

A EXPANSÃO DOS DELITOS DE OPINIÃO E A AMEAÇA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Marcus Rômulo Maia Mello¹

RESUMO: O quanto devemos ser tolerantes para com os intolerantes? Com esta frase, inicia-se este opúsculo sobre as relações nem sempre amistosas entre liberdade de expressão, comportamentos desviantes e delitos de opinião, tomando-se como ponto de partida o racismo, sua criminalização e o direito fundamental à liberdade de expressão. São abordados o mandamento constitucional de criminalização do racismo e o poder do Constituinte Originário de restringir as gerações futuras. Analisa a legislação brasileira sobre racismo, o *leading case* do Supremo Tribunal Federal e como equacionar o entrelaçamento da liberdade de expressão, a discriminação racial e o risco à liberdade de opinião.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo. Nazismo. Liberdade de Expressão. Mandamento Constitucional. Criminalização. Delitos de Opinião.

SUMMARY: How much should we be tolerant to the intolerant? With this sentence we begin this booklet on relations which not always have been friendly between freedom of expression, deviant behavior and opinion offenses, taking racism as a starting point, its criminalization and the fundamental right to freedom of expression. These are the issues addressed, especially the constitutional law, which criminalizes racism, and the originating constituent power restricting future generations. We will see the Brazilian legislation on racism, the *leading case* of the Supreme Court and how to equate the clash of freedom of speech, racial discrimination and the risk to freedom of opinion.

KEYWORDS: Racism. Nazism. Freedom of Expression. Constitutional Law. Crimes of Opinion. Criminalization.

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Membro do Ministério Público do Estado de Alagoas desde 1997. Promotor de Justiça titular da Promotoria de Justiça Coletiva da Fazenda Pública da Capital, com atuação na área de combate à improbidade administrativa e defesa do patrimônio público. Professor do curso de pós-graduação do Cesmac - Centro de Estudos Superiores de Maceió. Professor do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas.

INTRODUÇÃO

Em um capítulo denominado *A tolerância para com os intolerantes*, de seu clássico estudo sobre a teoria da justiça, John Rawls dedica-se a analisar até que ponto a justiça exige que sejamos tolerantes para com os intolerantes. Ele começa por afirmar que os grupos intolerantes não possuem o direito de reclamar se não forem tolerados – afinal, ninguém pode reclamar de outrem por agir de acordo com princípios que ele mesmo adotaria; só podemos nos queixar de transgressões a princípios em que nós mesmos acreditamos². Todavia, isso não nos dá o direito de violar valores que nos comprometemos a observar, ainda que outros se disponham a agir contra eles. Para Rawls, devemos tolerar os intolerantes, pois temos um dever para com a Constituição; a menos que tenhamos razões plausíveis para acreditar que nossa intolerância será necessária para garantir nossa própria segurança e a de nossa Constituição, pois nesse caso de autopreservação podemos ser intolerantes para com os intolerantes³.

Mas a solução que Rawls propõe deixa a questão em aberto, pois ela não esclarece quais valores, quando questionados, ou quais condutas, quando toleradas, põem efetivamente em risco a nossa segurança. Para Rosenfield, por exemplo, “*comportamentos liberticidas dentro de sociedades livres não deveriam ser tolerados*”, sob pena de a democracia ser utilizada como instrumento cultural para anular seus próprios princípios⁴. É justamente

² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 267.

³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 269.

⁴ ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 36.

sobre a questão da livre manifestação do pensamento e os limites da indulgência democrática que o presente texto se propõe a desenvolver, tomando por base a intolerância racial.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS LIMITAÇÕES

A Constituição Federal dedica vários dispositivos à liberdade de expressão. O art. 5º, IV, considera livre a manifestação do pensamento; o inciso XIV assegura a todos o acesso à informação e o art. 220 diz que a informação, a manifestação de pensamento, a criação e a expressão não sofrerão restrições, vedando a censura prévia por parte do governo.

