

**ANÁLISE DO JULGAMENTO DO  
H.C. 82.424 PELO S.T.F.  
RACISMO OU RESTRIÇÃO  
INDEVIDA À LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO?  
APRECIÇÃO SOB A  
PERSPECTIVA DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL AMERICANO E  
DA TEORIA DO AGIR  
COMUNICATIVO (HABERMAS).**

**LAURO AUGUSTO MOREIRA MAIA**

**ANÁLISE DO JULGAMENTO DO H.C. 82.424 PELO S.T.F.  
RACISMO OU RESTRIÇÃO INDEVIDA À LIBERDADE  
DE EXPRESSÃO?  
APRECIÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO  
CONSTITUCIONAL AMERICANO E DA TEORIA DO  
AGIR COMUNICATIVO (HABERMAS).**

Lauro Augusto Moreira Maia<sup>1</sup>

**RESUMO**

Este trabalho busca fazer uma reflexão acerca de uma decisão da Suprema Corte num caso de crime de racismo. A decisão é também analisada sob a perspectiva da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América e da teoria do agir comunicativo proposta por Jürgen Habermas.

**Palavras-Chave:**

Crime de Racismo. Direito Processual e Direito Internacional. Anti Smitismo. Liberdade de Expressão.

**ABSTRACT**

This work intends to reflect about the decision given from the Supreme Court in case of crime of racism. The decision also is analyzed for the freedom's perspective of expression of United States and the theory of communicate act proposed by Jurgen Habermas.

**Keywords:**

Crime of Racism. Procedural Law and International. Anti Smitism. Freedom of Expression.

Hoje você é quem manda  
Falou, tá falado  
Não tem discussão, não.

<sup>1</sup> Juiz Titular da 5ª Vara Cível da Comarca de Palmas-TO. Autor do livro 'Os novos paradigmas do Direito Civil. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra - Portugal. Aluno do Curso de Doutorado em Direito Público da Universidade de Coimbra - Portugal.  
e-mail: lauro@tjto.jus.br

A minha gente hoje anda  
 Falando de lado e olhando pro chão.  
 Viu?  
 Você que inventou esse Estado  
 Inventou de inventar  
 Toda escuridão  
 Você que inventou o pecado  
 Esqueceu-se de inventar o perdão.

(...)

Quando chegar o momento  
 Esse meu sofrimento  
 Vou cobrar com juro. Juro!  
 Todo esse amor reprimido,  
 Esse grito contido,  
 Esse samba no escuro.

Você que inventou a tristeza  
 Agora tenha a fineza  
 de “desinventar”.  
 Você vai pagar, e é dobrado,  
 Cada lágrima rolada  
 Nesse meu penar.

## 1 BREVE ABERTURA

A música “Apesar de você”, do compositor Chico Buarque foi composta e gravada em pleno calor da ditadura militar. Milhares de discos foram vendidos, até que um dia alguém escreveu uma matéria para um jornal do Rio dizendo quem era “você” (o então presidente Médici) na letra da música. No dia seguinte, a polícia da ditadura invadiu a gravadora e lojas de discos, promovendo a apreensão de todos LP's que continham a música. Uma das obras-primas do compositor entrou para o Índice da intolerância. A música foi acusada de subversiva.

Com o autor e editor Siegfried Ellwanger aconteceu algo semelhante. Sua obra e outras edições, antes consideradas legais

passaram a ser vista como ilegais e, portanto, proibidas, e o autor, subversivo.

No primeiro caso, contudo, Chico Buarque não foi preso, processado e nem condenado criminalmente. A ditadura não lhe impôs isso; no segundo, em plena era democrática, pela sua audácia de discordar da historiografia tradicional quanto à história da segunda guerra mundial e do holocausto, o autor/editor foi condenado pelo crime de racismo.

