

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

Carlo Moraes Martins

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: OS
FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA (IM)POSSIBILIDADE DE
ATRIBUIÇÃO DE NOTA ZERO À REDAÇÃO QUE DESRESPEITA OS
DIREITOS HUMANOS NO ENEM**

Santa Maria, RS
2019

Carlo Moraes Martins

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: OS FUNDAMENTOS
JURÍDICOS DA (IM)POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE NOTA ZERO À
REDAÇÃO QUE DESRESPEITA OS DIREITOS HUMANOS NO ENEM**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Ademar Pozzatti Júnior

Santa Maria, RS
2019

Martins, Carlo Moraes

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: OS
FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA (IM)POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO
DE NOTA ZERO À REDAÇÃO QUE DESRESPEITA OS DIREITOS
HUMANOS NO ENEM / Carlo Moraes Martins.- 2019.
140 p.; 30 cm

Orientador: Ademar Pozzatti Júnior
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, RS, 2019

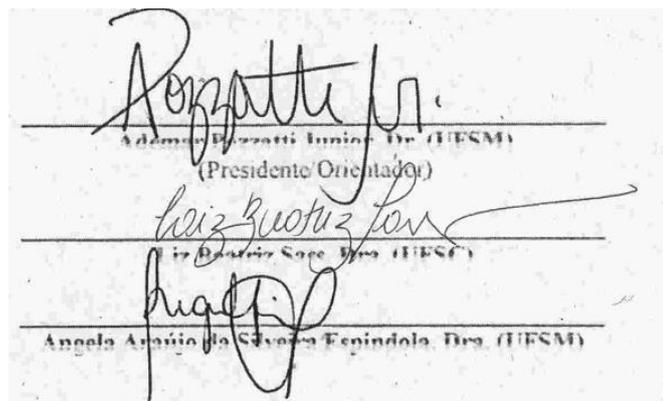
1. Liberdade de expressão 2. Direitos Humanos 3.
Discurso de ódio 4. Redações do ENEM 5. Escola Sem
Partido. I. Júnior, Ademar Pozzatti II. Título.

Carlo Moraes Martins

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA (IM)POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE NOTA ZERO À REDAÇÃO QUE DESRESPEITA OS DIREITOS HUMANOS NO ENEM

Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Aprovado em 09 de dezembro de 2019



Ademir Brazatti Junior, Dr. (UFSM)
(Presidente Orientador)

Leiz Quatuz Lourenço, Dra. (UFSM)

Angela Araújo da Silva Espindola, Dra. (UFSM)

Santa Maria, RS
2019

AGRADECIMENTOS

Aqui serei breve, gostaria de agradecer especialmente ao meu orientador, a minha família e aos meus amigos, obrigado por acreditarem em mim.

EPÍGRAFE

Álvaro de Campos
A liberdade, sim, a liberdade!

A liberdade, sim, a liberdade!
A verdadeira liberdade!
Pensar sem desejos nem convicções.
Ser dono de si mesmo sem influência de romances!
Existir sem Freud nem aeroplanos,
Sem cabarets, nem na alma, sem velocidades, nem no
cansaço!

A liberdade do vagar, do pensamento são, do amor às
coisas naturais
A liberdade de amar a moral que é preciso dar à vida!
Como o luar quando as nuvens abrem
A grande liberdade cristã da minha infância que rezava
Estende de repente sobre a terra inteira o seu manto de
prata para mim...
A liberdade, a lucidez, o raciocínio coerente,
A noção jurídica da alma dos outros como humana,
A alegria de ter estas coisas, e poder outra vez
Gozar os campos sem referência a coisa nenhuma
E beber água como se fosse todos os vinhos do mundo!

Passos todos passinhos de criança...
Sorriso da velha bondosa...
Apertar da mão do amigo [sério?].
Que vida que tem sido a minha!
Quanto tempo de espera no apeadeiro!
Quanto viver pintado em impresso da vida!

Ah, tenho uma sede sã. Dêem-me a liberdade,
Dêem-me no púcaro velho de ao pé do pote
Da casa do campo da minha velha infância...
Eu bebia e ele chiava,
Eu era fresco e ele era fresco,
E como eu não tinha nada que me ralasse, era livre.
Que é do púcaro e da inocência?
Que é de quem eu deveria ter sido?
E salvo este desejo de liberdade e de bem e de ar, que é de
mim?¹

¹ 17-8-1930 Álvaro de Campos - Livro de Versos. Fernando Pessoa. (Edição crítica. Introdução, transcrição, organização e notas de Teresa Rita Lopes.) Lisboa: Estampa, 1993. - 137.

RESUMO

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: os fundamentos jurídicos da (im)possibilidade de atribuição de nota zero à redação que desrespeita os direitos humanos no ENEM

AUTOR: Carlo Moraes Martins

ORIENTADOR: Ademar Pozzatti Júnior

A presente dissertação investiga os argumentos favoráveis e os contrários à Ação Civil Pública de número 0064253-2016.4.01.3400 ajuizada pela Associação Escola Sem Partido em face do critério que impõe a anulação das redações que violam os direitos humanos no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). A partir do embate entre liberdade de expressão e discurso de ódio, o trabalho evidencia quais são os fundamentos jurídicos que alicerçam a possibilidade e a impossibilidade de se atribuir nota zero às redações do ENEM que desrespeitam os direitos humanos. O problema de pesquisa que orientou esta investigação buscou verificar, diante do possível conflito entre liberdade de expressão e discurso de ódio, qual destes prevaleceria no caso de violação de direitos humanos no ENEM. O enfoque teórico proposto é o liberalismo igualitário, razão pela qual o debate partiu da análise da noção de liberdade para Immanuel Kant e John Rawls, para delinear os pressupostos da defesa da liberdade de expressão. No campo da liberdade da expressão, verificou-se que, para além de fundamentos morais e filosóficos, existem também fundamentos jurídicos, internacionais e domésticos, capazes de o fundamentar. Para examinar a tese contrária, na segunda parte da investigação, buscou-se analisar os fundamentos para limitar a liberdade de expressão, especialmente nos casos de abuso que configuram o discurso de ódio. Explorou-se o Caso Siegfried Ellwanger, o qual determinou uma especial valoração a dignidade da pessoa humana em face a liberdade de expressão, e o debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin acerca dos alcances da restrição da liberdade de expressão. Na terceira parte do trabalho foram investigados os argumentos dos atores envolvidos no presente caso, quais sejam o Escola Sem Partido - ESP, a Procuradoria Geral da República - PGR, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP, assim como as decisões judiciais de três instâncias que restaram proferidas (JFDF, TRF1 e STF). Os resultados da investigação sugerem que a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos possuem destaque no ordenamento brasileiro, logo a liberdade de expressão não pode prevalecer diante de casos de discurso de ódio, de acordo a isto, seria proporcional a anulação de redações abusivas. Para dar conta das contradições entre liberdade de expressão e discurso de ódio, esta dissertação, usa o método dialético, visto que a tese, qual seja o amplo direito à liberdade de expressão, corolário do Estado Democrático de Direito, restou contraposta diante da antítese, qual seja a possível limitação à livre e ampla liberdade de expressão, a qual a depender do seu conteúdo pode caracterizar discurso de ódio, e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, dando especial atenção às peças processuais envolvidas no caso em tela.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso de ódio. Redações do ENEM. Escola Sem Partido. Direitos humanos.

ABSTRACT

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SPEECH: The legal foundations of the (im) possibility of applying zero score to the essay that violates human rights in ENEM

AUTHOR: Carlo Moraes Martins
ADVISER: Ademar Pozzatti Júnior

This dissertation investigates the arguments in favor and against the Public Civil Action number 0064253-2016.4.01.3400 filed by the School Without Party Association in view of the criterion that imposes the annulment of the essays that violate human rights in the National High School Examination (ENEM). From the clash between freedom of expression and hate speech, the work shows what are the legal foundations that underpin the possibility and impossibility of giving a zero score to ENEM essays that violate human rights. The research problem that guided this investigation sought to verify, in the face of the possible conflict between freedom of expression and hate speech, which of these would prevail in the case of human rights violations in ENEM. The theoretical approach proposed is egalitarian liberalism, which is why the debate started from the analysis of the notion of freedom for Immanuel Kant and John Rawls, to outline the assumptions of the defense of freedom of expression. In the field of freedom of expression, it was found that, in addition to moral and philosophical foundations, there are also legal, international and domestic foundations capable of grounding it. To examine the opposite thesis, in the second part of the investigation, we sought to analyze the foundations for limiting freedom of expression, especially in cases of abuse that shape the hate speech. The Siegfried Ellwanger case was explored, which determined a special appreciation of the dignity of the human person in the face of freedom of expression, and the debate between Jeremy Waldron and Ronald Dworkin about the scope of restriction of freedom of expression. In the third part of the work, the arguments of the actors involved in this case were investigated, such as the School Without a Party - ESP, the Attorney General's Office - PGR, the National Institute of Educational Studies and Research - INEP, as well as the judicial decisions of three remaining instances (JFDF, TRF1 and STF). The results of the investigation suggest that the dignity of the human person and human rights have prominence in the Brazilian order, therefore the freedom of expression cannot prevail in front of cases of hate speech, according to this, it would be proportional to the annulment of abusive writing. In order to account for the contradictions between freedom of expression and hate speech, this dissertation uses the dialectical method, since the thesis, which is the broad right to freedom of expression, a corollary of the Democratic State under the Rule of Law, was opposed to the antithesis, which is the possible limitation to free and broad freedom of expression, which, depending on its content, may characterize hate speech, and the techniques of bibliographic and documentary research, paying special attention to the procedural pieces involved in the case on screen.

Keywords: Freedom of expression. Hate speech. ENEM essays. School Without Party. Human Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	AÇÃO CIVIL PÚBLICA
ADPF	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
CIDH	COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CNEDH	COMITÊ NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
DUDH	DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS
DNEDH	DIRETRIZES NACIONAIS PARA A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
ENADE	EXAME NACIONAL DE DESEMPENHO DOS ESTUDANTES
ENEM	EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO
ESP	ESCOLA SEM PARTIDO
HC	HABEAS CORPUS
INEP	INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA
JFDF	JUSTIÇA FEDERAL DO DISTRITO FEDERAL
LDB	LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL
LGBTQ+	LÉSBICAS, GAYS, BI, TRANS, QUEER/QUESTIONANDO, E MAIS.
MEC	MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
PGR	PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
PNDH	PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS
PNEDH	PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS
PDI	PLANOS DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAIS
PPP	PROJETOS POLÍTICOS PEDAGÓGICOS
PSB	PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO
ONU	ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
OEA	ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS
PIDCP	PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS
RE	RECURSO EXTRAORDINÁRIO
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SDH	SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS
TIC	TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO
TRF1	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: AFIRMAÇÃO FILOSÓFICA E JURÍDICA.....	16
2.1 DOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS PARA ASSEGURAR A LIBERDADE.....	17
2.1.1 A liberdade como valor supremo da moralidade em Immanuel Kant.....	17
2.1.2 Os fundamentos da liberdade em John Rawls.....	22
2.2 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA ASSEGURAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	27
2.2.1 A tutela da liberdade de expressão no direito internacional positivo.....	27
2.2.1.1 <i>Sistema universal de proteção aos direitos humanos.....</i>	28
2.2.1.2 <i>A liberdade de expressão no marco jurídico interamericano.....</i>	30
2.2.2 A liberdade de expressão no Brasil: garantias constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à liberdade de expressão.....	34
2.3 DO CONCEITO À FUNDAMENTALIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	39
2.3.1 A busca pelo conceito e pelo conteúdo da liberdade de expressão.....	39
2.3.2 Fundamentalidade constitucional da liberdade de expressão a partir das justificativas instrumentais e constitutivas.....	43
3 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O DISCURSO DE ÓDIO.....	50
3.1 TEORIA DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	51
3.1.1 Limitação ou restrição de direitos fundamentais: aplicando as Teorias Interna e Externa.....	51
3.1.2 Os limites da liberdade de expressão.....	58
3.2 O CONCEITO E OS ELEMENTOS DE DISCURSO ÓDIO: AS LIÇÕES DO CASO ELLWANGER.....	63
3.2.1 O conceito e os elementos de discurso ódio.....	63
3.2.2 Caso Ellwanger: a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito.....	68
3.2.2.1 <i>O voto dos ministros: divergências que ressoam.....</i>	70
3.2.2.2 <i>Considerações críticas acerca do caso Ellwanger.....</i>	76
3.3 O DEBATE ENTRE WALDRON E DWORKIN: RESTRIÇÃO OU LIBERDADE?.....	79
4 OS DIREITOS HUMANOS NA REDAÇÃO DO ENEM.....	85
4.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA A ANULAÇÃO DAS REDAÇÕES QUE DESRESPEITEM OS DIREITOS HUMANOS NO ENEM.....	86
4.1.1 ADPF 613: a atuação do Partido Socialista Brasileiro (PSB) pela volta dos direitos humanos na redação do ENEM.....	101
4.2 ENEM, ESCOLA SEM PARTIDO E O DEBATE ENTRE O POLITICAMENTE CORRETO E O DIREITO DE SER RUDE.....	107
4.2.1 ENEM e Escola Sem Partido: considerações críticas.....	107
4.2.2 O necessário debate entre o politicamente correto e o direito de ser rude.....	113
4.3 EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS.....	115

4.3.1 Educação em direitos humanos: o que é isso?.....	115
4.3.2 Documentos e diretrizes para educação em direitos humanos no Brasil.....	120
5 CONCLUSÃO.....	126
REFERÊNCIAS.....	131

1 INTRODUÇÃO

Álvaro de Campos, um dos heterônimos mais conhecidos e verdadeiro *alter ego* do escritor português Fernando Pessoa, epígrafe deste trabalho, almeja uma verdadeira liberdade. Deseja um pensamento livre, sendo dono de si mesmo independentemente de influências e amarras de qualquer ordem. Além de liberdade, busca a lucidez e o raciocínio coerente. O autor tem sede, e assim, ele demanda a sua liberdade, lembrando também a sua infância livre e inocente. O desejo de liberdade, portanto, se torna inerente ao ser, contudo, por mais nobre e essencial que seja o ideal da verdadeira liberdade, questiona-se: qual o limite desse sonho de liberdade?

No contexto atual de busca por uma efetivação do Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que a liberdade de expressão constitui direito especialmente fundamental, já que sua garantia é essencial não só para a dignidade do indivíduo, mas é o próprio sustentáculo de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, inexistiria vida digna sem que o indivíduo possa devidamente expressar seus desejos e convicções. E essa pluralidade de convicções, de crenças e de formas de vida é o fundamento da democracia cujas instituições republicanas estejam atentas em operacionalizar limites às liberdades individuais para consagrar um ambiente de iguais liberdades para todos.

