

DIREITO DE MANIFESTAÇÃO E CONTROLE DE CONTEÚDO: MERCADO DE IDEIAS,¹ TOLERÂNCIA E² RAZÃO PÚBLICA: O ICÔNICO CASO DO *HATE SPEECH*.³

BRUNO LEMOS MORISSON DA SILVA*

*Eu mesmo acho muitas coisas – a maioria mesmo – censuráveis.
Ofender-se é a consequência natural de sair de casa.*

Fran LEBOWITZ⁴

SUMÁRIO: I. Introdução: San, meu irmão de alma. II. O livre mercado de ideias: desregulação como princípio. III. Manifestação: uma posição preferencial reforçada? IV. Especificamente o discurso do ódio e seu contexto de análise. V. Inexistência de direito ou liberdade absoluta: a ponderação

¹ Falando sobre as ideias e sua influência e difusão na sociedade: “Essa influência depende, é claro, das circunstâncias adjacentes, incluindo os níveis de liberdade para a propagação de suas ideias, em vez de se tronarem meros instrumentos de propaganda, como acontece nos países totalitários. Certamente, não haveria muito valor em se estudar as ideias expressas por proeminentes escritores como Ilya Ehrenburg, durante a época da União Soviética, uma vez que suas ideias eram simplesmente as permitidas ou defendidas pela ditadura soviética”. (Grifou-se) SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É realizações, 2011. p. 17.

² John RAWLS, por exemplo, concluiu “que uma sociedade justa deve tolerar o intolerante, do contrário, a sociedade seria então, ela própria, intolerante, e, portanto, injusta”. Entretanto, Rawls também insiste, como Popper, que a sociedade tem um direito razoável de auto-preservação que supera o chamado princípio da tolerância: “Ao passo que uma seita intolerante não possui pretexto para reclamar de intolerância, sua liberdade deve ser restringida somente quando os tolerantes, sinceramente e com razão, acreditam que sua própria segurança, e daquelas instituições da liberdade, estão em perigo”. *Em qualquer grupamento humano, é provável que haja diferentes maneiras de se entender o que é bom, sendo todas elas dignas de preservação e promoção*. A filosofia política de RAWLS claramente se orienta pela prioridade do justo sobre o bom, consoante, inclusive, aponta e critica Michael SANDEL. Cf. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. Nesta perspectiva, a teoria rawlsiana vaticina que “os princípios da justiça têm de ser independentes de qualquer concepção particular de vida boa. (...) (1) tolerância como resultado de uma justa e igualitária liberdade de consciência e de expressão; (2) tolerância como o mais adequado método de confronto entre diferentes doutrinas compreensivas de bem numa sociedade pluralista; (3) tolerância enquanto recurso político de defesa das liberdades individuais contra um Estado intolerante ou contra grupos intolerantes dentro de uma sociedade liberal; (4) tolerância como virtude democrática dos cidadãos no uso da razão pública e na apresentação de argumentos no fórum político e (5) tolerância enquanto abstenção dos povos liberais de impor à força os princípios liberais aos povos não liberais”. RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

³ Saliente-se que praticamente todos os pontos deste ensaio jurídico foram debatidos com o SAN.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público (UERJ).

⁴ LEBOWITZ, Fran apud MORGENSTERN, Flavio. Por trás da máscara. Do passe livre aos Black Blocs, as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 53.

sempre em cena. VI. Uma conclusão: “o que deve nos manter despertos à noite?; VII. Referências Bibliográficas.

I. Introdução: San, meu irmão de alma.

Billy Pilgrim, personagem principal do livro *Matadouro 5*⁵, do escritor norte-americano Kurt Vonnegut, conversava com os *Tralfamadorianos* sobre a insignificância da morte, a verdadeira natureza do tempo, a guerra e o modo peculiar como eles viviam e encaravam a vida. Eis o breve diálogo:

“- Mas vocês têm um planeta pacífico aqui.
- Hoje nós temos. Em outros tempos temos guerras tão horríveis como qualquer outra que você viu ou sobre a qual leu nos livros. Não há nada que possamos fazer a respeito, então simplesmente não olhamos para elas. Nós as ignoramos. Passamos a eternidade olhando para os momentos agradáveis, como o dia de hoje no zoológico. Este não é um bom momento?
- Sim.
- Esta é uma coisa que os terráqueos poderiam aprender, caso se esforçassem o suficiente: ignorar os tempos terríveis e se concentrar nos bons.”⁶

Billy aprendeu. Eu ainda estou aprendendo. O San ensinava.

Ele, San, sempre teve algo para além da simples humanidade, tal qual os *Tralfamadorianos*. Portanto, se concentrar nos momentos bons será a única regra deste breve escrito, pois, como o próprio San não cansava de frisar, parafraseando Raul Plassmann: “*A vida são momentos*”. Os ruins serão tratados apenas como “*coisas da vida*”, exatamente como merecem ser e como são tratadas por seres evoluídos como ele.

Idos de 2003. Fase difícil e angustiante das nossas vidas. Éramos meros *concurseiros*, como tantos outros: sem grana, sem certezas, sem carreiras e, sobretudo, sem tempo e lazer. Ele lá no Distrito Federal, eu aqui no Estado do Rio de Janeiro. Nunca nos vimos antes. Nosso encontro estava marcado, contudo, mesmo que o destino – esse estranho – tenha se atrasado um pouco e, depois, se precipitado demais.

Deixando de lado o efeito óbvio oriundo da aprovação em um concurso público, de todos conhecido e por poucos experimentado, o lado ruim desta

⁵ Uma coincidência inicial, dentre tantas: a obra-prima de Vonnegut tem como pano de fundo o bombardeio, na 2ª Guerra Mundial, de Dresden, a “*Florença do Elba*”, linda cidade alemã cuja infinita beleza, reconstruída, tivemos a oportunidade única de conhecer juntos – San, eu e nossas esposas –, sempre graças ao ele, *no ano de 2009*.

⁶ VONNEGUT, Kurt. *Matadouro 5*. L&PM Pocket. Porto Alegre. 2016.

maratona desumana em busca da realização de um sonho e de estabilidade sócio-financeira, é certamente muito mais notório e democrático, já que partilhado por todos e por ninguém reivindicado.

Enfim, o concurso é uma estrada insana e esburacada, cujo fim não se antevê, rumando incessantemente em direção à autoafirmação: ser alguém é a parada final para muitos. Contudo, há também certa magia nessa empreitada, como hoje posso afirmar e a vida me ensinou.

Para nós, eu e ele, todavia, o concurso sempre foi muito mais que isso, ou seja, uma provação pessoal, em primeiro lugar, e, logo em seguida, um modo de orgulhar as pessoas que amamos, todas elas, sem exceção, pouco importando a presença física: as de ontem, as de hoje e as de amanhã, todas vivas ou latentes em nós. Logicamente, não dispensávamos os bônus e conseqüências daí derivados.

Mas, apesar dos mais de 1000 quilômetros que nos separavam, havia ainda mais em comum, na verdade, muito mais, como viria a descobrir tempos depois com a nossa deliciosa e privilegiada (para mim) convivência: desejávamos, dentre tantas coisas semelhantes, ser Procuradores do Estado ou do Distrito Federal. Essa a nossa meta; esse o nosso sonho. E sonhamos esse sonho juntos, sem sequer nos conhecermos. Ele lá e eu cá.

Essa maratona, como intuído, não é só sacrifício ou conquistas materiais facilmente verificáveis. Ela tem algo de mágico, quase imperceptível, que é ainda mais excepcional que a sonhada aprovação: ela aproxima ou reaproxima pessoas. No nosso caso reaproximou almas. É a maravilhosa magia dos concursos, sutil, invisível, imponderável, inevitável. Fomos, eu e San, agraciados: passamos, sempre juntos, em dois concursos, Procurador dos Estados de Goiás e do Rio de Janeiro. Mas, sobretudo, nos reencontramos, apesar de íntimos desconhecidos até então.

Como se sabe, no entanto, por mais que posa levar uma vida inteira para aprender, mais vale o caminho do que o ponto de chegada, muito importando, realmente, a estrada percorrida e a história vivida antes que qualquer outra coisa.

Voltemos, então, a 2003. Estávamos, eu e ele, prestando o difícilíssimo e concorrido concurso para o cargo de Procurador do Estado de Goiás. Veio o resultado da primeira fase: passamos. Vieram as extenuantes provas específicas: fomos exitosos também. Faltavam as provas orais e de títulos. Contudo, algo neste momento já me chamou a atenção: o nome *Saint-Clair Diniz Martins Souto* na lista de aprovados. Certamente a singularidade do nome foi a causa.

De fato, não era um nome comum, tampouco gracioso, como ele mesmo sempre dizia, mas do qual muito se orgulhava e zelava, enaltecendo, em razão de ser o mesmo do seu venerado e inesquecível pai.

Apenas duas passagens anedóticas sobre o seu nome, abreviado, carinhosa e pragmaticamente, para simplesmente San. Uma, que ele sempre contava, da época da Federal (como ele sempre se referia, com paixão, à Universidade Federal de Minas Gerais, onde se formou), quando sequer ainda tínhamos nos reencontrado: todos na sala o chamavam de Saint-Clair, a todo momento. Foi quando uma

determinada colega, supostamente em seu socorro, asseverou: “*Pessoal, vamos para de chamar o Sâncio desse nome horroroso, por favor.*” A segunda, vivenciada com ele: na entrada de um bar onde tínhamos que dar os nomes para identificar a nossa cartela de consumação, a recepcionista pergunta a ele: “*Nome?*” E ele, com a sua característica espirituosidade: “*Bruno*”. Estranhando, perguntei: “*San, qual o motivo de você ter dado o meu nome para a recepcionista?*” E ele: “*Brunão, o dia em que você se chamar Saint-Clair vai compreender... Ela não iria entender e iria escrever tudo errado mesmo, só simplifiquei para todo mundo.*”

A estranheza do nome, todavia, permitiu-me associações: já o havia visto em outras listas de concursos, de aprovados ou de inscritos. Ele estava me perseguindo. Em todos os concursos que me inscrevia, lá estava ele inscrito também. O que é diferente marca e vira ponto de referência, goste-se ou não. Mas como viria a descobrir, com grande prazer, essa foi a menor marca que o San imprimiu naqueles que com ele conviveram. Não fugi a essa regra, regozijando-me disto.

Se num primeiro momento o seu incomum nome foi a ponte para percebê-lo, destacando-o da multidão, posteriormente, contudo, tal fato foi naturalizado pela sua incomparável grandeza pessoal. Seu nome era, enfim, o que, nele, menos se destacava ou importava, dado o seu tamanho enquanto ser humano. Só aqueles que tiveram a possibilidade única de conviver com o San, da forma e na profundidade que eu tive, assim bem o sabem.

Viramos Procuradores do Estado de Goiás. Só que ele antes, pois a minha posse foi diferida. Fui empossado, com mais dois outros colegas, no Gabinete do Procurador Geral e o San, com a sua natural cordialidade, fez questão de ser o primeiro a dar-me as boas-vindas, além de um forte abraço.

Ainda hoje me lembro daquele desconhecido, tão familiar, descendo as escadas e perguntando quem era o Bruno, para, simultaneamente, distribuir todo o seu carinho, astral e energia que contagiavam e enchem qualquer ambiente onde quer que ele esteja, sensação única, afinal, que só com ele experimentei.

San, com efeito, sempre teve um interesse sincero e genuíno pelos outros. Não conheço ninguém com tamanha empatia e desinteressada preocupação com a existência humana em geral. Nunca se tratou de ideologia ou de posições politicamente corretas: apenas de bondade e amor. Mas não é só. Seu imarcescível empenho em ajudar talvez só perdesse para o seu otimismo incurável.

Por essas características, além de outros tantos motivos, seria chamado de forma brincalhona e afetuosa de o *bom menino*, figura imortalizada na música infantil do palhaço *Carequinha*, pelos seus mais próximos e futuros amigos da PGE/RJ, casa a que, com muita honradez e orgulho, passaria a pertencer, para sempre, em agosto de 2004.

Nada obstante, ali, no CEJUR da PGE/GO, descobri, ademais, que o San também já me acompanhava pelos concursos da vida, sobretudo no de Procurador do Estado do Rio de Janeiro que estávamos prestando naquele momento, já na fase das provas orais.

Engrenamos uma conversa extremamente agradável, como não poderia deixar de ser em função do meu interlocutor, e marcamos de nos encontrar nas referidas provas que seriam realizadas em breve na cidade do Rio de Janeiro, na histórica sede da PGE/RJ, então localizada na Rua Dom Manuel, no Centro da capital fluminense.

Definitivamente, não parecíamos estranhos, tampouco que aquela era a nossa primeira troca de palavras. Tamanha identificação, de plano, parecia ser mais do que o simples (para ele) dom, que o San tinha, de deixar as pessoas – todas elas - muito à vontade ao seu lado, pouco importando se conhecidas, amigas ou não. Hoje, afirmo que, de fato, era, como o tempo, apesar de estreito, se encarregou de demonstrar. Jamais fomos estranhos; talvez, e apenas, temporariamente desconhecidos.

Passamos, enfim, no concurso para Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Estado cuja capital, aliás muito frequentada pelo San quando criança, ele amava efusivamente.

Como a posse demorou, reassumimos nossos cargos na PGE/GO. Decidimos, então, dividir um jeitoso apartamento, lá no setor oeste da capital Goiana. Tempos bons aqueles. Apesar do pouco dinheiro e da imensa saudade que sentia de casa, da minha família e da minha noiva Patrícia, foram momentos inesquecíveis que vivemos juntos ali, em aproximados e intensos 4 meses. Foi uma imersão no San, na indulgência, magnanimidade e no amor. Nossa irmandade estava para sempre selada; o reencontro irreversivelmente ocorrido.

São tantos os bons momentos desta fervilhante época, nossos *anos loucos*, e de nossa convivência em geral, que é difícil escolher alguns poucos, mas aí vão, selecionados aleatoriamente e divididos geográfica ou tematicamente.

Goiás: *i)* foi impagável a nossa ida ao projeto social de um colega da PGE/GO, que era localizado na estrada, perto da capital Goiânia, no típico carro do San: sem farol, sem ar e sem rádio, o que nos levou a ir e voltar, no escuro e de janelas abertas, cantando modas sertanejas; *ii)* foram poeticamente surrealistas certos momentos dominicais vespertinos no *Samaúma*, famoso bar goiano da época, depois estendidos para o nosso apartamento, cuja luz havia faltado, com muita cerveja e declamações de poesias, alheias e surreais, do poeta Augusto dos Anjos, tudo coroadado, ao mesmo tempo, por uma inacreditável discussão, via telefone, com a minha então noiva Patrícia. Estava montado o cenário surrealista, digno de *Salvador Dalí*, artista do qual o San era fã assumido, em que eu conheci a querida Cecília, futura esposa do San, maravilhosa mãe dos nossos meninos, minha “irmã” e comadre. *iii)* já com Cecília e Patrícia, não poderia deixar de registrar a nossa primeira viagem juntos, isto é, a inesquecível ida a Pirenópolis/GO, da qual guardo com muita nostalgia e alegria o nosso almoço no restaurante *hippie* “*Um, dois, feijão com arroz*” e o nosso jantar, na rua do Lazer, no “*Cafê e Tarsia*”, regado a bons vinhos, bebida aliás, que o San me ensinou a gostar.

Rio: nos aproximadamente dois anos que o San morou no Rio de Janeiro, jamais me esquecerei *i)* dos nossos cafés no Cafeína; *ii)* da religiosa batida de ponto na saudosa livraria letras e expressões, ambiente que o San amava; *iii)* dos

chopinhos de fim de noite na pizzaria Guanabara ou no Braseiro da Gávea e; iv) de todos os momentos que tive em seu apartamento na Lagoa, que dividia com o grande amigo *Gi*.

Brasília: apenas um, inolvidável, diante da dificuldade de seleção, em razão da sua importância: o nascimento do *Ciço*, primeiro filho do San e da Cecília, em que, numa comemoração madrugada adentro, “*derrubamos*”, juntamente com o velho San, seu saudoso pai, e o querido amigo *Champagna*, uma garrafa de *Henessy XO*, que supostamente deveria durar vários dias, com todos os corolários esperados.

Viagens: infelizmente não foram muitas, mas infinitas. *i)* Cuba: não posso deixar de lembrar, pela crise incontrolável de riso que causou no San, contagiando a todos, a nossa chegada no país caribenho quando, na imigração, os oficiais cubanos perguntaram, somente a mim, se eu era cubano. Munição eterna para as brincadeiras do San; *ii)* Polônia: outra situação, esta atribuída ao San, que fez todos rirem, especialmente o próprio, foi a do ônibus que pegamos na Cracóvia, com todas as nossas inúmeras malas de viajantes brasileiros, que, contrariamente ao afirmado pelo San, lotou. Lotado o ônibus, logicamente não havia espaço para que eu, que estava devidamente sentado e com todas as nossas malas, pudesse descer do coletivo quando da chegada do nosso ponto, fato que o San prometeu avisar com certa antecedência, de modo a permitir-me um tranquilo desembarque, o que não ocorreu. Eles, San, Cecília e Patrícia, desceram tranquilamente, enquanto eu, dentro do ônibus, numa mistura entre palavrões e desculpas, arremessava todas as malas do coletivo para o meio da rua; *iii)* República Tcheca: O inesquecível jantar de aniversário da Cecília, no estrelado restaurante do luxuoso *Hotel Four Seasons*, localizado na capital Praga, em que o San, com sua gentileza perturbadora, não deixou ninguém pagar o jantar, embora *custosíssimo*; *iv)* enfim, todas as “nossas vodcas” na Rússia, e foram muitas: almoçamos, lanchamos e jantamos, pouco importando se no mais simples dos estabelecimentos ou no pomposo *Café Pushkin*, na capital moscovita, acompanhados do destilado tipicamente bolchevique. De tão bons todos, não há como escolher um momento específico.

A propósito dessas nossas bebedeiras, que tanto me fazem falta, pois dividimos muitos momentos dionisiacos, há uma inspirada passagem da obra poética de Paulo Mendes Campos, que sempre citei com o San, que continua verdadeira e cada vez mais atual, dada a necessidade de um entorpecimento, um tipo de *soma*⁷, diante das agruras e dureza da vida, esfregadas sem misericórdia na nossa cara: “... *Na verdade, não é bem isso: bebemos para empatar com o mundo. O mundo está sempre a ganhar da gente, de um a zero, dois a zero, três a zero... Bebe-se na esperança de igualar o marcador. Uma ilusão, sem dúvida, mas toda la vida es sueño y los sueños son.*”⁸

Relato essas passagens de viagens sem esquecer, contudo, de tantas outras, domésticas ou não, que vão desde as idas a paradisíaca fazenda da família do San

⁷ Vide: Admirável mundo novo, de Aldous Huxley.

⁸ Por que bebemos tanto assim. CAMPOS, Paulo Mendes. *Homenzinho da Ventania*. Editora do autor. Rio de Janeiro. 1962. Pg. 164.

em Unai/MG até o Farol de São Thomé/RJ, casa da minha família no litoral norte-fluminense, passando por tantas outras cidades espalhadas pelo mundo, e, principalmente, pelos nossos carnavais sagrados na encantadora casa do San e da Cecília, localizada no Lago Sul da capital federal, sonho – realizado - que acompanhamos desde as primeiras fundações.

Nascemos no mesmo ano: 1978. Ele em maio; eu em junho. Casamos igualmente no mesmo ano: 2006. Eu em julho, com a Patrícia, a “*Lôra*” (o acento é só uma licença poética para enfatizar como ele pronunciava a carinhosa forma pela qual chamava a Patrícia, minha esposa); ele em novembro, com a Cecília, a sua “*Preta*”. Não tenho dúvidas que muito de mim também se foi em 2016, no mês de setembro.

