

Os Limites à Liberdade de Expressão: uma Análise do Debate Acerca da Proibição ao Discurso de Ódio a Partir de um Caso Emblemático

The Limits to Freedom of Speech: An Analysis of the Debate Concerning Prohibitions of hate Speech Based on an Emblematic Case

Octavio Sampaio de Moura Azevedo¹

Resumo

Este artigo tem como objetivo investigar o debate em torno da permissibilidade de restrições ao discurso de ódio a partir de um caso emblemático da Suprema Corte dos Estados Unidos: *Beauharnais v. Illinois*, de 1952. A análise dos argumentos apresentados pelos juízes em suas opiniões possibilitará a identificação dos principais pontos de tensão do debate, de modo a se criar uma chave de análise confiável que possibilitará sua melhor compreensão. A fim de complementar os argumentos analisados, as reflexões de Robert C. Post a respeito do tema também serão trazidas a presente investigação, em especial sua concepção de liberdade de expressão fundada no autogoverno, as modalidades de dano causadas por discursos odiosos e seu conceito de *public discourse*. Por meio dessa investigação, pretende-se trazer maior clareza aos conceitos e categorias do debate, apontando o que realmente está em jogo quando se fala na restrição da liberdade de expressão nessas hipóteses.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Robert C. Post. *Beauharnais*. *Public discourse*.

Abstract

The purpose of this article is to investigate the debate concerning the permissibility of restrictions to hate speech setting of from an emblematic case of the Supreme Court of the United States: *Beauharnais v. Illinois*, from 1952. The analysis of the arguments

¹ Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e gestor de projetos no Instituto Pro Bono (IPB, São Paulo, SP, Brasil). E-mail: oc.azevedo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5426-6435>.

presented by the Justices in their opinions will enable us to identify the central points of controversy of the debate, so as to create a reliable metric to better understand it. In addition to the arguments discussed, the thoughts of Robert C. Post on the subject will also be brought to the present investigation, specially his conception of freedom of speech founded in the idea of selfgovernment, the different categories of harms caused by hateful speeches and his concept of public discourse. Through this investigation, we aim to bring more clarity to the concepts and categories of the debate, pointing out what really is at stake when we discuss restriction of freedom of speech in these scenarios.

Keywords: Freedom of speech. Hate speech. Robert C. Post. Beauharnais. Public discourse.

Introdução

Um dos traços marcantes de sociedades democráticas como a nossa é a multiplicidade de ideias e opiniões compartilhadas por seus grupos e indivíduos. Em contextos assim, caracterizados pelo pluralismo de pontos de vista, diariamente somos expostos a discursos com os quais discordamos, mas mesmo diante de pontos de vista contrários aos nossos, optamos por exercer a tolerância em nome de um compromisso para com a democracia e a liberdade de expressão. É o caso, por exemplo, de disputas em torno de questões políticas e de relevância pública, tais como a forma como nossas instituições são organizadas ou a eficiência de uma política pública. Nem o indivíduo mais otimista acredita ser possível chegar a um consenso sobre questões como essas, mas isso não nos parece problemático. Muito pelo contrário. Desacordos como esses são vistos como próprios de regimes democráticos e a liberdade de expressão desempenha um papel importante de garantir a participação de todos nas discussões que pautam nosso cotidiano.

Entretanto, não raras vezes somos confrontados por discursos que nos parecem ir além de meras divergências de opinião e atentam diretamente contra valores que entendemos como fundantes de nossa experiência democrática. Exemplos desse tipo de manifestação em nossa conjuntura política recente não faltam: a defesa de regimes antidemocráticos, a desqualificação de minorias políticas e a difusão de notícias falsas são todas modalidades de discurso que têm desafiado nossa tolerância e levantam questionamentos quanto aos limites do direito à liberdade de expressão.

Em resposta a esse novo contexto, diversas democracias ocidentais nos últimos anos têm buscado restringir a liberdade de expressão por meio da promulgação de legislações específicas voltadas a sua regulação. Dentre as

hipóteses sobre as quais essas legislações se voltam, destaca-se o que é popularmente chamado de “discurso de ódio” ou “discurso odioso”. O debate em torno da possibilidade de se proibir esse tipo de discurso tem voltado a ganhar relevância, tanto no âmbito acadêmico como entre a população de modo geral, especialmente no Brasil². Trata-se de um debate que coloca, em lados opostos, reivindicações igualmente razoáveis. De um lado temos quem defenda a sua restrição, alegando que os danos causados àqueles que são alvos desse tipo de discurso – ou simplesmente o caráter imoral de sua mensagem – justificariam sua retirada do debate de ideias toleráveis em uma democracia. Do outro, aqueles que defendem que, apesar de seu conteúdo reprovável, ele ainda é um exercício legítimo da liberdade de expressão, não podendo ser restringido apenas porque discordamos de seu conteúdo.

Contudo, a despeito de sua proeminência, o debate em torno do discurso de ódio ainda é marcado por uma série de imprecisões e confusões conceituais que dificultam o estabelecimento de um diálogo claro a seu respeito. O próprio conceito de discurso de ódio é extremamente controverso e fruto de divergências, a ponto de se questionar até mesmo a possibilidade de se chegar a um conceito bem delimitado. As tentativas de conceituá-lo em legislações que buscam regulamentar essa forma de discurso, a despeito da presença de alguns elementos recorrentes, trabalham com conceitos ambíguos como “ódio” e “dignidade” e quando não o fazem, acabam por se apoiar em categorias extremamente subjetivas para orientar sua aplicação, como sentimentos de ofensa ou indignação³.

² Para uma introdução ao debate, ver Hare; Weinstein (2009) e Matsuda; Lawrence III; Delgado; Crenshaw (1993). No cenário nacional, ver Gross (2017); Macedo Junior (2017, p. 274 – 302); Sarmiento (2006, p. 207 – 262) e Silva (2015).

³ Entre alguns exemplos de legislações que buscam conceituar o discurso de ódio temos: i) o Código Criminal do Canadá, nas seções 319 (I) *“Todo aquele que, ao comunicar uma declaração em qualquer espaço público, incita ódio contra qualquer grupo identificável, suscetível de levar a uma quebra na paz [...]”*, tradução nossa, e 319 (II) *“Todo aquele que, ao comunicar uma declaração, além de conversas privadas, intencionalmente promove ódio contra qualquer grupo [...]”*, (CANADÁ, 1985, tradução nossa); ii) a seção 130 do Código Penal Alemão *“Qualquer um que, em uma maneira capaz de perturbar a paz pública (i) incita ódio contra um grupo nacional, racial, religioso ou definido pelas suas origens étnicas, contra segmentos da população ou indivíduos em razão de seu pertencimento a um dos grupos ou segmentos da população mencionados acima ou chama à violência ou tomada de medidas arbitrárias contra eles ou (ii) ataca a dignidade humana de outros insultando, maliciosamente difamando um dos grupos supramencionados [...]”* (ALEMANHA, 2013, tradução nossa), e iii) do Reino Unido Public Order Act de 1986, em suas seções 18(I) *“Uma pessoa que usa palavras ou comportamento ameaçador, abusivo ou insultante ou que exhibe qualquer*

Assim, na ausência de um objeto claro de análise, qualquer tentativa de investigar o tema mais a fundo acaba ficando prejudicada.