No que tange à democracia, a liberdade de expressão é direito fundamental ligado à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas diversas correntes políticas, ideológicas e de formas de vida. Contudo, se não for restrito o exercício do direito de liberdade, ele pode ferir princípios e valores fundamentais, bem como gerar danos a terceiros ou à coletividade. Assim sendo, o exercício irrestrito da liberdade de expressão quando for instrumento de ataque a indivíduos e grupos sociais, caracteriza-se como discurso de ódio, devendo ser possivelmente rechaçado do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, no ano de 2017, devido à Ação Civil Pública ajuizada pela Associação Escola Sem Partido, emergiram decisões judiciais que proibiram os avaliadores do ENEM, de “zerarem” as redações que “violarem os direitos humanos” – critério este previsto no Edital desde 2013, que, como tal, é a lei que rege referida avaliação. Dentre diversos fundamentos, invocou-se a inconstitucionalidade do critério, por violação do direito ao livre debate de ideias inerente à cláusula constitucional da liberdade de expressão.

Diante dessas considerações, o presente trabalho investigou, a partir do embate entre liberdade de expressão e discurso de ódio, quais são os fundamentos jurídicos que alicerçam a

possibilidade ou não de se atribuir nota zero às redações que desrespeitam os direitos humanos no ENEM, sendo este, o problema de pesquisa.

A metodologia a ser utilizada na presente pesquisa retrata uma revisão da literatura existente sobre o tema, acrescido de um cruzamento das informações obtidas por meio das pesquisas acima referidas e que, dizem respeito à temática do direito à liberdade de expressão, bem como do discurso de ódio. Como técnicas de pesquisa, far-se-á uso da análise bibliográfica e documental através do acesso a livros, revistas e artigos disponíveis tanto em meio físico quanto virtual, legislação, tratados, convenções, decisões judiciais bem como, dos autos da Ação civil Pública do caso do ENEM, utilizando como técnica de coleta de dados a produção de fichamentos e resumos estendidos.

A escolha do tema se dá pelo atual cenário jurídico, social e político, considerando a atualidade do ajuizamento da Ação Civil Pública pela Associação Escola Sem Partido, a qual impugna o item do edital do ENEM que prevê nota zero para quem desrespeitar os direitos humanos na sua redação. Nesse sentido, pode-se vislumbrar a importância da análise proposta, a qual busca identificar os limites da liberdade de expressão diante da possibilidade constante de discursos de ódio. Igualmente, o processo de estagnação da economia gera um enorme retrocesso de direitos sociais e de liberdades, uma regressão de identidade que evidencia o surgimento dos movimentos neofascistas. Ainda que tenham elementos específicos, todos compartilham igual metodologia política em sua conquista do poder: criticam a representação política; reivindicam a liberdade de expressão para expandir suas exigências, porém censuram seus adversários.

Como panorama geral, observa-se que o exercício abusivo do direito de livre manifestação do pensamento, o qual lesa a personalidade dos envolvidos pode configurar-se em discurso de ódio; o discurso do ódio é, para alguns, um desdobramento da liberdade de expressão, embora seja configurado pela manifestação pejorativa e agressiva de ideias sobre determinado assunto e/ou grupo; a polarização política brasileira contemporânea, frequentemente, permite entender o “outro” como alguém a ser eliminado; ainda o desenvolvimento das igrejas neopentecostais, como exemplo, ressuscita a ideia de certo e errado, difundindo uma única noção de bem, o que favorece a incapacidade dos indivíduos de entender que outras pessoas podem não comungar da mesma fé e ter opiniões diferentes sobre a noção de bem, dificultando o exercício da alteridade. Por fim, a crescente utilização das Tecnologias da informação e comunicação (TIC) permite que as pessoas desenvolvam o seu individualismo de forma irresponsável, encoberto pelo anonimato da internet. Isso desenvolve nos indivíduos falta de limites, e potenciais discursos de ódio.

A delimitação temática está inserida dentro da área de concentração do PPGD/UFSM, “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, pois o debate sobre os limites da liberdade de expressão e os possíveis discursos de ódio ganha novos contornos diante dos complexos desafios da sociedade contemporânea, bem como na linha de pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede: atores, fatores e processos na mundialização”, visto que, percebe-se uma conexão moral e jurídica diante das reflexões acerca de possíveis limitações à liberdade de expressão no contexto do ENEM.

A partir deste atual conflito pode-se vislumbrar o corrente caso da redação como a do ENEM, que ao contrário de uma escrita simplesmente privada e sigilosa, destina-se a enunciar uma ideia, a expressar uma posição, o que implica participar do debate público. Desta forma, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro capítulo visa compreender o direito à liberdade de expressão como um necessário percurso argumentativo para se compreender a real importância desta liberdade nas democracias contemporâneas, bem como os seus possíveis reflexos em caso de abuso. Busca-se verificar em que medida existem fundamentos morais e jurídicos capazes de afirmar haver liberdade de expressão. A identificação desse duplo suporte normativo será importante para identificar de que tipo de “dever” se fala quando se fala em “dever” institucional de tutelar a liberdade de expressão. Isso permitirá, nos capítulos posteriores, fazer tanto uma crítica normativa quanto uma crítica imanente à Ação Civil Pública ajuizada pela Associação Escola Sem Partido em face da redação do ENEM.

Assim, na primeira sessão, do primeiro capítulo, serão investigados os fundamentos filosóficos para afirmar ser dever das instituições defender a liberdade, dando-se prioridade aos teóricos Immanuel Kant e John Rawls. Nesse sentido, averiguar os fundamentos morais filosóficos para tutelar a liberdade é buscar uma boa razão, um bom motivo pelo qual a liberdade deva ser assegurada. Uma boa razão não é uma razão simpática, mas um argumento que sobreviva a um escrutínio racional. A partir do liberalismo político, esta investigação vai buscar este “motivo último” pelo qual as instituições devem somar esforços para defender a liberdade na moralidade de Immanuel Kant e no igualitarismo de John Rawls (2.1).

Na segunda sessão, perquire-se os fundamentos jurídicos da liberdade de expressão, questionando quais as fontes jurídicas que podem ser invocadas para defendê-la perante as instituições internacionais ou domésticas (2.2). Na terceira sessão objetiva-se investigar os contornos conceituais da liberdade de expressão, assim como da fundamentalidade constitucional da liberdade de expressão a partir das justificativas instrumentais e constitutivas (2.3).

Após analisados os argumentos pró liberdade, o segundo capítulo da investigação busca os argumentos a favor da restrição da liberdade de expressão, ou seja, contra argumentar o primeiro capítulo. Trata-se aqui da anti-tese que compõe o raciocínio dialético deste trabalho. Para isso, a primeira sessão aponta um panorama sobre a teoria dos limites dos direitos fundamentais, com ênfase no estudo da liberdade de expressão. Ele se divide no estudo da limitação ou restrição de direitos fundamentais, analisando a possível aplicação das Teorias Interna e Externa no presente caso (3.1). A segunda sessão do capítulo dedica-se a construção do conceito e a identificação dos elementos de discurso ódio, bem como entende por necessário fazer um estudo acerca das lições do Caso Ellwanger, visto que este caso paradigmático aponta a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito brasileiro, o qual inclusive já restou qualificado por integrantes do STF como o mais relevante julgado da história daquele tribunal em matéria de direitos humanos. Portanto, serão analisados os votos dos ministros, assim como serão realizadas considerações críticas acerca das suas nuances (3.2). Por fim, a terceira sessão do capítulo analisará um importante conflito entre os autores Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, no intuito de se verificar se deve ser resguardada a restrição ou a ampla liberdade das manifestações do pensamento (3.3).

O terceiro capítulo deste trabalho analisará o teor do processo judicial originado a partir da Ação Civil Pública ajuizada em face da anulação das redações que desrespeitem direitos humanos no ENEM. Para isso, serão analisadas as diretrizes do MEC relacionadas ao manual do candidato, com um estudo acerca das regras da redação e como estas procediam-se ao período em que existiram anulações, trazendo exemplos e casos concretos. Nesse contexto, serão analisados os argumentos dos atores envolvidos no presente caso, quais sejam o ESP, a PGR, o INEP, assim como as decisões judiciais de três instâncias que restaram proferidas (JFDF, TRF1 e STF). Após esse primeiro momento, verificar-se-á a atuação do Partido Socialista Brasileiro (PSB) pela volta dos direitos humanos na redação do ENEM, visto que os realizadores do exame acabaram acatando liminar que fora proferida pelo Judiciário (4.1).

A segunda sessão do capítulo propõe-se a uma reflexão crítica acerca do debate entre o politicamente correto e o direito de ser rude. Serão apresentadas algumas considerações críticas acerca do panorama da redação do ENEM e dos atores e instrumentos que a circundam. O ESP refere que os responsáveis pelo ENEM querem que os candidatos escrevam uma redação que seja politicamente correta, pois pensamentos dissonantes poderiam eliminar o estudante. Desta forma, realiza-se a acusação que estaria sendo imposta uma ditadura do pensamento politicamente correto. Contudo, este tópico pretende evidenciar dados estatísticos que

proporcionam uma reflexão mais verídica e permite ao trabalho apresentar argumentos que evitem visões levianas e equivocadas sobre o contexto que está por trás da celeuma (4.2).

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: AFIRMAÇÃO FILOSÓFICA E JURÍDICA

A compreensão acerca do direito à liberdade de expressão requer um necessário percurso argumentativo para se compreender a real importância desta liberdade nas democracias contemporâneas, bem como os seus possíveis reflexos em caso de abuso. Para isso, o objetivo deste capítulo reside em verificar em que medida existem fundamentos morais e jurídicos capazes de afirmar haver liberdade de expressão. A identificação desse duplo suporte normativo será importante para saber de que tipo de “dever” se fala quando se fala em “dever” de tutelar a liberdade de expressão. Isso permitirá, nos capítulos posteriores, fazer tanto uma crítica normativa quanto uma crítica imanente à Ação Civil Pública ajuizada pela Associação Escola Sem Partido em face da redação do ENEM.

No primeiro tópico serão abordados os fundamentos filosóficos para assegurar a liberdade, dando-se prioridade aos teóricos Immanuel Kant e John Rawls. Nesse sentido, averiguar os fundamentos morais filosóficos para tutelar a liberdade é buscar uma boa razão, um bom motivo pelo qual a liberdade deva ser assegurada. Uma boa razão não é uma razão simpática, mas um argumento que sobreviva a um escrutínio racional. A partir do liberalismo político, esta investigação vai buscar este “motivo último” pelo qual as instituições devem somar esforços para defender a liberdade na moralidade de Immanuel Kant e no igualitarismo de John Rawls (2.1).

No segundo tópico visa-se investigar os fundamentos jurídicos da liberdade de expressão, questionando quais as fontes jurídicas que podem ser invocadas para defendê-la perante as instituições internacionais ou domésticas. Como a liberdade de expressão é um bem jurídico tutelado tanto em nível internacional quanto doméstico, esta parte da pesquisa vai questionar tanto os fundamentos jurídicos internacionais quanto os fundamentos jurídicos domésticos que promovem esta dimensão da liberdade (2.2).

Por fim, no terceiro tópico, após apresentado o aparato filosófico, bem como normativo acerca da temática do direito à liberdade de expressão, objetiva-se investigar de forma mais aprofundada referido instituto, verificando-se a busca pelo conceito e pelo conteúdo da liberdade de expressão, assim como da fundamentalidade constitucional da liberdade de expressão a partir das justificativas instrumentais e constitutivas (2.3).

2.1 DOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS PARA ASSEGURAR A LIBERDADE

Investigar os fundamentos morais filosóficos para tutelar a liberdade é buscar uma boa razão, um bom motivo pelo qual a liberdade deva ser assegurada. Uma boa razão não é uma razão simpática, mas um argumento que sobreviva a um escrutínio racional. A partir do liberalismo político, esta investigação vai buscar este “motivo último” pelo qual as instituições devem somar esforços para defender a liberdade na moralidade de Immanuel Kant (2.1) e no igualitarismo de John Rawls (2.2).

2.1.1 A liberdade como valor supremo da moralidade em Immanuel Kant

Não há dúvidas quanto à ampla dificuldade enfrentada pelos teóricos para perscrutar o conteúdo e o alcance do termo liberdade, o qual possui complexa e diversificada carga polissêmica, além de envolver sobremaneira diversas bases filosóficas. O seu sentido epistemológico evolui a partir do contexto sociopolítico, respondendo às exigências e anseios de determinados grupos sociais e da própria sociedade em determinada época. A sua esfera de aplicação demonstra ser quase ilimitada, assim sendo, o conteúdo axiológico do direito fundamental da liberdade continua evoluindo e se adaptando a partir das mutações das condições históricas, bem como das transformações econômicas, políticas e sociais.

A despeito das contraposições entre a noção de liberdade dos antigos e dos modernos², busca-se fundamentação a partir da noção moderna e contemporânea da liberdade. Para compreender-se o valor atual da liberdade é importante observar a mudança na concepção de indivíduo com o desenvolvimento da sociedade moderna. Previamente as revoluções liberais e o advento do liberalismo enquanto filosofia política, o valor da pessoa mostrava-se indissociável ao estamento que a mesma ocupava. A partir disso, caso fosse um burguês, ela desfrutaria socialmente a estima atribuída a todo o terceiro estamento. Ademais, a estima social era legitimada por um *status* jurídico igualmente segmentado, assim sendo um burguês jamais gozaria de iguais direitos e garantias de um nobre, ou seja, independente de quanto ele contribuísse para o bem-estar da nação a mais que o nobre, visto que a estima e a titularidade

² A distinção entre aquilo que é designado como liberdade dos antigos e dos modernos remonta a conferência escrita por Benjamin Constant em 1819. Apesar de criticada por teóricos posteriores, é inegável a contribuição do autor, entendendo-se a liberdade dos antigos como sendo positiva, ou seja, envolvia a participação coletiva no exercício da soberania como retratada, na *Pólis* grega e no pensamento de Rousseau. Já a liberdade dos modernos tem uma conotação negativa, já que diz a liberdade privada ou o exercício pelo indivíduo do seu direito natural de gerir sua vida como bem entende, pensa-se aqui nas revoluções burguesas, bem como no pensamento de Locke (CONSTANT, 1819).

de direitos eram anteriormente condicionados ao estamento de origem (HONNETH, 2003, p. 182).

A partir da Revolução Francesa, restaram cassados os títulos de nobreza e demais privilégios, conquista está em prol da igualdade. Ausentes as diferenças de estamentos, o valor social e estatal da pessoa deixaram de ser expressos com a honra ou a estima do grupo social de origem. Assim, o valor social do indivíduo bem como a sua titularidade de direitos desvinculou-se do estamento para ter como referência a si mesmo. Como exemplo, seus direitos passaram a relacionar-se à nacionalidade e, pelos ideais liberais, todos se tornaram iguais. Ao seu turno, a estima social, vinculou-se aos méritos do próprio indivíduo (HONNETH, 2003, p. 184).