Curiosamente, não obstante, fui no casamento dos seus dois irmãos, mas, por ironia do destino (olha ele aí de novo), no dele, em que era padrinho (assim como ele foi do meu), não pude ir em razão do falecimento do meu pai (“*coisas da vida*”), ainda que, emocionalmente abalado pelo ocorrido, tivesse cogitado seriamente em ir.

Durante o velório do meu pai, recebi uma ligação do San sugerindo adiar o seu próprio casamento para poder me acalantar e estar comigo em um momento tão difícil, o que, por não fazer muito sentido para pessoas normais, como eu, recusei, demovendo-o da ideia. Ele sempre pensou diferente: fazia todo sentido para ele adiar seu projeto de vida para estar do meu lado dando o suporte necessário.

Aprendi, aprendo e aprenderei muito com o San durante e em razão da nossa coexistência. Cuidar e me importar com as pessoas, em especial. Já seria o suficiente para tornar-me um ser humano muito melhor, efeito comum, de mais a mais, em todos que foram tocados pelo San. Eis uma marca indelével da sua existência nos outros. Mas ele fez muito mais.

Especificamente entre nós, não seria diferente: cuidávamos um do outro, seja lá em Goiás, seja no rio ou em qualquer lugar. Cuidado e carinho que abrangiam corpo, alma, mente e coração. A bem da verdade, sinto sinceramente que ele continua cuidando de mim e espero fazer o mesmo por ele, de algum modo. Quem é mais íntimo sabe do que estou falando.

Enfim, eu sou parte dele e ele parte de mim, fusão indissociável haurida de rara e genuína amizade, ainda que mais dele tenha ficado em mim do que o contrário. Essa é a irmandade de almas que não guarda relação com tempo ou presença física, mas sim com amor e eternidade.

E por falar em porção minha, dele ou nossa, além de perenidade, o que ele certamente considerava ser o melhor dele está por aqui, fisicamente presente, perpetuando-o a olhos vistos: Cecília e meus meninos, dentre eles, meu querido afilhadinho *Quim Quim*, que, com seus dois aninhos, ainda não tem a mais tênue noção do tamanho do amor que representa (por mais que possa senti-lo) e do gesto, nobre como de costume, que materializa, eternizando essa irmandade que sequer sabíamos preceder-nos. Para meus meninos (Francisco, Álvaro e Joaquim) , aliás, sou apenas o “*tio Bidi*”, mais um pândego legado do San, por essas e (muitas) outras, eternamente onipresente em nossas vidas.

Há muito a ser dito, mas é hora de concluir, pois a objetividade é uma exigência do San, sempre sem perder a ternura e a precisão. Não desejo ouvir críticas em minha consciência, por mais gaiata, afável e lépida que seja, em que pese sempre honesta. Afinal de contas, como diria o rei Roberto Carlos, que tanto cantamos juntos, o San é o amigo que sempre diz as mais duras verdades com frases escancaradamente abertas, sendo sempre o amigo certo nas horas certas e incertas.

De outro lado, nada do que pudesse escrever aqui, por mais extenso que fosse, conseguiria traduzir o San, razão pela qual nem tento fazê-lo, respeitando a paciência daqueles que se interessarem em ler esse texto e por ele – texto - desculpando-me: o San é a representação do amor na mais pura expressão do termo, motivo pelo qual só podemos senti-lo profundamente.

Por isso, pensar no San é encher-se só de coisas boas. E para aqueles que não tiveram a oportunidade única de conhecê-lo (nem digo a distinção divina de ser seu amigo como eu), segue apenas esse pálido relato, humanamente falível e limitado, como soem ser aqueles que falam de sentimentos tão incomensuráveis e belos, agregado de um conselho: sintam o amor e conhecerão o San. Simples e complexo assim.

Outra advertência: mesmo sem conhecê-lo como eu ou, mesmo, fisicamente, aposto que sentirão saudade, ainda que boa. Os versos insuperavelmente melancólicos de Isolda, feitos para o seu amado irmão, caem como uma luva: “...das lembranças que eu trago na vida, você é a saudade que eu gosto de ter, só assim, sinto você mais perto de mim, outra vez”. Estão aqui muitas das nossas lembranças, as quais garantirão que o San jamais se afaste de mim, independentemente de qualquer coisa. Puro amor e felicidade, com uma boa pitada de nostalgia.

No mais, afigura-me valiosa a observação de Vonnegut: “*Se o que Billy Pilgrim aprendeu com os tralfamadorianos é verdade, que todos vivemos eternamente, não importa o quanto pareçamos mortos às vezes, eu não me sinto encantado. Ainda assim ... se vou passar a eternidade visitando este e aquele momento, sou grato pelo fato de que muitos desses momentos são bons*”. Acrescento, mesmo contrariando o autor por me encantar com a lição extraterrena, que sou grato, mas muito agradecido mesmo, pelo fato de que muitos desses momentos foram, são e ainda serão com o San.

Encerro, então, com o que mais fazíamos. Conversávamos ao telefone pelo menos três vezes por semana. Nada mais natural, considerando a distância geográfica que nos separava. Na maioria das vezes ligávamos para dizer nada, mas dizendo tudo. Só para saber (e deixar saber) que se estava ali, bem, e demonstrar que do outro lado da linha o outro estava de prontidão para o que se precisasse. Não recebo mais esses telefonemas que nada e tudo expressavam a um só tempo.

Fazem muitíssima falta, ecoando na minha cabeça sem parar: os ocorridos, os que não irão ocorrer mais e os costumeiramente esperados e sonhados, sem qualquer distinção entre eles. Assim, na categoria desses últimos (acho), imaginei, ouvindo – mesmo! – sua inconfundível e grave voz, como seria se ele me ligasse agora, transbordando de vida e luz, como de costume:

“- Fala, vagabundo! Tomando um vinhozinho aí?
- Fala, San! Nada, quem dera...
- E as novidades?

-Cara, estou escrevendo um artigo para a revista da PGE/RJ que será publicada em sua homenagem. Tá difícil...
-Que m..., hein, bicho. Tem nada melhor para fazer não???"

Um breve diálogo que diz muito. Esse é o San.

Quanto a mim, permaneço esperando, com imensa saudade, esse habitual telefonema, sem dúvida alguma fração considerável dos bons momentos da minha vida. E ele virá, de uma forma ou de outra, virá: *soltando-me no tempo*, como Billy Pilgrim⁹, e acessando, a qualquer momento, nosso inesquecível convívio, que está por aí, vivo, em nossa existência comum ou aguardando, ansioso, que se faça novamente o encanto dos concursos, fase que nos marcou para sempre, fazendo com que nos reencontremos uma vez mais.

Até lá ou a qualquer momento, meu amado irmão. Te amo!

II. O livre mercado de ideias: desregulação como princípio¹⁰

É com pessoas cujas ideias não compartilhamos que aprendemos muito.
Jens WEIDMANN¹¹

Isaiah BERLIN certa vez afirmou, corretamente, que “*uma parcela da existência humana precisa continuar sendo independente da esfera do controle social.*”¹² Essa é a

⁹ “A coisa mais importante que aprendi em Tralfamador foi que, quando uma pessoa morre, ela apenas parece morrer. Ainda está vivinha da silva no passado. Por isso, não faz sentido chorar em seu enterro. Todos os momentos, passados, presentes e futuros, sempre existiram e sempre existirão. Os tralfamadorianos podem olhar para todos os momentos distintos exatamente como nós podemos olhar para um trecho das Montanhas Rochosas, por exemplo. São capazes de ver quão permanentes são todos os momentos e podem olhar para cada instante que os interesse. A ideia de que um momento se segue a outro, como contas num colar, e de que quando ele passa se foi para sempre é apenas uma ilusão que temos aqui na Terra.” Carta do personagem Billy Pilgrim, que, após abduzido pelos Tralfamadorianos, soltava-se no tempo, como eles. In VONNEGUT, Kurt. Matadouro 5. L&PM Pocket. Porto Alegre. 2016. pg. 32.

¹⁰ Veja-se, a propósito, a corrente noção, *mutatis mutandis*, de mercado desregulado: “Condensando o exposto até o momento, podemos enumerar como possibilidades de regulação lato sensu da economia, (...) (d) a desregulação, consistente na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33. Confira-se, ainda, sempre mudando o que tem que ser mudado, a perspicaz distinção feita por BOQUIMPANI: “*Também deve se ressaltar, a propósito, que autorregulação não se identifica com desregulação. A desregulação consiste no “aligeiramento ou eliminação do controle público sobre a produção e o mercado”, ou, o que equivale dizer, na supressão mesma de qualquer regulação, ficando o respectivo setor econômico submetido apenas aos livres movimentos de mercado. Pelo o que já se expôs, pode-se perceber o distanciamento entre tal situação e o fenômeno da autorregulação, que consiste justamente em um tipo de regulação, só que de matriz privada.*” SILVA, Bruno Boquimpani. *A autorregulação: delineamento de um modelo policêntrico de regulação jurídica*. Dissertação (Mestrado). 2010. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2010.

¹¹ Presidente do Bundesbank. In: FRANCO, Gustavo H.B.; GIAMBIAGI, Fábio. *Antologia da maldade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

¹² BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981

essência do *livre mercado de ideias*,¹³ um ambiente caríssimo aos aspectos substancial e procedimental da democracia.

O denominado *free marketplace of ideias*,¹⁴ difundido pelo Justice Oliver Wendel HOLMES,¹⁵ da Suprema Corte norte-americana, constitui um dos pilares centrais da liberdade de expressão e do direito de manifestação, logo, da própria democracia.

A lógica subjacente a tal livre mercado¹⁶ é a do melhor argumento, que se impõe pela sua própria força e verdade, sendo certo que só pela liber-

¹³ Muitos benefícios podem ser hauridos de um mercado de ideias livre, sem controles externos e estatais. Veja-se: “Um segundo ponto é a ideia de que uma cultura de submissão e excessivamente respeitadora de hierarquias é uma cultura que favorece comportamentos de corrupção. Em outras palavras, quanto mais houver numa sociedade a possibilidade de o indivíduo dizer o que pensa – mesmo que seu ponto de vista não seja vitorioso, mas que ele não tenha medo de exclusão pode defender os princípios que gostaria que fossem respeitados por todos -, maior a dificuldade de emergência de comportamentos corruptos”. CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética e vergonha na cara!* São Paulo: Papirus 7 Mares, 2014. (Coleção Papirus Debates).

¹⁴ Sobre mercado de ideias: “Justice Holmes gave a powerful expression to Mill’s argument in his *Abrams dissent in 1919*: *Men may come to believe, he wrote, ‘that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market.’* (The phrase ‘marketplace of ideas’ is often used as if it were Holme’s, but he did not exactly say that. Professor Vincent Blasi traced the phrase and found its first use in a letter to the editor of *New York Times* from David M. Newbold in 1936). LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate. A biography of the First Amendment*. Basic Books. New York. 2007, p. 185.

¹⁵ Primeira referência judicial ao livre mercado de ideias (*marketplace of ideas*), feita pelo Justice Oliver Wendell HOLMES, em 1919: “(...) *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*”. Contudo, ao contrário do que muitos sustentam, HOLMES não foi o criador da famosa expressão, conforme expõe LEWIS “... *the phrase ‘marketplace of ideas’ is often used as if it were Holme’s, but he did not exactly say that. Professor Vincent Blasi traced the phrase and found its first use in a letter to the editor of New York Times from David M. Newbold in 1936*”. LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate. A biography of the First Amendment*. Basic Books. New York. 2007, p. 185.

¹⁶ Não é imune a críticas: “*Martin Shapiro refuta as críticas feitas a Holmes e Brandeis de que estes se baseariam na crença equivocada de que o livre mercado de ideias sempre levaria à ‘verdade’, entendida como uma verdade revelada, absoluta e não questionável. Isso porque a ‘verdade’ na doutrina do free market place of ideas corresponde ao melhor resultado de um processo que se perpetua. Assim, todas as verdades são provisórias e superáveis.* SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: The Supreme Court and judicial review*. New Orleans, Louisiana: Quid Pro Books, 2011, p. 52-3”. SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luis Roberto. (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 220. Veja-se, também: “*Is this debate merely about who possesses the correct vision – about who is the real defender of the right and the true? No. We think there is another, far more intellectually intriguing explanation for the rifts and tugs-of-war over issues such as pornography and hate speech that are testing the limits of First Amendment orthodoxy. In this other vision, the skirmishes are not so much questions of standing one’s ground, as some of the old-timers see it, or even of refining that ground slightly, as some want to make it appear. Rather, the ground itself is shifting. The prevailing First Amendment paradigm is undergoing a slow, inexorable transformation. We are witnessing the arrival, nearly seventy years after its appearance in other areas of law, of First Amendment legal realism. (...) We are losing our innocence about the First Amendment, but we will all be wiser, not to mention more humane, when that process is complete*”. DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *Must we defend nazis? hate speech, pornography, and the new First Amendment*. New York: New York University Press, 1997, p. 41-42.

dade,¹⁷ pelo livre confronto de ideias, é que é possível se aproximar ao máximo da verdade tangível. Por isso nenhuma regulação é, a princípio, admissível. Essa é a melhor, se não única, regulação em matéria de conteúdo do direito de manifestação. Como disse Eros GRAU: é “*desregular para melhor regular*”.¹⁸

Destarte, esse não deve ser o local natural do poder de polícia estatal.¹⁹ Quanto mais longe, melhor.

III. Manifestação: uma posição preferencial reforçada?

A doutrina da posição preferencial (*preferred position*) atribuída à liberdade de expressão, haurida da experiência norte-americana, foi encampada pela dogmática²⁰ nacional e pelo próprio Supremo Tribunal Federal.²¹

Os seus contornos já são célebres, cabendo, neste momento, apenas responder à pergunta que inaugura este subitem: o direito de manifestação possui uma posição de preferência *reforçada*?

Em primeiro lugar, frise-se que o contexto é o brasileiro. Logo, não irá se levar em consideração a questão topográfica, aparentemente fulcral no debate americano, da Primeira Emenda, na qual está encartada a liberdade de expressão.

Da mesma forma, a doutrina *originalista*,²² restrita àquele país, não interferirá na análise, afastando-se, desde já, um eventual absolutismo da

¹⁷ “*A liberdade só pode e só deve defender-se pela liberdade, sendo um perigoso contrassenso querer atacá-la sob o pretexto de protegê-la; e como a moral não possui outra fonte, outro estímulo, outra causa, outro objetivo além da liberdade e como ela própria não é nada mais do que a liberdade, todas as restrições que se lhe impuserem com a finalidade de proteger a moral, sempre agiram sem seu detrimento*”. BAKUNIN, M.A. *Textos anarquistas*. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 67-68.

¹⁸ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito o pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Isso não significa, contudo, que o direito de manifestação não precise de alguma regulação para se tornar efetivo. Com efeito, ao contrário do mercado de ideias, o exercício do direito de manifestação envolve aspectos procedimentais de coordenação que, paradoxalmente, demandam alguma regulação para seu pleno e etivo gozo.

¹⁹ Cf. “*El fin de la policia es asegurar la tranquilidad, la seguridad y la salubridad pública. Se entiende por tranquilidad y orden público la ausencia de desórdenes y perturbaciones. Tal como se concibe hoy la tranquilidad ella sólo comporta el orden público material. No se toma en cuenta el orden moral, porque es difícil de establecer y apreciar. La seguridad consiste en la ausencia de accidentes o riesgos que dañen a las personas y cosas*”. CRISTI, Manuel Jara. *Manual de derecho administrativo*. Chile: Editorial jurídica de Chile, 1948.

²⁰ Cf. SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008..

²¹ Vide voto do Min. Luís Roberto BARROSO na ADI das biografias não autorizadas.

²² Sobre originalismo, além das referências já feitas neste estudo, veja-se: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

liberdade de expressão ou do direito de manifestação. Absolutismo²³ desta espécie, assim como o originalismo de onde provém, não é compatível com o constitucionalismo praticado no Brasil, cujo ápice é a Carta de 1988. Uma tese libertária do direito de manifestação não será adotada, portanto.

Colocada nesses termos a questão, resta responder ao questionamento lançado. Pois bem. Depois de estremada a liberdade de expressão estrita do direito de manifestação, constata-se que há sensíveis diferenças que recomendam um tratamento específico para cada qual. Sob a égide da Constituição da República em vigor, verifica-se que o direito de manifestação é necessariamente plural quanto ao número de participantes, não elitista a respeito do seu livre exercício e potestativo no que tange à mensagem veiculada ou afirmada.

Tais características específicas não seriam compartilhadas pela liberdade de expressão em sentido estrito, que, apesar de não fazer qualquer exigência numérica, pode ser perversamente inflexível e elitista no seu exercício,²⁴ excluindo especialmente minorias desfavorecidas, além de certamente facultativa e setorizada quanto à transmissão e à afirmação da mensagem ou do discurso.

Esses os principais motivos, sumariamente arrolados alhures, para se falar em uma *reforçada* posição de preferência atribuída ao direito de manifestação. Corolário do que se afirma, como se sabe, é a garantia de um peso um pouco maior do que aquele atribuído à estrita liberdade de expressão numa eventual ponderação de interesse, bens ou valores.

Operada a inversão do ônus argumentativo, ela é incrementada em favor do direito de manifestação. O *contravalor* ou direito contraposto, para se afirmar, demandará um esforço argumentativo sensivelmente maior do que aquele requerido

²³ A passagem dos votos proferidos pelos Justices Hugo L. BLACK (1937-1971) e Willian O. DOUGLAS (1939-1975) é exemplificativo desta doutrina: “*no law means no law.*”. Cf. *Brandenburg vs. Ohio* (395 U.S. 444 1969). Confira-se: “*In brief concurring opinions, Justices Black and Douglas gave their requiem for the clear and present danger test and continued to maintain that the First Amendment is absolute: ‘no law’ means ‘no law’*”. Cf..

²⁴ Parte da ironia de que fala Owen FISS, na obra já citada. No mesmo sentido, SARMENTO. “*Na nossa opinião, a intervenção estatal visando a democratizar a esfera comunicativa é indispensável. Mais que uma faculdade, ela deve ser concebida como um verdadeiro dever do Estado, sobretudo em sociedades desiguais como a brasileira, em que os meios de comunicação social se encontram excessivamente concentrados nas mãos de uma pequena elite, e o mercado não proporciona aos pobres qualquer acesso real à mídia. Esta intervenção não opera contra, mais a favor da liberdade de expressão, que não deve, portanto, ser concebida como um mero direito negativo a uma abstenção estatal. Sem embargo, é preciso redobrada cautela para que esta intervenção estatal não se torne um instrumento de censura ou de favorecimento aos pontos de vista preferidos pelos governantes. O papel do Estado não deve ser o de árbitro no mercado de ideias – ele não tem nenhuma isenção para isto –, mas o de promotor do pluralismo na esfera pública*”. SARMENTO, Daniel. *Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado*. In: _____. *Líves e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Como se percebe, o problema parece não atingir o direito de manifestação, malgrado permaneça o dever do Estado em assegurar-lo, sob outro fundamento, inclusive ativamente por meio do seu poder de polícia.

no confronto com a liberdade de expressão estrita, mercê das características que justificam uma robustez desse tipo.

Isso se aplica, inclusive, à própria liberdade de expressão. Com efeito, havendo um conflito concreto entre a liberdade de expressão e o direito de manifestação aqui estudado, este último sairá minimamente à frente numa eventual ponderação, diante da pequena margem de importância que ostenta para além daquela atinente à simples liberdade de expressão.²⁵ Pequena, mas extremamente significativa.

É certo que esse embate entre liberdades é de difícil verificação prática,²⁶ já que, em geral, os ambientes de exercício são distintos. Parece que somente quando se confrontarem no espaço público é que ocorrerá. Destarte, supõe-se como regra que, nessa hipótese, a manifestação preponderará, em decorrência do seu maior peso ou valor. A ponderação realizada, todavia, poderá apontar em sentido diverso.