Diante desse cenário, o presente artigo propõe investigar o debate em torno da permissibilidade de restrições ao discurso de ódio a partir de um caso emblemático da Suprema Corte dos Estados Unidos: *Beauharnais v. Illinois*, de 1952⁴. O caso teve como controvérsia central a constitucionalidade de uma lei que tinha como objetivo restringir discursos direcionados a grupos minoritários em razão de seu conteúdo ofensivo. Veremos que as controvérsias sobre as quais o tribunal teve que se debruçar no caso em questão refletem as problemáticas que têm figurado nos debates acadêmicos acerca do discurso de ódio, mas que permanecem sem uma definição clara, como o caráter discriminatório e excludente do discurso e a forte dimensão política que ele carrega. Assim, por meio da análise dos argumentos apresentados pelos juízes do tribunal, será possível identificar os principais pontos de tensão do debate, bem como avaliar a coerência e correção das soluções por eles propostas.

Diferentemente de outros casos da jurisprudência da Suprema Corte acerca da permissibilidade de restrições à liberdade de expressão, *Beauharnais v. Illinois* é simbólico pelo fato de ser o primeiro e único exemplo de condenação de um discurso de ódio direcionado a uma coletividade na jurisprudência da Suprema Corte. A decisão final do tribunal, contudo, foi dividida (5x4), com as opiniões vencidas trazendo argumentos bastante contundentes em favor da proteção do discurso em questão e da Primeira Emenda, bem como críticas severas à argumentação trazida na opinião majoritária. Dessa forma, não é possível falar que a decisão em *Beauharnais* pacificou a discussão em torno da constitucionalidade de legislações voltadas à proibição do discurso de ódio, muito pelo contrário. Após *Beauharnais*, a jurisprudência da Suprema Corte é amplamente favorável à Primeira Emenda⁵, ainda que a decisão no caso não tenha sido revogada expressamente.

material escrito que seja ameaçador, abusivo ou insultante é culpada de uma ofensa se (a) ela tem a intenção de fomentar ódio racial ou (b) tendo em mente todas as circunstâncias a partir das quais ódio racial pode ser promovido.", tradução nossa, e 29 (b) *"Uma pessoa que usa palavras ou comportamento ameaçador ou exibe material escrito que seja ameaçador é culpada de uma ofensa se ela tem a intenção de promover ódio religioso ou em razão da orientação sexual."*, tradução nossa.

⁴ Legal Information Institute (1952).

⁵ Outros casos célebres em que a Suprema Corte se debruçou sobre a constitucionalidade de restrições a discursos considerados ofensivos ou discriminatórios são *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1969) e *R.A.V. v. City of St. Paul* 505 U.S. 377 (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1992). Em ambos, ela

Nosso objetivo ao abordá-lo, porém, não é construir uma estratégia constitucional a fim de propor uma nova interpretação da Primeira Emenda ou argumentar em favor de uma alteração no posicionamento mais recente da Suprema Corte a respeito dos casos ora analisados. Ainda que busquemos tecer críticas a esses posicionamentos, o fazemos tendo em mente a necessidade de delimitação de nosso objeto de análise e criação de um panorama do debate que nos permita identificar os elementos desses tipos de discurso responsáveis por gerar tamanha divergência entre juristas e acadêmicos quanto à possibilidade de restringi-lo. Ao combinarmos as conclusões tiradas de nossa análise do caso, acreditamos ser possível, senão encontrar respostas definitivas para o debate, ao menos colocá-lo em termos mais transparentes.

Ademais, a análise de um caso paradigmático nos permite contornar as dificuldades que a falta de um conceito claro gera nas discussões a respeito das restrições ao discurso de ódio, oferecendo uma chave de análise que pode ser aplicada a outras situações semelhantes. O foco na Suprema Corte, por sua vez, também demanda justificativa, afinal, seu entendimento a respeito do direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos é relativamente recente. Ainda que esse direito esteja previsto na Primeira Emenda⁶ à constituição do país, datada de 1791, as decisões emblemáticas relativas ao tema são apenas do início do século XX em diante, momento a partir do qual a Suprema Corte se debruçou sobre uma série de casos relativos à Primeira Emenda e à liberdade de expressão. Em meio a um século marcado pelo nacionalismo em tempos de guerra, lutas pelos direitos civis e o protagonismo da imprensa na política, a Corte se viu obrigada a desenvolver uma metodologia própria para lidar com os questionamentos acerca dos limites à liberdade de expressão.

Em contraste, a jurisprudência nacional, apesar de apresentar casos igualmente instigantes⁷, peca por linhas argumentativas confusas que

decidiu pela permissibilidade dos discursos, revertendo a condenação dos responsáveis por proferi-los.

⁶ “O Congresso não promulgará qualquer lei a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao Governo pedindo reparação por eventuais perdas.” (UNITED STATES SENATE, 1791, tradução nossa).

⁷ Um caso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que merece destaque é o caso *Ellwanger* (BRÁSIL, 2003). Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime de racismo por publicar, vender e distribuir material antissemita. Ao julgar o caso, o Supremo Tribunal Federal teve que se debruçar por questões pertinentes ao debate sobre restrições ao discurso de ódio, como o conceito de racismo, a diferença entre

prejudicam a extração de uma metodologia clara acerca do tema. Isso não significa, contudo, que as reflexões apresentadas neste artigo estejam restritas ao contexto dos Estados Unidos. O que buscamos extrair de nossa análise é uma moldura argumentativa a partir da qual possamos pensar a possibilidade de se restringir discursos odiosos de maneira clara, com o objetivo de contribuir para o debate nacional acerca do exercício da liberdade de expressão em sociedades democráticas.

A fim de complementar as contribuições trazidas pelos argumentos apresentados no caso, recorreremos também à doutrina da Primeira Emenda. Em especial, contaremos com as reflexões de Robert C. Post, teórico que dedicou seus estudos à temática da liberdade de expressão e os limites aos quais ela está sujeita. Em suas reflexões acerca do tema, Post buscou compreender a liberdade de expressão a partir de sua relação com a democracia, justamente um dos aspectos que motiva nossa investigação sobre o discurso de ódio. Sua interpretação da Primeira Emenda destaca o papel ativo que o indivíduo desempenha na formação da opinião pública, engajando-se no processo de tomada de decisão em uma democracia. Diferentemente de outros filósofos que também buscaram justificar a Primeira Emenda a partir de um viés político-democrático⁸, Post prioriza a oportunidade de todos apresentarem sua opinião no debate público à contribuição que tais opiniões possam trazer ao debate.

Não temos a pretensão de defender a concepção da liberdade de expressão do autor como a mais correta, mas a entendemos como a mais adequada para nossa empreitada de compreender o debate a partir de nosso compromisso para com a democracia. Ao defender a participação ampla de todos no debate público, Post amplia nosso olhar sobre o debate acerca da possibilidade de se restringir o discurso de ódio, chamando atenção para o fato que ele não gira em torno apenas de um julgamento moral acerca de seu

propagação de ideias discriminatórias e incitação à violência e os limites do direito à liberdade de expressão de maneira geral.

⁸ Autores como Alexander Meiklejohn e, posteriormente, Owen Fiss, também viram na democracia e em seu processo de deliberação pública uma justificativa para o direito à liberdade de expressão. Contudo, sua preocupação central reside na qualidade desta deliberação, isto é, mais importante do que a participação de todos no debate é o acesso do público a informações e conteúdo de qualidade para que possa tomar decisões informadas sobre os aspectos da vida pública. Post se refere a essas teorias como coletivistas em razão delas entenderem a liberdade de expressão à luz do processo coletivo de deliberação pública e não da participação do indivíduo nesse processo. Para mais detalhes acerca do debate entre Post e coletivistas, ver Post (1993).

conteúdo ou de sua contribuição para um debate qualificado, mas também sobre o engajamento político daqueles que o proferem e, conseqüentemente, sobre a possibilidade de restringi-lo em conformidade com uma leitura democrática da Primeira Emenda.