No entanto, como dizia Zanobini, todo direito juridicamente garantido é juridicamente limitado⁵. A Constituição limita a liberdade da expressão quando veda o anonimato (art. 5º, IV); quando garante o direito de resposta e a indenização por danos moral, patrimonial e à imagem (V); e quando preserva a intimidade, a vida privada e a honra das pessoas (X). Afora as disposições do artigo 5º da constituição, há normas constitucionais esparsas como a que impõe o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família na programação das emissoras de rádio e televisão (art. 220, §3º, II), exige a indicação de faixas etárias para os programas e indicação de locais e horários em que apresentações não sejam recomendadas (I), e restringe a publicidade de cigarros, bebidas alcoólicas, terapias e medicamento (art. 220, §4º).

Afora as limitações explícitas, existem as limitações implícitas à liberdade de expressão. Qualquer valor abrigado na Constituição é passível

⁵ ZANOBINI, Guido. **Curso di diritto amministrativo**. Milão: A. Giufrè, 1968, v.4 apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 108.

de conflitar com a liberdade de expressão, reclamando ponderação para inferirmos qual princípio sobreleva em cada caso⁶. O direito fundamental à liberdade de expressão com certa frequência cede espaço para garantir a expressão de outro direito fundamental⁷.

A liberdade de expressão não é um conceito absoluto. O Estado utiliza com frequência medidas criminalizadoras que restringem a liberdade de expressão. Emblemáticos são os crimes contra a honra e os delitos de incitação e apologia ao crime, previstos nos artigos 286 e 287, respectivamente, do Código Penal Brasileiro, os quais condenam o incentivo e a defesa pública de práticas criminosas. Os denominados crimes de opinião limitam a livre manifestação do pensamento. É lícito ao legislador limitar a manifestação de pensamento porque, numa democracia, a primazia da ponderação pertence a ele, a quem cabe sopesar as exigências decorrentes de valores constitucionais conflitantes⁸. Ao proibir-se a discussão aberta de determinados assuntos, porém, assume-se o risco de engessar qualquer evolução sobre o tema, conforme se verá adiante.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 410.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 402-403.

⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 515.

2 O CRIME DE RACISMO COMO PARADIGMA DOS DELITOS DE OPINIÃO

Utilizaremos o crime de racismo como paradigma neste trabalho devido ao fato de existir um mandamento constitucional de criminalização do racismo e ao histórico de discriminação racial no Brasil.

2.1 MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO

A criminalização do racismo goza de previsão constitucional. O art. 5º, XLII, da Constituição aduz que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Está-se diante de um mandamento constitucional criminalizador, em que a Constituição determina ao legislador que incrimine determinada conduta. O que essa norma constitucional faz é explicitar o dever de proteção identificado pelo constituinte e dirigi-lo expressamente ao legislador⁹. Esses mandamentos constitucionais criminalizadores não só obrigam o legislador a tutelar criminalmente um bem jurídico, como são empecilhos a que se descriminalize o comportamento tipificado¹⁰.

Mandamentos constitucionais deste jaez não são necessariamente uma novidade em Constituições. A Constituição da Espanha determina ao legislador que criminalize o uso irracional dos recursos naturais e os danos ambientais. Há disposições semelhantes no art. 13 da Constituição italiana,

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 631.

¹⁰ LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Princípios Constitucionais Penais**. Disponível em: <<http://blogdoalbertojorge.blogspot.com/2010/03/principios-constitucionais-penais.html>> Acesso em: 27 set. 2011.

no art. 68 da Constituição francesa e no art. 26, I, da Lei Fundamental da Alemanha, mas nenhuma tem um catálogo tão extenso de criminalização quanto à brasileira. É extenso o rol de normas constitucionais que determinam a criminalização de condutas: art. 5º, XLI (discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais), XLII (crime de racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos), XLIV (crimes cometidos por organizações paramilitares), art. 7º, X (retenção dolosa do salário), art. 225, §3º (crimes ambientais), 227, §4º (abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes).