Se o direito de manifestação não possui *barreiras de entrada*²⁷ quanto ao seu exercício e é materialmente efetivo na transmissão ou afirmação das respectivas

²⁵ Em um instigante debate travado na sede da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro com José Vicente Santos de MENDOÇA, foi vislumbrado, por ele, o seguinte exemplo: um professor agenda uma palestra em determinada Universidade, cuja temática contraria um grupo de manifestantes que, por isso, ingressa no recinto para, defendendo suas ideias contrárias, impedir a expressão do professor. Neste cenário, de aparente conflito entre liberdade de expressão e direito de manifestação, o que prevaleceria? Segundo as impressões de MENDONÇA, a liberdade de expressão do professor, o que, em princípio, contrariaria a tese da posição preferencial reforçada do direito de manifestação, muito embora ela também, como de resto todo direito ou tese, não seja absoluta. Contudo, acredita-se que não é bem assim. Com efeito, em primeiro lugar, o recorte feito no presente estudo é de manifestações públicas, e, não, de manifestações em lugares privados ou apenas abertos ao público. Só neste contexto que se sustenta a posição reforçada. Além disso, tal posição não significa que *sempre* o direito de manifestação vai preponderar, máxime se do outro lado estiver a liberdade de expressão em sentido estrito. Isso seria absolutismo e libertarianismo, o que não é defendido. No mais, contudo, a questão posta parece merecer outra abordagem. Ela se resolveria, assim, pela ilegitimidade da finalidade da manifestação contrária à liberdade expressiva do professor. Para além de poder se equiparar ao conceito de contramanifestação, vedado pela Constituição, a verdade é que o indigitado manifesto não visa enriquecer o livre mercado de ideias (*free marketplace of ideas*), seu aspecto instrumental, e, menos ainda, qualquer autodeterminação ou autodesenvolvimento da personalidade humana, seu aspecto substantivo. Visa ela, tão somente, calar o outro, a voz alheia, violando, pois, ambos os aspectos do próprio direito de manifestação e a dignidade como autonomia. Intacta, destarte, a proposição.

²⁶ Poderia ser vislumbrado um pobríssimo exemplo de um indivíduo expressando-se singularmente na via pública que acaba sendo “engolido” por uma manifestação de modo a calar-lhe. Nessa situação, não se consegue identificar qualquer ilegitimidade da manifestação que, ao final, acabaria prevalecendo higidamente sobre a liberdade de expressão. E isso, supõe-se, não só por uma questão de imposição numérica ou fática. Há, debaixo disso, a reforçada posição de preferência que condiciona e relativiza o exercício da liberdade de expressão em sentido estrito.

²⁷ É claro que sempre haverá críticas. As principais delas seriam: i) é preciso pelo menos duas pessoas em comum de interesses para que haja uma manifestação, o que, por si só, já erige um obstáculo para o exercício do direito, sendo certo que inexistente exigência numérica na liberdade de expressão; ii) a efetividade da divulgação da mensagem dependeria da diferente capacidade de mobilização das pessoas, muito ligada a questões sócio-econômicas, gerando um problema semelhante ao da liberdade de expressão. O primeiro ponto, malgrado verdadeiro à luz da dicção constitucional vigente, não afasta a afirmação da verve mais democrática do direito de manifestação, já que o seu exercício continua a depender só da vontade dos manifestantes, e não de terceiros, em que pese seja necessário algum convencimento e adesão. Já o segundo aspecto, relativo a efetividade da mensagem, não se pode

mensagens,²⁸ não há como não lhe reconhecer um *plus* preferencial em contraste com a simples liberdade de expressão.

A vantagem democrática do direito de manifestação, entendida como facilidade de livre exercício, é corroborada pela própria crítica que é comumente feita à liberdade de expressão estrita, assimétrica, elitista e separatista, de modo a exigir-se até mesmo uma interveniência estatal.²⁹ E o ganho finalístico, compreendido como a efetiva transmissão ou afirmação do discurso, exsurge claro da voluntariedade de acesso que é da essência da liberdade de expressão em sentido estrito.

Atestar uma posição de preferência reforçada do direito de manifestação, o que lhe garante uma maior relevância no processo ponderativo, não importa, registre-se por fim, em proibir-lhe toda e qualquer regulação. Uma coisa não tem a ver com a outra. Não obstante, por realizar mais intensamente, em alguma medida, a sua própria finalidade, a dignidade humana e a inclusão, o direito de manifestação deve receber uma regulação mais *branda* que a liberdade de expressão estrita.

Na prática, isso não ocorre, diante da quase absoluta desnecessidade de coordenar formalmente o exercício da liberdade de expressão com outros direitos ou interesses. Não há, em regra, exercício dinâmico e concomitante. Os meios normalmente utilizados, e a própria natureza da liberdade de expressão, não exigem uma regulação coordenatória desse quilate, que traduz muito mais uma imposição da realidade e da necessidade do que qualquer outra coisa.

Seja como for, a regulação do direito de manifestação deve ficar restrita àquilo que estritamente necessário à facilitação e à garantia de seu exercício, ponderado com as necessidades de coordenação social emergentes, que deverão, em última análise, adequar-se. Ainda que, na prática, o direito de manifestação pareça mais ameaçador³⁰ aos direitos contrapostos e à própria ordem pública, até mesmo em função do seu potencial multitudinário, é justamente nesta hora que a sua pujança se revela com toda nitidez.

Como já visto, ademais, não se pode aplicar nessa delicada seara uma versão do princípio da precaução: presumir abstratamente mais violenta a manifestação, por seus próprios pressupostos, configuração e força expressiva, para justificar uma regulação intensa e extremamente limitadora.

confundir efetiva divulgação da mensagem (ser ouvido) com a vastidão que lhe será atribuída (amplificação). Esta última é imprevisível e tão dependente de tantas variáveis, tal qual a capacidade de mobilização e o interesse dos meios de comunicação, que não pode ser uma crítica ou um critério válido e sério. Na liberdade de expressão em sentido estrito, conforme exaustivamente falado e sabido, a divulgação da mensagem não é compulsória, dependendo integralmente da vontade dos receptores.

²⁸ A magnitude da divulgação das mensagens, e seu impacto social, não estão em causa, mormente porque dependem de inúmeras variáveis subjetivas que não se relacionam diretamente com o exercício do direito. Diz-se materialmente efetivo porque a recepção da mensagem manifestada é compulsória, sendo praticamente incontornável, gerando um verdadeiro estado de sujeição.

²⁹ Cf. FISS, Owen. M. *A ironia da liberdade de expressão*: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³⁰ CORREIA, Sérvulo José Manuel. *O direito de manifestação*: âmbito de proteção e restrições. Coimbra: Almedina, 2006.

Com efeito, é essa potencialidade que lhe confere a especial força expressiva de que aqui se trata, o que uma regulação *forte* poderia obliterar. Não se pode olvidar, afinal, que o direito em questão goza de uma posição de preferência incrementada, o que faz com que os direitos e valores contrapostos se curvem diante dele, ao menos como regra geral. Eles é que cederão *prima facie*, mesmo no estabelecimento de uma imprescindível regulação ordenadora que, conjugando todos esses fatores, promova efetivamente o exercício do direito de manifestação. É assim mesmo que deve ser, pois da sua essência.

A regulação reconhece e incorpora a dificuldade e a necessidade de coordenação dos direitos conflitantes em jogo, mas se dará, essencialmente, em nome do direito de manifestação, ao menos numa inclinação inicial. Não se pode perder isso de vista. Regulação *necessária* em razão da conciliação do exercício de direitos não se confunde com regulação *forte*, afastada, em qualquer caso, a precaução. Ademais, ela é imprescindível ao correto exercício do direito de manifestação, sem o qual permanecerá como mero arremedo espasmódico de uma liberdade.

IV. Especificamente o discurso do ódio e seu contexto de análise

Superadas as questões relativamente fáceis, juntamente com os regimes ditatoriais e autoritários de onde emanavam, resta abordar a questão, muito mais árida, da eventual possibilidade de *controle de conteúdo*³¹ das *manifestações* em uma regular ordem constitucional-democrática estabelecida.

Só em um verdadeiro Estado democrático de direito, reconstruído a partir da Constituição da República de 1988, é que se pode cogitar desse tipo de questão, e da sua complexidade, especialmente depois de reforçada pelo recente processo de constitucionalização de todo o direito.

Muito embora já bastante desfigurada,³² a Constituição inaugurou um novo regime, cujas instituições, mais de uma vez testadas,³³ se encontram funcionais.³⁴

³¹ Um mínimo de controle *procedimental* é muito mais simples e consensualmente aceito, ainda que também traga dificuldades e demande certas cautelas.

³² Devido ao grande número de Emendas formais à Constituição, o que não é o ideal em se tratando da norma fundamental do Estado. Todavia, curva-se a necessidade de modificação, mesmo que em menor intensidade, em razão do seu caráter extremamente analítico, exaustivo e, em certos pontos, casuístico.

³³ Muitos fatos graves já ocorreram nesses quase 28 anos de vigência da CRFB/88, sem que se cogitasse de golpe ou desvio, não obstante o desvirtuado e ideológico discurso que tem dominado o cenário político atual, emanado de determinada facção político-partidária. Cite-se, como exemplo: i) *impeachment* de um presidente da república; ii) escândalos e CPI dos anos do orçamento; iii) escândalo e CPI dos Correios; iv) escândalo do mensalão e a condenação e prisão de autoridades políticas do alto escalão, dentre outros. Frise-se, oportunamente, que ainda está em curso a Operação Lava-Jato, verdadeiro abalo sísmico, do mais elevado grau na escala Richter, no cenário político-jurídico nacional. Trata-se de um evento sem precedente, cujas proporções ainda não são vislumbráveis por completo. Todas essas questões foram ou estão sendo resolvidas, espera-se, sob o pálio da ordem constitucional vigente, malgrado a verborragia inconstitucional, enganadora e desesperada dos detentores temporários do poder.

³⁴ O que não significa que não existam problemas sérios e pontuais que ainda devam ser dirimidos. A grave crise político-financeira instalada neste momento no país é a maior prova disso. O que restará, ao

Essa normalidade institucional retira qualquer suspeição, derivada de um possível *pecado original*, dos atos estatais praticados. Um ocasional controle desse tipo poderia ser válido ou não, segundo a ordem vigente. Contudo, jamais seria considerado de antemão um ato de exceção, fundado exclusivamente, por exemplo, em obscuros critérios como *razões de estado* ou *interesse público*.³⁵

Isso porque, *nesse cenário*, os atos estatais gozam, em geral, de uma presunção³⁶ relativa de juridicidade, haurida da normalidade institucional experimentada. Só nesse contexto e com essa limitação é que se reconhece uma tal presunção, muitíssimo relativa e sujeita a todo tipo de controle, especialmente jurisdicional. Não se advoga, portanto, uma vetusta presunção de legalidade dos atos administrativos como um instrumento autoritário de inversão, quase impossível, de ônus da prova.

A essa normalidade institucional, legitimadora, *a princípio*, da atuação estatal, pode ser aliado o denominado *sentimento constitucional*³⁷ que hoje é nutrido pela maioria dos cidadãos³⁸ e pelas próprias instituições. Juntamente com os demais fatores, essa afeição³⁹ contribui decisivamente para o respeito e a consequente perenidade⁴⁰ da

cabo, ninguém pode prever. Em todo caso, espera-se que as instituições saiam fortalecidas e amadurecidas, assim como a própria democracia e a Constituição.

³⁵ Para um interessante estudo sobre as *razões de estado*, a *segurança nacional* e uma suposta supremacia *prima facie* de um vazio *interesse público* confira-se MEIRELLES, Hely Lopes. *Poder de polícia e segurança nacional*. Conferência proferida na Escola Superior de Guerra, em 24 de maio de 1972. *Revista dos Tribunais*, v. 61, nov., 1972. Neste ensaio do grande sistematizador do moderno direito administrativo brasileiro, verifica-se que todos esses conceitos, tal qual a *ordem pública*, podem variar de acordo com o gosto do freguês ou o interesse da autoridade de plantão, daí o seu elevado risco para a democracia constitucional. Servem, enfim, a qualquer propósito, democrático ou despótico.

³⁶ O que não significa que exista, ainda hoje, uma supremacia do interesse público oponível *prima facie* ao particular, como ocorria com as antigas *razões de estado*. Reconhece-se, sob a égide da Constituição de 1988, uma multiplicidade de interesses públicos que impõe um dever de ponderação entre o interesse público específico e o direito individual do particular em jogo, sendo certo que esse último pode prevalecer sobre aquele. Veja-se, a propósito, BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. "*O sentimento constitucional consiste na adesão interna em relação às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque se estima (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência*". Do mesmo autor, confira-se ainda: *Curso de derecho político*. FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

³⁸ VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana. A importância do sentimento constitucional como substrato para a construção da cidadania no Brasil. *Derecho y cambio social*, 2013.

³⁹ "*El concepto de Constitución es completo cuando a intelección teórica se une su comprensión emocional mediante el sentimiento que se adhiere al concepto. La enseñanza de Derecho Constitucional no se agota en la explicación de sus evidentes y necesarias conexiones lógicas y técnicas, requiere, además, que se insista en la necesidad de que la sociedad se adhiera a aquella, sintiéndola como cosa propia*". VERDÚ, Pablo Lucas. *El Sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985.

⁴⁰ "*A desvalorização da Constituição escrita, a erosão da consciência constitucional e a caducidade da Constituição são manifestações que abalam a permanência da Constituição*". HORTA, Raul machado. *Permanência e mudança na Constituição*. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1992.

Constituição, tornando estável o regime democrático que ela introduz. Como cediço, não se ama ou respeita aquilo que não se conhece. Amada ou odiada, mas geralmente respeitada, a Constituição de 1988 não sofre, hoje, do anátema da indiferença.⁴¹

Em virtude disso tudo, o que era relativamente fácil se tornou extremamente intrincado. Com efeito, tornou-se uma questão difícilíssima saber, nesta saudável atmosfera, se é legítima, e em que extensão, uma intervenção estatal no sentido de controlar o *conteúdo* do direito de manifestação. Ainda que a intervenção decorra de um processo deliberativo, acompanhado de uma argumentação racional consentânea, a hesitação não é ilidida. A questão é de fundo, não de forma.

Considerando-se que, tradicionalmente, o direito de manifestação impõe ao Estado um dever de abstenção, a resposta inicial parece ser desenganadamente negativa. Entretanto, ela está apenas parcialmente correta. O ponto não é assim tão simples, especialmente quando se verifica um confronto extremista e errático de ideias, interesses e valores.

Para incrementar a discussão, não se pode esquecer que, ao lado desse Estado absentista, típico do século XVIII, fala-se, modernamente, de um Estado prestacional,⁴² mesmo quando em jogo as liberdades públicas, como sói ser o direito de manifestação, típico direito de primeira geração. Caberiam ao Estado, portanto, dois deveres: i) o *negativo*, de não interferir no direito de manifestação; ii) o *positivo*, de assegurar o seu exercício.

A complicação do caso é enorme, sobretudo quando são misturadas situações cotidianas em que se concretizam profundos desacordos morais⁴³ latentes na sociedade. Tudo isso é conteúdo, algo sagrado nesta matéria.

Nessa empreitada, a análise do chamado *discurso do ódio (hate speech)*⁴⁴ no direito de manifestação revela-se bastante enriquecedora, apesar de inglória. A opção é feita em razão da riqueza do tema e da sua maior afinidade com o direito em berlinda, ao contrário de outros igualmente ardorosos e valiosos como, por exemplo, a pornografia, que, por ora, serão preteridos.

Previna-se, todavia, que o estudo do discurso do ódio não representa um fim em si mesmo, senão o mote para um exame um pouco mais amplo sobre a

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. O mistério maravilhoso do tempo. Discurso de paraninfo. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Outros fatores externos, como a TV Justiça, além da judicialização da política, acabaram por *espetacularizar* os julgamentos do STF, cujos Ministros, hoje, gozam do *status* de autênticas celebridades. A Constituição, claro, veio a reboque para a ribalta.

⁴² Sobre o custo da assecuração e promoção das liberdades públicas negativas, veja-se: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em arvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: Norton & Company, 1999. Sob outro enfoque, SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais*: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

⁴³ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997; RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

possibilidade de controle de conteúdo no direito de manifestação, para o qual contribui como um magnífico paradigma.

Com efeito, questões como se se deve “*tolerar ou não os intolerantes*”⁴⁵ são cada vez mais comuns nas multiculturalais⁴⁶ e complexas sociedades atuais.

⁴⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. O tema é extremamente polêmico. Sobre tolerância, confira-se o *paradoxo da tolerância* de BOBBIO, que se verificaria quando uma pessoa tolerante possui “*visões antagonísticas contra a intolerância*”, sendo intolerante a ela. De acordo com tal paradoxo, o indivíduo tolerante seria intolerante à intolerância. Segundo BOBBIO, “*o outro deve chegar à verdade por convicção íntima e não por imposição. A tolerância, aqui, não é desejada porque socialmente útil ou politicamente eficaz, mas sim por ser um dever ético*”. A tolerância não seria, assim, um indiferente jurídico ou ético: “*ela inspira sua própria ação num dever absoluto, como é o de respeitar a liberdade do outro*”. Não fosse suficiente, a noção incorpora, ainda, a ideia de que a verdade só pode ser alcançada através do confronto. “*Se a verdade tem muitas faces, a tolerância é uma necessidade inerente à própria natureza da verdade*”. Intolerância não é necessariamente bom ou ruim. Com efeito, os termos tolerância e intolerância podem assumir dois significados, um positivo e outro negativo: tolerância pode representar paciência e compreensão ou ser sinônimo de condescendência com o mal e com o erro. Tudo depende do ponto de vista. BOBBIO parece excluir, por exemplo, a seletividade proposta por MARCUSE, que defende somente uma difícil ideia de tolerância para as ideias tidas como boas. Tal qual o direito de manifestação e a liberdade de expressão, a tolerância só é tal “*se forem toleradas também as más ideias*”. O filósofo italiano, nessa linha, parece defender a tolerância aos intolerantes. Isso não significa que proponha uma tolerância ilimitada. Nada disso. *Ele apenas advoga a ideia de que, se é inquestionável que a tolerância (e a intolerância em contraposição) deve ter limites, a sua fixação deve levar em conta o seguinte cânone: a tolerância deve “ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o princípio de tolerância”. E arremata: “É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver*”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Em outra obra, BOBBIO lecionou que “*tolerar é deixar que as doutrinas errôneas caminhem em direção à verdade*”. Aceita-se o erro, a inverdade e a própria ofensa em nome do respeito à pessoa humana. Todo cidadão é digno de igual respeito e consideração, assim entendido como a garantia ao seu personalismo e responsabilidade no campo moral. Trata-se da superação da reprovação à intolerância em prol do “*respeito que se deve ter à inviolabilidade das consciências individuais*”. Tolerância como aceitação do erro alheio em observância à dignidade da pessoa humana. Tratar a todos como agentes morais responsáveis, logo, com igual respeito e consideração, implica reconhecer, numa sociedade plural, que as verdades são infinitas e que todas são igualmente dignas de serem, ao menos, ouvidas. Embora considere o preconceito uma opinião errônea, o filósofo italiano vaticina que: “*o respeito é pela dignidade da pessoa humana enquanto portadora de verdades, que são sempre pessoais e igualmente válidas*”. BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Unesp, 2002. Um pouco distinta é a visão de Karl POPPER. Trabalhando com o conceito de serenidade, o filósofo da ciência austríaco, naturalizado britânico, assim e pronuncia: “*O sereno é, ao contrário, aquele que deixa o outro ser o que é, ainda quando o outro é o arrogante, o insolente, o prepotente*”. O paradoxo da tolerância popperiana pode ser assim sintetizado: “*tolerância ilimitada leva ao desaparecimento da tolerância*”. Como se vê, supõe-se que, no fundo, não existam tantas diferenças com aquilo que pensado por BOBBIO, já que este igualmente não prega uma tolerância ilimitada. Contudo, parecem divergir essencialmente quanto à restrição que estabelecem: BOBBIO restringe a tolerância só aqueles que *toleram os intolerantes*, ou seja, ele defende a tolerância aos intolerantes; POPPER, malgrado considere a tolerância vital para uma sociedade aberta, parece não ir tão longe, circunscrevendo-a só aos tolerantes, mas sem referir-se a uma tolerância à intolerância. Nessa linha, formulou o seguinte e célebre enunciado na sua obra-prima, considerado o paradoxo da tolerância popperiana: “*Se formos de uma tolerância absoluta, mesmo para com os intolerantes, e se não defendermos a sociedade tolerante contra seus assaltos, os tolerantes serão aniquilados, e com eles a própria tolerância*”. Seja como for, a postura de POPPER não pode representar uma radical intolerância para com os intolerantes, senão que apenas um princípio que visa garantir o direito de existência a todos. Uma espécie de coordenação e preservação social. Além disso, radica na principiologia popperiana o ponto essencial de toda e qualquer teoria a respeito, norte inafastável do direito de manifestação: negar *tout court* ao intolerante a possibilidade de eliminar as diferenças que ele julga inaceitáveis. Para POPPER, Destarte, a imposição de limites à tolerância deve se pautar pelas práticas intolerantes que visam *eliminar* as diferenças legítimas que nos constituem enquanto humanos, e que, para qualquer lado, inclusive para o intolerante, devem ser preservadas. Dá a cautela e o perigo de qualquer limitação e conteúdo do direito de manifestação. POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo 1. 3. ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

⁴⁶ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. KYMLICKA, Will. *Multiculturalismo liberal e direitos humanos*. In:

Controvérsias dessa espécie normalmente são malconduzidas ou simplesmente não são levadas a sério pelas autoridades no âmbito do direito de manifestação.