## 2 SUCINTO ESBOÇO DO CASO

O senhor Siegfried Ellwanger é autor de uma obra e editor de outras três onde é constante a defesa de um revisionismo histórico quanto à segunda guerra mundial e o holocausto. Parte o autor/editor de uma premissa hoje comum na ciência baseado na idéia de que a história (nesse caso, da segunda guerra mundial e do holocausto) foi contada do ponto de vista dos vencedores. Ele também dirige fortes críticas ao sionismo. Em nenhum momento, porém, incorreu em crime de racismo, como equivocadamente entendeu o STF.

Parte importante do entendimento exarado no voto do relator do HC 82.424, Ministro Maurício Correia, está exposto abaixo:

... A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias 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 conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

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..." (fls. 525).

(...)  
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.” (fls. 526)

(...)

“Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de '*revisãoismo*', como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

Em linhas gerais, como dito antes, *o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra*. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração são apresentados como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. *Pretende, pois, alterar fatos históricos incontestáveis, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu.*” (fls. 569/570)

Chama atenção no voto do relator, acolhido pela maioria, o fato de:

– encontrar ilegalidade em idéias *negadoras e subversoras de fatos históricos incontestáveis como o holocausto*. É crime subverter fatos históricos incontestáveis? O tema “holocausto” adquiriu blindagem contra investigações futuras? Em se entendendo que não existe essa possibilidade, a sanção criminal seria a reprimenda adequada para o “subversor”? Qual o fundamento jurídico para impedir a *reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem?*

Essas são questões que devem ser objeto de reflexões.

Importante antes delimitar o que se deve compreender sobre “racismo”. Nos votos expostos foram apresentados os seguintes conceitos:

- a) “ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)”. (CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Saraiva, v. 1, 3ª Ed., 2000, p. 57);
- b) “o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça.” (SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2ª Ed., Malheiros, pp. 223/224);
- c) Ao estigmatizar os judeus como membros de uma raça considerada inferior à ariana, o anti-semitismo condenava-os de modo intrínseco e permanente, já que não bastava que renegassem sua religião e se tornassem

cristãos para se livrar de sua 'condição. (...)’”(EDSON BORGES, CARLOS ALBERTO MEDEIROS E JACQUES d'ADESKY, “**Racismo, Preconceito e Intolerância**”, p. 43, 48/49 e 57/58, 2002, Atual Editora);

d) *Não só existem raças, não só existem raças superiores ou inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis.* A justificação do colonialismo se serviu sobretudo do segundo princípio: há não muitos anos, a União Soviética justificou a agressão ao Afeganistão sustentando que era seu dever dar uma ajuda fraterna ao povo vizinho ameaçado por inimigos poderosos. No entanto, o racismo jamais renunciou ao uso do terceiro princípio. (Bobbio, Norberto. Elogio da Serenidade. São Paulo: Unesp, 2002. p. 127-128).

Os conceitos acima apontados, todos extraídos dos votos que denegaram o HC a Siegfried Ellwanger, podem ser resumidos à ideia de que, para configurar o crime de racismo, é fundamental aceitar a existência de raças, que existam raças superiores e, precisamente por isso, essas devem dominar as inferiores.

O relator expôs excertos da obra cujas partes não deixariam dúvida da prática do crime de racismo. São elas:

**Livro “Judeu Internacional”, Henry Ford (fls. 19/20):**

- “Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos” (p. 11);

- “Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação” (p. 24);

- “não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder” (p. 75)

- “Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias os ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (sic) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter” (p. 171)

**Livro “Conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”, Louis Marschalko (fls. 20/21):**

- “toda essa divisão, toda essa desordem todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força

secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas (...) [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história” (p. 09)

- “o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história que houve seis milhões de mártires judeus...” (p. 112)

- “Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais” (p. 214).

*Livro “Brasil – Colônia de Banqueiros”, Gustavo Barroso* (fl. 21):

- “Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial” (p. 34)

- “O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar, os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora” (p. 95).