Esses mandados de criminalização são mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. Se aceitarmos a premissa de que todos os direitos fundamentais constituem, em maior ou menor medida, uma expressão da dignidade da pessoa¹¹, então será lícito concluir que tais mandamentos são uma projeção dessa dignidade. Dir-se-ia que eles são aquela outra dimensão dos direitos fundamentais que obriga o Estado a não apenas respeitá-los, mas também a garanti-los contra a agressão de terceiros. Portanto, estamos falando de postulados de proteção¹².

2.2 O CRIME DE RACISMO ENQUANTO DELITO DE EXPRESSÃO

A Constituição determinou a criminalização do racismo, mas não definiu o que seria racismo, deixando essa tarefa a cargo do legislador

¹¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 101.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 629-630.

ordinário. O crime de racismo foi tipificado na Lei nº 7.716/89, que pune com reclusão a discriminação ou preconceitos relacionados à raça e a cor. Posteriormente, a Lei nº 9.459/97 acrescentou a esse rol a discriminação a etnia, religião e procedência nacional. Estas últimas não têm sequer um mandamento constitucional de discriminação.

Curiosamente, originariamente a Lei 7.716/89 não continha crimes de opinião. A Lei nº 7.716/89 definiu como crime de racismo obstar o acesso a cargo público (art. 3º) ou na iniciativa privada (art. 4º); dispensar tratamento diferenciado aos empregados (§1º); recrutar trabalhadores utilizando critérios raciais ou estéticos (§2º); discriminar clientes em estabelecimentos comerciais (art. 5º) ou na seleção de alunos para ingresso no estabelecimento de ensino (art. 6º); discriminar hóspedes nos hotéis e clientes em restaurantes, casas de diversões, clubes abertos ao público, salões de cabeleireiro, barbearia, casas termais, de massagem, similares (arts. 7º, 8º, 9º e 10); impedir o acesso de determinadas pessoas às áreas sociais do edifício etc. Não é possível enquadrar nenhum desses crimes na modalidade de crimes de expressão, nem mesmo como expressão simbólica.

A criminalização de expressões racistas só viria a integrar o rol de crimes de racismo em meados de 1997, através da Lei nº 9.459/97, que incluiu o art. 20 na Lei nº 7.716/89. Guilherme de Souza Nucci, comentando este dispositivo, considerou que o tipo penal possui textura demasiadamente aberta, ofendendo o princípio da taxatividade, pois o que está descrito no *caput* “não quer dizer absolutamente nada e pode dizer respeito a absolutamente tudo”. Para ele, o tipo penal do artigo 20 seria inaplicável por excesso de abertura¹³. Essa questão é assaz preocupante porque, como bem salienta Mireille Delmas-Marty, a idéia de imprescritibilidade de certos

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 320.

crimes – e o crime de racismo é imprescritível – só é aceitável se pressupormos uma definição precisa e restritiva dos casos aos quais se aplica¹⁴. No entanto, no julgamento do rumoroso HC 82.424, o Supremo Tribunal Federal julgou válido o artigo 20 e decidiu que escrever, editar, divulgar e comercializar livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, constitui crime de racismo¹⁵.

Aquele sodalício também superou um empecilho baseado no princípio da taxatividade penal, visto que a Constituição mandou que criminalizasse e taxou de imprescritível apenas os crimes de racismo, elocução que etimologicamente remete a raça. Todavia, a assaz citada Lei nº 9.459/97, a mesma que inseriu o artigo 20, alterou o art. 1º da Lei nº 7.716/89, ampliando o rol dos crimes de racismo para além do preconceito de raça e cor, inserindo o preconceito étnico, religioso e de procedência nacional, conceitos que não guardam relação com raça. Não obstante, o STF considerou que o legislador apenas utilizou da interpretação teleológica e sistêmica da Constituição para compatibilizar conceitos etimológicos, etnológicos, e sociológicos os mais diversos, visando a construir a definição jurídico-constitucional do termo, conjugando circunstâncias históricas e sócio-políticas que regeram sua formação e aplicação, obtendo, assim, o real sentido e alcance da norma¹⁶.