Ainda, a escolha de trabalhar com esse teórico específico deve-se ao fato que, em suas reflexões, ele se debruçou sobre conceitos e categorias que, apesar de sua centralidade para o debate, são fonte de enorme confusão, como o conceito de dano e a categoria de discurso público. Dessa forma, ao explorarmos as reflexões do autor, pretendemos trazer maior clareza ao debate, estabelecendo as distinções necessárias entre as diferentes categorias e conceitos que pautam a doutrina da liberdade de expressão e verificando como eles se manifestam nas discussões sobre o discurso de ódio.

Beauharnais v. Illinois

No dia sete de janeiro de 1950, diversos panfletos foram distribuídos nas ruas da cidade de Chicago, em Illinois, nos Estados Unidos da América. De autoria de uma organização supremacista branca chamada White Circle League of America, os panfletos em questão pediam ao prefeito e aos vereadores da cidade que “barrassem a contínua usurpação, assédio e invasão de pessoas brancas pelo Negro” e conclamava “um milhão de pessoas brancas de bem em Chicago a se unir” contra essa ameaça, concluindo em tom profético: “[...] se a persuasão e a necessidade de se evitar que a raça branca se torne impura pelo negro não nos una, então as agressões [...] estupros, roubos, facas, armas e maconha do negro, certamente o farão.” (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, tradução nossa). Ainda, junto aos panfletos distribuídos, estavam anexados formulários de inscrição para se tornar membro da organização.

O presidente da organização, Joseph Beauharnais, foi acusado, e posteriormente condenado, de violar uma lei do estado de Illinois que previa como ilegal a divulgação e publicação de material como os panfletos distribuídos pela sua organização. O caso chegou à Suprema Corte e o tribunal teve que decidir se a condenação deveria ser mantida, o que implicaria em dizer que a lei sob a qual Beauharnais estava sendo condenado era constitucional e, conseqüentemente, que o discurso expresso nos panfletos não estaria protegido pela Primeira Emenda. O texto na íntegra da lei objeto da reflexão da Suprema Corte lê-se da seguinte maneira:

Será considerado ilegal, para qualquer pessoa, empresa ou corporação, manufaturar, vender, ou oferecer para venda, anunciar ou publicar, apresentar ou exibir em qualquer lugar público deste estado, qualquer litografia, imagem em movimento, peça, dramaturgia ou desenho, cuja publicação ou exibição retrate depravação, criminalidade, atrocidades, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião, que a publicação ou exibição em questão exponha os cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião ao desprezo, escárnio ou descrédito, ou que contribua para a quebra da paz ou tumultos [...]” (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, tradução nossa).

A despeito do caráter amplo da lei, a decisão final da Suprema Corte foi em favor de sua constitucionalidade, mantendo a condenação de Beauharnais. A fim de compreender qual foi o raciocínio do tribunal na fundamentação da decisão, devemos atentar para os argumentos apresentados pelos juízes, tanto aqueles trazidos na opinião majoritária, como aqueles presentes nas opiniões dissidentes.

A Opinião Majoritária e os Danos Causados por um Discurso

Nossa análise começará pelos argumentos trazidos na opinião majoritária, proferida pelo juiz Felix Frankfurter e que resultou na condenação de Beauharnais. Seu raciocínio consistiu em traçar um paralelo entre a conduta típica prevista no texto legal e casos individuais de difamação, tratando os panfletos distribuídos pela organização de Beauharnais como um caso de difamação coletiva:

Ninguém negará que é difamatório acusar alguém de ser um estuprador, ladrão, portador de facas e armas e usuário de maconha. A questão precisa que se coloca diante de nós, portanto, é se a proteção da “liberdade” na cláusula do Devido Processo Legal da Décima-quarta Emenda impede o Estado de punir essas difamações – sendo que a difamação criminal já foi definida, limitada e constitucionalmente reconhecida exaustivamente ao longo do tempo – direcionadas a coletividades designadas e flagrantemente disseminadas. [...] se uma afirmação direcionada a um indivíduo pode ser objeto de sanções penais, não podemos negar ao Estado o poder de punir a mesma afirmação direcionada a um grupo específico, a não ser que possamos

dizer que se trata de uma restrição intencional e sem propósito sem qualquer relação com a paz e o bem-estar do Estado (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, 257-258, tradução nossa).

O paralelo proposto entre um discurso difamatório direcionado a um indivíduo e um caso de difamação coletiva, como visto em *Beauharnais*, teria como fundamento o impacto que um discurso voltado a difamar um determinado grupo teria sobre a vida dos indivíduos que a ele pertencessem. Diante disso, não caberia à Suprema Corte negar a autoridade do estado de Illinois em promulgar uma lei que buscasse proteger os indivíduos das consequências negativas que um discurso difamatório em relação à coletividade à qual pertencem poderia ter sobre suas vidas:

Seria, contudo, completo dogmatismo, completamente fora do escopo de nossa autoridade de transmitir os poderes a um Estado, negarmos que o Legislativo de Illinois possa, de maneira justificada, acreditar que o trabalho de um homem, suas oportunidades educacionais e a dignidade concedida a ele possam depender tanto da reputação do grupo racial ou religioso ao qual ele pertence, quanto de seus próprios méritos. Sendo assim, estamos impedidos de dizer que discursos reconhecidamente passíveis de punição quando imediatamente direcionados a indivíduos não poderiam ser proibidos se direcionados a grupos em cuja posição e estima na sociedade o indivíduo afiliado possa estar inevitavelmente envolvido (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, tradução nossa).

A racionalidade da lei em questão se justificaria, ainda, pelo contexto específico em que os panfletos foram distribuídos:

Diante de sua história e sua cota obrigatória e frequente de propaganda racial e religiosa extrema, nós negaríamos a experiência ao dizer que o Legislativo de Illinois não tinha razão em procurar maneiras de frear difamações falsas e maliciosas de grupos raciais e religiosos, realizadas em locais públicos e de forma calculada a ter um forte impacto emocional àqueles ao qual foram apresentadas (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, tradução nossa).

Ao tratar a proibição prevista na lei de Illinois como um caso coletivo de difamação, o juiz Frankfurter exclui os panfletos distribuídos pela organização de Beauharnais do escopo de proteção da Primeira Emenda, fundamentando sua decisão na atuação da Suprema Corte em casos prévios, como *Chaplinsky v. New Hampshire*⁹:

Existem certas classes de discurso, bem definidas e estritamente limitadas, cuja prevenção ou punição nunca se pensou causar qualquer problema constitucional. Elas incluem o libidinoso e o obsceno, o profano, o difamatório e os insultos ou ‘fighting words’ – aquelas que, pela sua própria emissão, causam injúria ou tendem a incitar uma quebra imediata na paz. Tem sido bem observado que essas expressões não são parte essencial de qualquer exposição de ideias e possuem um valor social tão pequeno enquanto passo em direção à verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente superado.