*Livro “Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira”, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S. E. Castan* (fl. 23):

- “o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda” (p. 23).

- “os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus” (p. 23).

### 3 CRÍTICAS

Inicialmente é essencial registrar que uma obra não pode ser interpretada através da leitura isolada de partes estrategicamente escolhidas pela acusação,<sup>2</sup> e ainda que a leitura dos votos proferidos naquele julgamento indicia convicentemente que, exceto o ministro Carlos Britto, as obras não foram integralmente lidas pelos demais membros do S.T.F.,<sup>3</sup> que, portanto, sequer interpretaram a obra

<sup>2</sup>O ilustre ministro Maurício Corrêa teve a hombridade de reconhecer que retirava as citações do paciente da peça acusatória.

<sup>3</sup>No voto do ministro Gilmar Mendes, as únicas citações das obras consideradas racistas foram extraídas do voto do Desembargador relator do TJRS, senhor Fernando Mottola e do Desembargador revisor, senhor José Eugênio Tedesco, conforme fls. 664 e seguintes.

apontada como racista, mas se resumiram a reproduzir um entendimento egresso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça.<sup>4</sup>

Precisamente isso me fez lembrar uma importante lição de Gustav Radbruch, para quem “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas pelo contrário, um saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro”.<sup>5</sup>

A propósito da análise de **partes** isoladas da obra, pinçadas ao sabor da acusação, não transmitem ao intérprete a dimensão **toda** que a obra representa, daí a oportuna cátedra de Juarez Freitas ao afirmar que “a interpretação é sistemática - no sentido aqui conceituado – ou não é interpretação, muito especialmente no que concerne à exegese constitucional”,<sup>6</sup> no que lembrou bem que, para compreendermos melhor o **texto**, deve se investigar o **contexto**. Uma **parte** da obra só deixa ser conhecida por meio do todo. Se por um lado, como dizia o poeta Gregório de Matos Guerra, “o todo sem a parte não é todo”, também é verdade que “a parte sem o todo não é parte”.<sup>7</sup>

A acusação e a maioria julgadora do HC 82424, ao pinçar decotes isolados da obra, desconsideraram outras partes, que na

<sup>4</sup>À exceção dos senhores ministros Moreira Alves e Marco Aurélio. Importante observar que de fato não seria necessária a leitura das obras face o estreito limite do HC e, especificamente, do ainda mais estreito fundamento deduzido pelo impetrante. No entanto, tendo em vista que a partir do voto do ilustre Min. Maurício Corrêa passou-se a adentrar no mérito da demanda principal, a leitura das obras tornou-se (ou deveria tornar-se) uma exigência lógica.

<sup>5</sup>RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coleção studium. Tradução e prefácio do Professor L. Cabral de Moncada. 6ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 231.

<sup>6</sup>FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 222. Umberto Eco lembra que deve ser interpretado não o autor, mas o texto, a obra. Afirma: “Como provar uma conjectura sobre a intentio operis? A única forma é checá-la com o texto enquanto um todo coerente” (ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 76).

<sup>7</sup>Gadamer enfatizou que “a tarefa de interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. (...) Na idéia de uma ordem jurídica supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma justa ponderação do todo”. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1965, p. 312. Pode-se dizer que mesmo antes de Heidegger, Pascal teria influenciado a teoria de Gadamer, pois já afirmava a necessidade de “ir do todo à parte e da parte ao todo”. (CIURANA, Emilio Roger. *Complexidade: Elementos para uma definição*. In CARVALHO, Edgar Assis; MENDONÇA, Terezinha. (Orgs). *Ensaio de Complexidade 2*. Porto Alegre: Sulina, 2003, p. 61).



apreciação global poderiam dar outro sentido ao texto e contexto. O Ministro Carlos Britto apontou trechos que poderiam ser considerados e apreciados juntamente com os demais. Do livro do próprio paciente, na página de apresentação, consta:

Tratando-se de uma obra envolvendo FATOS HISTÓRICOS, longamente pesquisados que devem ser conhecidos do maior número possível de pessoas, o autor libera a reprodução e divulgação parcial de capítulos isolados deste livro.