¹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2005. p. 67.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. Habeas Corpus** Nº 82.424/RS. Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Correa. J. 17/09/2003. Diário de Justiça, 19 mar. 2004.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. Habeas Corpus** Nº 82.424/RS. Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Correa. J. 17/09/2003. Diário de Justiça, 19 mar. 2004.

A decisão daquela Corte, obtida por maioria de votos, concluiu que as liberdades públicas não são incondicionais e que 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.

3 JUSTIFICATIVAS PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O que a liberdade de expressão realiza, a ponto de ser alçada à condição de direito fundamental do homem? Realiza a liberdade, obviamente, mas também celebra a democracia. Não é por outro motivo que governos autoritários apressam-se em tolher a livre expressão do pensamento. Quando dizemos que a liberdade de expressão é necessária porque o livre debate de ideias contribui para a busca da verdade e para a evolução do cidadão, a razão oferecida atende a uma *justificativa instrumental*, na medida em que vincula a liberdade de expressão à ideia de evolução social. Ela tem uma importância *instrumental* porque é benéfico para a sociedade que as pessoas possam dizer o que pensam. Mas a justificativa instrumental para a liberdade de expressão fornece os seus próprios limites, na medida em que uma expressão que não contribua em nada para o crescimento pessoal e social – e.g. pornografia na internet – não necessita ser livre, sendo passível de censura.

Todavia, há uma segunda ideia que simplesmente ignora as consequências benéficas da liberdade de expressão e aduz que ela existe simplesmente porque o Estado deve tratar os cidadãos como seres adultos e moralmente responsáveis. Seu ponto nodal é a *responsabilidade moral* do cidadão, livre da tutela estatal. É chamada de *justificação constitutiva*. São

tipos que não se excluem e nenhum deles atribui caráter absoluto à liberdade de expressão¹⁷.

A liberdade de expressão como modelo de justificação instrumental vincula a livre manifestação do pensamento a um propósito de engrandecimento da sociedade, permitindo a censura a formas de expressão consideradas politicamente incorretas, nocivas ou ofensivas a determinados grupos, ao argumento de que elas não contribuem para a descoberta da verdade ou para o enriquecimento do processo político. Para quem advoga a responsabilidade moral da liberdade de expressão, porém, a tese instrumental não oferece um modelo teórico eficiente naqueles casos em que a opção pela censura prévia é tomada pela maioria e quando não há um conteúdo político evidente que nos permita afirmar a possibilidade de um benefício coletivo¹⁸.

Destarte, para os cultores da tese da justificação constitutiva, é importante que a Constituição proteja até formas odiosas de expressão, simplesmente porque *“somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e nenhuma censura de conteúdo é compatível com esse compromisso”*¹⁹. Sua premissa central reza que o caráter ofensivo das idéias ou o fato de questionarem conceitos centrais e paradigmas sociais não são motivos válidos para a censura. Advoga a favor dessa tese a constatação de que toda ideia exprimida tem potencial para ferir

¹⁷ DWORIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 318-321.

¹⁸ DWORIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 324.

¹⁹ DWORIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 327.

alguém. Criacionistas se sentem ofendidos por darwinistas; fundamentalistas religiosos repudiam a liberdade sexual e acreditam piamente que o homossexualismo é um pecado... em suma, há vários estereótipos que ofendem segmentos da sociedade.