O adensamento de um ordenamento jurídico apartado das ordenações morais e religiosas é uma das características do Estado Moderno, sendo que a Constituição moderna passa a ser o contrato fundante dessa sociedade liberal, isto é, a lei maior de onde deverá derivar as demais normas. Segundo Canotilho (2003), as constituições modernas possuem por escopo garantir a liberdade dos cidadãos, o acesso aos direitos mais individuais do que coletivos, e finalmente, limitar o poder político através do sistema de contrapeso entre os poderes. Até a positivação do valor da liberdade nestes documentos jurídicos houve um vasto processo de deliberação pública, em que filósofos das mais diversas vertentes foram chamados a justificar a liberdade³.

Inúmeros foram os teóricos que contribuiram para concretizar a liberdade como o valor primordial da modernidade. Ao tratar sobre o tema liberdade e moralidade, em “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” de 1785, Immanuel Kant define a vontade como “uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais” e a liberdade como “a propriedade desta causalidade” (KANT, 2007, p. 93), pela qual – a vontade – pode ser livre de quaisquer determinações. Em oposição à liberdade, Kant define a necessidade natural como sendo “a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais” (KANT, 2007, p. 93), pela qual esses seres agem segundo determinações estranhas à razão, ou seja, segundo leis necessárias da natureza.

Analiticamente, Kant deriva a autonomia da vontade enquanto conceito positivo da liberdade que é, ao mesmo tempo, o princípio da moralidade de todos os seres racionais em geral. Essa positivação da liberdade pressupõe o conceito de causalidade, segundo o qual, a

³ A lição de Rawls (2000, p. 182) será melhor delineada no próximo tópico, mas desde já, o liberalismo político, responde que o exercício de poder político é inteiramente apropriado apenas quando está de acordo com uma constituição, cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos, livres e iguais, endossem à luz de princípios e ideais aceitáveis para sua razão humana comum – esse é o princípio liberal de legitimidade.

uma determinada coisa pensada como causa se segue necessariamente outra pensada como efeito. Nesse conceito, portanto, já é pensado como analiticamente contido o conceito de uma legislação. Destarte, a autonomia é a propriedade da vontade de ser em todas as ações uma lei para si mesma (KANT, 2007, p. 99). Desta feita, a vontade, enquanto uma causalidade, tem a si mesma por objeto de uma lei universal. Logo, a vontade é ao mesmo tempo livre e também submetida à sua própria lei.

Como consequência lógica, se a vontade é uma causalidade atribuída à razão pura, e a liberdade é a propriedade dessa causalidade, então se deve atribuir a liberdade também a todos os seres racionais em geral. Essa universalização é válida também para a lei moral que, se “nos serve de lei somente enquanto somos seres racionais, tem ela que valer também para todos os seres racionais” (KANT, 2007, p. 95). Portanto, a liberdade constitui um pressuposto necessário e aparentemente suficiente do princípio da moralidade e da liberdade prática, pois “a todo o ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente a ideia da liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir” (KANT, 2007, p. 95-96). Esse recurso de Kant se baseia no fato de que a liberdade não pode decorrer da experiência, tampouco pode ser concebida arbitrariamente, pois já que dela depende o princípio da autonomia e, conseqüentemente, da própria lei moral, que não é senão a auto legislação, a liberdade só pode ser pressuposta enquanto uma ideia da qual os seres racionais têm consciência. Partindo a liberdade da base da lei moral, emerge a noção de autonomia, nas palavras do autor:

Pois agora vemos que, quando nós pensamos livres, nos transpomos para o mundo inteligível como seus membros e reconhecemos a autonomia da vontade juntamente com a sua consequência – a moralidade; mas quando nós pensamos como obrigados, consideramo-nos como pertencentes ao mundo sensível e, contudo, ao mesmo tempo também ao mundo inteligível (KANT, 2007, p. 103).

Kant (2011) desenvolve a sua concepção de liberdade entendida como a manifestação das vontades (as mais diversas vontades do ser humano: sentir fome, sede, inveja, honra, admiração, etc.) que provém das ações humanas. Essa vontade humana, isto é, liberdade, determina a forma de se relacionar entre os indivíduos com muita influência da natureza a qual motiva o curso que a sociedade vai percorrer. Nesse pensamento, a natureza permitiu ao homem a utilização da razão para controlar os seus instintos e ao mesmo tempo dominar a natureza. A socialização mostra-se antagônica à natureza, pois os homens racionais querem viver em paz e ter prosperidade, ao passo que a natureza provoca a inveja e a cobiça no interior do ser humano que impede estes de viverem em harmonia entre si. Por fim, afirma como imprescindível que existam leis para impedir a liberdade total dos indivíduos.

Deve-se pautar os atos de modo a proteger a liberdade do próximo, o que apenas pode ser alcançado através da limitação da liberdade própria. Essa limitação da liberdade é o único imperativo categórico em Kant: “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (KANT, 2007, p. 59).

O ser racional tem de considerar-se sempre como legislador num reino dos fins possível pela liberdade da vontade, quer seja como integrante quer seja como líder. Contudo, o escopo deste último não pode ele assegurá-lo apenas pela máxima da sua vontade, mas apenas quando seja um ser totalmente independente, sem necessidade nem limitação do seu poder adequado à vontade (KANT, 2007, p. 76). Por fim, ao interpretar a obra de Kant, tentando entender qual seria o seu ideal de justiça, Bobbio (2000, p. 116) defende que seria possível defini-lo como o da justiça como liberdade. Logo, respondendo qual seria o fim último do direito, apresenta-se a noção de que a justiça é liberdade:

[...]. A razão última pela qual os homens se reuniram em sociedade e construíram o Estado é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade, que não seria possível se um conjunto de normas coercitivas não garantisse para cada um uma esfera de liberdade, impedindo a violação por parte dos outros. O ordenamento justo é somente aquele que consegue fazer com que todos os consorciados possam usufruir de uma esfera de liberdade tal que lhes seja consentido desenvolver a própria personalidade segundo o talento peculiar de cada um. Aqui o direito é concebido como um conjunto de limites às liberdades individuais de maneira que cada um tenha a segurança de não ser lesado na própria esfera de liceidade até o momento em que também não lese a esfera de liceidade dos outros. Portanto, não é suficiente que essa ordem seja fundada na igualdade [...]. É necessário, para que brilhe a justiça com toda a sua luz, que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação. Motivo pelo qual seria justo somente aquele ordenamento em que fosse estabelecida uma ordem na liberdade. O direito natural fundamental pelo qual esta concepção é reforçada é o direito à liberdade (BOBBIO, 2000, p. 117-118).

Conforme o exposto, todo o pensamento jurídico de Kant objetiva a teorizar a justiça como liberdade. A teoria da justiça como liberdade é aquela da qual nasce a inspiração para a teoria do Estado liberal, assim, a teoria do direito de Kant traduz-se num dos fundamentos teóricos do Estado liberal. Como base, em "Liberalismo e democracia", Bobbio assevera que "hoje, Estados liberais não democráticos, não seriam mais concebíveis, nem Estados democráticos que não fossem também liberais" (BOBBIO, 2006, p. 43). Afirmação de igual teor encontramos algumas páginas mais à frente, nessa mesma obra, quando ele sentencia que "a combinação entre liberalismo e democracia não apenas é possível, como também necessária" (BOBBIO, 2006, p. 47).

Pelo exposto, verifica-se que o conteúdo do ideal de justiça para Kant foi a liberdade, expressão da identidade entre o pensamento e a vontade. A liberdade, como autonomia, traduz-

se no cerne da filosofia prática de Kant, não simplesmente a lei (ou o dever ser) como algo dela apartado, fundando os alicerces do seu pensamento. O prisma da liberdade é assentado por Kant no centro do seu conceito de justiça, seguida de igualdade, em função das quais somente pode ser pensado o conceito de ordem na sociedade. Completando, a liberdade é o único direito natural reconhecido como igual para todo homem na humanidade. O aparato legal que realiza a liberdade no sentido de autonomia, isto é, a lei que cada vez mais se aproxima do princípio de racionalidade, criando uma legislação jurídica universal, é justa.

Assim, para Kant, a ética abarca todos os deveres do homem, sejam internos (moral) ou externos (direito). Ele distingue, assim, no âmbito da conduta humana, a legislação interna da legislação externa. Ambas se diferenciam pelo seu objeto: o direito se ocupa da legislação prática externa de uma pessoa em relação às outras, na medida em que seus atos possam exercer influência uns sobre os outros (POZZATTI, 2017, p. 595).

A legislação moral tem um objetivo mais amplo do que a jurídica, uma vez que esta só prescreve, segundo Kant, atos externos, enquanto aquela prescreve, ademais, a intenção das ações (KANT, 2005, p. 26). Observe-se que tanto a moral quanto o direito têm o mesmo escopo: assegurar a liberdade do homem, impedindo que esse possa ser rebaixado à condição de simples meio, não sendo, pois, considerado um fim em si mesmo (POZZATTI, 2017, p. 596).

Ocorre que, enquanto a moral busca a liberdade interna, a independência do sujeito em relação a todo o dever que não seja o dever autônomo, o direito realiza a liberdade do agir externo na convivência com os demais. Isso porque no direito, é fundamental que a ação se exteriorize, deparando-se com a instância do arbítrio de outro ser humano (KANT, 2005, p. 25-27).

Deste modo, o direito consiste na relação entre dois arbítrios de modo que, o que funda o direito, é a condição geral que deve convir ao mesmo tempo a todos os arbítrios. Tal condição é a liberdade. Nesse sentido, Kant (2009, p. 78) defende que:

[...] o conceito de um direito externo em geral decorre totalmente do conceito de liberdade na relação externa dos homens entre si e nada tem a ver com o fim, que todos os homens de modo natural têm (o direito de felicidade), nem com a prescrição dos meios para aí chegar; pelo que também este último fim não deve absolutamente mesclar-se naquela lei como princípio determinante da mesma. O direito é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua consonância com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal.

Portanto, conclui-se que a ideia para Kant é que os melhores julgamentos políticos podem ser ensinados para os cidadãos. Daí a importância do direito e de uma legislação. A justiça nesse sentido é a lei, e a liberdade é uma parte importante, mas uma liberdade que foi

“ensinada” e “aprendida” pelos cidadãos. Nunca será maior que a lei ou o Direito. Logo, a liberdade deve ser tutelada, pois ela não pode escapar das noções de Direito e de lei. A partir dos ensinamentos da Kant, é importante seguir no sentido de visualizar a obra de teóricos que restaram influenciados por ele.

2.1.2 Os fundamentos da liberdade em John Rawls

Para assegurar a liberdade, já no século XX, influenciado por Kant, bem como por contratualistas como John Locke⁴ e Jean-Jacques Rousseau⁵, o americano John Rawls⁶ constrói a sua concepção de justiça social que é medida pela sua capacidade de concatenar a liberdade e a igualdade. Para o autor, estes princípios seriam escolhidos por indivíduos que estariam em uma “posição original”, envoltos pelo “véu da ignorância”, de modo que seus interesses particulares não poderiam influenciar nas suas decisões enquanto componentes desta posição original (RAWLS, 2002, p. 12-19). Desta forma, nenhum dos componentes buscaria estabelecer princípios que não garantissem a todos um mínimo de bens para sobreviver, bem como garantiria a todos liberdades iguais para desenvolverem seus projetos pessoais, e, ainda, um tratamento desigual no que diz respeito a organização das instituições sociais, a fim de serem compensadas eventuais diferenças.

Segundo Rawls, neste ambiente hipotético seriam estabelecidos os dois princípios da justiça, os quais devem (perceba-se o conteúdo normativo da abordagem Rawlsiana) guiar o direito na sua tarefa de organização de uma sociedade que se propõe a ser justa:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantagens

⁴ Locke (2004) fundamenta a sua concepção de liberdade a partir do direito natural que todo homem tem em ser proprietário de sua terra, visto que considera a liberdade como um bem natural de cada indivíduo. Com intuito de justificar o direito natural de possuir e adquirir a propriedade privada, Locke se fundamenta na Bíblia, no livro do Gênesis, segundo o qual Deus criou o mundo e por ter gasto tempo na sua construção este é sua propriedade. Como a humanidade foi gerada por Deus, os homens são considerados também seus herdeiros. Logo, a humanidade possui o direito natural de adquirir os bens e passar para os seus filhos como direito individual de cada pessoa.

⁵ Rousseau (2001) aponta como concepção de liberdade uma condição natural do homem no estado de natureza (um estado em que homem e natureza se complementam com objetivo de satisfazer suas necessidades, sem se preocuparem com os reflexos de suas ações), e, posteriormente, afirma como esse estado de liberdade natural se transforma em uma liberdade moral, quando este passa a viver em sociedade.

⁶ Rawls (2000, p. 46) esclarece que o delinear do pensamento democrático ao longo dos dois últimos séculos, deixa claro que, no presente, não há concordância sobre a forma pela qual as instituições básicas de uma democracia constitucional devam ser organizadas no intuito de satisfazer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais. Tal fato fica evidenciado nas ideias profundamente controversas sobre a melhor forma de manifestar os valores da liberdade e da igualdade nos direitos e liberdades básicos dos cidadãos, de modo que sejam atendidas as demandas tanto da liberdade quanto da igualdade.

para todos dentro dos limites do razoável e (b) vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos (RAWLS, 2002, p. 64).

Ao enfrentar o tema da justiça política numa sociedade democrática, Rawls (2000, p. 45) propõe importantes questionamentos iniciais: qual a concepção de justiça mais apta a especificar os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos livres e iguais e membros plenamente cooperativos da sociedade durante a vida toda, de uma geração até a próxima? A cultura política de uma sociedade democrática traduz-se pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis. Quais seriam então os fundamentos da tolerância assim compreendida, considerando-se o fato do pluralismo razoável como resultado inevitável de instituições livres e duradouras?

Essa ideia organizadora é a da sociedade arquitetada como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais, vistas como membros plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda a vida (RAWLS, 2000, p. 51). Com efeito, a preocupação com a maximização da utilidade ou satisfação, como defende o utilitarismo, não entra no mérito destes princípios da justiça, conquanto alguma espécie de maximização ainda possa ser alcançada sem, contudo, reconhecer uma intenção propositada. Assim, isento de qualquer equação de maximização da satisfação, o princípio da liberdade igual busca proteger especialmente dois elementos: a) assegurar a maior liberdade igual para todos, sem exceção ou privilégios e b) assegurar a inviolabilidade destas liberdades básicas. Por conseguinte, restou definida uma lista de liberdades básicas, entre as quais as mais importantes são a liberdade política e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física; o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias (RAWLS, 2002, p. 65).