Apesar de pouco ortodoxa nos Estados Unidos, a ideia de difamação coletiva encontra apoio na teoria. Jeremy Waldron (2012), em seu livro *The Harm of Hate Speech*, argumenta em favor de legislações que, como a vista em *Beauharnais*, buscam proibir o discurso de ódio. A fim de evitar as ambiguidades que a expressão “discurso de ódio” pode causar, ele a abandona e passa a utilizar a ideia de *group libel*, referente à difamação coletiva de um grupo. Segundo ele, essa difamação pode se dar de várias formas, através de uma afirmação factual a respeito do grupo alvo do discurso, por meio de uma caracterização sua a fim de difamá-lo, atacando a base normativa do *status* de igualdade do grupo ou até mesmo

⁹ Em *Chaplinsky v. New Hampshire*, um homem, Testemunha de Jeová, distribuía panfletos e discursava contra outras religiões em uma calçada em uma pequena cidade do estado de New Hampshire quando teve que ser removido por um policial após atrair uma multidão descontente com as suas ideias e com a confusão que estava causando. Contrariado, ele teria atacado verbalmente o policial, chamando-o de “maldito vigarista” (“God-damned racketeer”) e “maldito fascista” (“damned Fascist”). Condenado e multado com base em uma lei estadual que proibia discursos intencionalmente ofensivos direcionados a outros em um espaço público, o homem apelou à Suprema Corte, alegando que seu direito à liberdade de expressão previsto na Primeira Emenda havia sido violado e que ele não poderia ser condenado pelos insultos proferidos contra o policial. A Suprema Corte manteve a condenação e o caso se tornou emblemático pela aceitação de limites para a liberdade de expressão pela Suprema Corte na figura das chamadas *fighting words*. (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1942, tradução nossa).

indo além da caracterização moral do grupo para apenas difamar seus membros através de insultos e slogans. Independente da forma em que ele se dê, a questão se resume ao fato de que

Individualmente ou em conjunto, esses ataques à reputação representam um ataque à dignidade das pessoas afetadas, dignidade no sentido de seu status social básico, a base para o seu reconhecimento enquanto iguais e portadores de direitos humanos e direitos constitucionais (WALDRON, 2012, p. 59, tradução nossa).

O conceito proposto por Waldron (2012), contudo, é muito amplo e dá margem a diversas interpretações, podendo ser aplicado a uma série de discursos que não necessariamente correspondem ao que entendemos por discurso de ódio. O próprio conceito de dignidade que ele propõe é difícil de ser entendido de maneira objetiva, sem recorrer a aspectos da subjetividade do indivíduo. Isso torna a sua aplicação em casos concretos ainda mais problemática. Mesmo com esses problemas, ele nos é útil para demonstrar o tipo de argumento comumente utilizado não só pela opinião majoritária em *Beauharnais*, mas também por grande parte dos defensores de legislações que visam proibir o discurso de ódio. Por trás da ideia de dignidade em Waldron (2012), há uma preocupação com o dano causado por esse discurso. Essa preocupação, conforme pudemos observar, está presente também na argumentação do juiz Frankfurter ao propor a caracterização do discurso em *Beauharnais* como um caso de difamação coletiva em razão do impacto que esse tipo de discurso teria sobre a vida de um indivíduo.

A noção de dano é igualmente complexa, de modo que necessitamos investigá-la em mais detalhes a fim de clarificar o tipo de dano que temos em mente quando falamos do discurso em *Beauharnais*. Em seu artigo "*Racist Speech, Democracy and the First Amendment*", Robert C. Post (1991, p. 267-327) oferece uma descrição das diversas modalidades de dano que seriam causados por um discurso racista. Ainda que se trate de uma categoria mais restrita, a descrição em questão é aplicável ao discurso em *Beauharnais*, dado o conteúdo racista dos panfletos distribuídos. Ademais, é importante ressaltar que nosso objetivo em apresentar essas categorias não é construir um conceito específico de discurso de ódio, mas nos auxiliar a compreender os argumentos que são comumente levantados em favor de leis como a do estado de Illinois.

Em sua análise, Post divide as modalidades de dano em cinco categorias: o dano intrínseco a esse tipo de discurso, aquele causado a grupos identificáveis, a indivíduos, ao mercado de ideias e o dano ao ambiente educacional. Destas, apenas as três primeiras são de nosso interesse¹⁰. No dano intrínseco ao próprio discurso, “O ponto básico é o de que há “erro elementar” na expressão racista, independente da presença ou ausência de consequências empíricas particulares como “dano psicológico grave e severo.” (POST, 1991, p. 272, tradução nossa).

Na argumentação apresentada em *Beauharnais*, o juiz Frankfurter diversas vezes remete ao impacto que um discurso voltado para a difamação de uma coletividade pode ter sobre a vida de um indivíduo ou à quebra na paz que ele pode causar, ainda mais em um contexto em que a tensão racial é uma constante. Ainda que ele considere o discurso em questão excluído da proteção da Primeira Emenda, o que nos levaria a crer que estamos falando de um discurso que é “intrinsecamente errado”, essa exclusão tem como fundamento justamente consequências empíricas que ele pode causar, como o impacto na vida de indivíduos ou a perturbação da ordem pública.

Isso nos leva à segunda categoria de dano apresentada por Post, aquele causado a grupos identificáveis, em que a justificativa para se proibir um determinado discurso residiria no dano causado a determinados grupos: “Nessa visão, discursos propensos a desprezar ou ridicularizar grupos identificáveis devem ser regulados a fim de prevenir dano ao status e às perspectivas dos membros desses grupos.” (POST, 1991, p. 273, tradução nossa).

Essa categoria de dano reporta diretamente à definição de *group libel* proposta por Waldron (2012), afinal, a preocupação com ela reside na difamação do grupo alvo do discurso. Entretanto, ela trata também da maneira como essa difamação afeta as perspectivas dos indivíduos pertencentes ao grupo, o ponto destacado por Frankfurter ao mencionar a relação que haveria entre as oportunidades a que um indivíduo tem acesso

¹⁰ As outras duas modalidades de dano propostas por Post são o dano ao mercado de ideias e o dano ao ambiente educacional. Enquanto que a primeira se baseia na metáfora do “livre-mercado de ideias”, segundo a qual o campo do discurso deve se manter alheio a qualquer tipo de regulamentação estatal, a segunda se refere aos danos que podem ser causados à missão de escolas e universidades em educar seus alunos. Ocorre que não são encontrados argumentos da opinião majoritária que reflitam a preocupação com essas modalidades de dano, motivo pelo qual optamos por não nos aprofundarmos nelas.

no decorrer de sua vida e a reputação atribuída ao grupo a qual ele pertence. Dessa maneira, é possível afirmar que uma das formas de dano que está presente na argumentação da opinião majoritária em *Beauharnais* é aquele causado a um grupo identificável.

O terceiro tipo de dano ao qual Post se refere é o dano causado diretamente a um indivíduo:

Esse tema essencialmente faz uma analogia entre a expressão racista e formas de comunicação que são reguladas enquanto dano à dignidade em casos de difamação, invasão de privacidade e causa intencional de angústia emocional. O direito compensa pessoas por danos à dignidade e emocionais causados por esse tipo de comunicação e é argumentado que a expressão racista deveria ser sujeita à mesma regulação porque causa danos similares (POST, 1991, p. 273-274, tradução nossa).

Diferentemente do que se verifica na categoria anterior, em que o impacto causado ao indivíduo decorre da imagem que é atribuída a um grupo, afetando todos aqueles que a ele pertencem, aqui a figura afetada pelo dano é um indivíduo em específico. Estamos falando, portanto, de um indivíduo que sofre diretamente com o discurso, de maneira similar ao que ocorre com casos de injúria e difamação individuais. Esse tipo de dano também está presente na argumentação do juiz Frankfurter. Na menção ao “impacto emocional sofrido por aqueles a quem o discurso é apresentado”, nota-se uma preocupação com a maneira como esse tipo de discurso é percebido pelos indivíduos diretamente, que difere do impacto que ele possa sofrer em decorrência da maneira em que o grupo ao qual pertence é enxergado na sociedade.