Ao final da mesma obra o autor afirma:

Este livro é resultado da minha pesquisa e representa, portanto, A MINHA VERDADE (...). Se o leitor achar, após ler e reler os acontecimentos apresentados, que não está de acordo, só tenho dois caminhos a tomar – fazer sua própria pesquisa, procurando fontes mais honestas, ou continuar acreditando na MENTIRADO SÉCULO.

Aliás, a antepágina de “apresentação” da obra contém uma citação de Douglas Christie de rara sensibilidade quanto àquilo que deveria ser objeto maior reflexão:

Ninguém tem o monopólio de apresentar o desenrolar de fatos históricos. NUNCA deverá ser silenciada uma discussão a esse respeito por imposição de meios estatais.

O autor/paciente fez duras críticas aos judeus e principalmente ao sionismo,<sup>8</sup> mas o seu texto não autoriza concluir que ali se encontre algum tipo de racismo. A manifesta intenção que o autor deixa, pelo menos na dimensão textual, é o desejo de expressar um revisionismo histórico, principalmente quanto à segunda grande guerra e ao holocausto.

A conclusão a que chegou a maioria do S.T.F., no sentido de que a obra expressava racismo, equivocou-se precisamente quando equiparou críticas aos judeus e ao sionismo, além da negação do holocausto à prática de crime.

E esse equívoco se expressou desde o voto do ilustre ministro Maurício Corrêa até a ementa do julgado, considerando prática de anti-semitismo a defesa de idéias “negadoras e subversoras de fatos

<sup>8</sup>Nunca é demais lembrar que a Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 3379 de 10 de novembro de 1975, por 72 votos a 35, com 32 abstenções considerou que o sionismo equivale a racismo. Esta resolução foi posteriormente anulada pela Resolução 4686 da ONU.

históricos incontestados como o holocausto”.

Numa perspectiva consequencialista, a decisão do S.T.F. aponta para uma proibição de divulgação de pesquisas científicas que expressem uma versão distinta ou oposta àquela defendida tradicionalmente, ainda que realizada sob o rigor dos cânones da melhor metodologia científica. Para a Corte Suprema o holocausto, tal como contado pela historiografia tradicional, encerra “um fato histórico incontestado”, uma verdade infalível e sacralizada. O Judiciário estabeleceu aquilo que é “a verdade”.

Por outro lado, e retomando agora as noções de racismo a partir de definições extraídas dos próprios votos dos Ministros, podemos concluir que o texto do autor/paciente pode configurar um ataque contra os judeus, até mesmo um ato de desprezo, mas nunca racismo, ao menos considerando as definições apresentadas.

Nenhum dos excertos citados alude a judeus como raça inferior. Nenhum dos textos apontados defende supremacia da raça ariana. E o mais importante: não defende que raças superiores dominem raças inferiores.

Examinando-se com cautela, o que se vai encontrar é exatamente o contrário. Expressões como “o judeu é o verdadeiro amo do mundo” ou “a raça judaica é uma supranacionalidade que vive no meio e acima dos povos”, entre outras, não apenas denotam, mas conotam uma crítica veemente exatamente pela razão oposta. Os judeus oprimem os povos valendo-se de uma suposta posição de supremacia. Aliás, é exatamente isso que ele chega a afirmar com todas as letras: “... porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: **o anseio de dominação.**”

Essa diferença entre os textos citados e a definição de racismo só foi captada na exposição do voto do Ministro Carlos Britto numa passagem que poderia resumir toda a obra, ao afirmar que o autor/paciente em momento algum falou “**de arianismo. Nem de superioridade racial alemã, ou de inferioridade racial judaica. Jamais! Muito menos de justificar ou apoiar o holocausto, até porque ele inverte a ordem das coisas: para ele, Sigfried Ellwanger Castan, quem sofreu o holocausto ou o sistemático processo de dizimação humana foi o povo da Alemanha.**” (fls. 845)