O primeiro princípio protege as citadas liberdades, sendo que nenhuma delas pode ser violada a fim de preencher alguma demanda do segundo princípio da justiça (prioridade da liberdade⁷). Todavia, limitações às liberdades serão cabíveis caso entrem em conflito umas com as outras⁸. Nesse diapasão, na justiça como equidade, o Estado de Direito encontra-se responsável pela proteção e garantia das liberdades do indivíduo. O Estado de Direito deve desempenhar a administração regular e imparcial da lei, evitando, como exemplo, que

⁷ “A prioridade da liberdade significa que, sempre que as liberdades básicas podem ser efetivamente estabelecidas, não é permitido trocar uma liberdade menor ou desigual por uma melhoria do bem-estar econômico”. (RAWLS, 2002, p. 164).

⁸ “As violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Essas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual elas só podem ser limitadas ou comprometidas quando entram em conflito com outras liberdades básicas”. (RAWLS, 2002, p. 65).

magistrados sigam critérios arbitrários para decidirem sobre casos semelhantes (RAWLS, 2002, p. 257-266).

Esse ponto dialoga muito bem com o tema que será posteriormente desenvolvido, nos casos emblemáticos brasileiros atinentes aos conflitos diante do direito à liberdade de expressão, pode-se citar o “Caso Ellwanger”, bem como o da publicação de biografias não autorizadas, a Corte Constitucional acaba por não demonstrar uma linearidade no seu raciocínio, o que pode ser considerado pautado em critérios arbitrários.

Rawls utiliza-se do valor da liberdade para resolver a controvérsia entre os seguidores da liberdade positiva e os da negativa, ou seja, se uma liberdade é mais importante que outra⁹. Deste modo, Rawls (2002, p. 218) ilustra: “acredito que, em sua maior parte, este debate em nada se relaciona com definições, mas sim com os valores relativos das várias liberdades quando conflitam entre si”. O ponto, contudo, de acordo com o autor, longe de ser irrelevante para a filosofia política, demanda uma sólida posição normativa. Portanto, refletir e determinar o valor das diversas liberdades “é uma questão de filosofia política substantiva, e requer-se uma teoria do justo e da justiça para tratar dela” (RAWLS, 2002, p. 218).

Isto posto, o conceito de liberdade, para Rawls (2002, p. 218-219), implica que qualquer liberdade pode ser ilustrada mediante uma alusão a três itens, sendo eles: a) os agentes que são livres; b) as restrições ou limitações de que eles estão livres; e c) aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer. Nas suas próprias palavras:

A descrição geral de uma liberdade, então, assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo. As associações assim como as pessoas físicas podem ou não estar livres, e as restrições podem variar desde deveres e proibições definidos por lei até as influências coercitivas causadas pela opinião pública ou pela pressão social. Na maior parte do tempo discutirei a liberdade em conexão com limitações legais e constitucionais. Nesses casos, a liberdade é uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres. (RAWLS, 2002, p. 219).

Sintetizando, Rawls delimita três componentes conceituais da liberdade: declara a liberdade como um sistema total de “liberdades básicas”; em circunstâncias razoavelmente positivas, isto é, existe sempre um modo de definir estas liberdades de forma que as aplicações principais de cada uma retem simultaneamente asseguradas e os interesses mais fundamentais resguardados; e, através das liberdades básicas, infere-se que, na maioria dos casos, percebe-se

⁹ “Assim, a liberdade e o valor da liberdade se distinguem da seguinte maneira: a liberdade é representada por um sistema completo das liberdades de cidadania igual, enquanto o valor da liberdade para pessoas e grupos depende de sua capacidade de promover seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema” (RAWLS, 2002, p. 221).

visivelmente se um instituto legal de uma lei realmente restringe ou simplesmente regula uma determinada liberdade básica.

Interessante destacar que as doutrinas religiosas e filosóficas manifestam perspectivas de mundo e de vida, individual e coletivamente, como um todo. Os pontos de vista individuais e associativos, afinidades intelectuais e ligações afetivas são diversificados demais, sobretudo numa sociedade livre, para que essas doutrinas possam servir de sustentação para um acordo político duradouro e razoável. Distintas concepções de mundo podem ser desenvolvidas de forma razoável tendo-se diversos pontos de vista, e a diversidade surge, em parte destas perspectivas diferentes. Seria pouco realista, despertando suspeita e hostilidade mútua, supor que todas as diferenças derivam tão somente da ignorância e da perversidade, bem como de rivalidades pelo poder, status ou benefício econômico (RAWLS, 2000, p. 102).

Como exemplo, as normas de um debate são necessárias para regulá-lo, sopesa o filósofo que “sem a aceitação de procedimentos razoáveis de indagação e debate, a liberdade de expressão perde o seu valor” (RAWLS 2002, p. 220)¹⁰. A aceitação de uma liberdade desigual entre cidadãos na justiça como equidade corre o risco de gerar uma ampla injustiça. Desta forma, Rawls propõe uma regra normativa para responder fortuitas disparidades na liberdade¹¹. Emerge a distinção entre a liberdade e o valor da liberdade, isto é, “liberdade é representada por um sistema completo das liberdades de cidadania igual, enquanto o valor da liberdade para pessoas e grupos depende de sua capacidade de promover seus fins dentro da estrutura definida pelo sistema” (RAWLS, 2002, p. 221).

A partir do exposto, depreende-se que as liberdades unicamente podem ser limitadas em nome da própria liberdade, destacando-se que nenhuma liberdade se reveste de valor absoluto. Portanto, mesmo que as liberdades possam ser limitadas, elas devem, em última análise, compor um sistema igual para todos, ou seja, a liberdade como liberdade igual é a mesma para todos. Contudo, destaca-se que não se pode compensar uma liberdade menor em prejuízo de uma liberdade igual. Assim, embora a liberdade seja a mesma para todos, não é igual, já que alguns

¹⁰ Não obstante, a tolerância da vedação de alguma observância religiosa, moral ou política, versa sobre uma restrição da liberdade e deve ser julgada como tal. Logo, segundo Rawls (2002, p. 220), os componentes de uma convenção constituinte ou legislativa, precisam especificar e ordenar as liberdades básicas de modo a produzir o melhor sistema total de liberdades. O desafio, por conseguinte, é embasar um ajuste definitivo do sistema único de liberdades.

¹¹ “Uma liberdade básica resguardada pelo primeiro princípio só pode ser limitada em consideração à própria liberdade, isto é, apenas para assegurar que a mesma liberdade ou outra liberdade básica estará adequadamente protegida, e para ajustar o sistema único de liberdades da melhor forma possível. [...]. Naturalmente, esse sistema deve sempre ser avaliado do ponto de vista do cidadão representativo justo. A partir da perspectiva da convenção constituinte ou do estágio legislativo (conforme for o caso), devemos perguntar qual sistema teria a preferência racional desse cidadão”. (RAWLS, 2002, p. 221).

possuem mais riqueza do que outros, ou seja, detêm mais recursos para conseguirem seus objetivos.

Finalmente, sinaliza-se que não se pode confundir a compensação pelo valor menor da liberdade com a afirmação de uma liberdade desigual, visto que ambos os princípios no seu conjunto correspondem a estruturas básicas organizadas de forma a maximizar o valor para os menos desfavorecidos do sistema de igual liberdade.

Como bem apontam Souza e Pinheiro (2016, p. 131-132), a perspectiva de liberdade e, conseqüentemente a prioridade atribuída a esta, deve ser vista a partir de uma formulação kantiana, pois ainda que às vezes tal ideia não seja tão enfatizada, em uma análise global do argumento, fica perceptível que a ideia de autonomia é central para a ‘Teoria da Justiça como Equidade’. Desta forma, a descrição de Rawls da posição original – como em Kant – implica que os princípios morais são objeto de uma escolha racional, ou seja, um acordo entre sujeitos racionais¹².

Conclui-se que a liberdade de expressão compõe o rol das liberdades fundamentais mais proeminentes no Estado democrático constitucional, no plano moral. Com efeito, a autonomia plena dos cidadãos, assim, é sua capacidade tanto de serem racionais e agirem de acordo com a concepção específica de bem que possuem, como de aceitar reciprocamente os princípios de justiça, observando os termos equitativos de cooperação social, respeitando a liberdade alheia e a igualdade entre todos os membros da comunidade.

Portanto, o direito de liberdade do cidadão requer dos cidadãos a tolerância para com os intolerantes sem privar as vítimas de posterior pleito de reparação de danos caso assim se sintam ofendidos. A tolerância é uma exigência para a constituição e afirmação de um Estado Democrático de cunho compromissório, como é o Brasil. Por fim, ilustram Souza e Pinheiro (2016, p. 133), que resta rejeitado o princípio da utilidade na tutela da liberdade de expressão, pois a liberdade não está sujeita ao cálculo dos interesses sociais – que autorizariam uma restrição que atribua um maior resultado líquido de utilidade -. Maiores benefícios não justificam a restrição à liberdade e assim, sua proteção nos moldes do primeiro princípio atende às exigências de justiça. Aliás, a liberdade de pensamento implica a tolerância com grupos

¹² Rawls (2000, 116-117) define que cidadãos concebem a si mesmos como pessoas livres em três aspectos: primeiro, pela capacidade moral de formular, revisar e buscar concretizar racionalmente uma concepção do bem; segundo, como pessoas que são fontes auto autenticadoras de reivindicações válidas; e terceiro, pela capacidade de assumir responsabilidade por seus fins. Pelo exposto, dispor de liberdade nesses aspectos permite aos cidadãos ter autonomia, seja essa autonomia racional ou plena. Isto é, racional quando se baseia em faculdades intelectuais e morais das pessoas, possuindo capacidade de formular e deliberar acerca de suas concepções. Por sua vez, a autonomia plena realiza-se pelos cidadãos quando agem de acordo com os princípios de justiça que especificam os termos equitativos de cooperação que aplicariam a si mesmos, isto é, quando equitativamente representados como pessoas livres e iguais (RAWLS, 2000, p. 122).

intolerantes, a menos que exista um risco à estabilidade da sociedade, o que para Rawls exclusivamente ocorreria em casos extremos.

Logo, segundo a matriz teórica rawlsiana, pode-se concluir que o limite ao direito à liberdade de expressão, enquanto direito de liberdade propriamente dito, seria a violência, seja ela verbal ou física, mais que a violência a cidadãos em uma democracia, a violência seria exercida de maneira simbólica, ao desrespeitar o outro e tratar este outro de maneira inclusiva em conformidade com a máxima kantiana de tratar o outro sujeito como um fim em si mesmo.

2.2 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA ASSEGURAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como verificado na parte anterior, existem muitos argumentos filosóficos defensores da liberdade que sobrevivem a um argumento racional, de forma que agora cabe investigar se estes argumentos tomam ou não a forma jurídica. Investigar os fundamentos jurídicos da liberdade de expressão é questionar quais as fontes jurídicas que podem ser invocadas para defendê-la perante as instituições internacionais ou domésticas. Como a liberdade de expressão é um bem jurídico tutelado tanto em nível internacional quanto doméstico, esta parte da pesquisa vai questionar tanto os fundamentos jurídicos internacionais (2.2.1) quanto os fundamentos jurídicos domésticos (2.2.2) que promovem esta dimensão da liberdade.

2.2.1 A tutela da liberdade de expressão no direito internacional positivo

A tutela da liberdade de expressão tem sido impressa nos mais diversos tratados internacionais que se ocupam dos direitos humanos das mais diversas formas, seja como livre manifestação do pensamento, quanto outras dimensões da liberdade de expressão. Nesse trabalho, por gravitar sobre o espaço geográfico brasileiro, se dedicará primordialmente aos tratados que envolvem o Brasil. Assim, serão investigados os tratados de direitos humanos de âmbito universal (2.2.1.1), e de âmbito regional, notadamente do continente americano (2.2.1.2).

2.2.1.1 Sistema universal de proteção aos direitos humanos

Considerando o grave desprezo pelos direitos humanos, os quais foram decorrência dos atos atrozos que ultrajaram a consciência da humanidade durante as duas guerras mundiais, se

tornou urgente que os direitos humanos fossem resguardados pelo império da lei. Nessa senda, diversos documentos internacionais preveem expressamente o direito à liberdade de expressão, destacando-se que a mais importante organização internacional contemporânea não tem medido esforços para promover, tutelar e garantir referido direito humano. Com efeito, o art. XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, define que: “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 1948).

A doutrina de Flávia Piovesan assinala que a Declaração materializou a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados, visto que “introduz extraordinária inovação ao conter uma linguagem de direitos até então inédita. Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, a Declaração passa a elencar tanto direitos civis e políticos (artigos. 3º a 21º) como direitos sociais, econômicos e culturais (artigos. 22º a 28º)” (PIOVESAN, 2011, p. 133). Protegendo-se a liberdade juntamente com a igualdade, a Declaração concebe esses direitos como uma unidade interdependente e indivisível.

Na mesma linha, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹³, de 1966, estabelece, também em seu art. XIX, o direito à liberdade de expressão de forma mais minuciosa, abrangendo as restrições que podem ser legitimamente impostas pelos Estados, motivadas pela proteção da segurança coletiva e pelo respeito a outros direitos individuais:

Artigo 19 (1). Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. (2). Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. (3). O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública (ONU, 1966).

Interessante pontuar que nos debates na Comissão de Direitos Humanos da ONU sobre a confecção do art. 19, vislumbrou-se que a liberdade de opinião seria uma questão estritamente privada, ao passo que a liberdade de expressão caracterizaria uma liberdade pública. A partir desta exegese, a liberdade de ter uma convicção pessoal, de formar uma opinião para si foi

¹³ O Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi celebrado no âmbito da XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Está em vigor no Brasil, tendo sido aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226 de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992.

definida em termos absolutos pelo item 1 do art. 19, em contraste com a liberdade de expressão prevista no item 2, a qual, por ser exercida em público, pode estar sujeita a responsabilidades e restrições legais.

Quanto ao tema dos deveres e responsabilidades, constatou-se que aqueles que se opuseram à proposta de agregar deveres e responsabilidades à liberdade de expressão defenderam que a finalidade geral do Pacto é instituir direitos civis e políticos e garantias de proteção, e não determinar direitos e responsabilidades, ou infligir balizas aos indivíduos. Outrossim foi trazido, uma vez que, cada direito traz cabalmente consigo um correspondente encargo no seu exercício e que, em nenhum outro direito previsto no Pacto consta a previsão de tal dever, o art. 19 não poderia traduzir-se como uma exceção a essa regra. Todavia, imperou a inteligência de que os modernos meios de comunicação de massa exercem uma poderosa influência sobre o exercício e gozo da liberdade de expressão, de modo que, em atenção ao enorme poder da imprensa na sociedade contemporânea, o texto finalmente aprovado do art. 19 incluiu a palavra “especial” junto às palavras “direitos e responsabilidades” (ONU, 1995).