A partir das categorias de dano apresentadas, podemos resumir os argumentos apresentados na opinião majoritária em *Beauharnais* da seguinte maneira. Os panfletos distribuídos configurariam uma forma de discurso difamatório em relação a uma coletividade, de modo que, tal qual previsto em relação à difamação de indivíduos, eles estariam excluídos da proteção da Primeira Emenda. O dano causado por esse tipo de discurso pode se verificar de diversas formas, desde o impacto emocional causado diretamente a indivíduos do grupo alvo do discurso, no caso a população negra de Chicago, até os efeitos negativos que os ataques à reputação do grupo em questão geram sobre as oportunidades de seus membros no

decorrer de suas vidas. Em suma, a proibição a esse discurso teria como fundamento o dano causado por ele aos indivíduos pertencentes ao grupo alvo do discurso.

Trata-se de um argumento bastante intuitivo, afinal, nossa primeira reação frente a um discurso excludente e difamatório é no sentido de criticá-lo e condená-lo. A questão, contudo, é se o Estado deve fazê-lo. Como já relatado previamente, esse argumento não foi suficiente para convencer a totalidade do colegiado da Suprema Corte, de modo que a decisão final foi extremamente polarizada, com opiniões dissidentes bastante enfáticas quanto ao caráter inconstitucional da lei sobre a qual se deu a condenação de Beauharnais e na crítica à decisão do tribunal. Ao atentarmos a elas, poderemos investigar os motivos por trás de sua oposição à proibição do discurso retratado no caso e compreender os argumentos apresentados para sustentar essa posição.

As Opiniões Dissidentes e o Conceito de *Public Discourse*

Em sua opinião, o juiz Hugo Black destaca de imediato que não estamos diante de uma mera regulação do tempo ou lugar em que o discurso é proferido, mas sim de uma proibição ao conteúdo de um discurso. Isso significa que, ao punir Beauharnais em razão do conteúdo de seu discurso, a lei de Illinois estaria proibindo por completo esse tipo de manifestação e não apenas estipulando como ela deve se dar. A disputa no caso, contudo, não se refere à qual forma de restrição o discurso em questão está sujeito. Ambos os lados concordam com o fato de que a intervenção estatal, ao mirar o conteúdo do discurso, consiste em uma efetiva proibição sua. A divergência entre eles se dá quanto a essa proibição desrespeitar ou não a Primeira Emenda.

Um ponto que aparece com frequência entre os argumentos apresentados nas opiniões dissidentes é o caráter político ou a relevância pública do discurso objeto da análise do tribunal. Conforme aponta Black, a distribuição dos panfletos por Beauharnais e sua organização constitui um esforço de angariar apoio a sua causa, tanto perante os Poderes Legislativo e Executivo, quanto da população, conforme evidenciado pelo seu conteúdo e, em especial, pelos formulários de inscrição anexados aos panfletos. A opinião majoritária, ao ignorar esse aspecto central do discurso abordado estaria violando não só a Primeira Emenda, como também decisões anteriores da Suprema Corte:

Sem distorções, essa Primeira Emenda não poderia, de modo algum, ser lida de modo a prever que o Congresso tem o poder de punir Beauharnais e outros por peticionarem ao Congresso, como eles buscaram aqui peticionar às autoridades de Chicago. E nós mantivemos, em uma série de decisões prévias, que a Décima Quarta Emenda torna as proibições específicas previstas na Primeira Emenda igualmente aplicáveis aos estados. Diante dessas decisões prévias, como a Suprema Corte justifica sua decisão hoje de que estados podem punir pessoas por exercerem as liberdades vitais protegidas de supressão pela Primeira Emenda? As decisões anteriores não são mencionadas; a Suprema Corte simplesmente age na simples suposição de que a Primeira Emenda é completamente irrelevante. A ela não é nem dado o respeito de uma menção passageira (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, tradução nossa).

O caráter sectário e racista da mensagem expressa nos panfletos e da ideologia que a subjaz, ainda que condenáveis, não excluem esse elemento político ou a relevância pública do discurso, como aponta o juiz Robert H. Jackson em outra das opiniões dissidentes do voto majoritário:

Quando qualquer grupo, naturalmente coeso ou artificialmente organizado, possui solidariedade racial ou sectária que é ou pode ser explorada para influenciar questões públicas, esse grupo se torna tema legítimo para comentário público. Claro, pode-se apenas lamentar a habitual intemperança e desprezo amargo que caracteriza a maioria desses comentários. Enquanto eu apoio o direito de um Estado de estabelecer limites decentes sobre eles, eu não estou pronto para decidir que os propósitos, características e histórias desse grupo devem ser imunizados de comentários ou possam ser discutidos apenas sob risco de abertura de um processo judicial livre das garantias usuais (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, tradução nossa).

Essa linha de argumentação levanta duas questões importantes, ambas relacionadas ao caráter político e à relevância pública de um discurso. A primeira diz respeito ao papel que essas características desempenham na interpretação da Primeira Emenda, isto é, às razões pelas quais elas levam um discurso a ser merecedor de proteção constitucional, mesmo quando utilizado para veicular ideias como as

vistas em *Beauharnais*. A segunda questão, por sua vez, decorre da primeira e se refere a um ponto mais prático: como identificar esse tipo de discurso e distingui-lo dos demais em situações concretas.

A primeira questão é, em grande medida, uma questão normativa, uma vez que se refere à justificação que oferecemos à liberdade de expressão. Ao tratarmos dela, a primeira coisa que temos de ter em mente é que não estamos nos referindo a um valor específico, mas a uma pluralidade de valores. Diversos teóricos se debruçaram sobre ela e cada um chegou àquela que acredita ser a concepção mais completa desse direito, que elenca o valor que melhor reflete nossas convicções e práticas em torno dele e a que se mostra mais adequada para lidar com os conflitos práticos que enfrentamos em sua aplicação.

Entre as principais correntes existentes, destacamos novamente aqui o trabalho de Robert Post, em especial sua análise do conceito de *public discourse*. Em sua interpretação da Primeira Emenda, Post propôs justificar a liberdade de expressão em razão de sua conexão com a democracia. Para tanto, ele se volta a uma concepção específica de democracia, a democracia participativa, construída em torno da ideia de autogoverno:

Democracia envolve muito mais do que um método de tomada de decisão; na raiz, democracia se refere ao valor de autoria. Democracia refere-se a certa relação entre pessoas e seu governo. Democracia é atingida quando aqueles que estão sujeitos à lei acreditam que são também potenciais autores das leis. Eleições e outros mecanismos que nós ordinariamente associamos à tomada de decisão democrática são simplesmente instituições desenhadas para maximizar a probabilidade que essa relação se verifique (POST, 2011, p. 482, tradução nossa).

Segundo essa concepção, portanto, não basta apenas que os cidadãos tenham a sua disposição informação de qualidade que os permita tomar decisões informadas acerca das muitas questões pertinentes à vida em sociedade. É necessário, também, que eles tenham a possibilidade de participar ativamente nesse processo de tomada de decisão ou, ao menos, se sentirem contemplados e engajados nele. A esse processo de engajamento Post dá o nome de autogoverno:

Nessa descrição, democracia tenta reconciliar autonomia individual com autodeterminação coletiva ao subordinar a

tomada de decisão governamental a processos comunicativos suficientes para inculcar nos cidadãos um senso de participação, legitimidade e identificação (POST, 1993, p. 1115-1116, tradução nossa).