No caso em exame, os Ministros tinham diante de si a dupla

missão interpretativa, porque deveriam interpretar não apenas leis, mas aqui, sobretudo, um texto não jurídico. E esse texto não pode ser pensado através de métodos puramente jurídicos, sob pena do risco daquilo que Todorov sugeriu maliciosamente: “um texto é apenas um piquenique onde o autor entra com as palavras e os leitores com o sentido”<sup>9</sup>

Considerando a dimensão textual da obra, poderá se constatar que em nenhum momento o autor/paciente cometeu o crime de racismo. E não cometeu simplesmente porque o seu texto não faz defesa do arianismo, não prega a superioridade alemã, nem prega inferioridade da raça judia. Se a dimensão textual não abona a tese do racismo – e efetivamente não abona –, então resta dizer que prevaleceu na compreensão da obra, a *intenção do intérprete*. Umberto Eco<sup>10</sup> já advertia sobre isso:

Em alguns dos meus escritos recentes, sugeri que entre a intenção do autor (muito difícil de descobrir e frequentemente irrelevante para a interpretação de um texto) e a intenção do intérprete que (para citar Richard Rorty) simplesmente 'desbasta o texto até chegar a uma forma que sirva a seu propósito' existe uma terceira possibilidade. Existe a *intenção* do texto.

#### 4 PERSPECTIVA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Analisado o caso sob a perspectiva da liberdade de expressão nos Estados Unidos da América e, mais precisamente, da Suprema Corte dos Estados Unidos, a conclusão seria outra, certamente oposta.

Nenhum povo do mundo preza tanto a liberdade de expressão como o americano. A democracia liberal americana foi construída e ainda vive sob o parâmetro da livre discussão de idéias. Nem o Estado, nem os juizes podem ser os fiadores da verdade. Isso ficou decidido em vários julgados da Suprema Corte.

Importante frisar que nos EUA, até mesmo entidades como a Ku

<sup>9</sup>Apud ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 28.

<sup>10</sup>ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 29.

Klux Klan existem legalmente e propagam livremente suas idéias. Ronald Dworkin,<sup>11</sup> a propósito, lembra que:

No que diz respeito ao direito constitucional norte-americano, ele tem toda razão. Permite-se que a Ku Klux Klan e o partido nazista norte-americano propaguem suas idéias dentro dos Estados Unidos, e a lei de relações raciais do Reino Unido seria inconstitucional em nosso país na medida em que proíbe as expressões abstratas de ódio racial.

E o próprio autor justifica o fardo da convivência com ideologias racistas:

A negação do holocausto é uma ofensa monstruosa à memória dos judeus e de todos os outros que morreram nos campos de concentração de Hitler. Isso é verdade: seria terrível não só para os judeus, mas também para a Alemanha e para a humanidade inteira, se a cínica 'mentira de Auschwitz' viesse um dia a ganhar credibilidade. Essa mentira deve ser refutada publicamente, por inteiro e com todo o desprezo que merece, sempre que possível.

Mas a censura é outra coisa. Não podemos aprovar o princípio de que uma opinião pode ser proibida quando os que estão no poder têm certeza de que ela é falsa e que algum grupo será profunda e compreensivelmente melindrado se essa opinião for publicada. Os criacionistas que proibiram o ensino da hipótese darwinista nas escolas públicas do Tennessee na década de 1920 tinham tanta convicção da história dos seres vivos quanto nós temos da história da Alemanha, e também eles agiram para proteger pessoas que se sentiam humilhadas no âmago do seu ser pela nova e vergonhosa doutrina. Os fundamentalistas muçulmanos que decretaram a pena de morte de Salman Rushdie também estavam convictos de que esse escritor estava errado e também agiram para proteger pessoas que haviam sofrido profundamente com palavras que lhes pareciam escandalosamente mentirosas. Toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos

<sup>11</sup>DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição Norte-Americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 355.

mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. **Tome cuidado com os princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você.**<sup>12</sup>

Jónatas Machado,<sup>13</sup> a respeito da liberdade de expressão nos Estados Unidos, aponta que:

... é tão legítimo procurar demonstrar que o holocausto nunca existiu ou que foi castigo divino pelos pecados de almas reencarnadas, como tentar provar que todos os alemães foram carrascos voluntários ao serviço de Hitler, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para os crimes cometidos por outros regimes políticos, autoritários ou não.

... a valoração e proscrição de qualquer das opiniões em confronto implicaria a existência de um sistema de censura o qual teria naturalmente uma tendência expansiva, razão pela qual uma doutrina de restrição do discurso a partir do ódio (*hate speech; hate crimes*) em nome de uma moralmente correta política do amor tem que ser objeto da maior precaução, sob pena de a 'nova liberdade de expressão' acabar por se confundir com a 'velha censura'.

... aponta-se para uma interpretação restritíssima das ofensas dirigidas a grupos sociais, de forma a que sempre que o objetivo preponderante de um conteúdo expressivo consista em formar, informar, debater, denunciar, questionar ou criticar, o mesmo não deve ser proscrito, **independentemente dos efeitos sociais que daí possam resultar.**

## 5 PERSPECTIVA DO AGIR COMUNICATIVO (HABERMAS)

O pensador alemão Jürgen Habermas compreende o projeto da modernidade como inacabado, e é como alguém que retoma esse projeto que ele próprio se vê.

A preocupação central da sua teoria, teoria do agir

<sup>12</sup>Idem. p. 361.

<sup>13</sup>MACHADO, Jónatas. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 843/847.

comunicativo, está fundada na idéia da legitimidade do direito frente a uma sociedade pós-metafísica, complexa e plural.

Habermas entende que somente através do discurso sincero de todos os interessados é possível construir um sistema verdadeiramente legítimo, diminuindo ou equacionando a tensão existente entre facticidade e validade.

O acento agudo da sua teoria tem origem na angústia acerca do problema da autolegislação. Habermas pretende substituir a ficção representativa que conduz a um "pluralismo de elites" por uma autodeterminação de uma comunidade de pessoas por meio do diálogo sem impedimentos.

Obviamente que essa comunidade discursiva somente se opera quando presentes determinados requisitos, e um deles é sem dúvida a necessidade de perseguir "uma reflexão sobre as condições de um diálogo *livre de dominação*, isto é, as condições, inclusive sociais, de uma comunicação isenta de coação e violência onde só pese a força do melhor argumento".<sup>14</sup>

Com isso estaria resolvido o problema da legitimidade do direito, tendo em vista que todos aqueles, de alguma forma atingidos ou alcançados pela norma, seriam também autores discursivos dessas mesmas normas. Dito de outra forma, operaria a legitimidade do direito pelo resgate discursivo de sua pretensão de validade.

Ora, isso somente seria possível onde não existam impedimentos ou obstáculos à livre transmissão e recepção das idéias. Vale dizer: "o exercício da soberania popular no processo de formação da vontade será melhor respeitado quando não haja direitos substantivos colocados como limites à liberdade comunicativa dos cidadãos no desempenho da autolegislação democrática."<sup>15</sup>

<sup>14</sup>VALLS, Álvaro Apud JUSEFOVICZ, Eliseu. Democracia e legitimidade do direito à luz da teoria habermasiana. In LOIS, Cecilia Caballero (Org.). **Justiça e Democracia entre a universalidade e o comunitarismo**. São Paulo: Landy, 2005, p. 166. Jean Jacques Chevallier e Yves Guchet afirmam que "a comunicação deve estar livre de constrangimentos externos e internos" (CHEVALLIER, Jean-Jacques e GUCHET, Yves. As grandes obras políticas: de Maquiavel à actualidade. Tradução de Luís Cadete. Portugal: Publicações Europa-América, 2004, p. 423).