Ademais, o PIDCP constrói uma sistemática específica de monitoramento e implementação internacional dos direitos nele previstos, propiciando um suporte institucional aos preceitos nele consagrados, impondo a obrigação aos Estados-partes de encaminhar relatórios acerca das medidas seguidas para a efetivação dos direitos anunciados pelo pacto (PIOVESAN, 2011, p. 238).

Não menos importante, é o caso da Convenção sobre asilo territorial (BRASIL, 1965), em seu artigo VII dispõe que:

A liberdade de expressão de pensamento, que o direito interno reconhece a todos os habitantes de um Estado, não pode ser motivo de reclamação por outro Estado, baseada em conceitos que contra este ou seu governo expressem publicamente os asilados ou refugiado, salvo no caso de tais conceitos constituírem propaganda sistemática por meio da qual se incite ao emprego da força ou da violência contra o governo do Estado reclamante.

Igualmente, a Convenção sobre os Direitos da Criança (BRASIL, 1990), no seu artigo 13 determina que:

1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança. 2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias: a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas.

Ademais, a importante Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (BRASIL, 2009) quando trata acerca da ‘Liberdade de expressão e de opinião e acesso à informação’ dispõe no seu artigo 21 que:

Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seu direito à liberdade de expressão e opinião, inclusive à liberdade de buscar, receber e compartilhar informações e ideias, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas e por intermédio de todas as formas de comunicação de sua escolha, conforme o disposto no Artigo 2 da presente Convenção [...].

Constata-se, portanto, que o sistema universal de direitos humanos, bem como diversos diplomas legais de âmbito internacional, se preocuparam em imprimir a proteção à liberdade de expressão em seus textos.

2.2.1.2 A liberdade de expressão no marco jurídico interamericano

Com relação aos sistemas internacionais, o marco jurídico do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos mostra-se como o que possibilita maior alcance e garantias ao direito de liberdade de pensamento e expressão. Com efeito, a Convenção Americana em seu artigo 13 dispõe que:

(1). Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. (2). O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: (a). o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou (b). a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (3). Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. (4). A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. (5). A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (OEA, 1969).

No mesmo sentido, a Declaração Americana – em seu artigo IV – determina que “toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do

pensamento, por qualquer meio” (OEA, 1948). Referido conjunto de garantias apresenta-se reforçado, fato que não aparenta paralelo em qualquer outro sistema, seja o universal ou qualquer outro regional de proteção, salientando-se ainda, a Carta Democrática Interamericana em seu artigo 4º:

São componentes fundamentais do exercício da democracia a transparência das atividades governamentais, a probidade, a responsabilidade dos governos na gestão pública, o respeito dos direitos sociais e a liberdade de expressão e de imprensa. A subordinação constitucional de todas as instituições do Estado à autoridade civil legalmente constituída e o respeito ao Estado de Direito por todas as instituições e setores da sociedade são igualmente fundamentais para a democracia (OEA, 2001).

Tendo-se em vista uma perspectiva comparada, o contraste dos textos do artigo 13 da Convenção Americana, do artigo IV da Declaração Americana e do artigo 4º da Carta Democrática Interamericana, com as disposições relevantes de outros tratados sobre direitos humanos, cite-se especificamente o artigo 19 do PIDCP ou o artigo 10 do Convênio Europeu, que delimita que o marco interamericano foi arquitetado para ser o mais generoso, e para reduzir ao mínimo as restrições à livre circulação de informações, opiniões e ideias¹⁴. Segundo a CIDH e a Corte Interamericana, essa estipulação normativa visa indicar a importância atribuída à livre expressão dentro das sociedades do continente. Em particular, em relação ao artigo 13 da Convenção Americana, a CIDH salientou que ele “é uma indicação da importância atribuída por aqueles que redigiram a Convenção [Americana] à necessidade de expressar e receber qualquer tipo de informação, pensamentos, opiniões e ideias”¹⁵.

A supremacia que o artigo 13 outorga à liberdade de expressão implica também que são inaplicáveis no contexto interamericano as vedações previstas em outros instrumentos internacionais, nem que estes devem ser empregados para interpretar a Convenção Americana de forma restritiva. Em tais casos, a Convenção Americana deve prevalecer consoante ao princípio *pro homine* – largamente acolhido por todos os Estados democráticos –, pelo qual sempre deve primar a norma mais favorável à pessoa humana¹⁶.

Desta forma, o objetivo principal do art. 13 da Convenção Americana é solidificar o funcionamento de sistemas democráticos pluralistas, agasalhando a livre circulação de ideias e

¹⁴ 4 Corte I.D.H., A Associação Obrigatória de Jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A N° 5, § 50; CIDH. Relatório Anual 1994. Capítulo V: Relatório sobre a Compatibilidade entre as Leis de Desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de fevereiro de 1995.

¹⁵ CIDH. Relatório N° 11/96. Caso N° 11.230. Francisco Martorell. Chile. 3 de maio de 1996, § 56.

¹⁶ Corte I.D.H., A Associação Obrigatória de Jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Opinião Consultiva OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A N° 5, § 52.

opiniões de toda índole, permitindo um processo deliberativo aberto e pleno sobre todos os temas que dizem respeito aos interesses da sociedade. Logo, a constituição de uma opinião pública forte, bem informada e consciente dos seus direitos, assim como a responsabilização de autoridades públicas, seria inviável de outro modo (OEA, 2009, p. 3-4).

Acerca da obrigatoriedade desses dispositivos no Brasil, a CADH possui status de supralegalidade, ou seja, por ter sido pactuado após a Constituição Federal de 1988 e anteriormente a Ementa Constitucional n. 45 de 2004, não é formalmente constitucional¹⁷. Não obstante, é de se referir que tal normativa internacional materialmente já compunha o corpus constitucional brasileiro desde 1992, visto que o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Tratando-se de mecanismo de controle, a CIDH igualmente atua no âmbito da Convenção, entretanto neste caso o controle se torna mais efetivo devido a possibilidade de atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH). Logo, o subsistema da Convenção pode se dar em duplo nível: os Estados podem ser partes na Convenção e reconhecer a jurisdição da Corte, mas eles também podem ser partes sem aceitar a jurisdição da Corte, situação em que podem ser responsabilizados apenas perante a Comissão.

No âmbito da OEA, destaca-se a atuação da Relatoria Especial, a qual elabora declarações conjuntas com as outras relatorias para a liberdade de expressão, incluindo a Relatoria das Nações Unidas sobre a Liberdade de Pensamento e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa (OSCE) para a Liberdade dos Meios de Comunicação e a Relatoria da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

¹⁷ STF. Habeas Corpus no. 95967. Relatora Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 11.11.2008, DJe de 28.11.2008. "Direito Processual. Habeas Corpus. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do STF. Concessão da ordem. 1. A matéria em julgamento neste habeas corpus envolve a temática da (in) admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. Habeas corpus concedido"

Relatoria Especial foi criada pela CIDH em outubro de 1997, durante o seu 97º Período de Sessões, por decisão unânime de seus membros. A Relatoria Especial foi estabelecida como um escritório permanente e independente que atua dentro do marco e com o apoio da CIDH. Com isso, a CIDH buscou estimular a defesa continental do direito à liberdade de pensamento e de expressão, considerando seu papel fundamental na consolidação e desenvolvimento do sistema democrático, bem como na proteção, garantia e promoção dos demais direitos humanos. Em seu 98º Período de Sessões, celebrado em março de 1998, a CIDH definiu de modo geral as características e funções da Relatoria Especial, e decidiu criar um fundo voluntário para a sua assistência econômica.

A iniciativa da CIDH de criar uma Relatoria Especial de caráter permanente obteve amplo respaldo nos Estados-Membros da OEA. Com efeito, durante a Segunda Cúpula das Américas, os Chefes de Estado e de Governo reconheceram a função fundamental do direito à liberdade de pensamento e expressão, e manifestaram sua satisfação pela criação da Relatoria Especial¹⁸. De igual modo, os Chefes de Estado e de Governo das Américas se comprometeram expressamente em apoiar a Relatoria Especial¹⁹. Sendo que na Terceira Cúpula das Américas, realizada em Quebec, no Canadá, os Chefes de Estado e de Governo finalmente ratificaram o mandato da Relatoria Especial²⁰. Finalmente, imprescindível apontar que a Relatoria Especial, desde sua concepção, tem contado também com o respaldo das organizações da sociedade civil, dos meios de comunicação, dos jornalistas, e, especialmente, das pessoas que foram vítimas de violações do seu direito à liberdade de pensamento e de expressão, e de seus familiares.

Por sua vez, a jurisprudência do sistema tem ilustrado que o marco jurídico interamericano concede esse alto valor à liberdade de expressão visto que se baseia em um conceito amplo da autonomia e da dignidade das pessoas, e porque sopesa tanto o valor instrumental da liberdade de expressão para o exercício dos demais direitos fundamentais, quanto sua função essencial inserta nos regimes democráticos.

¹⁸ Na Declaração de Santiago, adotada em abril de 1998, os Chefes de Estado e de Governo afirmaram o seguinte: “Concordamos que uma imprensa livre desempenha um papel fundamental [em matéria de direitos humanos] e reafirmamos a importância de garantir a liberdade de expressão, de informação e de opinião. Celebramos a recente criação da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, no contexto da Organização dos Estados Americanos” (OEA, 1998).

¹⁹ Sobre este ponto, no Plano de Ação da cúpula, foi recomendado que se deve “fortalecer o exercício e o respeito de todos os direitos humanos e a consolidação da democracia, incluindo o direito fundamental à liberdade de expressão e de pensamento, mediante o apoio às atividades da Comissão Interamericana de Direitos Humanos neste campo, em particular a recentemente criada Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão”.

²⁰ Restou agregado o ponto da continuidade em sua agenda, ou seja, “Continuar a apoiar o trabalho do sistema interamericano de direitos humanos na área de liberdade de expressão, por meio do Relator Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH, bem como prosseguir na difusão de trabalhos de jurisprudência comparada e procurar assegurar que a legislação nacional sobre liberdade de expressão seja coerente com as obrigações legais internacionais”.

Destaca-se o ilustre caso “Olmedo Bustos y otros vs. Chile” (caso A Última Tentação de Cristo), no qual, em 1988, o Conselho de Classificação Cinematográfica do Chile proibiu a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo”, de Martin Scorsese. A oposição firmou-se na alegação de que era ofensivo à figura de Jesus Cristo e, por conseguinte, atingia aqueles que o consideravam seu modelo de vida. De tal modo, a exposição do longa-metragem assinalaria uma suposta transgressão do direito à honra e à reputação de Jesus Cristo. A Corte entendeu que a medida configurou censura prévia e desarrazoada, em termos conflitantes com o art. 13 da Convenção Interamericana, e condenou o governo chileno a alterar seu ordenamento jurídico interno, em um prazo razoável, com o escopo de eliminar a censura prévia e permitir a exibição da referida película. Igualmente, o Chile foi condenado a pagar uma reparação em dinheiro às vítimas que a demandaram à Corte (OEA, 2001).

Portanto, a Corte consolidou sua interpretação no sentido de que o conteúdo do direito à liberdade de pensamento e expressão, que está sob a proteção do art. 13 da Convenção Americana, compreende não só a liberdade de expressar seus próprios pensamentos, mas também a de buscar, receber e difundir informações e ideias de todos os tipos. Sendo assim, em seu entendimento, a liberdade de expressão exige, por um lado, que ninguém seja coagido²¹.

2.2.2 A liberdade de expressão no Brasil: garantias constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à liberdade de expressão

Como a área de abrangência espacial dessa dissertação é o Brasil, bem como as peculiaridades e desafios da liberdade de expressão dos candidatos no âmbito da redação do ENEM, é imprescindível tratar do impacto do direito à liberdade de expressão nesse país, motivo pelo qual serão vistas as garantias constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à liberdade de expressão.

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer no seu art. 5º, § 2º o bloco de constitucionalidade, se constitui no marco jurídico da transformação democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Deste modo, os direitos disciplinados nos tratados internacionais integram e complementam o rol de direitos previstos

²¹ Destaca-se o teor da Opinião Consultiva nº 05/85: “a liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também condição *sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseje influenciar sobre a coletividade possam desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, no momento de exercer suas opiniões, esteja suficientemente informada. Por isso, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre” (OEA, 1985).

constitucionalmente, estendendo-se a esses direitos o mesmo regime constitucional atribuído aos demais direitos e garantias fundamentais.

No direito pátrio, observa-se efetivação da liberdade de expressão pela primeira vez na Constituição de 1824, no seu artigo 179, inciso IV²², o qual assimilava os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 152), a primeira Constituição brasileira e o ordenamento constitucional posterior advieram essencialmente da convergência, no mundo ibérico e latino-americano, das doutrinas racionalistas do constitucionalismo francês, então reforçados nos meios pensantes da época.

Ao seu turno, a primeira Constituição da República, de 1891, no seu artigo 72 §12 da Constituição de 1891²³, prescrevia que tratando dos direitos e garantias fundamentais, determinava a liberdade de manifestação de pensamento pela imprensa, sem dependência de censura, respondendo cada cidadão pelos abusos cometidos na forma prescrita em lei.

Contrariamente, a Constituição de 1934, influenciada da Constituição de Weimar, de 1919, admitia expressamente a possibilidade de censura prévia nos casos de espetáculos e diversões públicas, como se infere do artigo 113, nº 9²⁴. Posteriormente, a partir da instituição do período histórico conhecido como “Estado Novo”, iniciado pela “Era Vargas”, consignou-se expressamente, no capítulo dos direitos e garantias individuais da Carta de 1937, no seu artigo 122²⁵, uma limitação expressa ao direito de manifestação do pensamento, possibilitando-se ao governo promover uma interferência direta na imprensa, regida à época por lei especial.

²² Observe-se: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar” (BRASIL, 1824).

²³ Observe-se “Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que commeter nos casos e pela fôrma que a lei determinar” (BRASIL, 1891).

²⁴ Observe-se: “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social” (BRASIL, 1934).

²⁵ Observe-se: “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa,

A restauração do regime democrático efetivada pela Constituição de 1946²⁶ ressuscitou a liberdade de expressão no ordenamento nacional. Contudo, citando a Carta Republicana de 1891, outra vez se fez expressa ressalva diante da possibilidade de censura de espetáculos e diversões públicas, bem como de atos subversivos da ordem política e social. Em seguida, sob a égide da Constituição de 1967, diante da vigência dos chamados “Atos Institucionais”, a liberdade de informação seria gravemente restrita, pois ocorria o controle maciço do Estado nos meios de comunicação. A redação do §8º do artigo 150 da Carta vedava a propaganda de guerra ou “subversão da ordem”, também observado no §8º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969²⁷.