Nos Estados Unidos, a liberdade de expressão é sagrada e protegida pela Primeira Emenda à Constituição. Até meados da década de 60 havia um entendimento de que a Primeira Emenda só condenava a censura prévia. Sob o patrocínio de Holmes e Louis D. Brandeis, inspirados em Madison, essa concepção foi substituída pela de que o Estado só pode punir o discurso político quando dele resultar um *perigo real e imediato* (*clear and present danger*). Exemplo disso é gritar “Fogo!” em um teatro lotado ou incitar a multidão a cometer violência. Inclui nas proibições a expressão de pensamento manifestamente inconveniente, como percorrer um bairro residencial à noite com um carro de som. Também se inclui na proibição as chamadas *fighting words*²⁰, palavras belicosas, estopim de explosões violentas. De resto, não se deve censurar nada a pretexto de que o conteúdo da mensagem é mal, ofensivo, subversivo ou inconveniente²¹.

Afora o caso de perigo real e imediato de ruptura da paz social, o ordenamento americano dá uma importância enorme à liberdade de

²⁰ O *leading case* contra as *fighting Words* na jurisprudência americana da Suprema Corte é o caso *Chaplinsky v. New Hampshire* – 315 US 568 (March 9, 1942). Chaplinsky era membro da seita Testemunhas de Jeová e pregava na calçada, em uma movimentada tarde de sábado, quando membros da comunidade denunciaram que ele se referira a todas as demais religiões como uma esbórnica (*racket*). A Suprema Corte decidiu que o uso de palavras ofensivas suscetíveis de provocar retaliação por parte do homem comum não estão protegidas pela liberdade de expressão. **Chaplinsky v. New Hampshire** – 315 US 568 (March 9, 1942). Disponível em http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/chaplinsky.html Acesso em 29 set. 2011.

²¹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 316, 350-351.

expressão. No julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio*, a Suprema Corte decidiu que o Estado não pode punir um cidadão que gritou num comício da Ku Klux Klan que *o negro deve ser devolvido à África e o judeu a Israel*²². No caso *Capitol Square Review Bd. v. Pinette* – 515 U.S. 753 (1995), a Suprema Corte derrubou uma decisão da cidade de Columbus, Ohio, que proibira a Ku Klux Klan de exibir seu símbolo – a cruz incendiada – em praça pública, mesmo reconhecendo sua intenção de propagar a supremacia branca²³. Da mesma forma, aquele sodalício recusou-se a suspender a decisão do Sétimo Tribunal Itinerante que permitiu a um grupo neonazista marchar com suásticas na aldeia de Skokie, Illinois, uma vila onde vivia uma comunidade predominantemente judaica²⁴.

Mais recentemente, em 2003, a Suprema Corte americana admitiu que a liberdade de expressão não tem caráter absoluto e pode ser restringida pelo governo. Tratou-se do *case Virginia v. Black et al*, em que aquela Corte declarou a constitucionalidade de norma do Estado da Virginia que incriminava a queima de cruzes em rodovias e outros locais públicos, feita com o propósito evidente de intimidar. A Corte entendeu que a norma era constitucional porque sua finalidade era evitar a intimidação de pessoas, pouco importando se quem praticou o ato tenha agido por preconceito racial²⁵.

²² **Brandenburg v. Ohio, USA 395 444** (1969). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/395/444/case.html>> Acesso em 26 set. 2011.

²³ KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 148-150.

²⁴ **Capitol Square Review Bd. v. Pinette – 515 U.S. 753** (1995), Disponível em: <http://www.soc.umn.edu/~samaha/cases/collin_v_smith_usdc.html> Acesso em: 26.09.2011.

²⁵ KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira: necessidade ou mito?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 150-151.

O que um país como a Alemanha tolera, em termos de liberdade de expressão? Por óbvias razões históricas, aquele país tem toda uma preocupação com relação a discriminações raciais. Assim, o art. 5º da Lei Fundamental dispõe que “estes direitos [liberdade de expressão] têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal²⁶”.

Os alemães desenvolveram o conceito de *obrigação de fidelidade constitucional* (*Verfassungstreuepflicht*), fruto da interpretação sistemática do art. 21, II, e art. 33, I, da Lei Fundamental de Bonn. Essa obrigação é imposta a todos os candidatos a cargos e funções públicas e a todos os servidores públicos. A jurisprudência daquele país interpretou como incompatível com a obrigação de fidelidade constitucional a participação em movimento ou organização partidária cujo objetivo seja a superação da ordem liberal-democrática alemã, vedando-se o acesso a cargos públicos aos intolerantes, membros de partidos ou organizações políticas que defendam pontos programáticos incompatíveis com a liberal-democracia²⁷.