O debate, praticamente polarizado entre Estados Unidos e a Europa Continental,⁴⁷ cinge-se, quase que exclusivamente, à liberdade de expressão. O direito de manifestação tem sido tratado como um mero apêndice da liberdade de expressão, distinguindo-se, segundo transparece, apenas quanto à forma de seu exercício. Não é bem assim.

Como visto, há certas especificidades substanciais, mesmo que sutis, que merecem atenção, de modo que possam ser traçados vetores mais seguros e uniformes para o exercício desse singular e importante direito fundamental e, de outro lado, para o exercício hígido do poder de polícia estatal. Direito de manifestação e poder de polícia constituem as duas faces da mesma moeda chamada polícia das manifestações, consoante já alinhado. Entretanto, alguns efeitos colaterais pouco explorados podem surgir.

É possível que os poderes instituídos, em um ambiente de normalidade jurídico-institucional, interfiram no direito de manifestação com vistas a controlar o seu conteúdo? Como, quando e com qual intensidade? Como evitar o paternalismo, a pasteurização do ser humano e o perfeccionismo moral?

Noutra visada, será que alguns aspectos procedimentais podem ser ajustados pelo poder de polícia estatal, mirando a coordenação social? Caso positivo, quais os limites e critérios?

SARMENTO, Daniel; IKAVA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

⁴⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.. “A Constituição francesa de 1958 não consagrou expressamente a liberdade de expressão. Não obstante, em seu preâmbulo, ela fez referência à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que a proclamou em seu art. 11. Assim, desde 1971, o Conselho Constitucional francês tem entendido que as normas integrantes da referida Declaração são parte integrante do “bloco de constitucionalidade” (bloc de constitutionnalité) francês, podendo fundamentar o controle preventivo de constitucionalidade exercido por aquele órgão. Com base nesta construção, o Conselho Constitucional tem proferido algumas decisões importantes em relação à liberdade de imprensa e aos meios de comunicação de massa. É verdade, contudo, que o nível de proteção dispensado na França à liberdade de expressão é inferior ao proporcionado na Alemanha, e mais ainda ao existente nos Estados Unidos. De um modo geral, no Direito francês há uma tendência à priorização da tutela de interesses conflitantes com a liberdade de expressão, como a ordem pública, o direito à honra e à privacidade”. Cf. WACHSMANN, Patrick. La Liberté D’Expression. In: CABRILLAC, Rémy et al. *libertés et droits fondamentaux*. 10. ed. Paris: Dalloz, 2004, p. 361-388. Neste texto, o citado autor francês, fornece, em tom crítico, exemplos de restrições que não seriam aceitas em outros países com proteção mais firme da liberdade de expressão. Alinha, nesse sentido, o seguinte exemplo: a proibição, pelo Judiciário daquele país, da publicação de livro que criticava o fato de o falecido Presidente François Mitterrand ter escondido do público o seu câncer durante o exercício do seu mandato. E assim o fez sob a alegação de que a publicação da obra ofenderia a imagem do finado, e que pese o inquestionável interesse público no tema. apud SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

É possível alguma parametrização que permita o controle do eventual arbítrio dos iluminados sensores de plantão? É viável a construção de uma polícia das manifestações constitucionalmente democrática?

São muitos questionamentos, cujas respostas não são fáceis, muito menos únicas ou pré-fabricadas. Nenhum catálogo as prevê. É preciso mais criatividade e sofisticação.

A orientação seguida não será simplesmente *libertária* ou *democrática*, como grande parte da doutrina costuma dividir, de modo quase maniqueísta, o assunto. Ela se pretende apenas democrático-liberal⁴⁸ (ou constitucional-democrático), ao máximo possível igualitária,⁴⁹ sempre pautada pela teoria dos direitos fundamentais.

⁴⁸ “A completa liberdade de contradizer e refutar nossa opinião é a condição que nos justifica a assumir que nossa opinião seja verdadeira para finalidades de ação; em nenhum outro termo um ser com faculdades humanas pode ter outra garantia de estar certo”. “Se os argumentos do presente capítulo possuem qualquer valor, deve existir a mais total liberdade de professar e discutir, como tema de convicção ética, qualquer doutrina, não importando o quanto ela seja considerada imoral. Portanto, seria irrelevante e deslocado examinar se a doutrina do tiranicídio merece o título de imoral. Eu me contento em dizer que o assunto tem sido, em todas épocas, uma questão de moral aberta MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. Tradução de Rita de Cassia Godin Neiva. São Paulo: Escala, 2006. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Coimbra: Almedina, 2006”. *A democracia também precisa ser vista de forma mais genérica quanto à capacidade de enriquecer o debate fundamentado através das melhorias da disponibilidade informacional e da factibilidade de discussões interativas. A democracia tem de ser julgada não apenas pelas instituições que existem formalmente, mas também por diferentes vozes, de diversas partes da população, na medida e que de fato possam ser ouvidas*” “A desrazão em geral não consiste na prática de dispensar completamente a razão, mas de contar com uma argumentação racional bastante primitiva e falha. Resta, porém, esperança nela porque uma má argumentação pode ser defrontada por uma argumentação melhor”. “Não são os protestadores indignados os que frequentemente se esquivam da justificação arrazoada, mas sim plácidos guardiões da ordem e da justiça. Ao longo da história, a reticência foi um apelo para os que, detendo cargos governamentais dotados de autoridade pública, não tinham certeza dos fundamentos de suas ações ou estavam pouco dispostos a examinar cuidadosamente as bases de suas políticas”. “As liberdades e as capacidades das quais desfrutamos também podem ser valiosas para nós, e, em última análise, cabe a nós decidir como usar a liberdade que temos”. “A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos – tudo aquilo que valorizamos. (...). Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros. A distinção entre o ‘aspecto de oportunidade’ e o ‘aspecto de processo’ da liberdade pode ser significativa e também de longo alcance”. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁴⁹ “Conhecendo a estabilidade inerente a uma constituição justa, os membros de uma sociedade bem-ordenada confiam que só será preciso limitar a liberdade dos intolerantes em casos especiais, quando for necessário para preservar a própria liberdade igual”. (...) “A conclusão, portanto, é que, embora uma facção intolerante não tenha ela mesma o direito de denunciar a intolerância, sua liberdade só deve ser restringida quando os tolerantes, sinceramente e com razão, acreditam que a sua própria segurança e a das instituições de liberdade estão em perigo. Apenas nesse caso deveriam os tolerantes controlar os intolerantes”. (...) “A limitação da liberdade só se justifica quando for necessária para a própria liberdade, para impedir uma incursão contra a liberdade que seria ainda pior”. (Grifou-se) RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Um quimérico embate entre democracia e libertarianismo, quase uma luta entre o bem e o mal, como se tem proposto, não é a abordagem adequada e, muito menos, a que será proposta. Na verdade, para a investigação aqui sugerida, tais figuras sequer parecem ocupar lados opostos e beligerantes. Não há mocinho nem bandido nessa história. Como sabido, nem tudo na vida é totalmente bom ou ruim, e essa competição é imaginária, para não dizer equivocada.

De toda sorte, e apesar da possibilidade de convivência harmônica entre ideias que se afiguram compatíveis, um parcimonioso caminho do meio será trilhado. A temperança, como há muito já dizia Aristóteles, parece ser o itinerário mais seguro.

Um aviso final quanto ao rumo seguido: a importação e utilização de doutrinas e precedentes judiciais, conquanto válida, deve ser feita com cuidado, já que, na maioria das vezes, são fruto do ambiente cultural⁵⁰ em que produzidos, além de derivarem da dicção positivo-normativa específica que foi submetida à interpretação, muitas vezes, silogística. São valiosos vetores hermenêuticos, mas é preciso cautela, sinceridade e algum ajuste. Caso contrário, de nada servirão ao propósito buscado, como de resto a nenhum outro que se pretenda sério.

V. Inexistência de direito ou liberdade absoluta: a ponderação⁵¹ sempre em cena.

Não existem direitos absolutos.⁵² Essa constatação atrai, logicamente, a

⁵⁰ Exemplo eloquente é o da Alemanha pós 2ª Guerra Mundial, em razão da barbárie nazista, cujo caldo cultural é bastante específico, com reflexos políticos, jurídicos e filosóficos bastante visíveis e que não se replicam em outras sociedades, muito menos na brasileira. Sublinhe-se, por cautela, que isso não significa propor a relativização dos direitos humanos ou coisa que o valha, em que pese a universalidade geralmente a eles atribuída não poder prescindir de certa dose de historicidade e de considerações comunitárias. “*Uma terceira dimensão conceitual do humanismo se nos dá como doutrina. Consiste num conjunto de princípios que se unificam pelo culto ou reverência a esse sujeito universal que é a humanidade inteira*”. BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁵¹ Em contexto semelhante: “*Na medida em que couber, aquilo que haverá de fazer é aplicar essas normas restritivas em conformidade com a Constituição, a fim de concluir, à luz da ponderação das circunstâncias de cada caso concreto, se não deve prevalecer o interesse de liberdade, gerando-se uma causa de exclusão de ilicitude*”. CORREIA, Sérvulo José Manuel. *O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006. REIS NOVAIS fala de uma *reserva geral imanente de ponderação* que afeta a generalidade dos direitos fundamentais, como os aqui em questão e, geralmente, os contrapostos também. REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

⁵² Conforme já decidiu o STF, inclusive. Cf. *E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E*

ideia de ponderação,⁵³ que se torna um imperativo necessário. O direito de manifestação não foge a essa regra. Nem mesmo a dignidade humana, epicentro axiológico de todo o sistema jurídico,⁵⁴ dela escapa, a despeito de sua diferente atuação e incidência.

Tal princípio, como tem sido majoritariamente compreendido, traduz o próprio fundamento de quase todos os demais direitos fundamentais, com eles não se confundindo, todavia.

A dignidade não seria, contudo, um direito fundamental autônomo que se abriria, ele próprio, à ponderação. Menos ainda, coerentemente com aquilo que já afirmado, um bem ou valor imponderável, isto é, absoluto. A dignidade humana não é o objeto da ponderação, senão que o seu parâmetro.⁵⁵ Uma interpretação

TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (...). (Grifou-se) MS 23452 / RJ - RIO DE JANEIRO MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 16/09/1999. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

⁵³ Afasta-se, com essa observação, a ideia obscura de âmbito proteção *prima facie*, tão cara ao direito alemão e ao direito português. Considera-se que tal teoria recorre a uma solução *fácil* e arbitrária sobre o que integra, ou não, o âmbito de proteção do direito fundamental, ocultando, com isso, uma ponderação realizada mentalmente, além de todas as suas premissas, para que se chegue a tal conclusão. Isso acaba por isentar a decisão da exigência de justificação adequada, imunizando-a da possibilidade de efetivo escrutínio público. Confira-se: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2007. Por outro lado, não se sacraliza a ponderação, como uma técnica totalmente neutra, o que, de fato, não é, até mesmo em função das muitas pré-compreensões existentes. Cf. SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵⁵ “Três observações finais relevantes. A primeira: a dignidade da pessoa humana é parte do conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas não se confunde com qualquer deles. Nem tampouco é a dignidade um direito fundamental em si, ponderável com os demais. Justamente ao contrário, ela é o parâmetro da ponderação, em caso de concorrência entre direitos fundamentais, como se explorará mais adiante. Em segundo lugar, embora seja qualificada como um valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não tem caráter absoluto. É certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios, mas, em determinados contextos, aspectos especialmente relevantes da dignidade poderão ser sacrificados em prol de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão do estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão. Uma última anotação: a dignidade da pessoa humana,

equivocada desse tipo termina por provocar situações inusitadas e insolúveis de contraposição da própria dignidade humana na defesa de teses existenciais antagônicas.

A prática revela que dignidade humana tem sido utilizada, no mais das vezes, incorretamente, como mero reforço argumentativo⁵⁶ ou, pior, como uma espécie de *super-trunfo*,⁵⁷ capaz de vencer qualquer debate. Só que todos os debatedores o possuem. Desse modo, como o que serve para tudo serve para nada, a inutilidade está sempre por perto.⁵⁸

No que toca ao direito de manifestação, igualmente apoiado na dignidade do ser humano, o que se verifica, na hipótese, é a existência de uma apriorística *posição de preferência* (*preferred position*)⁵⁹ em relação a eventuais direitos ou interesses que lhe sejam porventura opostos. No jogo da ponderação, e aqui é partilhado o

conforme assinalado acima, se aplica tanto nas relações entre indivíduo e Estado como nas relações privadas". BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁵⁷ Sempre a ideia dworkiana de direitos como verdadeiros trunfos. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁵⁸ Cf. MARTEL, Leticia. *Op. Cit.* Veja-se também, como exemplo: “*Ademais, há o problema semântico. Boa parte das prescrições constitucionais está expressa em linguagem muito vaga: dignidade da pessoa humana, igualdade, solidariedade social, moralidade administrativa, etc. Pessoas razoáveis podem discordar – e de fato frequentemente discordam –, sobre o que significa aplicar uma norma com esta estrutura num determinado caso. Veja-se, por exemplo, o debate atual sobre as pesquisas em células-tronco, em que o princípio da dignidade da pessoa humana é usado para fundamentar as posições dos dois lados – dos que afirmam que a autorização das pesquisas é inconstitucional, porque viola a dignidade dos pré-embriões que são o objeto da investigação científica, e dos que defendem que ela é absolutamente legítima, para promover a dignidade dos doentes que poderão ser tratados e curados exatamente em razão dos resultados das pesquisas*”.(Grifou-se) SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. “*Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente coletiva, entende-se que as liberdades de informação e expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência – preferred position – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pelo do Tribunal Constitucional Federal alemão*”. Nas palavras de Luis de Carrera Serra. “*La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión o de información un carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales, como son el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen*. In *Régimen jurídico de la información*. 1996. Também Edilson Pereira dos Santos, para quem “*o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão), especialmente a partir da sentença do caso Lüth, também estabelece uma preferência sobre a liberdade de expressão e informação ao considerá-la como direito individual indispensável para o regime democrático*”. In: FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

semelhante entendimento de Daniel SARMENTO,⁶⁰ isso importa na atribuição de uma maior *dimensão de importância* ao direito tido como preferencial. Diga-se que ele “*sai na frente*”, sendo a inversão do ônus argumentativo uma das principais consequências.

Hoje, ademais, é inquestionável e notória a ubiquidade⁶¹ da técnica interpretativo-decisória da ponderação⁶² de valores, bens ou interesses. Fala-se, a propósito, de um estado de ponderação,⁶³ mercê da real necessidade que acaba por demandá-la. Baseia-se ela, essencialmente, no critério da atribuição de pesos aos valores, princípios⁶⁴ ou direitos fundamentais colidentes⁶⁵ no caso concreto, considerando-se todas as circunstâncias que lhe circundam.

Não estão excluídos, naturalmente, procedimentos ponderativos abstratos, especialmente voltados a fixação de *standards* decisórios e exegéticos. Mas estes não constituem verdadeiras ponderações,⁶⁶ no sentido aqui exposto, prestando-se mais à busca de segurança jurídica, isonomia e redução de subjetividade hermenêutica, por meio da formulação de padrões para futuros silogismos ou que sirvam de orientação para ponderações *ad hoc*, estas, sim, autênticas.

A ponderação é instrumentalizada e guiada pelo princípio ou postulado da proporcionalidade, o que não é nenhuma novidade. A questão do controle de conteúdo do direito de manifestação, tal como ocorre com a própria liberdade de expressão, é, em última *ratio*, uma questão de ponderação e, assim, de proporcionalidade. Não é diferente, como já assinalado, daquilo que ocorre, ou deveria ocorrer, com o poder de polícia estatal, meio pelo qual tal controle pode, em tese, ser efetivado. É só outro ponto de observação.

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶¹ Efeito colateral da constitucionalização do direito e da complexidade e pluralidade das sociedades contemporâneas. Cf. “*Contudo, diante do elevado grau de indeterminação das normas empregadas no processo de filtragem constitucional, esta correspondência à ordem jurídica que legitima as decisões judiciais só raramente poderá ser aferida através de um simples silogismo. Em regra, serão necessários procedimentos hermenêuticos mais complexos, como interpretações construtivas, ponderações, etc, nos quais o julgador terá participação mais ativa na definição do resultado. Portanto, não será possível, aqui, evitar o questionamento sobre a legitimação democrática das decisões, já que elas vão envolver um certo grau de volição*”. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁶² Sobre o tema veja, por todos, SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶³ Por todos: OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013.

⁶⁴ A distinção entre regras e princípios já é conhecida, motivo pelo qual não será aqui mais uma vez repetida. Para tanto basta consultar as seguintes e célebres obras: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2007. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes.

⁶⁵ Sobre a possibilidade de ponderação de regras, veja-se: ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁶⁶ Nesse sentido, confira-se: SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

A relevância da liberdade de expressão e do direito de manifestação para a democracia, seja ela formal ou substantiva, explica essa posição preferencial que lhe garante um maior peso no processo ponderativo, consoante convencionalmente tem se entendido. É bom lembrar, em acréscimo, que o direito de manifestação constitui, além de um direito fundamental em si,⁶⁷ também um direito instrumental,⁶⁸ como tal viabilizador de uma série de outros direitos individuais e políticos, mais na linha democrático-procedimental habermasiana.⁶⁹

Daniel SARMENTO, em clássico artigo⁷⁰ publicado sobre a liberdade de expressão e o problema do *hate speech*,⁷¹ propôs alguns

⁶⁷ Substancial. v.g.: os direitos de realização pessoal, de desenvolvimento da personalidade e de afirmação dos projetos de vida, segundo a própria cosmovisão. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁸ Cf. CORREIA, Sérvulo José Manuel. *O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006. A propósito: “a manifestação é um estar em comum finalístico. Os manifestantes reúnem-se a fim de poder lançar uma mensagem que possa ser captada pela opinião pública. O que justifica a tutela constitucional da vontade de se manifestar de modo a inscrevê-la na esfera relativamente intangível da liberdade não é apenas o valor do estar em conjunto, mas o de o fazer para usar uma forma institucionalizada de comunicação susceptível de desempenhar um papel na formação da opinião pública e de, eventualmente, influenciar o exercício do poder. É a circunstância de os manifestantes se congregarem em função de uma finalidade comunicativa que distingue a manifestação de um simples ajuntamento ou aglomeração de pessoas. Sem uma consciência colectiva formada em torno de um sentimento comum, está-se fora do âmbito de protecção⁶⁸ do direito de manifestação”. MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 12, n. 54, p. 19-23, set./out. 1978. (Artigo publicado sob a égide da Constituição Federal de 1967).

⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre estado de direito e democracia. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 1996.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷¹ O *leading case* sobre a questão da limitação da liberdade de expressão em função do discurso do ódio no Brasil foi o “caso Ellwanger”, cuja famosa decisão do STF restou assim ementada: “*HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA*. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo.

Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéreas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escolhe sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. HC 82424 / RS - RIO GRANDE DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 17/09/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Saliente-se, entretanto, que a decisão já tem mais de 12 anos e foi proferida uma composição completamente distinta da Corte, inclusive quanto à formação pessoal e jurídica. Além disso, de lá para cá, o mundo mudou e o direito com ele. Vive-se outra vida. Por isso, a decisão – o *thema* – está a merecer revisão. Se à época já existiam muitas críticas e dúvidas sobre a posição adotada pela maioria do STF, especialmente quanto a configuração do crime de racismo, sua prescritibilidade, o discurso de ódio e atipicidade da conduta, conforme muito bem exposto por Alexandre Assunção e SILVA hoje não é mais possível avalizá-la. As manifestações expressivas abstratas, enquanto ideias e

*standards*⁷² regulatórios do conteúdo que tal liberdade pode exprimir. Isso mesmo. Falar de proibição do discurso do ódio significa controlar o conteúdo da liberdade de expressão e, assim, do direito de manifestação. Além disso, perpassa pela ideia preliminar de tolerância⁷³ e seus limites. Não adianta tergiversar: o ponto é claro e sensível.

não ações que as materialize (ou convoque à tanto), estão, *prima facie*, protegidas pela liberdade de expressão e pelo direito de manifestação, não podendo sequer ser proibidas, quanto mais criminalizadas. Devem ser aplicados, basicamente, os critérios do *clear and present danger*, da *iminent lawless action* e da *preferred position*. É certo, de outro lado, que a configuração constitucional brasileira é diversa da Norte-americana, que não prevê expressamente o crime de racismo (o tipo penal específico). Contudo, não é menos certo que cabe ao legislador, limitado pela liberdade de expressão e pelo direito de manifestação, preferências que são, delimitar legalmente a amplitude do tipo. Não pode, decerto, colocar qualquer amplo conteúdo, sob pena de inconstitucionalidade. Destarte, parece pouco provável que o legislador pudesse ir além das *criminalizações concretas e intersubjetivas*, o que exclui o amplo e rico aspecto das liberdades que diz com as ideias, teses, teorias e etc., pouco importando se corretas, verdadeiras, jurídicas, simpáticas, politicamente corretas, imbecis, repugnantes, discriminatórias ou que violem qualquer face da razão pública. A propósito, o próprio STF, no julgamento conhecido como “marcha da maconha” já deu indícios, em outra seara é verdade, que poderá assim julgar, revisitando e revendo o equivocado julgamento de 2003. Veja-se: “.. *abolição penal (“abolitio criminis”) de determinadas condutas puníveis - debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso - discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis - o sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitam com o pensamento e os valores dominantes no meio social. (...) As plurissignificações do art. 287 do código penal: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição - legitimidade da utilização da técnica da interpretação conforme à constituição nos casos em que o ato estatal tenha conteúdo polissêmico - arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente”.* (Grifou-se) ADPF 187 / DF - Distrito Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 15/06/2011. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Em similar sentido: “*Ora, ainda que um tal comportamento possa envolver ilicitude no quadro do Código Penal (artigos 228º, n. 1, alínea b) e, 290º, n. 1, alínea b) e 304º) e do Código de Estrada (artigos 3º, n. 2 e 4), daí não resulta necessariamente que ele não caiba no âmbito de proteção do artigo 45º, n. 2. Na medida em que couber, aquilo que haverá de fazer é aplicar essas normas restritivas em conformidade com a Constituição, a fim de concluir, à luz da ponderação das circunstâncias de cada caso concreto, se não deve prevalecer o interesse de liberdade, gerando-se uma causa de exclusão da ilicitude (Código Penal, artigo 31º, n. 2, alínea b))”.* CORREIA, Sérvulo José Manuel. *O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 45. Sobre as específicas críticas ao HC 82424/RS, confira-se: SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas. 2012.

⁷² Embora o autor insinue que eles mereceriam um desenvolvimento e uma discussão mais aprofundadas.

⁷³ John RAWLS entende, por exemplo, que uma sociedade justa deve tolerar o intolerante, do contrário, ela mesma seria intolerante e, *ipso facto*, injusta. Isso não afasta, como igualmente compreende POPPER, o direito de auto-preservação da sociedade. Nas palavras do filósofo político norte-americano: “*Ao passo que uma seita intolerante não possui pretexto para reclamar de intolerância, sua liberdade deve ser restringida somente quando os tolerantes, sinceramente e com razão, acreditam que sua própria segurança, e daquelas instituições da liberdade, estão em perigo*”. Está claro que a filosofia política de John Rawls fundamenta-se na prioridade do justo sobre o bom. Nesta perspectiva, a teoria rawlsiana sinaliza que os princípios da justiça têm de ser independentes de qualquer concepção particular de vida boa. Para ele a tolerância pode ser vista, ao mesmo tempo, como: “*i) resultado de uma justa e igualitária liberdade de consciência e de expressão; ii) o mais adequado método de confronto entre diferentes doutrinas compreensivas de bem numa sociedade pluralista; iii) recurso político de defesa das liberdades individuais contra um Estado intolerante ou contra grupos*

Opta-se pela obra do referido autor, cuja importância e capilaridade são mais do que reconhecidas, em razão da sua atualidade, profundidade e amplitude. O trabalho específico aqui tratado, sem prejuízo de outros que foram acessados da sua vasta obra, compila as correntes doutrinárias e jurisprudenciais dominantes, aqui e acolá, sugerindo, ao final, a solução que entende mais afinada com o texto constitucional brasileiro. Um notável trabalho em profundidade e extensão. Conquanto não sejam abraçadas as conclusões nele difundidas, mais um motivo para defender a abordagem adotada, trata-se, enfim, de uma inquestionável referência, que justifica o recorte metodológico realizado.

Partindo da perspectiva das minorias desfavorecidas⁷⁴ ou estigmatizadas, o que facilita o argumento, o professor de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) conclui pela legitimidade de vedação *tout court* do discurso do ódio. Mas, ele vai além. Após realizar um processo ponderativo abstrato, sopesando os valores que julga decisivos na busca de padrões decisórios-interpretativos, SARMENTO, na verdade, recomenda o seu banimento. A estratégia hermenêutica é guiada por uma mistura argumentativa que envolve pressupostas circunstâncias fáticas, além da minuciosa averiguação de precedentes judiciais e o estudo de diplomas normativos, nacionais e internacionais, que versam sobre o tema.

Fazendo referência a John Stuart MILL,⁷⁵ um notório utilitarista, SARMENTO atribui uma maior ênfase ao *receptor* da mensagem, considerando todas as suas características, pessoais e de grupo, do que ao seu *emissor*. A busca da máxima proximidade da verdade, o que se conecta com o aspecto instrumental de liberdade e de democracia, é um ponto central da sua argumentação. Apelando para a vertente dita democrática da liberdade de expressão, supõe-se, no entanto, que não encampa toda a tese do filósofo britânico, mas apenas a parte que lhe robustece o

*intolerantes dentro de uma sociedade liberal; iv) virtude democrática dos cidadãos no uso da razão pública e na apresentação de argumentos no fórum político e v) abstenção dos povos liberais de impor à força os princípios liberais aos povos não liberais. Michael WALZER, por sua vez, reconhece que “a tolerância torna a diferença possível” e “a diferença torna a tolerância necessária”. Sem solução de continuidade, defende, como RAWLS, a tolerância aos intolerantes. Todavia, ao fazê-lo, adota uma postura mais radical que o filósofo norte-americano, aproximando-se mais daquela adotada por BOBBIO. A ressalva deste teórico político norte-americano é feita no sentido de assegurar que tais grupos nunca tenham acesso a “instâncias de poder que lhes permitam exercer tal postura”. Não podem, portanto, passar das ideias às ações, máxime de maneira estatalmente institucionalizada. Num contexto mais atual, impregnado pelo pluralismo, a tolerância, segundo WALZER, pode ser uma alternativa a posturas extremadas, pois “o objetivo da tolerância não é, e nunca foi, o de abolir o ‘nós’ e o ‘eles’ (e com certeza não é o de abolir o ‘eu’), mas o de garantir a continuidade de sua coexistência e interação pacíficas”. WALZER, Michael. *On toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 80-81. Por fim, registre-se que quase todos os documentos normativos internacionais cuidam, em alguma medida, de aspectos da tolerância. De acordo com eles, e de forma bastante apertada, “a tolerância se expressa na opção pela não intervenção na maneira de viver de outros ainda que tal intervenção fosse uma alternativa efetivamente possível. A tolerância como não intervenção voluntária se dá devido a uma consciência de que o outro tem todo direito de viver e se expressar à sua maneira”. Cf. http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9472/9472_4.PDF*

⁷⁴ GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Biblioteca Yale de Estudos Jurídicos: Gedisa editorial, 1999.

⁷⁵ Op. cit., p. 79-81.

raciocínio, pois, para aquele, o destinatário da mensagem seria toda a sociedade e não somente as minorias desfavorecidas.

MILL e SARMENTO aparentam divergir, ainda, em suas teses, quanto à existência de um ambiente hígido e desregulado onde as melhores ideias sempre prevaleceriam. Segundo o professor da UERJ, uma vez presente o discurso do ódio, este idealizado ambiente deliberativo rui por completo, varrendo o debate racional em busca da verdade para o campo da ficção. Diante disso, contrariando a tese do famoso filósofo inglês, SARMENTO, nitidamente inspirado em FISS,⁷⁶ sustenta que a busca da verdade, antes de proteger o *hate speech*, determina a sua proibição.

No entanto, ainda que se privilegiasse só o aspecto instrumental da liberdade em voga, certo é que todo tipo de mensagem contribui para uma aproximação da verdade, e não somente aquelas, selecionadas ou virtuosas, arbitrariamente escolhidas com base na *precaução*. Não existe (e nem pode existir), para esse fim, melhor ou pior conteúdo.

Engenhosamente investe, com isso, contra os argumentos mais contundentes e favoráveis à impossibilidade de controle de conteúdo da liberdade de expressão, quase sempre focados na pessoa – e respectivo direito – do *emissor* do discurso, desconstruindo-os com base na própria liberdade, além da igualdade. Ataca-os, com base neles próprios, na tentativa de desautorizá-los. A liberdade em questão é vislumbrada como um mero instrumento, não como um fim em si. O seu aspecto substantivo, inerente à pessoa humana, é intencionalmente desvalorizado.

Argumenta, nessa toada, que a liberdade de expressão deve *servir* a um propósito maior, solidário e emancipatório, ligado: *i*) à igualdade de tratamento entre as pessoas; *ii*) à correspondente promoção de virtudes democráticas e; *iii*) à realização inclusiva dos projetos de vida de minorias em alguma medida desfavorecidas. Remarca o autor, neste propósito, o aspecto instrumental da liberdade de expressão e a inviabilização do mercado de ideais pelo discurso do ódio.

Os argumentos precisam ser enfrentados, muito embora grande parte possa consubstanciar, em alguma proporção, a conhecida *fálacia do espantalho*.⁷⁷

Conforme já salientado, a liberdade de expressão estrita e o direito de manifestação ostentam igualmente uma face substantiva, ou material, que não pode ser desprezada, ainda que em nome de nobres propósitos igualitários ou de interesses de minorias desfavorecidas ou cujo estigma as persegue. Não se pode olhar somente

⁷⁶ FISS, Owen. M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁷⁷ *Fálacia do espantalho* (também conhecida como Falácia do *homem de palha*) é um argumento em que a pessoa ignora a posição do adversário no debate e a substitui por uma versão distorcida, que representa de forma errada esta posição. A falácia existe quando a distorção é proposital, de forma a tornar o argumento mais facilmente refutável, ou quando é acidental, quando quem usa a falácia não entendeu o argumento que quer refutar. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Fal%C3%A1cia_do_espantalho

para o receptor⁷⁸ da mensagem, seja ele integrante de uma minoria desfavorecida ou toda a sociedade.

Esse nuclear e intangível aspecto material reside na potencialidade que tal liberdade ou direito possui para promover e desenvolver, na maior extensão possível, a personalidade de cada ser humano. É um direito que se vincula diretamente à noção existencial que cada ser humano possui a seu respeito e à inabalável fé de que ele é um fim em si,⁷⁹ e não um meio. E isso não é pouco.

Com efeito, enveredar por esse caminho significa propor uma visão utilitarista⁸⁰ da liberdade de expressão e do direito de manifestação. Usurpa-se a autonomia do ser humano em nome de uma maior felicidade de todos, aqui entendida e relativizada para uma *maioria valorativa*⁸¹

⁷⁸ O próprio SARMENTO reconhece isso. Cf. “Essa afirmação aplica-se não apenas à autonomia dos receptores do discurso, mas também à autonomia dos seus emissores. Isto porque, se partirmos da premissa de que a expressão das próprias ideias e sentimentos é tão importante para o indivíduo, constituindo-se num dos aspectos mais centrais da proteção da dignidade humana, torna-se necessário assegurar a possibilidade real de exercício deste direito. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁷⁹ “A dignidade da pessoa humana, na sua expressão mais essencial, significa que todo indivíduo é um fim em si mesmo. Não deve, por essa razão, servir de instrumento à satisfação dos interesses de outros indivíduos ou à realização de metas coletivas. A dignidade é fundamento e justificação dos direitos fundamentais, que devem conviver entre si e harmonizar-se com valores compartilhados pela sociedade. Ela pode se apresentar como uma condição interna ao indivíduo — dignidade como autonomia — ou como produto de uma atuação externa a ele — dignidade como heteronomia”. BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

⁸⁰ MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva*. São Paulo: Nova Cultural, 1989; BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

⁸¹ Cf. Ementa: *HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. CRIME DE INJÚRIA QUALIFICADA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA PREVISTA NO TIPO, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, E PRETENSÃO DE VER ESTABELECIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOVO PARÂMETRO PARA A SANÇÃO. CRIAÇÃO DE TERCEIRA LEI. IMPOSSIBILIDADE. SUPOSTA ATIPICIDADE DA CONDUTA E PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA INJÚRIA SIMPLES. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A Lei n. 9.459/97 acrescentou o § 3º ao artigo 140 do Código Penal, dispondo sobre o tipo qualificado de injúria, que tem como escopo a proteção do indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações, pois não seria possível acolher a liberdade que fira direito alheio, mormente a honra subjetiva. 2. O legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia interracial, com repúdio ao discurso de ódio. 3. O writ veicula a arguição de inconstitucionalidade do § 3º do artigo 140 do Código Penal, que disciplina o crime de injúria qualificada, sob o argumento de que a sanção penal nele prevista – pena de um a três anos de reclusão – afronta o princípio da proporcionalidade, assentando-se a sugestão de ser estabelecida para o tipo sanção penal não superior a um ano de reclusão, considerando-se a distinção entre injúria qualificada e a prática de racismo a que se refere o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. 3.1 – O impetrante alega*

da sociedade.⁸² Substitui-se a autodeterminação e a realização individual pela visão coletiva de mundo. Instrumentaliza-se o direito de se manifestar, portanto, de existir com dignidade, em prol da realização, quase sempre pela simpática inclusão e defesa de uma determinada minoria, de valores majoritariamente aceitos e comungados, o que, supostamente, justificaria a intervenção indevida.

Que fique bem claro, no entanto: minoria *numérica* não se confunde com minoria *moral* ou *axiológica*. Na verdade, estas podem se apresentar com os sinais trocados, ao menos nos dias de hoje. Confundi-las praticamente leva ao perfeccionismo ético e moral, incompatível com a dignidade humana,⁸³ mormente enquanto autonomia.

*inconstitucional a criminalização da conduta, porém sem demonstrar a inadequação ou a excessiva proibição do direito de liberdade de expressão e manifestação de pensamento em face da garantia de proteção à honra e de repulsa à prática de atos discriminatórios. 4. A pretensão de ser alterada por meio de provimento desta Corte a sanção penal prevista em lei para o tipo de injúria qualificada implicaria a formação de uma terceira lei, o que, via de regra, é vedado ao Judiciário. Precedentes: RE n. 196.590/AL, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 14.11.96; ADI 1822/DF, relator Ministro Moreira Alves, DJ de 10.12.99; AI (Agr) 360.461/MG, relator Ministro Celso de Mello, DJe de 06.12.2005; RE (Agr) 493.234/RS, relator Ricardo Lewandowski, julgado em 27 de novembro de 2007. 5. O pleito de reconhecimento da atipicidade ou de desclassificação da conduta, do tipo de injúria qualificada para o de injúria simples, igualmente não pode ser acolhido, por implicar revolvimento de matéria fático-probatória, não admissível na via do writ. 6. In casu, o paciente foi condenado à pena de um ano e quatro meses de reclusão, substituída por uma pena restritiva de direito consistente em prestação de serviço à comunidade, e à prestação pecuniária de 16 (dezesseis) cestas básicas, de valor não inferior a R\$ 100,00 (cem reais), em virtude de infração do disposto no artigo 140, § 3º, do Código Penal, a saber, injúria qualificada pelo preconceito. 7. Ordem de habeas corpus denegada. HC 109676 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 11/06/2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Registre-se que no Brasil, por exemplo, um livro como o *best seller* norte-americano *The Bell Curve*, que advoga uma cientificamente duvidosa doutrina discriminatória de raças (grosso modo, a inferioridade genética da raça negra em relação à branca), não só seria proibido, como seus autores e difusores, provavelmente, processados criminalmente. Frise-se, contudo, que o STF em outras áreas tem avançado mais na proteção da expressão e manifestação, como é o caso da marcha da maconha e sua “descrimininalização”.*

⁸² Valores majoritariamente compartilhados por uma determinada sociedade em certo tempo, modo e lugar. Na verdade, ao contrário do cenário sombrio tradicionalmente construído, em condições normais os valores compartilhados pela maioria estão alinhados com a proteção das minorias e, assim, contra o discurso do ódio. Todos, salvo os difusores da mensagem odiosa, compartilham dos mesmos – ou próximos – valores, não sendo crível que se faça mister uma proteção reforçada e invasiva no direito de manifestação alheio para proteger minorias étnicas, raciais ou outras quaisquer. O risco jurídico para tais minorias e para a democracia, especialmente instrumental, é muito remoto para justificar um tratamento heterônomo da dignidade humana e uma intrusão grave no direito de manifestação, substancialmente desregulado em um Estado funcional. Isso porque maioria democrática e minorias excluídas se fundem em uma única *maioria moral valorativa* (agora também numérica) contra uma geralmente minoria radical odiosa, que, por sua vez recolhe-se à sua posição desconfortável de minoria, em ambos os aspectos, sendo alvo de reprovações e alijamentos.

⁸³ Não é possível. A dignidade da pessoa humana, que não é unidimensional, o veda na linha da velha máxima kantiana: “*A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e - não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do*

Resta *mitigada*, destarte, a alegação de que a presumida *agressão* expressiva é capaz de atingir com maior intensidade um grupo minoritário específico⁸⁴ que, não obstante, faz parte de uma maioria⁸⁵ *moral*. Tal conteúdo ofenderia, assim, a maioria, por isso seria tão repugnante. A fragilidade e a incapacidade de defesa que normalmente são apontadas como características que legitimam a interferência estatal esvaem-se.

Da mesma forma, e por qualquer ângulo, torna-se insustentável a seletiva arguição de que somente os eventuais discursos de ódio desferidos por uma minoria em detrimento de uma maioria, conceitos considerados na sua aceção numérica, sejam aceitáveis.