Assim, para além de uma passividade restrita ao acesso a informação, essa concepção abarca um compromisso com o exercício de um papel ativo a ser desempenhado pelos cidadãos em uma democracia, papel este para o qual a liberdade de expressão é fundamental. É a partir dessa concepção de democracia que Post apresenta seu conceito de *public discourse*, como a esfera em que se dão os processos comunicativos responsáveis por promover o autogoverno dos cidadãos em uma democracia. É por esse motivo que a liberdade de expressão, quando seu uso se der dentro dessa esfera, merece proteção constitucional. No caso de *Beauharnais*, privá-lo da possibilidade de expor suas visões publicamente, como fez a Suprema Corte, atentaria contra a Primeira Emenda, uma vez que o valor do autogoverno só é promovido em uma democracia participativa na medida em que todos os cidadãos, não importando a visão de mundo que professem, são livres para influenciar os rumos da sociedade da maneira que bem entenderem.

Entretanto, para os propósitos do presente artigo, não nos interessa apenas compreender os motivos pelos quais entendemos a liberdade de expressão como valiosa, mas também sermos capazes de verificar quando a justificativa do autogoverno pode ser levantada em defesa de um discurso. Isso nos leva à segunda questão apontada previamente, referente à identificação de um discurso enquanto político ou de relevância pública. A partir do conceito apresentado por Post, ela pode ser entendida como a questão da delimitação do domínio do *public discourse*. Veremos, contudo, que não se trata de uma tarefa fácil. A própria Suprema Corte se debateu com a questão em inúmeras ocasiões e a doutrina da Primeira Emenda não seguiu um caminho muito diferente, alternando, segundo Post, entre duas estratégias principais para sua delimitação, uma focada no conteúdo do discurso e a outra na forma em que ele é disseminado.

No que diz respeito à primeira estratégia, de imediato somos confrontados com uma ambiguidade na definição do caráter público do conteúdo de um discurso, que pode ser entendido tanto a partir de uma perspectiva normativa, como por uma abordagem descritiva. Na tentativa de esclarecer essa ambiguidade, Post busca destrinchar cada uma dessas concepções. Quanto à concepção normativa, ele aponta:

Autogoverno democrático postula que as pessoas, em sua capacidade enquanto público, controlem a agenda do governo. Elas têm o poder de determinar o conteúdo de questões públicas simplesmente pela direção de seus interesses. Isso significa que cada questão que pode potencialmente agitar o público é também potencialmente relevante para o autogoverno democrático e, portanto, potencialmente de interesse público (POST, 1990, p. 670, tradução nossa).

Ao propor que o que torna um discurso como relevante para o público e, conseqüentemente, parte do domínio do *public discourse*, é sua capacidade de captar o interesse do público, a concepção normativa incorre em uma circularidade. Em última instância, isso significa que qualquer tentativa de delimitar o domínio do *public discourse* de maneira independente ao processo de autogoverno é inútil, uma vez que é justamente a participação dos cidadãos que determina o que é ou não relevante para seu exercício em uma democracia participativa. Fazê-lo de qualquer outro modo seria atentar contra os próprios fundamentos que Post propõe para a liberdade de expressão. Entretanto, essa conclusão não nos é de muita valia, pois continuamos sem resposta para a questão de como definir o domínio do *public discourse* em situações concretas.

A concepção descritiva, por sua vez, tenta superar essa ambigüidade, baseando-se em um caráter empírico: “A concepção descritiva define “discurso envolvendo questões de interesse público” como discurso sobre questões que acabam por interessar ao “público”, o que equivale a dizer para “um número significativo de pessoas.” (POST, 1990, p. 670, tradução nossa).

Ocorre que a adoção de um critério unicamente empírico traz consigo o risco de nos depararmos com uma delimitação que se mostre muito ampla, abarcando formas de discurso que nada tem a contribuir para o autogoverno ou deixando de contemplar discursos relevantes para a tomada de decisão coletiva. Em ambos os casos, a concepção descritiva propõe uma delimitação do domínio do *public discourse* descolada da ideia de autogoverno e acaba enfrentando a mesma dificuldade da concepção anterior.

Na ausência de uma contribuição mais robusta por parte das estratégias focadas no conteúdo do discurso, podemos atentar à segunda estratégia proposta pela doutrina, baseada na forma em que o discurso é emitido. Com isso em mente, Post (1990, p. 676) elenca três fatores principais que têm orientado a abordagem da Suprema Corte quanto à forma de

emissão do discurso: a intenção daquele que o profere, o tamanho de sua audiência e a identidade dessa audiência. Em tese, a atenção a esses fatores é o que permitiria a identificação de um discurso como pertencente ao domínio do *public discourse* e que deve ser protegido pela Primeira Emenda. É o caso, por exemplo, do discurso da mídia tradicional. Esse tipo de discurso tem sua proteção assegurada quase que única e exclusivamente pela forma como é difundido. Contudo, apenas esse aspecto não é suficiente para que se chegue a uma delimitação clara do domínio do *public discourse*, afinal, outras formas de discurso são difundidas de maneira semelhante e nem por isso tem seu caráter público reconhecido. Assim, também não podemos contar com essa estratégia em nossas tentativas de delimitar o *public discourse*.

Diante do fracasso das estratégias encontradas na doutrina contemporânea, Post propõe uma concepção alternativa do domínio do discurso público:

[...] a Primeira Emenda estabelece um domínio distinto de *public discourse* a fim de implementar nossa crença comum em valores como neutralidade, diversidade e individualismo. Disso se segue que o domínio de *public discourse* se estenderá apenas até onde esses valores superam outros compromissos concorrentes, como aqueles implicados na dignidade do eu socialmente interessado. Os limites do domínio do *public discourse* estão localizados precisamente onde a tensão entre esses conjuntos de valores concorrentes é mais intensa e onde algumas acomodações devem, conseqüentemente, ser negociadas. Os limites do domínio do *public discourse*, portanto, definem as relativas prioridades de nossos valores nacionais. Eles marcam o ponto em que nosso compromisso muda de um conjunto de objetivos para outro (POST, 1990, p. 680, tradução nossa).

A partir dessa concepção alternativa, podemos concluir que a delimitação do domínio do *public discourse* não deixa de ser uma empreitada normativa, afinal, ela envolve em si julgamentos valorativos, os quais muitas vezes estão em conflito. Essa constatação, porém, não precisa ser vista como um impeditivo para nossa análise. Conforme coloca Post:

O verdadeiro problema com a doutrina contemporânea não é que ela falha em alcançar alguma reconciliação abrangente entre essas considerações conflitantes, pois é duvidoso que essa

reconciliação possa ser alcançada, mas sim que ela falha em articular com clareza suficiente o que está realmente em jogo na definição de *public discourse* (POST, 1990, p. 683, tradução nossa).

A partir desse diagnóstico, o desafio de se delimitar o domínio do *public discourse* poderia ser resumido da seguinte maneira:

Nós precisamos estabelecer um domínio de *public discourse* que é suficientemente amplo para as necessidades do autogoverno democrático, mas que também é razoavelmente sensível a compromissos valorativos concorrentes, a normas sociais pre-existentes que definem o gênero do discurso público e às consequências sociais decorrentes do paradoxo do *public discourse*. Implícita a essa conclusão está a surpreendente proposição que os limites do *public discourse* não podem ser fixados de uma maneira neutra (POST, 1990, p. 683, tradução nossa).

