. 573-601, maio-ago. 2003.

ROBERTSON, Stephen. **New York Times Co. v. United States (1971)**. The First Amendment Encyclopedia. MTSU. 2009. Disponível em <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/505/new-york-times-co-v-united-states>. Acesso em 25 abr. 2022.

SANTANA, Marco Aurélio. Trabalhadores, sindicatos e política no Brasil: do golpe à redemocratização (1964-1985). In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves Delgado (org.). **O tempo do regime autoritário**: ditadura militar e redemocratização Quarta República (1964-1985). 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 279- 328. E-book.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, Brasil, n. 62, p. 184-207, dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rieb/a/S5mQsNJQZ8YmqJKMqJkbMYS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 24 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SENRA, Ricardo. 'Sou nazista, sim': o protesto da extrema-direita dos EUA contra negros, imigrantes, gays e judeus. **BBC News Brasil**, Charlottesville, 12 ago. 2017. Internacional. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40910927>. Acesso em: 17 fev. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado: Três Projetos de Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direito Constitucional Brasileiro**. Ed. 1. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

_____. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SPEECH. In: **Oxford Learner's Dictionary** [American English]. Oxford: Oxford University Press, 2022. Disponível em: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/speech. Acesso em: 15 jul 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da hermenêutica crítica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017.

THE GILDER LEHRMAN INSTITUTE OF AMERICAN HISTORY. History Sources: **The Stamp Act, 1765**. Nova York, 2012. Acesso em 26 de Março de 2022, disponível em https://www.gilderlehrman.org/history-resources/spotlight-primary-source/stamp-act-1765?gclid=CjwKCAjwjZmTBhB4EiwAynRmD9QqJp_60yGtt_-KxK6k9va9AZ92sXpLMANIH7aRGZqNBoHASpuH0RoCJdsQAvD_BwE

THIRTEEN. **Slavery and the Making of America**. Thirteen/WNET. Nova York, 2004. Disponível em <https://www.thirteen.org/wnet/slavery/timeline/1705.html>. Acesso em: 26 mar. 2022.

UNITED STATES CENSUS BUREAU (2020-2022). **Happy New Year 2022!** U. S. Population Estimate at 332,403,650 on Jan; 1, 2022. Disponível em <https://www.census.gov/library/stories/2021/12/happy-new-year-2022.html>. Acesso em: 10 de mar. 2022.

_____. **Quick Facts**. (2020-2021). Disponível em: <https://www.census.gov/quickfacts/fact/table/US/PST045221>. Acesso em: 10 de mar. 2022.

_____. THE UNITED STATES NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION. The Constitution: How Did it Happen?. **America's Founding Documents**. Washington, 7 out. 2021 (revisão). Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution/how-did-it-happen>. Acesso em: 17 abr. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **National Archives. America's Founding Documents.** Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>. Acesso em: 25 de mar. 2022.

_____. The Court as an Institution. **Supreme Court of United States:** Washington. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/institution.aspx>. Acesso em: 23 mar. 2022.

_____. Current Members. **Supreme Court of The United States:** Washington. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>. Acesso em 23 mar. 2022.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução de Julia da Rosa Simões. São Paulo: Edipro, 2019. (ebook)

VILE, John R. Patterson v. Colorado (1907). **The First Amendment Encyclopedia.** MTSU. 2009. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/248/patterson-v-colorado>. Acesso em: 22 abr. 2022.

Relação de documentos jurídicos (normativos) utilizados como fonte

EUA

Espionage Act (1717)

Declaration of Independence of the thirteen United States of America (1776)

Constitution and Bill of Rights of the United States (1787-1791)

Sedition Act (1798)

BRASIL

Constituição Política do Império do Brazil (1824)

Lei nº 3.353 (1988) – Lei Áurea

Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1891)

Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1934)

Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1937)

Decreto-Lei nº 2848 (1940) – Lei contra o Racismo

Decreto-Lei nº 2848 (1940) - Código Penal

Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1946)

Lei nº 1.390 (1951) - Lei Afonso Arinos

Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (1967)

Lei nº 5.250 (1967) - Lei de Imprensa

Emenda Constitucional nº 1 de (1969)

Decreto-Lei nº 898 (1969) - Lei de Segurança Nacional

Decreto-Lei nº 972 (1969) - Dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista

Lei nº 6.620 (1978) - Lei de Segurança Nacional

Lei nº 6.683 (1979) - Lei de Anistia

Lei nº 7.170 (1983) - Lei de Segurança Nacional

Constituição da República Da República Federativa Do Brasil (1988)

Lei nº 7716 (1989) –Lei Caó

Lei nº 9.504 (1997) – Código Eleitoral

Lei nº 10406 (2002) – Código Civil

Lei nº 14.197 (2021) - Acrescenta o Título XII na Parte Especial e Revoga a Lei de Segurança Nacional

Relação de casos utilizados como fonte em ordem cronológica

Suprema Corte dos Estados Unidos

Marbury v Madison, 5 US 137 (1803)
 Dred Scott v. Sanford, 60 U.S. 393 (1857)
 Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896)
 Patterson v. Colorado, 205 U.S. 454 (1907)
 Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)
 Debs vs. United States, 249 U.S. 211 (1919)
 Frohwerk vs. United States, 249 U.S. 204 (1919)
 Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)
 Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)
 Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927)
 Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)
 Terminiello v. Chicago, 337 U.S. 1 (1949)
 Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)
 Feiner v. New York, 240 U.S. 315 (1951)
 Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952)
 Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)
 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)
 New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971)
 R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)
 Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003)

BRASIL

Habeas Corpus 82.424.4/RS (2004) – Caso Ellwanger
 RE nº 511.961/SP (2009) – Não recepciona a exigência de diploma para jornalista
 ADPF nº 130 (2009) – Não-recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67)
 ADI nº 4.815/DF (2015) – Biografias não-autorizadas
 ADO nº 26 (2019) – Equipara homofobia a crime de racismo
 MI nº 4.733 (2019) – Equipara homofobia ao crime de racismo
 Medida Cautelar na Suspensão Liminar nº 1127/DF (2017) – Caso Enem