Na Alemanha também há lei criminalizando a incitação ao ódio racial. Guenter Deckert, líder de um partido de extrema direita alemão, o Partido Nacional Democrata, foi processado em 1991 por ter organizado um encontro no qual o palestrante seria o americano Fred Leuchter, um especialista em construção de câmaras de gás para presos condenados à morte nos Estados Unidos, que proclamava, com base em pesquisas de caráter duvidoso, que nenhum judeu fora morto nas câmaras de gás de

²⁶ **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em: 29 set. 2011.

²⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, NT 05, p. 25.

Auschwitz. Deckert foi condenado na primeira instância, mas o Tribunal Federal de Justiça o inocentou argumentando que a negação do holocausto não pressupunha incitação ao ódio racial. A decisão escandalizou a opinião pública à época. Em 1994, porém, a justiça alemã confirmou uma decisão do governo que proibira a palestra de David Irving, um historiador inglês do holocausto com teorias controversas. Na ocasião, o Tribunal Constitucional da Alemanha declarou que a negação do holocausto não está protegida pela liberdade de expressão. Posteriormente, em 1995, o Parlamento Alemão aprovou uma lei tornando crime, punível com cinco anos de prisão, a negação do holocausto, ainda que baseado na crença genuína de que este não ocorreu²⁸!

No Reino Unido, a Lei das Relações Raciais considera crime expressões que insultem as pessoas por sua raça, religião e sexo e o faça não apenas quando tendente a gerar violência, mas em qualquer circunstância, pois o que se pretende evitar é o insulto racial. No Brasil, expressões anti-semitas, racistas, de discriminação religiosa ou em virtude de origem regional são consideradas crimes e não estão amparadas pela liberdade de expressão.

Voltemos à constatação de Rawls de que não devemos tolerar o discurso intolerante quando ele impuser risco à democracia. Que riscos são esses? Para analisá-lo, voltamos os olhos ao passado, com uma lanterna de popa, para aferir, através da história, o potencial de risco de expressões injuriosas. Nossas leis vedam a manifestação de pensamento de grupos intolerantes favoráveis a idéias que já serviram de alicerce para injustiças

²⁸ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 358-360.

sociais históricas. Considerando o passado de atrocidades da civilização ocidental, expressões que veiculem ódio racial, anti-semitismo, homofobia ou sexismo afiguram-se intoleráveis aos olhos da maioria das pessoas e mesmo os liberais admitem alguma modalidade de censura sobre esses temas, pois remoê-los pode ressuscitar rancores e provocar ebulição social.

4 OS DELITOS DE OPINIÃO LEVADOS AO PAROXISMO E A AMEAÇA À LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM NOME DO POSTULADO DA PROTEÇÃO DO ESTADO

Admitamos que discursos de superioridade étnica ou racial solapam a democracia, na medida em que investem contra a liberdade individual. A história já demonstrou que em ambiente de discussão sobre primazia racial, étnica ou religiosa, os grupos não convivem em harmonia, mas tentam sobrepor-se uns aos outros – qualquer forma de intolerância necessita da violência para sobreviver, apenas aguardando o momento político propício. Admitamos, finalmente, que a limitação à liberdade de expressão se justifica, em casos que tais. O risco, agora, é o contrário: que a ampliação desmedida dos delitos de opinião, sempre limitando a liberdade de expressão, ameace a própria liberdade.