Constata-se, portanto, que até o advento do recente período de redemocratização do país, as declarações de direitos constantes nas Leis Fundamentais não faziam qualquer previsão do conceito de informação como direito a ser tutelado pelo Estado. No entanto, as conclusões são mais profundas, ou seja, o postulado da liberdade de expressão no país não se deu de forma contínua e harmônica, sofrendo constantes ataques diante dos interesses políticos dominantes em cada período.

O texto da atual Carta Magna de 1988, promulgada em sintonia com o constitucionalismo contemporâneo, foi o meio pelo qual o país voltou à sua normalidade institucional, posteriormente a um longo período histórico de grave crise institucional contínua e sistemática. Promulgada ainda sob as consequências advindas de duas décadas de regime militar no qual foi praticada a censura, entre outras diversas violações aos direitos humanos, a nova Constituição consolidou este postulado de modo a garantir a liberdade de expressão em

reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos” (BRASIL, 1934).

²⁶ Observe-se: “Art. 141, § 5º A constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §5º. É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe” (BRASIL, 1946).

²⁷ Observe-se: “Art. 153, § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” (BRASIL, 1967).

sua máxima intensidade tendo-a como corolário imprescindível para a materialização no Brasil de um legítimo e sólido estado democrático de direito²⁸.

A liberdade de expressão está positivada na Carta Magna no artigo 5º, inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988); inciso IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988); inciso XIV “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (BRASIL, 1988); bem como no artigo 220 e seus parágrafos²⁹:

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

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

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL. 1988).

Conforme será demonstrado de forma mais profunda posteriormente, a própria Constituição de 1988 impôs limites ao exercício da liberdade de expressão, destacando-se a vedação ao anonimato, o direito de resposta e indenização por danos morais e patrimoniais à imagem, a preservação da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação e para que seja assegurado a todos o direito de acesso à informação.

Fixou ainda, em relação à produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, determinados parâmetros mínimos como o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família por meio de legislação federal. Igualmente, a Constituição, confere ao Poder Público a possibilidade de criar recomendações em relação às faixas horárias ou locais nos quais a exibição deve ser considerada como inadequada, sem, entretanto, outorgar capacidade à

²⁸ O argumento da democracia depreende uma razão sensível para a proteção da liberdade de expressão no Brasil, cuja Constituição, depois do término definitivo da ditadura militar em 1988, deduziu a forma de governo do princípio da soberania popular. A partir disso, a República Federativa do Brasil constituiu-se em um Estado Democrático de Direito, com todo o poder sendo emanado do povo, que o exerce através de seus representantes eleitos ou diretamente, pelo sufrágio universal e pelo voto direto, com valor igual para todos, ou mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei. Isto posto, a liberdade de expressão possui o escopo de garantir o exercício dos direitos políticos de participação popular (MARTINS NETO, 2008, p. 72).

²⁹ Parte da doutrina salienta que o texto do art. 220 reproduz uma concepção liberal clássica de garantia da liberdade de imprensa. Contudo, é pertinente entender esse modelo com base na concepção global dos direitos fundamentais previstos Carta Magna, a qual, ao seu turno, não é libertária; na antemão, tendo em vista o comprometimento da Lei Maior com a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, não se duvida da importância do Estado na efetivação dos postulados constitucionais. O sistema constitucional vigente, portanto, alicerça-se na premissa de que os direitos fundamentais são violados não somente pela ação, mas também pela inércia do poder público, ou seja, a sua frequente omissão (SARMENTO, 2007, p. 30).

Administração para o exercício de cortes ou vedação do conteúdo exibido. Com efeito, importante a lição de Luís Roberto Barroso (2000, p. 647-650):

[...] A Constituição de 1988, sem prejuízo de outras considerações, representou a superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não pluralista do exercício do poder. Como reação eloquente à prática histórica da censura política, ideológica e artística no país, o constituinte dedicou especial ênfase à liberdade de expressão – aí compreendidas a liberdade de manifestação do pensamento e de criação (art. 5, IV e IX) – e ao direito à informação (art. 5, XIV).

[...]

Em todos os tempos e lugares, a censura jamais se apresenta como instrumento da intolerância, da prepotência ou de outras perversões ocultas. Ao contrário, supõe-se a virtude contra o vício e, de regra, destrói em nome da segurança, da moral, da família, dos bons costumes. Na prática, todavia, ela oscila entre o arbítrio, o capricho, o preconceito e o ridículo [...].

Por fim, no campo infraconstitucional, a Lei nº 5.250 de 1967, também conhecida como Lei de Imprensa, regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, referido diploma legal possui 77 artigos, disciplinando também questões atinentes aos abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, o direito de resposta, bem como a responsabilidade penal e civil. Este é teor do seu artigo primeiro: “é livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer” (BRASIL, 1967).

No âmbito dos estatutos, referido direito foi trazido de forma expressa no art. 16, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), bem como o art. 10, §1º, inciso II, do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003).

Após serem traçadas essas premissas iniciais acerca da regulação constitucional e infraconstitucional emergem novos questionamentos que são importantes para a efetivação desta pesquisa. Nessa linha, indaga-se: o que justifica a inclusão da liberdade de expressão no catálogo dos direitos e garantias constitucionais? Referido questionamento será respondido a seguir.

2.3 DO CONCEITO À FUNDAMENTALIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Traçado o aparato normativo internacional e nacional acerca da temática do direito à liberdade de expressão, objetiva-se agora investigar de forma mais aprofundada referido instituto, para isso será necessário verificar a busca pelo conceito e pelo conteúdo da liberdade

de expressão (2.3.1), bem como a fundamentalidade constitucional da liberdade de expressão a partir das justificativas instrumentais e constitutivas (2.3.2).

2.3.1 A busca pelo conceito e pelo conteúdo da liberdade de expressão

A despeito de vincular-se primordialmente a ideia de direitos de primeira geração, Sarmiento (2007) destaca a insuficiência da visão tradicional da liberdade de expressão como um mero direito negativo que se esgotaria num dever de abstenção Estatal, isto é, em uma limitação para os poderes públicos, erigida para que eles não tenham como proibir a livre manifestação de quaisquer opiniões e ideias. Nesse sentido, o autor defende diante do quadro de uma sociedade profundamente desigual, a atuação positiva do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do exercício e o enriquecimento do debate público.

Verifica-se que a doutrina brasileira não possui um conceito uniforme acerca do direito à liberdade de expressão, fato este que, na linha de André Ramos Tavares (2011), deriva principalmente da própria Constituição, a qual preferiu tratar de maneira esparsa e não em um único dispositivo quanto ao referido direito. Aliás, destaca-se polêmica na doutrina quanto à classificação da liberdade de expressão, se um meio ou um fim em si mesma. Por sua vez, autores como José Afonso da Silva (2008), citando a liberdade de opinião, ressaltam que ela é exteriorizada com uma efetivação das demais liberdades relacionadas (liberdade de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção de conhecimento).

Proveniente do direito geral à liberdade, a liberdade de expressão constitui-se como a sua dimensão que se traduz no poder conferido aos indivíduos para externar livremente suas opiniões, ideias, convicções, juízos de valor, assim como sensações e sentimentos, possibilitando-se, do mesmo modo, os suportes por meio dos quais a expressão é proferida, seja a partir de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (MEYER-PFLUG, 2009, p. 34-35).

Possuindo a qualidade de cláusula pétrea, conforme constatado constitucionalmente, ao cidadão será permitida a liberdade de pensar e acolher as ideias que bem lhe convierem e se mostrem corretas, sem indevidas interferências por parte do Estado ou da sociedade. Desta feita, a liberdade de expressão se estrutura como pedra angular do Estado Democrático de Direito, de tal modo que, com a ausência dela, mostra-se impossível um regime democrático. Pelo exposto, não é viável pensar-se em democracia sem que seja garantida a plenitude da liberdade de expressão, como bem assevera Ronald Dworkin (2005, p. 503-504):

A liberdade de expressão tem papel evidente na concepção majoritarista. Essa concepção de democracia exige que se dê oportunidade aos cidadãos de se informar de maneira mais completa possível e deliberar, individual e coletivamente, acerca de escolhas, e é um critério estratégico vigoroso que a melhor maneira de proporcionar essa oportunidade seja permitir que qualquer pessoa deseje se dirigir ao público o faça, de maneira e na duração que pretender, por mais impopular ou indigna que o governo ou os outros cidadãos julguem essa mensagem.

Rawls (2000, p. 61-62) pontua acerca da tradição do pensamento democrático, isto é, considera-se os cidadãos pessoas livres e iguais. A ideia básica é que, em virtude de suas duas faculdades morais (a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção do bem) e das faculdades da razão (de julgamento, pensamento e inferência, ligados a essas faculdades), as pessoas são livres. Logo, por terem essas faculdades no grau mínimo necessário para serem membros plenamente cooperativos da sociedade torna as pessoas iguais³⁰.

A liberdade de expressão abrange tanto o direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas, quer como mensageiro (orador, escritor, expositor), quer como destinatário (ouvinte, leitor, espectador), abarcando a comunicação em torno de informações, opiniões, anseios, propostas, por meio do uso da linguagem, sinais, figuras ou mesmo o silêncio, e sob inúmeros temas, tais como religião, moral, política, ciência e história (MARTINS NETO, 2008, p. 27).

O regime jurídico da liberdade de expressão emana uma dualidade quanto ao seu teor, isto é, pode-se falar em liberdade de expressão propriamente dita, ou em sentido estrito, e em liberdade de informação, sendo esta uma espécie da primeira e englobada por aquela.

Com efeito, a liberdade de expressão propriamente dita versa sobre o direito de atuar de relações comunicativas exprimindo suas convicções, ao passo que a liberdade de informação assegura ao indivíduo o direito de ser informado, e assim de ter acesso a dados e notícias sem sofrer qualquer tipo de ameaça ou impedimento, por parte do Estado ou da sociedade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 42). Assim também aos meios de comunicação são assegurados os direitos de produzir notícias (conteúdo) e adotar a vertente editorial que considerar relevante para a emissão da opinião (SANKIEVICZ, 2011, p. 205).

³⁰ Rawls (2000, p. 67) expõe que o fato de ser ocupada uma posição social particular não é uma boa razão para propor, ou esperar que os outros simplesmente aceitem, uma concepção de justiça que favoreça os que se encontram nessa mesma posição. De igual moto, o fato de ser professada uma determinada doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente, com a concepção do bem associada a ela, não é uma boa razão para propor, ou esperar que os outros aceitem, uma concepção de justiça que favoreça as pessoas que concordam com essa doutrina.

Ante o exposto, constata-se que a liberdade de expressão do pensamento totaliza-se no direito à informação, livre e plural, o qual funda um valor indissociável da compreensão de democracia. Referido direito configura-se como absolutamente precioso para a efetivação da cidadania que no país unicamente se afigura possível a sua suspensão na vigência do Estado de Sítio, decretado nas hipóteses estritamente previstas no texto Constitucional (RODOVALHO; SIMÃO, 2017, p. 211).

Ademais, a divisão entre liberdade de expressão e de informação tem uma significativa consequência prática relacionada às condições imprescindíveis para a proteção e restrição de cada direito. Nessa linha, a garantia da liberdade de expressão mostra-se incondicionada à prova da veracidade da opinião veiculada, requisito feito somente para a liberdade de informação. Tendo-se em vista que a liberdade de informação diz respeito a fatos, a divulgação destes deve vir antecedida de um trabalho de apuração acerca de sua veracidade, mesmo que nem sempre materializado com a profundidade indispensável e sempre dependente das circunstâncias objetivas do caso concreto, premido pela agilidade que baliza o mundo contemporâneo (CHEQUER, 2012, p. 12).

Desta forma, a liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias e opiniões, independe de sua verdade, enquanto a liberdade de informação, na contramão, tem a verdade como fronteira (interna ou externa), uma vez que objetiva dar ciência da realidade ao público (BARROSO, 2004, p. 20).

Fiss (2015, p. 29-30) cita a existência de duas teorias que procuram explicá-la: a libertária e a democrática. A primeira defende a proteção da autoexpressão, ou seja, dá realce ao emissor do discurso. A segunda leciona que se trata de uma proteção à autodeterminação coletiva em que a ênfase recai sobre o receptor do discurso.

Essas teorias são provenientes do direito dos Estados Unidos da América. Segundo a libertária, “[...] o Estado não deve intervir na matéria, deixando por conta do mercado a formatação do tema [...]. Outra, em sentido completamente antagônico, entende que o Estado deve ter uma participação ativa na ordenação da matéria (teoria democrática ou ativista)” (CHEQUER, 2011, p. 26).

Rawls (2000, p. 262), ao seu turno, define a razão pública como a forma pela qual uma sociedade democrática sistematiza e satisfaz suas finalidades e cujos objetos são os bens públicos, percebe-se que a formação da opinião pública depende das informações postas à disposição dos cidadãos. Desta forma, numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto, corpo coletivo, desempenham um importante poder político último e coercitivo uns sobre os outros.

Por esse motivo, Chequer (2011, p. 39) alega que a liberdade de expressão é conduzida por diversos princípios, dentre os quais a igualdade, no sentido de garantir a “[...] existência, inteireza e condição de acesso de uma esfera pluralista de discussão pública, exigindo-se o afastamento de eventuais discriminações já consolidadas no passado”.

Ao seu turno, importante salientar que a liberdade de expressão se coloca como elemento essencial das concepções não-violentas de organização e exercício do poder. Conforme Hannah Arendt, o convívio pacífico entre as pessoas funda os alicerces dialógicos inerentes para a efetivação do entendimento mútuo e geração do poder a partir da atuação comum oriunda da sinergia resultante desta compreensão recíproca:

O poder só é efetivado enquanto a palavra e o ato não se divorciam, quando as palavras não são vazias e os atos não são brutais, quando as palavras não são usadas para velar intenções, mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar e destruir, mas para criar relações e novas realidades. [...]. É o poder que mantém a existência da esfera pública, o espaço potencial da aparência entre os homens que agem e falam. [...] O que primeiro solapa e depois destrói as comunidades políticas é a perda do poder e a impotência final; e o poder não pode ser armazenado e mantido em reserva para casos de emergência, como os instrumentos de violência: só existe na sua efetivação (ARENDDT, 2005, p. 212).