Assim, é possível concluir, a partir das reflexões de Post, que a decisão a respeito da possibilidade de se restringir o discurso de ódio depende, em grande medida, de sua qualificação enquanto *public discourse*. Essa qualificação, por sua vez, deve atentar aos valores com os quais estamos comprometidos em uma democracia participativa, em especial a ideia de autogoverno democrático que Post entende estar por trás dela e que serve como fundamento para a proteção conferida pela Primeira Emenda. Dessa forma, essa proteção seria devida aos discursos que estivessem de alguma forma engajados com esse processo de autogoverno.

Quando nos deparamos com manifestações como a vista em *Beauharnais*, o que temos é um discurso que estaria localizado nas fronteiras do *public discourse*, tensionando os limites da civilidade que entendemos como constitutiva de um debate público inclusivo, dado seu teor racista e segregador, mas que ainda sim é a expressão de pontos de vista de um determinado grupo acerca de como a sociedade deve ser organizada, não podendo ser negada sua contribuição para o exercício do autogoverno. Esse exercício, por sua vez, não está restrito apenas a *Beauharnais* e seus colegas, mas abarca também os cidadãos que, em razão de seu desacordo em relação à mensagem por eles difundida, buscam se organizar a fim de combatê-lo perante o restante da sociedade. Assim, não se poderia falar em sua restrição somente em razão das ideias nele veiculadas, pois até mesmo aquelas que se encontram em franca oposição

a valores que entendemos constitutivos de nosso compromisso para com a democracia, contribuem para o engajamento público.

A intenção do Estado de proibir o discurso em questão torna-se ainda mais problemática se levarmos em consideração o caráter vago da legislação que levou à condenação de Beauharnais. Ela falha em oferecer uma definição clara e delimitada do tipo de discurso a que ela se refere, e expressões como “virtude”, “escárnio” e “descrédito” conferem ainda mais ambiguidade e incerteza ao texto da lei. Em razão disso, sua aplicação fica comprometida, afinal,

Se palavras devem ser punidas criminalmente, a Constituição ao menos requer que apenas as palavras, expressões ou afirmações que possam ser razoavelmente definidas, ou que possuam significado aceitado em razão de um longo uso, sirvam como base para a condenação. Essas palavras – “virtude”, “escárnio” e “descrédito” – não possuem significados gerais ou especiais suficientemente conhecidos para que aqueles ao seu alcance possam ser informados a respeito de limitações ao discurso (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, tradução nossa).

Diante desses pontos, a analogia proposta na opinião majoritária entre a lei do estado de Illinois e a condenação de discursos difamatórios em relação a um indivíduo se mostra problemática, uma vez que o escopo de ambas é completamente distinto. Enquanto em casos de difamação individual é mais difícil se falar em um exercício de autogoverno, a emissão de opiniões ou julgamentos sobre uma coletividade, ainda que falsos, pertencem ao domínio do *public discourse* e, portanto, encontram-se dentro do escopo de proteção da Primeira Emenda. Nesse sentido, conforme aponta o juiz Black, tratar o discurso de Beauharnais e sua organização como um caso de difamação coletiva seria apenas uma maneira de disfarçar a censura:

Não importa como abordada, a lei de Illinois não é aquela difamação criminal que foi “definida, limitada e constitucionalmente reconhecida incontáveis vezes”. Pois, enquanto “constitucionalmente reconhecido”, aquele crime serviu de fundamento para a punição de ataques falsos, maliciosos e escandalosos contra indivíduos, não contra grandes grupos. Esse escopo limitado da lei de difamação criminal não é de

pouca importância. Ele tem confinado a punição estatal de discurso e expressão às áreas mais restritas, envolvendo nada mais do que puras rixas privadas. Toda expansão da lei de difamação criminal voltada para a punição de discussões de questões de interesse público significa uma invasão correspondente da área dedicada à livre expressão pela Primeira Emenda (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, 271-272, tradução nossa).

A fim de complementar a distinção entre essas duas formas de difamação, podemos atentar a dois aspectos do discurso analisado. Em primeiro lugar, temos um elemento de individualização na sua difusão que parece ser determinante na tomada de decisão acerca da possibilidade de se restringi-lo. Haveria uma diferença entre um discurso que é direcionado a um indivíduo, visando atingi-lo, e um discurso que é direcionado a uma coletividade, mas acaba por afetar pessoas individualmente, conforme demonstrado por Post ao tratar do discurso racista. O primeiro pode ser visto em *Chaplinsky*, onde esse caráter individualizante foi essencial para que a Suprema Corte tratasse as *fighting words* enquanto uma forma de discurso fora do escopo de proteção da Primeira Emenda, diferenciando-as de outros discursos considerados *public discourse*. É por essa razão, aponta o Juiz Black, que buscar fundamentar a analogia entre difamação coletiva e individual recorrendo à decisão em *Chaplinsky*, como faz a opinião majoritária, seria equivocado:

A confiança da Suprema Corte em *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568, também é enganada. *New Hampshire* tinha uma lei estatal que previa como ofensa direcionar palavras ofensivas a um indivíduo numa rua pública. *Chaplinsky* violou aquela lei ao insultar um homem “cara a cara”. Nós apontamos naquele contexto que o uso de “fighting words” não era uma parte essencial de exposição de ideias. É duvidoso se as palavras no contexto deles aqui são “fighting words” no mesmo sentido, mas independentemente disso, elas não são direcionadas nem tratam de indivíduos (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, 272, tradução nossa).

Outro possível fator que explicaria a distinção ora analisada seria a origem do dano causado pelo discurso. Se esse dano estiver de alguma maneira relacionada à capacidade persuasiva do discurso, isto é, danos

que possam ser causados em razão do convencimento de outras pessoas pelas ideias expressas pelo discurso, isso faria parte do processo de autogoverno em uma democracia, ainda que seu resultado não seja desejável. Qualquer tipo de intervenção do governo nesse processo a fim de proibir o discurso em questão consistiria em censura. Por outro lado, se o dano verificado não estiver relacionado diretamente à capacidade persuasiva do discurso e for causado por outros aspectos decorrentes deste ou de seu contexto, o governo estaria legitimado a intervir, uma vez que a sua justificativa não teria como base o conteúdo das ideias nele difundidas. Essa distinção quanto à origem do dano causado pelo discurso ofereceria um critério mais seguro para a atuação estatal, afinal, conforme aponta o juiz Black, há um risco grande de legislações como a do estado de Illinois se voltarem contra aqueles que se beneficiaram dela em um primeiro momento ou contra discursos aos quais possamos ser favoráveis:

Hoje, Beauharnais é punido por publicamente expressar visões fortes em favor da segregação. Ironicamente, Beauharnais, condenado por um crime em Chicago, provavelmente seria recebido como herói em diversas outras localidades, se não em algumas partes da própria Chicago. Ainda, o mesmo tipo de lei estadual que faz de Beauharnais um criminoso por defender segregação em Illinois pode ser utilizado para mandar pessoas à prisão em outros estados por defender a igualdade e a não segregação (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, 274, tradução nossa).