Supostamente em nome da igualdade e da própria liberdade, tais valores fundamentais são, nesta ideia, restringidos a alguns poucos privilegiados. Uma incoerência é promovida em nome de uma ideologicamente capturada noção de estado de direito. Concebe-se uma espécie esquizofrênica e enviesada de ação afirmativa: para quem não necessariamente precisa e destruindo *contravalores*.⁸⁶ Uns podem existir plenamente como quiserem, outros, não. Privilégio, este sim odioso, reprovado *tout court* pela Constituição.

E isso nada tem a ver com algum tipo de relativismo moral ou libertarianismo. Trata-se apenas de afirmar a condição humana de cada pessoa, com sua inseparável dignidade, inclusive das minorias. Muito embora enraizado,⁸⁷ o indivíduo, singularmente considerado, não pode servir de meio para se atingir a felicidade da sociedade (ou da sua maioria *numérica* ou *moral*) em que se insere,

ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter". BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011. "No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade. KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Edições 70, 1785. (Textos Filosóficos) apud Luís Roberto Barroso, Op. cit.

⁸⁴ Afetando a sua autoestima, como propõe Daniel SARMENTO. Supõe-se, contudo, que a autoestima, para além da autonomia determinativa, também é um bem integrante da personalidade dos *emissores* da mensagem, o que está sendo negligenciado. É direito de ser tratado com igual respeito e consideração neste plano, isto é, da responsabilidade moral.

⁸⁵ Pertinente, ademais, a advertência de KELSEN: "*Todo sistema de valores, em especial um sistema moral com a sua ideia central de justiça, é um fenômeno social, o produto de uma sociedade e, portanto, diferente de acordo com a natureza da sociedade dentro da qual emerge. O fato de haver certos valores geralmente aceitos dentro de certa sociedade não contradiz de modo algum o caráter subjetivo e relativo desses julgamentos de valor. Que muitos indivíduos estejam em concordância quanto aos seus julgamentos de valor não é prova de que esses julgamentos estejam corretos*". KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 12.

⁸⁶ Sobre a noção e contravalores veja-se: KALVEN JR., Harry. *A worthy tradition: freedom of speech in America*. Edited by Jamie Kalven. New York: Harper & Row, 1998.

⁸⁷ Sobre o comunitarismo e eventuais críticas ao liberalismo-igualitário: TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013; MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A study in moral theory*. Third Edition. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2012.

sendo forçado a renunciar a seus próprios projetos de vida. Encobrir esse autoritário desígnio com um sedutor discurso de proteção a minorias estritamente numéricas⁸⁸ é, além de desleal, um equívoco hermenêutico.

A questão é de princípio, e como tal deve ser tratada. Cabe ao Estado, como já sustentado, assegurar a todos o mesmo *status* de agente moral responsável, tratando-os com igual respeito e consideração. Nada mais que isso, salvo, é claro, situações excepcionais concretas devidamente ponderadas e justificadas.

Tal não quer dizer, em nenhuma hipótese, que essas minorias não *possam* sentir mais intensamente, às vezes minoritariamente mesmo, os efeitos de uma manifestação que as tenham como alvo. Mas isso se situa no campo subjetivo e indecifrável do sentimento humano, variando entre os próprios membros do grupo minoritário alvejado.

Reconhece-se que isso geralmente é o que ocorre, lamentavelmente. Na maioria das vezes, só sente, ou sente mais, efetivamente, quem é atacado, sendo marginal a dor daqueles que apenas se solidarizam. Seja como for, não se trata necessariamente de um massacre encetado por uma maioria contra uma minoria fragilizada. O caráter *opressivo* que poderia justificar, em tese, uma invasão estatal na liberdade, não é concretizado.

Aliás, não se pode olvidar que o fenômeno opressivo pode derivar tanto de ideias boas quanto de ruins: não é uma exclusividade daquilo que não se gosta, concepção dúplice e individual, mas sim da sua forma majoritária de imposição, capaz de fulminar a liberdade alheia.

Manifestações odiosas ou de mau gosto costumam ser segmentadas e minoritárias, o que lhes retira o traço da opressão. Ordinariamente, portanto, não é preciso Estado. Ao menos num cenário hígido de normalidade constitucional-democrática. Num cenário autoritário, a questão sequer seria aventada, uma vez que naturalizada a opressão e, portanto, censurado o debate.

Quer-se significar, tão somente, que transtornos, aborrecimentos e infelicidades fazem parte da vida humana, o que, na atualidade, de forma inusitada, precisa ser lembrado.⁸⁹ Existir é isso.⁹⁰ o aspecto descritivo, aqui, circunscreve o normal atuar estatal. É a descrição como limite à prescrição.

⁸⁸ O caso da comunidade judaica é emblemático. Não se nega o estigma histórico que a acompanha. Muito menos os horrores do Holocausto. Contudo, sustentar, nos dias de hoje, que a referida comunidade, ostensivamente influente, instruída e economicamente fortíssima, necessita de auxílio estatal para se auto afirmar, se expressar e ser ouvida é, no mínimo, um engodo. Aliás, é justamente a força, a influência e a capacidade de mobilização e articulação da indigitada comunidade que põe por terra o mito do efeito silenciador do discurso, difundido por FISS. Nada há de opressor aqui, mas sim de privilégio que não mais se sustenta.

⁸⁹ Como bem lembrou, em contexto diverso, a Ministra Carmem LÚCIA, do STF: “*A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. (...) O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas*”. Trecho da Ementa do acórdão proferido na ADI n. 4.815/DF. Relatora Min. Carmem LÚCIA.

⁹⁰ Veja-se, ainda uma vez, uma interessante síntese: “*Eu mesmo acho muitas coisas – a maioria mesmo – censuráveis. Ofender-se é a consequência natural de sair de casa*”. (Grifou-se). MORGENSTERN,

Não há humanidade sem profundas divergências, tampouco no campo existencial dos sentimentos. Isso não afeta essencialmente a dignidade. Querer judicializar todos os aspectos da vida, da existência e dos sentimentos, naquilo que eles têm de irredutível por edificarem o próprio ser humano, é uma pretensão arrogante, impossível e deletéria. Não há imunidade quanto a isso, sendo um atributo humano que baliza e rejeita qualquer idealizada prescrição de índole normativo-conformadora. Nessa conjuntura, uma investida prescritiva *a priori* será inútil ou desastrosa.

Em uma democracia-constitucional, que repugna qualquer ditadura, o que inclui a do politicamente correto,⁹¹ não se resolve esse tipo de questão, praticamente insolúvel, por meio da violação apriorística de liberdades e direitos expressivos.

É incabível um patrulhamento⁹² moral e ideológico, pelo Estado, daquilo que se pensa, fala ou manifesta, de modo a promover a pulverização da liberdade de expressão e do direito de manifestação, o que, em última análise, atingiria a todos em algum momento e medida. Não pode o Estado integrar o próprio mal cuja cura pretende ser.⁹³ É preciso respeitar todo o tipo de diferença,⁹⁴ e não só as que sejam

Flavio. *Por trás da máscara: do passe livre aos black blocs – as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 53.

⁹¹ Registre-se, contudo, que a visão politicamente correta tem dominado o cenário continental Europeu, até por razões históricas e territoriais, ainda que, saudavelmente, sem uma absoluta hegemonia. Nesse sentido, o oportuno recado de LEWIS: “*That is the dominant view in Europe, but it is not the only one. The Economist, the British weekly with an orientation toward the United States, made strong arguments in 2006 against laws criminalizing Holocaust denial and other forms of racist speech. Such laws, it warned, could be interpreted to punish or restrain speech that ‘merely causes offense’.* It instanced the example of Oriana Fallaci, the great Italian journalist, who when she died in 2006 was awaiting trial for offending Islam in a critical essay about the religion. ‘The big danger,’ *The Economist* wrote, ‘is that, in the name of stopping bigots, one may end up by stopping all criticism.’” (Grifou-se) LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate. A biography of the First Amendment*. Basic Books. New York. 2007, p. 160-161.

⁹² “*Estes mecanismos e tantos outros descritos nesta distopia de Orwell sinalizam para a possibilidade de uma sociedade neutralizar sua própria oposição, através daquilo que Marcuse (1967) chamou de “fechamento do universo político” ou que, mais recentemente, Butler (2006) chamou de “forclusão da crítica”, ou seja, a eliminação do dissenso e da luta democrática do domínio público, de tal modo que o debate se converte num intercâmbio de ideias entre aqueles que pensam do mesmo modo e a crítica, que deveria ser central para qualquer democracia, é vista como atividade a ser perseguida e considerada suspeita*”. HILÁRIO, Leomir Cardoso. *Teoria crítica e literatura: a distopia como ferramenta de análise radical da modernidade*. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/literatura/article/view/21757917.2013v18n2p201/25995>>. Acesso em: 5 maio 2016.

⁹³ Proibir conteúdos expressivos invariavelmente recai neste dilema. Um exemplo literário: “*Proibir livros é um ato que nos remete aos piores momentos da humanidade. Em 1933, Hitler ordenou a queima de livros. No topo da lista, nomes do quilate de Sigmund Freud, Albert Einstein, Stefan Zweig, Thomas Mann, entre tantos outros intelectuais inimigos do regime. Todos ou quase todos judeus, um povo que há séculos cultiva o estudo, a ciência, as artes, entre outros valores que são mesmo uma ameaça constante aos regimes autoritários. Ainda bem. Devemos muito a eles por isso*”. VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Desconstruindo mitos*. In: *Revista Tribuna do Advogado*. OAB/RJ. N. 556, março de 2016.

⁹⁴ Uma boa perspectiva sobre a valorização das diferenças, num debate um pouco distinto, é encontrada em SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

indiferentes ou tidas – majoritariamente - como virtuosas, mormente no plano embrionário e elementar da consciência, expressão e manifestação.

Com a ressalva de casos muito específicos e extremos, resolvidos mediante ponderação à luz do cenário concreto, o *locus* adequado para o enfrentamento da questão do ódio e da intolerância não é o poder de polícia ou o *jus puniendi* estatal, a última *ratio* social. Educação, formal e informal, afigura-se a melhor via, se não única, capaz de pavimentar padrões civilizatórios mais elevados.

Afinal, como uma vez já afirmou, com muita propriedade, Luís Roberto BARROSO em um belíssimo discurso de paraninfo: “O ódio é a derrota de quem o sente”.⁹⁵ Vítima e algoz amalgamam-se num complexo feixe de relações e sentimentos. Quem, enfim, perde com o discurso do ódio? Emissor ou receptor? A imprecisão da resposta aponta para a ampla liberdade apriorística. Esse esclarecimento, como de resto qualquer outro, só se atinge com educação e instrução suficientes. Exigir isso, de modo ordinário, do direito, é puro romantismo, além de um ledo autoengano.⁹⁶

Mas não é só. Um ponto decisivo para a questão do controle de conteúdo da liberdade de manifestação tem sido bastante negligenciado.⁹⁷ Trata-se da árdua questão prévia que diz com a própria definição de *quais conteúdos* seriam passíveis de vedação, por caracterizarem discurso do ódio, com a respectiva fixação de a quem cabe fazê-lo e seus respectivos controles.⁹⁸

Se a própria *definição do que seja discurso do ódio* - é fluida e indeterminada,⁹⁹ dependendo de integração subjetiva e volitiva do intérprete, é

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. O mistério maravilhoso do tempo. Discurso de paraninfo. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹⁶ GIANETTI, Eduardo. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

⁹⁷ Justiça seja feita a Daniel SARMENTO que se preocupou com a questão no seu já citado artigo. SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁹⁸ “Por outro lado, a teoria democrática parece arrogar para o Estado um papel de curador da qualidade do discurso público, como se fosse razoável situar algum ente estatal num ponto arquimediano do qual seria possível avaliar o que merece e o que não merece ser dito. Daí para a censura e o controle dos meios de comunicação pelo governo faltaria pouco. Para os críticos dessa teoria, a regulação, do conteúdo (e, em alguns casos, da forma) do discurso dos agentes sociais terminaria por gerar mal maior que a livre manifestação das forças do mercado”. FISS, Owen. M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁹⁹ A caracterização *objetiva* do que seja um discurso de ódio parece contrafática e impossível. O equívoco no intento é flagrante, o que, por si só, rejeita a açodada extirpação da eventual mensagem do debate e, assim, do mercado de ideias. Repita-se: as mensagens só adquirem o conteúdo e a importância que o auditório a elas confere. Não é um dado preconcebido e, muito menos, objetivo e universal. Toda e qualquer análise só se pode dar *a posteriori*, portanto. Por isso, a ponderação. Confira-se como é extremamente difícil decifrar e universalizar a mente e o comportamento humanos: “Parece um horror. E é. Um casal que adotou um bebê com Síndrome de Down de um abrigo municipal em Ramos, no Rio, chocou a funcionária da Secretaria municipal de Desenvolvimento Social. É que ela os parabenizou por adotarem um bebê com especial, e um deles: ‘Com Down, tudo bem. Se fosse negro, não aceitaríamos’”. Publicado na Coluna do jornalista Ancelmo Gois. *Jornal O Globo*. 24.2.16. Do mesmo modo, o recente exemplo de constrangimento e intolerância sofrido pelo ator e produtor Cláudio Botelho durante a encenação da peça “*Todos os musicais de Chico Buarque em 90 minutos*”. Mesmo

preciso algo mais, além da realização direta da ponderação da liberdade de manifestação com outros valores e liberdades com ela *dinamicamente* conflitantes. Especificamente: ponderar o quê? Se a premissa for arbitrária, certamente a conclusão também o será. Uma tautologia inútil.

De maneira minimamente objetiva, como é possível caracterizar, ou desqualificar, como desejam alguns,¹⁰⁰ um discurso com a nota do ódio? É imprescindível recorrer-se a ferramentas teóricas que são comuns ao tema dos conceitos jurídicos indeterminados, de modo a não tropeçar no puro arbítrio que tem contaminado a matéria. Serão utilizadas, sem maiores aprofundamentos, noções como *zonas de certeza positiva e negativa*,¹⁰¹ além de seus naturais desdobramentos. Como se sabe, há, ainda, uma zona intermediária, situada entre aqueles extremos, denominada de *zona cinzenta de incerteza*.¹⁰²

Utilizando esses parâmetros, deve o intérprete se esforçar para identificar, com a máxima objetividade possível, o que de fato é uma mensagem de ódio, como também, o que *não é*, sempre que isso seja viável, através de ponderações abstratas. Nesta empreitada interpretativa, a teoria *importada* do Direito Administrativo¹⁰³

que infelizes, preconceituosos ou abjetos (o que não pareciam ser), os comentários políticos foram improvisados pelo referido artista no sagrado campo artístico, altar em que deve reinar a livre expressão e manifestação. Além disso, foram baseados nas informações públicas da Operação Lava-Jato, amplamente divulgadas pela imprensa. Certos ou errados, mais uma vez uma questão subjetiva (apesar das provas), o fato é que são impassíveis de caracterização odiosa de antemão, em abstrato, além de deverem ser respeitados, em qualquer hipótese. Não podem, em última análise, redundar em censura, interrupção da peça ou em ameaças de qualquer tipo. Todos esses fatos ocorreram, infelizmente e, o que é pior, culminaram com um vergonhoso pedido de desculpas do ator. Em tempo: desculpas pelo exercício da liberdade de expressão artística.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; FISS, Owen. M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Enfim, todos os defensores da dita teoria democrática da liberdade de expressão.

¹⁰¹ “Quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial”. Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁰² Certamente aqui se incluem, como certeza negativa, as ditas mensagens politicamente corretas, que pouco ou nada dizem sobre a verdadeira natureza e consciência humanas.

¹⁰³ Construção teórica desenvolvida e mais utilizada na esfera do direito administrativo quando da análise da sindicabilidade da discricionariedade administrativa, dos conceitos jurídicos indeterminados e daquilo que se convencionou chamar de mérito administrativo. Sobre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade ver: KRELL, Andreas Joachin. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Trata-se de uma análise que

aplica-se com um pequeno ajuste, na medida em que não há liberdade de escolha para o intérprete na conformação do que seja um *hate speech*. Em outros termos: não há espaço de incerteza que admita alguma discricionariedade. Ou é ou não é: o que é duvidoso, aqui, definitivamente não é um discurso de ódio, sem margem alguma de liberdade interpretativa.

A razão é que toda classificação de um discurso como odioso é potencialmente compressor do direito de manifestação, abrindo-o a algum tipo de ponderação: i) *abstrata*, consoante empreendido por Daniel SARMENTO; ii) *ad hoc*, conforme aqui proposto.¹⁰⁴ Uma banalização de tal questão pode ampliar demasiadamente o conceito de ódio e comprimir, de maneira inversamente (des)proporcional, o direito de manifestação. Classificações desse tipo seriam de duvidosa constitucionalidade, como o são, na prática, algumas tipificações penais ou as interpretações que lhes são conferidas.¹⁰⁵

O que interessa nessa complexa atividade é a identificação da chamada *zona de certeza positiva*, indene de dúvidas caracterizada, de maneira racionalmente justificada. Só esse extremo positivo, isto é, aquilo que inquestionavelmente é considerado, por um consenso argumentativo, um discurso de ódio, é que se sujeita a

transborda aquela disciplina, conforme aqui proposto. Conforme bem diz Alexandre Assunção e Silva: “A liberdade humana pode ser voltada para a realização de qualquer fim, mesmo que considerado imoral, até porque o conceito do que é imoral é variável”. SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 9. A problemática envolvendo a extrema dificuldade de se definir *a priori* e de forma circunstancialmente descontextualizada o que seja um discurso de ódio é atestada pela divergência entre dois grandes expoentes do direito público nacional acerca do mesmo fato: o lançamento da nova coleção da empresa alemã Adidas em uma casa, no Rio de Janeiro, cheia de símbolos ligados ao Nazismo. Veja-se, a propósito: BINENBOJM, Gustavo. Respeito é o limite da liberdade de expressão. *Jornal do Brasil*, 26 de maio de 2009 e MENDONÇA, José Vicente Santos de. Mau gosto é péssimo, mas não é crime. *Jornal do Brasil*, 26 de maio de 2009.

¹⁰⁴ Ponderação definidora e ponderação casuística.

¹⁰⁵ v.g. Crimes de opinião, quase uma contradição nos próprios termos. densificação do crime de racismo. Inconstitucionalidade, interpretação conforme ou excludente de ilicitude. A decisão proferida no conhecido “caso Ellwanger” (HC 82424) parece, assim, encerrar um equívoco à espera de urgente revisão. Confira-se, a propósito, a posição da Corte Suprema, expressada na voz do Ministro Celso de MELLO que, em relevante julgado, chegou a falar em *abolitio criminis*. Uma ou outra decisão não deve ser de exceção, havendo um dever de integridade e uma pretensão de correção da Corte. Confira-se: “A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas - o direito à livre manifestação do pensamento: núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias - abolição penal (“abolitio criminis”) de determinadas condutas puníveis - debate que não se confunde com incitação à prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso - discussão que deve ser realizada de forma racional, com respeito entre interlocutores e sem possibilidade legítima de repressão estatal, ainda que as ideias propostas possam ser consideradas, pela maioria, estranhas, insuportáveis, extravagantes, audaciosas ou inaceitáveis - o sentido de alteridade do direito à livre expressão e o respeito às ideias que conflitam com o pensamento e os valores dominantes no meio social, (...) As plurissignificações do art. 287 do código penal: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição - legitimidade da utilização da técnica da interpretação conforme à constituição nos casos em que o ato estatal tenha conteúdo polissêmico - arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente”. (Grifou-se) ADPF 187 / DF - Distrito Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 15/06/2011. Órgão julgador: Tribunal Pleno.

um processo ponderativo que pode culminar com a restrição episódica do direito de manifestação.

O extremo oposto, da certeza negativa sobre aquilo que não constitui um discurso do ódio, está fora de questão. Bem assim a área *magenta* de incerteza, aqui inexistente porque convolada em certeza negativa, consoante breve motivação antes declinada. Nestas, o direito de manifestação impera, estando absolutamente blindado quanto ao seu conteúdo. Esse é o primeiro passo a ser dado, não podendo ser superado *per saltum*, sob pena de um tropeço hermenêutico que inevitavelmente resultará numa desastrosa queda.¹⁰⁶ Consistirá, popularmente, em *dar um passo maior do que a perna*, em sensível seara interpretativa.