<sup>15</sup>JUSEFOVICZ, Eliseu. Democracia e legitimidade do direito à luz da teoria habermasiana. In LOIS, Cecilia Caballero (Org.). **Justiça e Democracia entre a universalidade e o comunitarismo**. São Paulo: Landy, 2005, p. 175.

Assim postas as premissas, possível concluir que sob uma perspectiva habermasiana da teoria do agir comunicativo, o estabelecimento de “verdades incontroversas” ditadas pelo Estado através do aparelho judicial é prática que invalida a tentativa de construir uma teoria radical da democracia.

Na concepção do agir comunicativo, o debate livre de impedimentos não é apenas um elemento acidental, mas condição essencial para a reconstrução de uma verdadeira democracia discursiva, que possa dar conta de um Estado de Direito carregado pelo fardo da facticidade.

## 6 CONCLUSÃO

Pese o enorme respeito pelo STF e por todos os seus dignos membros, a denegação do HC 82.424 representou um equívoco histórico no qual ficou evidente a influência de julgados de cortes europeias. A democracia europeia até hoje não se sente completamente à vontade em razão de resquícios dos totalitarismos do século XX.

Ocorre que esse forte e justificado temor contra o totalitarismo nunca atravessou o atlântico. Basta ver o caso do EUA, onde mesmo com existência livre, entidades como a Ku Klux Klan não pôs em perigo real o poder público e a sociedade como um todo.<sup>16</sup> Não é diferente no Brasil. Mesmo movimentos como o integralismo reuniu poucos adeptos e teve vida curta. As idéias totalitárias nunca atingiram o entusiasmo de porções significativas da nossa sociedade.

Por outro lado, o paciente do HC analisado não cometeu crime algum. E por isso não se deve aplicar a idéia tão antiga quanto equivocada da *intolerância para com os intolerantes*, idéia essa que termina, se bem analisadas as coisas, nos nivelando ao mais

<sup>16</sup>Houve incidentes racistas de maior expressão em cidades com Mississipi, posteriormente contido pelo FBI.

indecente totalitarismo.<sup>17</sup>

George Steiner<sup>18</sup> nos advertiu exatamente contra isso: “Dir-se-ia, talvez, que, em qualquer grande luta, começamos a parecer-nos com o nosso oponente.” Esse, devo confessar, é um dos meus receios.

DO LIVRO "NOSTALGIA DO ABSOLUTO" DE GEORGE STEINER

ESTE LIVRO É DE PROPRIEDADE DA BIBLIOTECA ESMAT

<sup>17</sup>A intolerância para com os intolerantes é um debate que se inicia com Hobbes e Locke e atualmente foi estudado por ilustres cientistas e filósofos como Karl Popper, Alain, André Comte-Sponville, entre outros que a memória agora me oculta. Mas é bom lembrar que todos eles tiveram a cautela de delimitar e restringir o alcance da afirmação. Comte-Sponville afastava a intolerância quando a questão fosse relativa à liberdade de expressão. Dizia ainda que “uma ação intolerante...devem ser proibidas se, e somente se, ameaçarem efetivamente a liberdade ou, em geral, as condições de possibilidade da tolerância”.(COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno tratado das grandes virtudes. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 178). Popper afirmou: “Não quero dizer com isso que seja sempre necessário impedir a expressão de teorias intolerantes. Enquanto for possível enfrentá-las com argumentos lógicos e contê-las com ajuda da opinião pública, seria um erro proibi-las.” (Apud COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno tratado das grandes virtudes. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 178).

<sup>18</sup>STEINER, George. *Nostalgia do absoluto*. Lisboa: Relógio d'água editores, 2003, p. 15.