A mesma preocupação é destacada pelo juiz Jackson, ao concluir sua opinião enaltecendo o espírito que guia a legislação dos Estados Unidos:

Nenhum grupo com interesse coletivo na abertura de qualquer processo em particular deve esquecer que pode estar do outro lado em outra ocasião. Nessas, assim como em outras questões, nossa orientação deve ser a de que cada liberdade é balanceada com uma responsabilidade e que todo poder do Estado deve ser acompanhado de garantias. Esse é o espírito de nossa lei de difamação criminal, que concede poder ao Estado, mas apenas enquanto um poder restringido pelo reconhecimento de direitos individuais. Não posso escapar à conclusão de que, ao ser aplicada a este caso, a lei de Illinois perdeu vista desses direitos (LEGAL INFORMATION INSTITUTE, 1952, 304-305, tradução nossa).

Obviamente, esses dois aspectos podem ser contestados. Entretanto, nossa intenção ao apontá-los é buscar evidenciar a racionalidade que a Suprema Corte emprega ao tratar dos limites da liberdade de expressão, algo que, para os propósitos deste artigo, nos auxilia a trazer maior clareza ao debate a respeito do discurso de ódio.

Conclusão

De modo geral, os argumentos presentes nas opiniões dissidentes são amplamente favoráveis à proteção do discurso proferido por Beauharnais e sua organização. O principal argumento apresentado é o de que, dado o caráter político e a relevância pública do discurso em questão, proibi-lo violaria a Primeira Emenda, pois estaríamos diante de um caso no qual um grupo específico seria impossibilitado de promover sua causa e veicular suas ideias perante a sociedade, atentando ao valor do autogoverno proposto por Post como fundante da liberdade de expressão. A questão do escopo da legislação de Illinois também é um obstáculo para a analogia proposta entre ela e a punição de casos de difamação individual, uma vez que aplicá-la ao caso específico resultaria em uma distorção em razão da dimensão mais ampla que um discurso voltado à coletividade possui em relação a uma conversa entre duas pessoas, especialmente no que se refere à promoção do autogoverno. Ainda, aspectos do discurso analisado, como a individualização em sua difusão e a forma em que ele causa dano e sua proibição, também são relevantes para a decisão acerca de sua restrição. Soma-se a esses pontos, o alerta emitido quanto ao perigo que uma decisão contrária a Primeira Emenda nessa oportunidade representaria para a liberdade de expressão, na medida em que ela abriria um precedente perigoso a ser utilizado em outros contextos.

A despeito dessa argumentação, a Suprema Corte manteve a condenação de Beauharnais, considerando a lei de Illinois constitucional em razão da preocupação com o dano causado pelos discursos que ela busca restringir. A relevância do caso para nosso artigo, contudo, vai além de seu valor enquanto precedente. Ao colocar lado a lado argumentos favoráveis e contrários à proibição do discurso de Beauharnais e sua organização, o caso nos oferece uma descrição bastante precisa do debate em torno da possibilidade de se proibir o discurso de ódio. Os elementos que comumente figuram no debate estão presentes também em *Beauharnais*: um discurso difamatório em relação a uma coletividade, a preocupação com os danos causados por esse discurso, seu caráter político

e relevância pública e os limites da proteção conferida pela Primeira Emenda. Ainda, as reflexões de Post, a respeito das diferentes modalidades de dano causadas por um discurso e da configuração e delimitação do *public discourse*, contribuem para a construção de uma chave de análise confiável que pode ser aplicada a outros casos envolvendo legislações que buscam restringir a liberdade de expressão.

Isso não significa, contudo, que estejamos diante de uma métrica infalível que nos permita identificar a todo o momento quando um discurso pode ou não ser restringido, afinal, há um limite para as respostas que podemos obter a partir de nossas reflexões teóricas. O exercício da liberdade de expressão é uma questão eminentemente prática, o que a torna sujeita às particularidades do contexto em que seu exercício se dá. Essas particularidades influenciam imensamente a decisão de se proteger ou não um discurso, a despeito do que nossas reflexões normativas possam apontar, de modo que devemos sempre tê-las em mente ao sermos confrontados por fórmulas mágicas que prometem soluções universais para a questão dos limites ao exercício da liberdade de expressão.

Conforme pudemos observar, trata-se de uma questão complexa, que não diz respeito somente à imposição ou não de limites ao exercício de um direito, mas também em como fazê-lo de forma coerente, preservando seus fundamentos e o que entendemos de valioso em seu exercício. Para tanto, não podemos contar unicamente com nossas intuições. Ainda que elas possam muitas vezes apontar para a direção correta, devemos confrontá-las com argumentos a fim de verificar se são capazes de manterem-se coerentes sob um escrutínio cuidadoso. Apenas após as colocarmos à prova é que podemos optar, com segurança, por mantê-las, ou, ainda que a contragosto, revisá-las. Nesse processo, clareza quanto aos conceitos e categorias que orientam o debate em torno da liberdade de expressão é fundamental. É a partir deles que podemos identificar o que está verdadeiramente em jogo quando tratamos dos limites da liberdade de expressão e refletir a seu respeito com propriedade, a fim de aprimorar nosso entendimento acerca do que a torna valiosa e digna de proteção. Acreditamos que, ao menos nesse aspecto, o presente artigo tenha obtido uma parcela de sucesso.

Referências

ALEMANHA. Law of 10 October 2013. *Federal Law Gazette I [Bundesgesetzblatt]*, p. 3799, 2013. Disponível em: https://www.gesetze-minternet.de/englisch_stgb/index.html. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.424-2 Rio Grande do Sul*. Habeas-corpus. Publicação de livros: antisemitismo, racismo, crime imprescritível, conceituação, abrangência constitucional, liberdade de expressão, limites, ordem denegrada. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impretante: Werner Cantalício João Becker. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de Setembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 11 jul. 2019.

CANADÁ. *Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46)*. 1985. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-319.html>. Acesso em: 11 jul. 2019.

UNITED STATES SENATE. (Constituição [1791]). *Constitution of the United States 1791*. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments. Acesso em: 11 jul. 2019.

GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. 2017. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. *Extreme speech and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Beauharnais v. people of the state of Illinois*, 343 U.S. 250. 1952. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/250#writing-type-1-FRANKFURTER>. Acesso em: 11 jul. 2019.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444. 1969. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444>. Acesso em: 11 jul. 2019.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568. 1942. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568>. Acesso em: 11 jul. 2019.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *R.A.V. v. City of St. Paul* 505 U.S. 377. 1992. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377>. Acesso em: 11 jul. 2019.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Freedom of expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, 2017, p. 274-302.

MATSUDA, Mari J.; LAWRENCE III, Charles R.; DELGADO, Richard; CRENSHAW, Kimberlè Williams. *Words that wound: critical race theory, assaultive speech and the first amendment*. Boulder, Colorado: Westview Press, 1993.

POST, Robert C. Meiklejohn's mistake: individual autonomy and the reform of public discourse. *Faculty Scholarship Series*, New haven, 1993, p. 1109-1137.

POST, Robert C. Participatory democracy and free speech. *Virginia Law Review*, Virginia, v. 97, n. 3, 2011, p. 477-490.

POST, Robert C. Racist speech, democracy, and the first amendment. *William and Mary Law Review*, Williamsburg, Virginia, v. 32, 1991, p. 267-327.

POST, Robert C. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*. *Faculty Scholarship Series*, New haven, 1990.

REINO UNIDO. *Public order act*. 1986. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64>. Acesso em: 11 jul. 2019.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do hate speech. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 207-262.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Liberdade de expressão e expressões de ódio. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, n. 1, jan-jun 2015, p. 37-64.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.