A averiguação a ser levada a cabo no controle de conteúdo do direito de manifestação pressupõe, portanto, dois passos, prejudiciais entre si: *i)* primeiro se define, no extremo positivo, se determinado conteúdo é uma manifestação de ódio; *ii)* depois, procede-se a uma ponderação *ad hoc*, à luz das circunstâncias concretas, para verificar se o referido conteúdo classificado como odioso tem força suficiente para limitar substancialmente o direito de manifestação.

Somente após a estrita e criteriosa observância dessas duas fases é que se pode executar qualquer restrição de conteúdo ao mencionado direito de liberdade. Como facilmente se percebe, é rejeitada a clássica dicotomia existente entre uma teoria democrática e outra libertária, adotando-se um caminho do meio, permeado pela temperança. Parte-se da premissa de que liberdade e democracia não são valores inconciliáveis e antagônicos, até porque há um importante aspecto substantivo que as colore.¹⁰⁷

Propõe-se, destarte, uma teoria democrático-liberal,¹⁰⁸ avessa a radicalismos de lado a lado, mais compatível, acredita-se, com a Constituição brasileira. Tal

¹⁰⁶ O antigo provérbio chinês, segundo o qual “*aquele que sabe tropeçar não cai*”, não acode. O tombo é certo, como certos também são os correlatos danos, diretos e reflexos, ao direito de manifestação.

¹⁰⁷ “*Suponhamos que legislativo aprove uma lei que considere crime alguém queimar a sua própria bandeira dos Estados Unidos como sinal de protesto (Texas vs. Johnson).*”¹⁰⁷ *Suponhamos que essa mesma lei seja contestada sob a acusação de tolher o autogoverno democrático na medida em que restringe a liberdade de manifestação, e que um tribunal aceite a acusação e derrube a lei. Se a decisão do tribunal estiver correta – se a lei que proíbe a queima da bandeira efetivamente viola as condições democráticas estabelecidas na Constituição, segundo a formação e a interpretação que foram dadas a essas condições no decorrer da história dos Estados Unidos -, ela não é antidemocrática de modo algum, mas, pelo contrário, faz prevalecer a democracia*”. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 50.

¹⁰⁸ Owen FISS reconhece, implicitamente, esse viés: “*A localização precisa dessa linha demarcatória tem variado de tempos em tempos, de Corte para Corte, e até mesmo de Juiz e Juiz, mas sua posição sempre refletiu uma ponderação de dois interesses em conflito – o valor da liberdade de expressão versus os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação (os assim chamados contravalores). Por vezes, a acomodação dos interesses conflitantes foi alcançada pela promulgação de uma relação de categorias de discurso que podem se sujeitar à regulação. Por exemplo, tem-se permitido que o Estado regule ‘palavras de incitação à luta’ (fighting words), mas não a ‘defesa genérica de ideias (general advocacy of ideas). Em outros casos, a Corte se engajou num mais aberto e explícito processo de sopesamento do interesse estatal contra a liberdade de expressão. A regra que permite ao Estado suprimir o discurso que gere um ‘perigo iminente e manifesto’ (clear and present*

teoria tem a virtude de, a um só tempo, afastar-se de um libertarianismo baseado no absolutismo do direito de manifestação sem se distanciar, contudo, da democracia, já que permite ajustes e restrições majoritárias e valorativas, desde que pontuais e em situações excepcionais, mediante ponderação plenamente justificada.

Só, todavia, o conteúdo odioso, criteriosamente identificado, é que, alçado a uma *zona positiva de certeza*, é ponderável. Logo, só as manifestações que veiculem discursos desse tipo é que podem ser restringidas neste ponto, mesmo assim excepcionalmente. Todas as demais, politicamente corretas ou não,¹⁰⁹ relegadas a

danger) a um vital interesse estatal poderia ser o melhor exemplo dessa abordagem. Em ambas as situações, a Corte tentou, algumas vezes com maior sucesso que em outras, atender ao valor como ao contravalor, buscando uma acomodação dos dois”. FISS, Owen. M. *A ironia da liberdade de expressão*: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33-34. A própria ideia de ponderação, mormente em nome de algum contravalor, exclui o absolutismo que rege o libertarianismo.

¹⁰⁹ V.g: A favor da legalização da maconha ou do aborto; reivindicando a volta da ditadura militar ou que satirizem incisivamente políticos, mesmo em época de eleições. Vide, a propósito, a ementa da decisão proferida na ADI 4451 MC-REF/DF. “EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS II E III DO ART. 45 DA LEI 9.504/1997. (...) 2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu. Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal: liberdade de “manifestação do pensamento”, liberdade de “criação”, liberdade de “expressão”, liberdade de “informação”. Liberdades constitutivas de verdadeiros bens de personalidade, porquanto correspondentes aos seguintes direitos que o art. 5º da nossa Constituição intitula de “Fundamentais”: a) “livre manifestação do pensamento” (inciso IV); b) “livre [...] expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação” (inciso IX); c) “acesso a informação” (inciso XIV). (...) 5. Programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística” (§ 1º do art. 220). Nessa medida, gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição à imprensa. Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública, locus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. Decisão a que se pode agregar a ideia de que a locução “humor jornalístico” enlaça pensamento crítico, informação e criação artística. 6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Processo eleitoral não é estado de sítio (art. 139 da CF), única fase ou momento de vida coletiva que, pela sua excepcional gravidade, a Constituição toma como fato gerador de “restrições à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na

uma zona negativa de certeza,¹¹⁰ são materialmente intocáveis.

A valia do método proposto, subdividido em dois momentos prejudiciais e subsequentes, reside justamente no tratamento casuístico e individualizado que a delicada questão demanda e merece. Apenas sustentar, abstratamente, que todo discurso do ódio está proibido, conforme engenhosamente faz SARMENTO,¹¹¹ importa em descurar dessa diretriz e enveredar pelo arbítrio. Tal postura subestima, ainda, a questão prévia da qualificação do próprio discurso como odioso ou não, e a subjetividade, maior ou menor, da suscetibilidade do interlocutor, abrindo-se, com isso, uma perigosa via para o enxerto de qualquer conteúdo, com seu posterior banimento.¹¹² Liberdades não se compadecem com negligência.

Definida, enfim, a mensagem como um *hate speech*, o melhor caminho para verificar a legitimidade de uma restrição substancial ao direito de manifestação, segundo Daniel SARMENTO, seria a utilização da metodologia da ponderação de valores, bens ou interesses conflitantes,¹¹³ guiada pelo princípio da proporcionalidade. Segundo o referido professor, tal metodologia se afiguraria muito superior, para o intento pretendido, do que a técnica da categorização.¹¹⁴ Neste

forma da lei” (inciso III do art. 139). (...) 8. Suspensão de eficácia do inciso II do art. 45 da Lei 9.504/1997 e, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo, incluídos pela Lei 12.034/2009. Os dispositivos legais não se voltam, propriamente, para aquilo que o TSE vê como imperativo de imparcialidade das emissoras de rádio e televisão. Visa a coibir um estilo peculiar de fazer imprensa: aquele que se utiliza da trucagem, da montagem ou de outros recursos de áudio e vídeo como técnicas de expressão da crítica jornalística, em especial os programas humorísticos. 9. Suspensão de eficácia da expressão “ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes”, contida no inciso III do art. 45 da Lei 9.504/1997. Apenas se estará diante de uma conduta vedada quando a crítica ou matéria jornalísticas venham a descambar para a propaganda política, passando nitidamente a favorecer uma das partes na disputa eleitoral. Hipótese a ser avaliada em cada caso concreto. 10. Medida cautelar concedida para suspender a eficácia do inciso II e da parte final do inciso III, ambos do art. 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo. ADI 4451 MC-REF / DF - DISTRITO FEDERAL. REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 02/09/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

¹¹⁰ O fato de as mensagens situadas neste espaço serem permitidas não significa, necessariamente, que elas sejam boas, verdadeiras ou de bom gosto. Uma coisa não se confunde com a outra. Basta verificar que uma sociedade política e absolutamente correta é contrafática, uma mera ficção, geralmente ruim para o desenvolvimento humano.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*

¹¹² Um raciocínio, igualmente ilegítimo, do tipo que orienta a teoria da *dupla revisão constitucional*, como bem exposto por Virgílio Afonso da SILVA. SILVA, Virgílio Afonso da. *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado*: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para a aprovação de emendas constitucionais. Disponível em:

<http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2001-RDA226-Ulisses_e_as_sereias.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016. Possui uma certa identidade, também, com as noções de *inclusão* e *releitura* propostas, em outro contexto, por MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Fundamentação e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹¹³ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 101

¹¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 101.

ponto, a razão está inteiramente com ele, muito embora se discorde quanto ao momento e a forma de sua realização.¹¹⁵

As conclusões¹¹⁶ lançadas pelo professor da UERJ constituem um notável esforço para tornar menos subjetivas e mais controláveis as restrições feitas à liberdade de expressão. Sua linha ideológica é claramente afirmada: as restrições à liberdade são imprescindíveis à emancipação e à inclusão das minorias invisíveis e desfavorecidas, tradicionalmente discriminadas, de modo que os seus integrantes sejam tratados, segundo aduz, como cidadãos dignos de igual respeito e consideração.

Tais restrições se legitimariam, igualmente, em razão de extirparem da sociedade comportamentos indesejados, na medida em que promovem não virtudes e atentam contra outras liberdades e valores democráticos. Essa é a clara fundamentação proposta por SARMENTO em seu brilhante artigo¹¹⁷ sobre a liberdade de expressão. Apesar da afinidade dos argumentos, registre-se que o autor não se preocupou especificamente com o direito de *manifestação*, um dos objetos desta investigação.

Essa substancial análise servirá como o ponto de partida para a conclusão que será aqui arquitetada aos olhos do direito de *manifestação*, tal qual estremo.

É plausível sustentar, a esta altura, que o direito de *manifestação* goza de uma *reforçada posição de preferência*¹¹⁸ em relação à simples¹¹⁹ liberdade de expressão: pelas razões já expostas, sua configuração e suas peculiaridades não elitistas,¹²⁰ o direito de manifestação recebe um peso inicial ainda maior que aquela numa eventual ponderação de valores ou interesses.

¹¹⁵ Para SARMENTO, ponderação abstrata e *prima facie*. Para este estudo: ponderação *ad hoc*, como tal estritamente dependente do caso concreto, realizada necessariamente após a fundamentada e proporcional classificação do discurso como odioso. Claro, todavia, que os critérios podem ser combinados, especialmente na formulação de padrões e parâmetros. O sincretismo é bem-vindo. Apenas sustenta-se que a ponderação no caso concreto não pode ser descartada liminarmente.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e problema do hate speech. *Revista de Direito do Estado*, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. Op. Cit.

¹¹⁸ A doutrina da *Preferred position* já vista no decorrer deste trabalho.

¹¹⁹ O termo *simples* não é utilizado como um diminuidor da liberdade da expressão, senão que apenas como um meio de estremá-la do direito de manifestação. É usado quase como sinônimo de *estrito*, considerando-se a existência de uma liberdade de expressão em *sentido amplo*, da qual seriam espécies a liberdade de expressão em *sentido estrito* e o direito de *manifestação*.

¹²⁰ “A democracia deve aceitar que o povo possa intervir no debate público e participar dele por vias diferentes daquelas que lhe são em princípio reservadas (como do direito de voto, por exemplo). Em certas situações, de fato, as manifestações populares agem para os governantes como ‘reveladoras de opinião’. Sendo assim, não se deve esquecer que elas o mais das vezes expressam as ideias e opiniões de minorias ativas (esse é o caso das manifestações que acompanharam as greves das últimas semanas de 1995)”. RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins fontes, 2006, p. 651. Os autores demarcam claramente o caráter emancipatório e inclusivo das manifestações públicas, o que a um só tempo: i) refuta qualquer argumento elitista aventado por FISS acerca da simples liberdade de expressão; ii) afasta o mito do efeito silenciador do discurso e; iii) justifica a sua posição preferencial reforçada, aqui sustentada.

A importância dessa asserção está precisamente na exigência constitucional de uma maior deferência do intérprete, atrelado a um superlativo ônus argumentativo, quando da análise da imposição de possíveis restrições ao conteúdo do direito de manifestação, seja ele qual for.

Com efeito, o Estado, por meio do seu poder de polícia, não deverá fazer nenhum juízo de valor sobre o conteúdo das manifestações, garantindo-as e viabilizando-as *prima facie*, especialmente as de conteúdo abjeto e odioso, justamente as que mais precisam. Esse o cerne do direito de manifestação e expressão. Somente em último caso, subsidiariamente, é que poderá proibi-las, observadas todas as cautelas hermenêuticas de estilo, aqui sobejamente destacadas.

Reafirme-se a tese: na balança ponderativa, o prato relativo ao direito de manifestação se sobressai. No mais, advirta-se que qualquer tipo de restrição ao conteúdo do direito em questão demandará, obrigatoriamente, uma respectiva ponderação,¹²¹ especialmente *ad hoc*, ante a inexistência de direitos ou interesses absolutos, notadamente de antemão, sejam eles públicos ou privados.

É evidente que a avaliação de limitações ou condicionamentos formais,¹²² embora mais flexível, também deve ser cercada de cuidados, mercê da natureza fundamental do direito em jogo. Mesmo aqui, para além das subsunções extraídas do próprio relato constitucional, ponderações podem ser exigidas, em razão da necessidade de se *coordenar o exercício* concomitante de diversos interesses e direitos conflitantes. Na verdade, geralmente serão, observando-se a natural ontologia do direito de manifestação. Pondera-se, ainda, para que o direito não seja obliquamente esvaziado por limitações ditas formais, numa verdadeira expropriação indireta.

Muito rapidamente, neste momento, pode-se alinhar o seguinte: *i)* cabe ao Estado, como regra geral nesta área, um dever de abstenção quanto ao *conteúdo* da manifestação; *ii)* de outro lado, quanto aos seus aspectos *formais*, impõe-se um dever prestacional.

É dizer: não pode o Estado intervir, a princípio, no *conteúdo* da manifestação, mas deve fazê-lo intransigentemente no que tange aos *procedimentos* imprescindíveis à garantia do exercício do indigitado direito, ainda que ele se revele desagradável, ofensivo ou moralmente minoritário e duvidoso.

É exatamente neste ponto, reitera-se, que essa intervenção policial protetiva faz sentido e mostra todo o seu potencial, pois descerra a cortina ontológica do direito em si. É isso que ele é: uma proteção para aquilo que precisa ser protegido.¹²³ Para o resto, proteção reforçada desse tipo, para além da comum, é despicienda, apesar de não excluída.

¹²¹ Casuística ou abstrata-definidora, quando viável.

¹²² Tais como a necessidade de aviso prévio com antecedência mínima; indicação ou alteração de horário e lugar; informação sobre o conteúdo da manifestação, etc. Todavia, com as considerações e limites aqui estudados e indicados.

¹²³ Permita-se lembrar a síntese de Ronald DWORKIN, para quem a “*liberdade negativa é a liberdade de ofender*”. Op. cit.

Enfim, a restrição ao direito não se legitima apenas pela constatação de que a mensagem é odiosa. Esse é apenas o primeiro passo para que se possa prosseguir com o complexo procedimento voltado a tanto. É preciso ir além, contudo. Nesse sentido, faz-se necessário proceder à ponderação posterior, cujo resultado é que irá apontar, ao cabo, a legitimidade, ou não, no caso concreto específico, de qualquer compressão.

Nunca é demais lembrar que nem tudo é discurso de ódio, dependendo, no mais das vezes, do ângulo de observação¹²⁴ do intérprete ou do receptor da mensagem. Por isso, não há como caracterizar - ou categorizar - abstratamente discursos como odiosos e bani-los de antemão. Isso é puro arbítrio enviesado.

A ponderação, tal como aqui proposta, é, portanto, o único meio que leva a sério a qualidade moral do agente, preservada pela ênfase no *emissor* da mensagem, e o exercício hígido do direito de manifestação, inclusive considerando as excepcionais possibilidades de sua restrição e proibição. Isso não quer dizer que uma mínima uniformização, parametrização e universalização, naquilo que possível, não deve ser buscada.

A busca por *standards* é sempre salutar no afã de reduzir o subjetivismo, o arbítrio e, enfim, a discricionariedade ponderativa.¹²⁵ A tentação está presente, sendo útil o empenho para neutralizá-la em favor da segurança jurídica. É muito comum, aliás, o estabelecimento de padrões interpretativos, para subsunções¹²⁶ ou ponderações *ad hoc*, pela Suprema Corte americana, que o faz por meio de uma chamada ponderação definidora (*definitional balancing*)¹²⁷ da abordagem que se dever ter da Primeira Emenda.

¹²⁴ “A capacidade de ver além da superfície e das aparências. É o tempo que nos liberta das verdades absolutas, das unanimidades passionais, dos vingadores mascarados. Nós vivemos do conhecimento. E o papel do conhecimento, escreveu inspiradamente Mangabeira Unger, é o de confortar os aflitos e de afligir os confortados. A capacidade de ver o outro, de entender o diferente e superar o narcisismo das pequenas diferenças. Ter a percepção de que nem sempre vemos as coisas como elas são, mas como nós somos. Ou onde estamos. Ou o que queremos. Em uma crônica deliciosa, Luís Fernando Veríssimo faz uma alegoria da relatividade das coisas e da importância do ponto de observação de cada um”. BARROSO, Luis Roberto. O mistério maravilhoso do tempo. Discurso de paraninfo. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹²⁵ Cf. “20. A construção de parâmetros a serem considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e outros direitos constitucionais é matéria de evidente repercussão geral, sob todos os pontos de vista (econômico, político, social e jurídico), haja vista a relevância e a transcendência dos direitos envolvidos num estado democrático de direito”. (Grifou-se) Plenário. Repercussão geral no recurso extraordinário 662.055 - São Paulo Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: Direito constitucional. Recurso extraordinário. Liberdade de expressão, direitos dos animais e relevante prejuízo comercial a evento cultural tradicional. Restrições a publicações e danos morais. Presença de repercussão geral.

¹²⁶ Conhecidos como “discursos desprotegidos” (*unprotected speech*).

¹²⁷ Normalmente, essa definição deriva: i) da realização de ponderações em abstrato e; ii) da aplicação transcendente dos resultados ponderativos obtidos em situações concretas para outros casos. Confira-se: “In other words, as a kind of pragmatic constitutional compromise the Court gradually defined certain categories of speech as protected or unprotected per se. The Court’s categorical approach or ‘two-level theory’ of the First Amendment was initially suggested by Justice Murphy, when writing for a unanimous Court in *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942). There, the Court upheld the conviction under a statute forbidding the use of offensive or disruptive language in public. Writing

Constituem bons exemplos aqueles que resultaram na exclusão de mensagens que caracterizem *fighting words*, na fixação dos testes do *clear and present danger* e da *imminent lawless action*, e, bem ainda, na articulação da doutrina da posição preferencial.

De qualquer modo, é suposta a predominância do direito de manifestação na *maior parte* das ponderações realizadas, mormente naquelas que envolvam discursos tidos por odiosos.¹²⁸ A razão disso é que o direito de manifestação erige um ato público mais democrático quanto ao acesso,¹²⁹ absolutamente independente da participação ativa de terceiros que não os próprios manifestantes e que, enfim, é mais efetivo quanto à promoção da sua finalidade.

Com efeito, no *locus* do direito de manifestação, intui-se que, na maioria das vezes, a generalização abstrata, em um cenário plural e complexo, é muito arriscada, o que torna qualquer vedação apriorística de conteúdo inadequada, excessiva e desproporcional em sentido estrito. Numa palavra: inválida.