Constituindo-se o discurso como premissa basilar da possibilidade de acordo para os indivíduos promoverem uma ação conjunta, da qual provém o poder, erige-se a liberdade de expressão como condição de possibilidade para execução do interesse geral maior, o qual unicamente pode ser revelado a partir do debate livre e isento de coerção. Consoante a isso, a referida filósofa cita o modelo da *polis* grega, destacando-a como paradigma para o desenho de organização política em que existe ambiente para os cidadãos exercitarem sua liberdade de discurso de forma ampla e virtuosa, proporcionando-lhe sentido existencial e, deste modo, assegurando a integral realização das pessoas enquanto tal, a partir do intercâmbio de informações, experiências e reconhecimento recíproco (ARENDDT, 2005, p. 37-46).

Neste interim, podem ser visualizados princípios elucidativos da importância e do conteúdo da liberdade de expressão, quais sejam: (i) princípio forte, segundo o qual esse direito deve ser visto como um sistema integrado, composto pelas dimensões individual e comunitária; (ii) princípio da incensurabilidade, que veda a censura (muito embora não obste a atuação estatal nesta seara, conforme será exposto posteriormente); (iii) princípio do pluralismo, de acordo com o qual a pluralidade de vozes na esfera pública enriquece a cultura cívica, pelo que deve ser seguramente preservada (FARIAS, 2004, p. 75-80).

Por último, mas não menos importante, o Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão ilustra a dupla dimensão – individual e coletiva – da liberdade de

expressão. Nesse sentido, a dimensão individual, que consiste no direito de cada pessoa a expressar os próprios pensamentos, ideias e informações; ao passo que a dimensão coletiva ou social, consiste no direito da sociedade a procurar e receber qualquer informação, a conhecer os pensamentos, ideias e informações alheias, e a estar bem informada (CIDH, 2009, p. 5).

Diante dessa dupla dimensão, entende-se que a liberdade de expressão é um meio para o intercâmbio de informações e ideias entre as pessoas e para a comunicação de massa entre os seres humanos, que implica tanto no direito a comunicar aos outros o próprio ponto de vista e as informações e opiniões que se queira, quanto no direito de todos a receber e conhecer tais pontos de vista, informações, opiniões, relatos e notícias, livremente e sem interferências que as distorçam ou obstruam. Logo, um ato de expressão implica simultaneamente nas duas dimensões, isto é, uma restrição do direito à liberdade de expressão lesa simultaneamente ambas as dimensões (CIDH, 2009, p. 5).

A partir desses parâmetros iniciais, o próximo tópico aprofunda na questão atinente a fundamentalidade constitucional da liberdade de expressão.

2.3.2 Fundamentalidade constitucional da liberdade de expressão a partir das justificativas instrumentais e constitutivas

Diante da iminência de complexos casos controversos, a ideia abstrata acerca da liberdade de expressão proveniente da vigente Constituição Federal requer que se pondere acerca das finalidades para a proteção desse direito. Nesse contexto, surgem duas justificativas gerais para a inserção da liberdade de expressão como direito fundamental, quais sejam o seu caráter objetivo instrumental e outro constitutivo.

Segundo o viés instrumental, ampara-se a liberdade de expressão, visto que devem ser resguardados os benefícios de que goza a coletividade com a autorização que as pessoas têm de poder dizer o que bem entenderem. Tal elucidação para a liberdade de expressão “se baseia na adoção de uma estratégia especial [...] uma espécie de aposta coletiva na ideia de que, a longo prazo, a liberdade de expressão nos fará mais bem do que mal” (DWORKIN, 2006, p. 319).

Ao seu turno, a razão constitutiva, ilumina um valor inerente à liberdade de expressão. Logo, independente da essencialidade das consequências que gera, mas primeiramente porque constrange o Estado e grupos privados a se dirigirem os cidadãos adultos e capazes como agentes morais responsáveis, sendo essa uma característica chave de uma sociedade política justa (RODOVALHO; SIMÃO, 2017, p. 213).

Aprofundando-se, Rodovalho e Simão (2017, p. 214) demonstram que o fundamento instrumental para a fundamentalidade da liberdade de expressão pode ser dividido em três: (i) ela coopera para o progresso do conhecimento e obtenção da verdade, (ii) ela concebe uma maneira de garantir a democracia, e (iii) ela visa a manter em equilíbrio os pratos da balança entre a estabilidade e a transformação da sociedade.

A efetiva participação política dos cidadãos requer uma coesa liberdade de expressão, propulsionada como instrumento para desenvolver o conhecimento, bem como a disseminação da verdade, alicerçado em um debate livre e plural, em que se sopesam argumentos diversos e prevalecem aqueles com maior qualidade intrínseca (SARMENTO, 2006, p. 234).

Logo, qualquer tipo de censura, pode ser interpretada como um ataque direto à civilização, lesando todos aqueles que almejam o avanço eficaz da humanidade. Nas palavras de Stuart Mill (2010, p. 60):

Fosse a opinião apenas um objeto pessoal, sem nenhum valor exceto para o seu proprietário, e se o impedimento do usufruto dela fosse apenas um dano privado, então poderia fazer alguma diferença se esse dano atingisse apenas algumas pessoas ou muitas. Mas o prejuízo característico de silenciar uma opinião reside no fato de que isto é roubar a raça humana, tanto a posteridade quanto a geração atual, tanto aqueles que discordam da opinião quanto aqueles que a sustentam, e esses ainda mais que os primeiros. Pois, se a opinião está certa, eles são privados da oportunidade de trocar o erro pela verdade e, se ela está errada, eles perdem a percepção mais clara e vívida da verdade, produzida pela colisão desta com o erro, um benefício tão grande quanto o primeiro.

Com efeito, não restam dúvidas que a positivação do direito fundamental à liberdade de expressão, tanto em documentos constitucionais escritos, como em repetida jurisprudência, possui uma louvável característica contramajoritária de resguardo às minorias políticas e sociais (raciais, étnicas, sexuais, nacionais). Logo, “se os direitos de expressão das minorias e dos dissidentes são assegurados, a mensagem endereçada é a de que o respeito à diversidade de pensamento é uma virtude que as pessoas devem praticar” (MARTINS NETO, 2008, p. 67).

A democracia hodierna implica a presença de uma sociedade descentralizada, a qual compõe uma arena pública amplamente diversificada, preparada para a percepção, a identificação e o tratamento das mazelas de toda a coletividade. Nesse sentido, a visão deliberativa da democracia aprecia a participação dos cidadãos nas discussões e nas tomadas de decisão como o elemento principal de compreensão do processo democrático (HABERMAS, 2012, p. 24).

Quando se fala em possíveis restrições a serem impostas à tolerância em uma sociedade democrática importante é a lição de Norberto Bobbio. Ressaltando que a “tolerância só é tal se

forem toleradas também as más ideias” (BOBBIO, 2004, p. 195) o autor entende que o único juízo razoável para definir a legitimidade da restrição é o que deriva da ideia mesma de tolerância, sendo que a tolerância deve ser estendida a todos, contudo não àqueles que recusam o próprio primado de tolerância³¹.

Para o filósofo italiano, o fato de tolerar a todos, exceto os intolerantes, vai ao encontro da democracia e do Estado de Direito. A partir disso, vislumbra-se que o Poder Público fortalecerá a esfera pública pluralista através do debate, pois o antídoto contra o intolerante não é a perseguição, mas o reconhecimento de seu direito de expressar-se (BOBBIO, 2004, p. 196-197).

No que diz respeito às relações entre o liberalismo e a democracia, há na obra de Norberto Bobbio uma tendência a assumir ambos os conceitos com estreita e auspiciosa interligação. Com efeito, o que diferenciaria o regime político moderno como democrático seria a garantia dos direitos individuais, ou seja, tal regime configuraria a natural continuidade do Estado liberal, abrigando, em sua estrutura interna, os clássicos direitos de liberdade civis e políticos rotineiramente associados ao pensamento liberal. O liberalismo na lição de Bobbio seria superior historicamente às outras formas políticas, atua como fundamento e condição necessária do governo democrático moderno, veja-se:

O Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas também jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos (BOBBIO, 2006b, p. 32-33).

Por conseguinte, a democracia moderna seria a vitória do indivíduo e fruto histórico do liberalismo. Destarte, liberalismo e democracia repousariam sobre uma concepção

³¹ A concepção de Rawls (2000, p. 52) acerca da justiça como equidade é importante no momento em que se fala no desafio da tolerância, destacando-se o seu caráter prático: apresenta-se como uma concepção da justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político racional, bem-informado e voluntário. Manifesta a razão política compartilhada e pública de uma sociedade. Contudo, para se efetivar uma razão compartilhada, a concepção de justiça deve ser, tanto quanto possível, independente das doutrinas filosóficas e religiosas conflitantes e opostas professadas pelos cidadãos. Desta feita, o liberalismo político aplica o princípio da tolerância à filosofia. As doutrinas religiosas, que em séculos anteriores formavam a base reconhecida da sociedade, foram paulatinamente cedendo o lugar a princípios constitucionais de governo que todos os cidadãos, qualquer que seja sua visão religiosa, podem endossar. Doutrinas filosóficas e morais abrangentes tampouco podem ser endossadas pelos cidadãos em geral, e já não podem mais, se é que puderam algum dia, constituir-se na base reconhecida da sociedade.

individualista de sociedade, considerando os direitos da pessoa – a liberdade de opinião, de expressão, de reunião, de associação – como de origem liberal, restando impressos e garantidos na democracia moderna, com o reconhecimento constitucional de direitos "invioláveis" do indivíduo³².

Ao apresentar os fatos gerais da cultura política de uma sociedade democrática, Rawls (2000, p. 80) aponta que a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes e razoáveis não são apenas condição histórica que podem desaparecer logo; é um fator permanente da cultura pública da democracia. Sob as condições políticas e sociais, afirmadas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, a diversidade de doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis - e, mais ainda, razoáveis - surgirá e persistirá, se é que essa diversidade já não se averigua.

Assim sendo, para esclarecer qualquer dúvida acerca do valor instrumental aqui trazido, demonstra-se aqui o teor do voto vencido do ministro do Marco Aurélio Mello, no momento em que analisou o célebre “Caso Ellwanger”, caso este que será melhor analisado posteriormente:

É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidade substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é bom sempre lembrarmos que Hans Kelsen, quando afirma que a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria (BRASIL, 2004).

Por outro viés, a justificativa constitutiva da liberdade de expressão, isto é, como realização pessoal, se materializa no caráter não consequencialista da proteção do direito. Sarmiento (2006, p. 242) leciona que a partir dessa garantia constitucional da liberdade de expressão perfaz-se um imperativo da condição humana, ou seja, impõe que a finalidade última do ser humano é a realização de suas características e potencialidades, abrangendo a faculdade de exercício das capacidades racionais em sua plenitude, sendo condição inerente a noção de humanidade.

³² A democracia nasceu de uma concepção individualista da sociedade, isto é, da concepção para a qual — contrariamente à concepção orgânica, dominante na idade antiga e na idade média, segundo a qual o todo precede as partes — a sociedade, qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos (BOBBIO, 2006, p. 34).

Nesse contexto, o direito à autonomia de consciência, como âmbito de deliberação intelectual, sob o domínio privativo do sujeito balizado por opiniões, crenças, convicções, sentimentos, preferências os quais, não obstante possam parecer estranhas para alguns, ou mesmo para a vasta maioria, estão incólumes a ingerências exteriores por se configurarem nas mais puras vocações da pessoa humana. O que se propõe afirmar é que sobre a própria mente, o indivíduo desempenha soberania absoluta, já que a aptidão de autoconsciência é qualidade e destino natural do homem como ser de razão (MARTINS NETO, 2008, p. 59).

No campo da redação do ENEM, e de uma obrigatoriedade de se respeitar os direitos humanos, conforme será devidamente demonstrado em capítulo próprio, ganha destaque a reflexão sobre a autoconsciência. As diretrizes do ENEM podem impor que na escrita do aluno seja apontado um pensamento “correto” – ou como refere a Escola Sem Partido, “ideologicamente ou politicamente correto” – contudo, nada impede que o aluno, apesar de escrever teses sem violação aos direitos humanos, persista em alimentar pensamentos odiosos³³.

Em termos concretos já se mostra ampla a dificuldade de controle externo sobre a mente de alguém. Uma pessoa cujos pensamentos sejam abominados pelo poder dominante pode, sob pena de sanção, ser proibido de dizer aquilo que pensa ou ser forçado a manifestar aquilo que não pensa, mas ainda acatando a obrigação imposta, ele continua podendo, em silêncio, pensar o que pensa. Logo, a coação mostra-se eficaz para tolher-lhe a expressão e a ação, mas não para mudar-lhe o pensamento (MARTINS NETO, 2008, p. 60).

O direito à livre consciência requer um reconhecimento dupla face para alcançar uma repercussão social: primeiramente, o indivíduo é digno tanto de possuir pensamento próprio quanto de apropriar-se deles, decorrendo daí que se trata de um direito insuscetível à expropriação ou ao confisco, isto é, nenhuma pessoa pode impedir outrem de pensar, sentir ou gostar; secundamente, ainda como postulado da condição humana, o sujeito possui a capacidade de expressar-se no âmbito comunicativo, em especial de comunicar aos outros o conteúdo de seus pensamentos, sentimentos e crenças (MARTINS NETO, 2008, p. 61).

Pelo exposto, vê-se que a autonomia da consciência se encontra umbilicalmente conectada com o direito fundamental à liberdade de expressão, determinando-se que a liberdade de consciência não é só um direito do homem ao próprio pensamento, mas também ao processo

³³ O valor expressivo não é atributo de um tipo específico de opinião, a assim denominada politicamente correta, que soa bem a maioria, não melindra o pudor, não desafia o inquestionável, e sequer ataca a ética dominante. Desta feita, valor expressivo não tem só as opiniões simpáticas, condescendentes, virtuosas e tradicionais. Mais do que isso, o valor expressivo não depende de opiniões de reverência às autoridades, ou informações que não desprezem interesse políticos dominantes, ou seja, sequer depende de qualquer tipo de assentimento alheio (MARTINS NETO, 2008, p. 75-76).

de pensamento, ou seja, a realização completa depende de uma comunicação livre, qual seja a liberdade de expressão, incluindo-se a plena liberdade de discordar do pensamento que é convencional e prevalente (MARTINS NETO, 2008, p. 63).

Essa conjectura importa na liberdade de expressão como um fim intrínseco, um bem autônomo, um fim em si mesmo. Conforme anota Dworkin (2006, p. 320):

[...] as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça ou na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos – tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la. Para muita gente, a responsabilidade moral tem um outro aspecto, um aspecto mais ativo: seria a responsabilidade não só de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe.

A exposição dos fundamentos da liberdade de expressão é relevante na medida em que define os atos comunicativos que merecem proteção constitucional. No entanto, as teorias constitutiva e instrumental não conferem a mesma força protetiva à liberdade de expressão, podendo ser escalonadas em grau de importância.