Erigir o Estado à condição de censor de idéias e expressões que a maioria considera que devam ser banidas pode levar a paroxismos. Um caso emblemático é *Rust v. Sullivan*, em que o Secretário do Departamento de Saúde e Serviços Humanos dos EUA editou uma resolução proibindo os profissionais de saúde de hospitais mantidos ou subsidiados pelo governo de mencionar ou sequer responder a perguntas dos pacientes sobre procedimento abortivo – a Suprema Corte norte-americana considerou que a resolução não ofendia a liberdade de expressão, pois os profissionais da

saúde continuavam a ser livres para dizerem o que quisessem, bastando, para tanto, desligar-se do programa federal²⁹.

Ainda nos Estados Unidos, uma Lei de Espionagem de 1917 considerava crime *induzir as pessoas a não se alistarem*, o que levou à prisão dos anarquistas Emma Goldman e Alexander Berkman. É difícil não concatenar a idéia de não incitação ao crime com a existência de um clássico da literatura como *A Desobediência Civil* de Henry David Thoreau, escrito na prisão, onde foi confinado por sonegação de impostos, cujo modelo serviu de inspiração a Mahatma Ghandi na luta pela expulsão dos colonizadores ingleses.

Rudolf Bahro escreveu sobre a reforma comunista em *The Alternative in Eastern Europe*, publicado na Alemanha Ocidental em 1977, quando foi preso sob acusação de espionagem e condenado a oito anos de prisão³⁰.

Nos EUA, uma lei de Indianápolis, aprovada com os esforços do movimento feminista – à frente Catharine Mackinnon, professora da Universidade de Michigan – foi declarada inconstitucional por ferir a liberdade de expressão. A lei proibiu a edição de material pornográfico que promovesse, de forma realista ou sugestiva, a subordinação sexual da mulher, notadamente naqueles casos em que as mulheres parecessem gostar

²⁹ **Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173** (1991). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=500&invol=173>>, acesso em 27 set. 2011.

³⁰ SCRUTON, Roger. **Pensadores da Nova Esquerda**. Tradução de Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 108.

da dor, da humilhação, tortura, ou que fossem apresentadas sujas, ensangüentadas, seviciadas ou submissas³¹.

Existe nos Estados Unidos um forte movimento feminista pela proibição de revistas e filmes pornôns. Eis um tema que conseguiu unir grupos tradicionalmente divergentes, como feministas e a direita religiosa. Eles argumentam que o mercado pornô alimenta a idéia de que as mulheres existem para a satisfação do homem e que as atrizes sofrem uma subordinação sexual aviltante³². Os que são contra a divulgação de material pornográfico não acham que sua proibição constitua censura. Eles defendem a *justificação instrumental*, vinculada a um propósito de engrandecimento da sociedade.

Ora, o material pornográfico não tem nenhuma pretensão de contribuição para o debate intelectual ou político. Muitos dos materiais eróticos que circulam não podem ser sequer tachados de livre manifestação do pensamento artístico. Mas a questão não é essa. Dever-se-ia censurar e criminalizar toda forma de manifestação erótica que apresente as mulheres como objeto sexual? Proibição desse jaez poderia ter impedido a publicação de clássicos como *Lolita*, de Nabokov, *Madame Bovary*, de Flaubert; as *Danae*, de Ticiano, não existiriam e *best-sellers* de sucesso seriam censurados, como *Cinquenta Tons de Cinza*. A dificuldade está em estabelecer quais critérios separam uma obra artística de uma pornográfica, quem será responsável por aplicá-los e, nesse caso, *quis custodiet istos custodes?* (Quem vigia o vigia?).

³¹DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 349.

³²DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 373.

A justificação instrumental já ultrapassou as fronteiras da indústria pornográfica e atacou as revistas especializadas em acompanhar o dia a dia dos famosos. A Princesa Caroline, de Mônaco, mostrou-se incomodada com tablóides publicando fotos suas em atividades rotineiras (fazendo feira, compras, praticar esportes e quejandos), mesmo sendo uma personalidade pública. A Corte Européia de Direitos Humanos declarou que a orientação do Tribunal Constitucional Alemão de não proibir a divulgação das fotos contrariava o artigo 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos e defendeu que, doravante, as decisões se orientassem pelo seguinte critério: a divulgação traz alguma contribuição para o debate público? Se for mera curiosidade pública, as fotos não podem ser publicadas, ainda que tiradas em locais de acesso público³³.