Sob a égide de uma filosofia política liberal-igualitária (não libertária), tal suposição parte da constatação de que o direito de manifestação não precisa ser

for the Court, Justice Murphy held that the First Amendment provides no protection for language that is 'no essential part or any exposition of ideas.' Certain categories of speech – disruptive or fighting words, the obscene, an defamatory speech – were deemed to have minimal, if any, social value and therefore not worthy of constitutional protection. (...) Justice Murphy thus implied a categorical approach or two-level theory of the First Amendment: that amendment safeguards communications that have political and social value, but not certain categories of unprotected speech that cause (public and/or private) harm and are 'clearly outweighed by the social interest in order and morality'. O'BRIEN, David M. Congress shall make no law: The First Amendment, unprotected expression, and the U.S. Supreme Court. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, 2010, p. 11-12.

¹²⁸ Relembre-se que em não se tratando de um *hate speech*, o conteúdo é de livre circulação, não se submetendo ao crivo da ponderação proporcional.

¹²⁹ “Em 1969, a Suprema Corte norte-americana foi chamada a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da *fairness doctrine* no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. Federal Communications Commission*¹²⁹. Alegara-se, no caso, que a doutrina em questão violaria a 1ª Emenda, por restringir o direito das emissoras de veicularem em suas programações aquilo que desejassem. A Suprema Corte, em decisão proferida por unanimidade e redigida pelo Justice White, rechaçou o argumento. Segundo a Corte, a escassez das ondas eletromagnéticas utilizadas pelo rádio e pela televisão legitimava a conduta da FCC de exigir que as emissoras licenciadas veiculassem nas suas programações pontos de vista divergentes dos seus. As emissoras, segundo o Tribunal, atuavam como agentes fiduciários da sociedade em geral, e, por isso, mais relevante do que a sua liberdade era o direito do público de ter amplo acesso a informações e a posições variadas sobre temas controvertidos. Nas palavras da Corte, “Não podemos dizer que seja inconsistente com o objetivo da 1ª Emenda de gerar um público bem informado e capaz de conduzir seus próprios assuntos, exigir das emissoras que permitam respostas a ataques pessoais ocorridos no curso da discussão de temas controvertidos, ou impor a elas que assegurem aos opositores das medidas que endossarem a chance de se comunicar com o público. Não fosse assim, os titulares das emissoras e uns poucos proprietários de redes de comunicação teriam o poder ilimitado de só disponibilizar tempo a quem pagasse mais, ou a comunicar apenas as suas próprias visões sobre temas de interesse público, pessoas e candidatos, e a permitir que fossem ao ar apenas aquelas pessoas com cujas ideias concordassem. Não há na 1ª Emenda um santuário para o privilégio ilimitado da censura privada, operando num meio que não é acessível a todos”. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006..

contraído na hipótese, *justamente em razão de estar à mão e, portanto, favorecer aos que mais dela precisam, sem discriminações: efetivamente os excluídos, desfavorecidos e tradicionalmente estigmatizados.*

Rememore-se que o direito de manifestação, por natureza, confere um tratamento igualitário a todos, sendo, por isso mesmo, um eficaz instrumento emancipatório de inclusão. Igualdade, contudo, não significa, nem pode representar, ausência completa de diferença, mas somente um ponto de partida semelhante, a isonomia de oportunidades e a atribuição de igual responsabilidade moral. O direito de manifestação atende aos requisitos e promove, enquanto instrumento e substância, autêntica alforria e redenção.

Tal não ocorre com a liberdade de expressão em sentido estrito, que, como visto, pode facilmente ser elitista.¹³⁰ Esta faceta perversa e excludente não está presente no direito de manifestação. Eventual restrição, mesmo ponderada, parece não se justificar, ao menos na maioria das situações, repise-se.

Um excepcional controle de conteúdo do direito de *manifestação* deve ser ainda mais criterioso em relação àquele, já deferente, que é exercido no âmbito da liberdade estrita de expressão, especialmente quando se tratar de casos

¹³⁰ Tal como confessado por Daniel SARMENTO: “Ocorre que numa sociedade desigual como a brasileira, em que os meios de comunicação são explorados por entidades privadas visando o lucro, as maiores barreiras existentes para o exercício da liberdade de expressão não provêm do Estado, mas da própria estrutura social. Neste contexto, se o Estado quiser levar a sério a liberdade de expressão – o que ele é obrigado a fazer, por imperativo constitucional – a inércia não basta. Cumpre-lhe, ao contrário, agir positivamente para, na medida do possível, remover aquelas barreiras, buscando assegurar a todos uma possibilidade não meramente fictícia, mas real, de se exprimirem. Em outras palavras, a liberdade de expressão não pode ser privilégio da pequena elite que possui os jornais, emissoras de rádio e de televisão, ou que tem os recursos para adquirir o tempo ou o espaço nestes veículos necessários para a exposição das suas ideias. Ela deve valer para todos. E sem a intervenção do Estado, ela nunca valerá para todos. Esta concepção de que a autonomia real dos indivíduos de carne e osso depende de atuações positivas do Estado não é privilégio da liberdade de expressão. Pelo contrário, trata-se de um fenômeno mais amplo, reconhecido no plano da filosofia política, da economia, e da própria dogmática dos direitos fundamentais. Hoje, superou-se a concepção liberal-burguesa dos direitos fundamentais, que os tinha como meros limites à atuação do Estado. Reconhece-se que mesmo os direitos individuais clássicos, como a liberdade de expressão, dependem da atuação do Estado, tanto para protegê-los de ameaças provenientes de terceiros, como para assegurar os pressupostos materiais que tornem faticamente possível o seu exercício. Não fosse assim, tais direitos tornar-se-iam promessas vãs para os mais fracos, numa sociedade marcada por relações sociais tão assimétricas e opressivas. O seu papel emancipatório seria esvaziado e eles acabariam prestando-se à função inglória de instrumentos de legitimação do status quo”. SARMENTO, Daniel. Liberdade de Expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.. Esta é a fina ironia captada e denunciada por FISS (FISS, Owen. M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005). A propósito veja-se, respectivamente, no âmbito da filosofia política, da economia e dos direitos fundamentais: John RAWLS. *Liberalismo Político*. Tradução de Sergio René Manero Baez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 299-305; SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 135-172.; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 161-169; e Ingo Wolfgang SARLET. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 211-217.

duvidosamente classificados como sendo de discurso do ódio, nos quais, na verdade, sequer deveria ocorrer.

Só uma sociedade distópica,¹³¹ idealizada, inalcançável e melancolicamente perfeita, vive só de amor e de harmonia, o que não necessariamente é bom. A pasteurização do discurso e dos sentimentos somente serviria para aniquilar a diversidade, tão benéfica à promoção de virtudes e à evolução humana, descolorindo o mundo. Tudo isso à base de muito – e necessário – “soma”.¹³²

VI. Uma conclusão: “o que deve nos manter despertos à noite?”¹³³

*Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo.*¹³⁴

É possível concluir, a esta altura, com a insubstituível síntese de Ronald DWORKIN: “A liberdade negativa é a liberdade de ofender”. Não existe um acordo universal acerca da ideia de que a censura não pode basear-se no conteúdo. (...) A pornografia, muitas vezes, é grotescamente afrontosa; é ultrajante, não só para as mulheres, mas também para os homens. Porém, não podemos ver aí uma razão suficiente para proibi-la, sob pena de destruir o princípio de que as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção quanto quaisquer outras.”¹³⁵

Não estar atento à advertência de DWORKIN a respeito das restrições de conteúdo do direito de manifestação, deixará uma porta sempre aberta para interpretações guiadas por padrões majoritários, de índole ética e moral, mercê da indeterminação e da subjetividade destes e do próprio conceito de ódio, bem como da perspectiva do observador eventualmente ofendido. Além disso, dará passagem a perigosas investidas sobre uma parcela tão relevante da existência humana, o que não pode ser arriscado.

Tudo parece inconciliável com o lado substantivo do direito de manifestação e, consequentemente, com a responsabilidade moral que o Estado deve assegurar a

¹³¹ Sobre uma sociedade distópica, e o mal que ela pode fazer, confira-se, por todos: HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo de bolso, 2014.

¹³² HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo de bolso, 2014.

¹³³ SEN, Amartya. What should keep us awake at night. *The Little Magazine*, v.8, n. 1 e 2, 2009. Síntese do discurso proferido na primeira Hiren Mukerjee Memorial Lecture, em 11 de agosto de 2008.

¹³⁴ Autor desconhecido, muito embora a frase seja comumente atribuída a François Marie Arouet, mais conhecido como Voltaire.

¹³⁵ “A Lei de Relações Raciais do Reino Unido, por exemplo, proíbe a expressão do ódio racial não só quando tende a gerar violência, mas de maneira geral, sob a justificativa de que os membros de raças minoritárias devem ser protegidos de insultos racistas. Nos Estados Unidos, porém, o direito constitucional tem como um de seus princípios fixos o de que esse tipo de disciplina legal é inconstitucional a menos que seja exigida por uma necessidade urgente, e não pelo simples fato de o governo ou a maioria dos cidadãos serem contra a mensagem veiculada”. DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 351.

todo cidadão, tratando-o com igual respeito e consideração. Fere-se concretamente a dignidade humana, à guisa de realizá-la em abstrato, promovendo-se um mundo que se deseja ideal, inalcançável, obviamente partindo-se de um ponto de observação e de valores e experiências estritamente pessoais. Esquizofrenia constitucional.

Diante de tudo o que foi exposto, não é difícil concluir o que deve manter as pessoas despertas à noite: o enorme e concreto risco, sempre latente, de, mesmo em nome da virtude, isto é, da igualdade, dos direitos humanos, da democracia e da proteção aos excluídos, abrirem-se janelas e frestas para que a própria base democrática dos direitos e liberdades expressivas seja seriamente enfraquecida ou, mesmo, destruída, como ressaltou FRIEDMAN.¹³⁶ É ruim que existam discursos grosseiros, preconceituosos, ofensivos e até mesmo idiotas, mas a liberdade existe para garanti-los, goste-se ou não. Se não for para isso, serve para nada, como já disse DWORKIN. Pode ser ruim, e de fato o é, mas a alternativa é muito pior, especialmente quando, por critérios arbitrários, se é colocado do lado dos imbecis ou, quando menos, dos politicamente incorretos.

Esse risco, pelo qual o custo a se pagar é elevado demais, sempre existirá e pode estar escondido, à espreita, sorrateiro, debaixo dos mais nobres e sinceros propósitos. Resta-se, somente, minimizá-los e neutralizá-los ao máximo, ainda que numa lógica de razoabilidade e custo-benefício. Esse o dever extraído da Constituição e de seu sistema de direitos fundamentais. Caso contrário, um risco ignorado e majorado pode sufocar a própria existência, colocando-a, sob aplausos, na forca do politicamente correto, em razão da cegueira paternalista e enviesada causada por pretensos sábios e visionários, que se julgam capazes de enxergar o futuro e de empurrar a história, mesmo não se sabendo para que lado ou sentido e com quais consequências. Não seria a primeira vez que a humanidade seria conduzida à escuridão proposta por tais iluminados. E, como é comprovado, a história é uma sucessão de avanços e retrocessos. Todo o cuidado é pouco.

Encerra-se com a precisa poesia do eternamente jovem poeta curitibano Paulo LEMINSKI, cuja noção de justa medida, obstinadamente buscada, aqui e alhures, por uma regulação do direito das manifestações, mais do que deferente quanto ao conteúdo, só é menor que a sua inexprimível beleza: “*Não fosse isso e era menos; não fosse tanto e era quase*”.¹³⁷ Esse, sim, o grande *standard* a ser seguido: no direito e na vida.

¹³⁶ “*A sociedade que coloca a igualdade à frente da liberdade irá terminar sem igualdade e sem liberdade*”. FRIEDMAN, Milton. (economista americano). In: FRANCO, Gustavo H.B.; GIAMBIAGI, Fábio. *Antologia da maldade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

¹³⁷ LEMINSKI, Paulo. *Toda poesia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Embora aberta, como obra poética, traduz a ideia de justa medida, isto é, a regulação estritamente necessária à fruição e à promoção do direito de manifestação.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Rubens Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAKUNIN, M.A. *Textos anarquistas*. Tradução de Zilá Bernd. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- BAPTISTA, Eduardo Correia. *Os direitos de reunião e de manifestação no direito português*. Coimbra: Almedina, 2006.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- _____. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. O mistério maravilhoso do tempo. Discurso de paraninfo. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- _____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2016.
- _____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2016.
- _____; MARTEL, Leticia Campos Velho. *A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 17 abr. 2016.
- _____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54: demonstração de seu cabimento. Memorial da autora. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. Respeito é o limite da liberdade de expressão. *Jornal do Brasil*, 26 de maio de 2009.
- _____. Humor, política e jurisdição constitucional – o Supremo Tribunal Federal como guardião da democracia: a proteção da liberdade de crítica política em processos eleitorais. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- _____.; NETO, Caio Mário da Silva Pereira. Prefácio. In: de M. FISS, Owen. *Ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 5-6.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990.
- _____. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CAMPOS, Paulo Mendes. *Homenzinho da Ventania*. Editora do autor. Rio de Janeiro.1962.
- CORTELLA, Mario Sergio; BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética e vergonha na cara!* São Paulo: Papirus 7 Mares, 2014. (Coleção Papirus Debates)
- DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *Must we defend nazis? hate speech, pornography, and the new First Amendment*. New York: New York University Press, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- EISLER, Kim Isaac. *The last liberal: Justice Willian J. Brennan, Jr. and the decisions that transformed America*. Washington, D.C: Beardbooks, 1993.

- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.
- FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- FISS, Owen. M. *A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *Poder de polícia e polícia do poder*. In: Estudos de direito público: estudos e pareceres. 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997
- FRANCO, Gustavo H.B.; GIAMBIAGI, Fábio. *Antologia da maldade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. Compilador. *Derecho y grupos desaventajados*. Biblioteca Yale de Estudos Jurídicos: Gedisa editorial, 1999.
- _____. *As teorias da justiça depois de rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GARVEY, John H.; SCHAUER, Frederick. *The First Amendment: a reader*. West Publishing Co., 1996.
- GIANETTI, Eduardo. *Auto-engano*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.
- _____. *O valor do amanhã: ensaio sobre a natureza dos juros*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre estado de direito e democracia. In: _____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 1996.
- HERRNSTEIN, Richard J.; MURRAY, Charles. *The bell curve: intelligence and class structure in american life*. New York: A free press paperbacks book Simon & Schuster, 1994.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Company, 1999.
- HORTA, Raul machado. *Permanência e mudança na Constituição*. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1992.

- HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. São Paulo: Globo de bolso, 2014.
- KALVEN JR., Harry. *A worthy tradition: freedom of speech in America*. Edited by Jamie Kalven. New York: Harper & Row, 1998.
- KANT, Immanuel. *A fundamentação da metafísica dos costumes*. Edições 70, 1785. (Textos Filosóficos)
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KRELL, Andreas Joachin. *Discrecionabilidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais – um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAVA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- LEAL, Fernando. Quem decide o que merece ser lido é o leitor. Especial para o *Jornal O Globo*, 5.2.2016.
- LEMINSKI, Paulo. *Toda poesia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment*. New York: Basic Books, 2007.
- MACINTYRE, Alasdair. *After Virtue: A study in moral theory*. Third Edition. Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, 2012.
- _____. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.
- MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. *Liberdade de Expressão e a colisão entre direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Adaptação razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva*. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/44475/adaptacao_razoavel_novo_martel.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2016.
- _____. *Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida*. 2010. Tese

(Doutorado). Centro de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

_____. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana. *Revista Sequência*, n. 48, julho de 2004.

MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca; MAGALHÃES, Vinicius de Mattos. *A construção hermenêutica do Supremo Tribunal Federal na interpretação das restrições a direitos fundamentais e o sincretismo metodológico: um estudo do caso Ellwanger*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1886.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Poder de polícia e segurança nacional*. Conferência proferida na Escola Superior de Guerra, em 24 de maio de 1972. *Revista dos Tribunais*, v. 61, nov., 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO FILHO, José Celso de. O direito constitucional de reunião. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 12, n. 54, p. 19-23, set./out. 1978. (Artigo publicado sob a égide da Constituição Federal de 1967)

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Ulisses e o superego: novas críticas à legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade. *Revista de Direito do Estado*, Ano 2, n. 7, jul/set 2007.

_____. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Acabaremos todos surdos? *Jornal do Brasil*, 31 de outubro de 2009.

_____. Mau gosto é péssimo, mas não é crime. *Jornal do Brasil*, 26 de maio de 2009.

_____. *O estado quer lhe obrigar a ser feliz agora*. Disponível em: <<http://www.institutomillennium.org.br/artigos/o-estado-quer-lhe-obrigar-ser-feliz-agora/>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

_____. ; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

- MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Lisboa: Gradiva, 2005.
- _____. *Ensaio sobre a liberdade*. Tradução de Rita de Cassia Godin Neiva. São Paulo: Escala, 2006.
- _____. *Sobre a liberdade*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva*. São Paulo: Nova Cultural, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MORGENSTERN, Flavio. *Por trás da máscara: do passe livre aos black blocs – as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- O'BRIEN, David M. *Storm center: The Supreme Court in American politics*. Tenth Edition. New York: W.W. Norton & Company, 2014.
- _____. *Congress shall make no law: the First Amendment, unprotected expression, and the U.S. Supreme Court*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, 2010.
- OTERO, Paulo. *Manual de direito administrativo*. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2013.
- POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tomo1. 3. ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins fontes, 2006.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

- _____. *Justiça. O liberalismo e os limites da justiça*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- _____. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.
- SANTOS, Edilson Pereira dos Santos. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão e problema do hate speech*. RDE. Renovar, 2006.
- _____. *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de.; NETO MARQUES, Floriano Azevedo. (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do estado*. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda*. In: _____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCALIA, Antonin. *Common-law Courts in a Civil-law System: Role of Unites States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*. In: _____. *A matter of interpretation: Federal Courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

- SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. Massachusetts: Cambridge University Press, 1982.
- _____. Slippery slopes. *Harvard Law Review*, 1985.
- SCHREIBER, Simone. Liberdade de expressão: justificativa teórica e a doutrina da posição preferencial no ordenamento jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratégias: dialética erística*. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- _____. What should keep us awake at night. *The Little Magazine*, v.8, n. 1 e 2, 2009.
- _____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições*. Coimbra: Almedina, 2006.
- SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: The Supreme Court and judicial review*. New Orleans, Louisiana: Quid Pro Books, 2011.
- SILVA, Alexandre Assunção e. *Liberdade de expressão e crimes de opinião*. São Paulo: Atlas. 2012.
- SILVA, Bruno Boquimpani. *A autorregulação: delineamento de um modelo policêntrico de regulação jurídica*. Dissertação (Mestrado). 2010. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. *Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado: sobre a inconstitucionalidade da dupla revisão e da alteração no quorum de 3/5 para a aprovação de emendas constitucionais*. Disponível em: <http://teoriaedireito-publico.com.br/pdf/2001-RDA226-Ulisses_e_as_sereias.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

- _____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. 1. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SMITH, Craig R. *A First Amendment profile of the Supreme Court*. John Cabot University Press, 2011.
- SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. Tradução de Maurício G. Righi. São Paulo: É realizações, 2011.
- SUNSTEIN, Cass R. *After rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1993.
- _____. *Democracy and the problem of free speech*. The free press. Simon & Schuster, 1995.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. 4. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *El Sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985.
- VERMEULE, Adrian; SUNSTEIN, Cass R. Interpretation and institutions. *Michigan Law Review*, vol. 101, fev. 2003.
- VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana. A importância do sentimento constitucional como substrato para a construção da cidadania no Brasil. *Derecho y cambio social*, 2013.
- VONNEGUT, Kurt. Matadouro 5. L&PM Pocket. Porto Alegre. 2016.
- WALZER, Michael. *On toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- WHITE, Edward. *Oliver Wendell Holmes Jr.* Oxford: Oxford University Press, 2006.