A livre manifestação do pensamento tem sofrido restrições também no ambiente acadêmico norte-americano. Em um campo tradicionalmente livre à circulação de idéias, universidades têm regulamentado o uso de expressões proibidas por ofenderem a dignidade de indivíduos devido a sua raça, origem, sexo, credo, nacionalidade ou condição social. Nada mal, já que o insulto deliberado não encontra respaldo na liberdade acadêmica. Todavia, para efeito de punição, amiúde não se tem distinguido o insulto deliberado da ofensa não intencional e a falta de sensibilidade tem sido objeto de punição em si mesma³⁴.

Na seara penal, o Ocidente tem assistido à aparição de novos bens jurídicos penalmente tutelados em matéria de racismo, sexismo, homofobia

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 11.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade** [...]. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 391.

etc. A visão do direito penal como o único instrumento pedagógico eficaz de política social é desalentadora. Primeiro, porque pressupõe a expansão *ad aeternum* da outrora *ultima ratio*; segundo porque é inútil transferir este fardo para a seara criminal. Muitas dessas demandas de criminalização que vêm sendo atendidas são ineficazes, contraproducentes e também inadequadas, na medida em que vulneram princípios do direito penal, como o que se refere a não criminalização da pura expressão de ideias³⁵.

O melhor argumento, a nosso ver, está com aqueles que, em oposição à justificação instrumental, defendem a justificação constitutiva. Segundo ela, a responsabilidade moral individual é um compromisso do Estado liberal e a censura é incompatível com esse compromisso. O recurso à criminalização de opinião deve ser pontual, aplicado *cum grano salis*, e não uma panacéia. Como advertiu Dworkin, “tome cuidado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você³⁶”.

CONCLUSÕES

A tolerância para com os intolerantes é um tema que suscita discussões acaloradas no Estado democrático de direito, porque testa os limites do direito fundamental à liberdade de expressão. O melhor argumento está na justificação constitutiva da liberdade de expressão, desvinculada de qualquer propósito de engrandecimento pessoal e baseada na responsabilidade moral do cidadão.

³⁵ Cf. SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da Política Criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33,79, 81-83

³⁶ DWORKIN, Ronald. *op. cit.*, p. 361.

A expansão do direito penal como instrumento pedagógico contra as *hard speeches* deve ser evitada. A criminalização da pura expressão de ideias deve ser aplicada *cum grano salis* e não servir de panacéia para a repressão de pensamentos que se afigurem inaceitáveis para os novos gestores da moral coletiva.

É preciso redobrada cautela quando o Estado, amparado na opinião pública, se arvora no direito de decidir o que pode e o que não pode ser dito. Não porque o preconceito não mereça repúdio, mas o risco social de uma expansão, no futuro, de usos e expressões banidas e, sobretudo, criminalizadas, é assaz preocupante.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. Habeas Corpus** Nº 82.424/RS. Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Correa. J. 17/09/2003. Diário de Justiça, 19 mar. 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do Direito**: do Código Penal aos Direitos Humanos. São Paulo: Manole, 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

KAUFFMAN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações Afirmativas à Brasileira**: necessidade ou mito? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Princípios Constitucionais Penais**. Disponível em: <<http://blogdoalbertojorge.blogspot.com/2010/03/principios-constitucionais-penais.html>>. Em 28.09.2011> Acesso em: 27 set. 2011.

MAGNOLI, Demétrio. **Uma Gotinha de Sangue**: História do Pensamento Racial. São Paulo: Contexto, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSENFELD, Denis Lerrer. **Justiça, Democracia e Capitalismo**. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da Política Criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

SCRUTON, Roger. **Pensadores da Nova Esquerda**. Tradução: Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo: Ed. Realizações, 2011.