Pode-se considerar a justificativa instrumental como mais precária e mais restrita do que a constitutiva. Precária porque a razão instrumental se baseia em teses que, essencialmente, acabam por minar diretamente a liberdade de expressão. Restrita, ao contrário do enfoque constitutivo, pois postula pela proteção tão somente dos discursos com propósitos políticos (DWORKIN, 2006, p. 321).

Ante o exposto, haveria um único escopo para a liberdade de expressão, qual seja, a proteção das modalidades de expressão com teor nitidamente político. Do mesmo modo, aqueles que advogam pela sua extensão para a ciência ou a arte, persistem na linha de que o discurso deve emanar desse papel principal (DWORKIN, 2006, p. 322).

A diversidade da liberdade de manifestação do pensamento é explicitada por Rawls (2000, p. 102), quando afirma que muitos dos mais importantes julgamentos são realizados em condições nas quais não se deve esperar que pessoas conscienciosas, no pleno exercício de suas faculdades racionais, mesmo após um debate livre, cheguem à mesma conclusão. Portanto, determinados julgamentos razoáveis e conflitantes – com destaque aos que fazem parte das

doutrinas abrangentes das pessoas – podem ser válidos, outros não, ainda pode nenhum ser válido. Tais limites de juízo são da máxima importância para a ideia democrática de tolerância.

O risco de desenhar essa linha fronteira entre o que é atingido ou não pela amplitude da liberdade de expressão encontra-se em observar a intervenção estatal no conteúdo da expressão proferida. No momento em que se refere que o ato comunicativo atende ao atributo da liberdade de expressão no momento em que satisfaz uma das suas justificativas, certifica-se que o valor expressivo é ideologicamente neutro, e assim, independe do assunto do discurso. Seguindo o referido raciocínio, inexistente assunto indigno de abordagem, independente da temática, não existem assuntos próprios e impróprios, tabus, ou tópicos que não caibam ser pesquisados e comentados (MARTINS NETO, 2008, p. 75).

Pelo exposto, o núcleo da finalidade constitutiva da liberdade de expressão encontra-se no contexto de que os indivíduos buscam viver numa sociedade que incentiva a responsabilidade moral individual, a qual inadmitte qualquer ingerência no conteúdo da manifestação do pensamento.

Portanto, quanto ao aspecto moral da liberdade de expressão, cabe ressaltar a doutrina de Rawls (2000) e Dworkin (2006), doutrinas estas que dialogam, sendo requisito para a realização dos homens enquanto tal e enquanto cidadãos respeitados a maximização da liberdade de expressão, em sintonia com as liberdades congêneres de reunião pacífica, manifestação artística e acesso à informação. Perfaz-se, assim, sentimento de autoestima e autonomia plena que Rawls (2000) conceitua como auto respeito e que depende da aptidão de exercitar de forma integral as capacidades morais intrínsecas gerando no interior do indivíduo o vigor energético para a busca dos valores que abrange e da concepção de bem que segue e que são imperativos para a construção de uma sociedade cooperativa, justa e livre.

3 LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: O DISCURSO DE ÓDIO

Para verificar a licitude à moralidade da anulação das redações do ENEM, cujo conteúdo seria ofensivo aos direitos humanos, o primeiro capítulo desta dissertação investigou os argumentos pró liberdade. Para sopesar os interesses em jogo, este segundo capítulo trata de investigar os argumentos a favor da restrição da liberdade de expressão. Este capítulo então busca contra argumentar o primeiro capítulo.

O primeiro subcapítulo visa traçar um panorama sobre a teoria dos limites dos direitos fundamentais, com ênfase no estudo da liberdade de expressão. Ele se divide no estudo da limitação ou restrição de direitos fundamentais, analisando a possível aplicação das Teorias Interna e Externa no presente caso. Seguindo, verificar-se-á que inexistente sistema legal em que este direito fundamental seja consagrado como absoluto (3.1).

O segundo subcapítulo visa analisar o conceito e os elementos de discurso de ódio, bem como entende por necessário fazer um estudo acerca das lições do Caso Ellwanger. O conceito e os elementos do discurso de ódio serão traçados a partir do referencial de que o exercício irrestrito da liberdade de expressão, quando for instrumento de ataque a indivíduos e grupos sociais, pode caracterizar possíveis discursos odiosos. Por sua vez, o estudo do Caso Ellwanger visa apontar a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito brasileiro, o qual inclusive já restou qualificado por integrantes do STF como o mais relevante julgado da história daquele tribunal em matéria de direitos humanos. Portanto, serão analisados os votos dos ministros, assim como serão realizadas considerações críticas acerca das suas nuances (3.2).

Por fim, o terceiro subcapítulo analisará um importante conflito entre os autores Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, com o intuito de se verificar se deve ser resguardada a restrição ou a ampla liberdade das manifestações do pensamento (3.3). Com efeito, não há dúvidas de que o Estado liberal protege a liberdade de expressão dos indivíduos como um de seus fundamentos. Entretanto, restrições são necessárias no seu exercício, visto que do contrário ela pode representar a queda desse Estado caso exercida de forma absoluta e irrestrita. Portanto, é imprescindível que se assegure a liberdade de expressão como fortalecimento do Estado e, ao mesmo tempo normas que punam abusos no seu exercício (MEYER-PFLUG, 2009, p. 83).

3.1 TEORIA DOS LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O CASO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Existem motivos para limitar a liberdade de expressão que sobrevivam a um escrutínio racional? O objetivo deste capítulo é contrapor o dever de tutelar a liberdade de expressão verificada no primeiro capítulo, no sentido de verificar se os argumentos que podem ser utilizados para limitar a liberdade de expressão dos candidatos que fazem a redação do ENEM.

Observando-se estritamente o referencial teórico do liberalismo igualitário, entende-se que o direito de liberdade do cidadão requer dos cidadãos a tolerância para com os intolerantes sem privar as vítimas de posterior pleito de reparação de danos caso assim se sintam ofendidos. Logo, a liberdade de pensamento implica a tolerância com grupos intolerantes, a menos que exista um risco à estabilidade da sociedade, o que para Rawls exclusivamente ocorreria em casos extremos.

Desta forma, no caso do ENEM o liberalismo igualitário de Rawls seria possivelmente contra a anulação das redações que violam os direitos humanos, pois isso não geraria um risco extremo à estabilidade da sociedade e estaria dentro da liberdade dos candidatos do exame, sendo cada caso de excesso resolvido, se for o caso, de maneira particular. Não obstante, é forte o caráter simbólico de uma normativa em um edital como o do ENEM que determina ou não que um discurso odioso aos direitos humanos seja ou não tolerado. Nessa linha, é preciso salientar que ser a favor da liberdade de expressão, é ser a favor da limitação à liberdade de expressão.

Assim sendo, a partir da estabilidade de uma constituição justa, os membros de uma sociedade bem-ordenada sabem que só podem limitar a liberdade dos intolerantes em casos excepcionais, quando isso for necessário para preservar a própria igual liberdade. (RAWLS, 2008, p. 271).

3.1.1 Limitação ou restrição de direitos fundamentais: aplicando as Teorias Interna e Externa

Antes de adentrar as peculiaridades da teoria interna e externa para a aplicação de direitos fundamentais, e ver sua possível aplicação ao presente caso do zeramento da redação do ENEM, mostra-se necessário verificar como restrições e limitações ocorrem. Diante do fato de os direitos fundamentais serem passíveis de limitação ou restrição, isso traduz que eles não possuem caráter absoluto, mais do que isso, direito absoluto é uma contradição em termos.

Apesar de muitos direitos serem básicos, estão longe de serem absolutos, visto que podem – e muitas vezes devem - ser relativizados³⁴.

Não sendo absolutos, portanto, os direitos fundamentais são passíveis de restrição ou limitação, conforme pondera Kim (2015, p. 283), ao articular que com a restrição ou limitação, há que se entender como sendo toda ação ou omissão de qualquer dos poderes públicos, ou mesmo do particular, que venha a reduzir um direito fundamental. Não sendo absolutos ou ilimitados, os direitos fundamentais se encontram submetidos a uma série de condicionamentos, que podem ser denominados de limites ou restrições, e que delimitam o exercício válido de uma prerrogativa subjetiva em determinadas conjunturas³⁵.

Jorge Reis Novais (2010, p. 155) observa uma diferença etimológica entre eles, nas palavras do autor:

Enquanto restrição (do latim *restringere*) tem o sentido principal de supressão ou diminuição de algo, já limite (do latim *limitare* ou *delimitare*) tem sentido de extrema fronteira. Assim, enquanto que restrição procura traduzir a ideia de uma intervenção ablativa num conteúdo pré-determinado, limite sugere a revelação ou colocação dos contornos desse conteúdo, ainda que na colocação de limites a alguma coisa venha sempre implicando o deixar de fora da delimitação algo que poderia estar dentro. Nessa medida, a colocação de limites é também inclusão e exclusão, preenchimento de restrição.

No campo dos direitos fundamentais, as restrições podem ser entendidas como ações ou omissões dos poderes públicos ou particulares que suprimem, embaraçam o acesso, a promoção ou a realização do bem jurídico, objeto de proteção do direito fundamental. Como condição imprescindível destaca-se que de algum modo o direito fundamental protegido seja atingido, não sendo imperativa a intervenção no seu âmbito, podendo ser qualquer circunstância que

³⁴ Diante de relevantes interesses públicos, seriam impossíveis o caráter absoluto dos direitos no ordenamento jurídico brasileiro, como bem ensina o Min. Celso de Mello (MS 23.452/RJ): “não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros”.

³⁵ Segundo Dimoulis e Martins: Do ponto de vista jurídico-dogmático, os direitos fundamentais tornam-se relevantes somente quando ocorre uma intervenção em seu livre exercício. [...] O estudo dos direitos fundamentais carece de utilidade prática e de profundidade teórica enquanto se limita a reproduzir e comentar o conteúdo garantido na Constituição. Só adquire relevância a partir do momento em que formula e responde a pergunta: Sob quais condições, em quais situações e quem pode restringir um direito fundamental de forma lícita? (2012, p. 123).

impeça ao titular o acesso ao bem protegido ou até mesmo que diminua seus deveres e obrigações que o cerne do direito fundamental fixa ao indivíduo (NOVAIS, 2010, p. 157).

Com efeito, qualquer tipo de restrição apenas será viável caso seja compatível com a Constituição, ou seja, diante de normas inconstitucionais que estabeleçam afetações aos direitos fundamentais, essas não são consideradas restrições e sim intervenções não admitidas pelo direito (ALEXY, 2008, p. 280). Diversos cenários de restrição dos direitos fundamentais se vislumbram quando ocorre colisões entre eles, mesmo que inexista a possibilidade de permissão de limitação expressa pelo legislador. Uma das principais colisões, que é objeto de estudo nesta dissertação, é a existente entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, a qual é ofendida quando redações do ENEM ferem direitos humanos (SARLET, 2012, p. 389).

Desta forma, pode-se salientar que um direito constitucionalmente assegurado, sem reservas, passa a ser restringido por necessidade de proteção de outros bens também imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade e para a defesa da dignidade da pessoa humana.

No campo das restrições dos direitos fundamentais encontram-se as premissas que os direitos fundamentais são restringidos de forma direta ou indireta. A forma direta ocorre quando a norma restritiva vem expressa no ordenamento constitucional, já a forma indireta ocorre quando a norma restritiva não é necessariamente expressa. Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 391-392) esclarece que:

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador.

Diretamente constitucionais na Constituição de 1988³⁶, situam-se as restrições do “Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; Art. 5º, XI - a casa

³⁶ Quanto à necessidade de fundamento constitucional: No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecer restrições a direitos por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. Embora tal hipótese possa ser subsumida na segunda alternativa, considera-se que a distinção entre os três tipos de limites referidos torna mais visível e acessível o procedimento de controle da atividade restritiva em cada caso. Além disso, verifica-se que, como já demonstram as três espécies de limitações referidas, que, em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional. (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 332).

é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; Art. 5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar” (BRASIL, 1988). Ao seu turno, indiretamente constitucionais, destacam-se as restrições em que a Constituição autoriza o legislador através de leis infraconstitucionais. Um exemplo disso se localiza no “Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 1988).

Portanto, o ordenamento constitucional brasileiro acolhe restrições aos direitos fundamentais por normas não expressas em seu rol, contudo é importante ressaltar que tal admissibilidade não é de livre criação do legislador constituinte, depende do concreto reconhecimento da complexa natureza estrutural dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2003, p. 955). Logo, o aplicador do direito deve ser cauteloso, sopesando de forma atenta o caso concreto para não se afastar da real intenção do legislador³⁷.

Nesse mesmo sentido, Kim (2015, p. 289), aduz que a adequada interpretação constitucional necessita basear-se no plano jurídico, de um lado, e, de outro, num plano político, garantindo o balanceamento, posto que na apreciação da interpretação da norma constitucional almeja-se dos órgãos constitucionais o ajuste do interesse público que revele o sentimento da coletividade e de justiça. Desta feita, independentemente da opção instituída para limitar ou restringir um direito fundamental, ela deverá ser pautada de forma direta ou indiretamente no ordenamento constitucional.

A partir destas premissas iniciais, torna-se necessária a análise da teoria interna e externa dos direitos fundamentais. Para saber qual teoria mostra-se adequada, depende-se essencialmente da concepção de normas dos direitos fundamentais como regras ou princípios,

³⁷ A admissibilidade constitucional de restrições não expressamente autorizadas e o seu regime decorrem, assim, não de uma livre criação de ou opção do legislador constituinte suscetível de ser aprendida a partir da interpretação das normas constitucionais, mas, antes, da natureza estrutural complexa dos direitos fundamentais que, sob pena de desvirtuamento dos princípios estruturantes do Estado de Direito, o próprio legislador constitucional tem que reconhecer. Essa natureza manifesta-se de um lado um caráter dos direitos fundamentais como trunfos ou armaduras contra a decisão das maiorias políticas que garante aos bens jusfundamentalmente tutelados uma proteção qualificada e privilegiada, mas traduz-se, também, de outro lado, no condicionamento dos direitos fundamentais por uma reserva geral imanente de ponderação ou de compatibilização com todos os bens que mereçam, em Estado de Direito, proteção jurídica (NOVAIS, 2010, p. 955).

isto é, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*. De antemão destaca-se que “se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; caso se parta de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser” (ALEXY, 2015, p. 278).

Para tanto, será necessário, mesmo que sucintamente, pontuar as distinções entre regras ou princípios e as posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie* pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Tanto regras quanto princípios são normas, visto que ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados através das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever/ser, mesmo que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, 2015, p. 87). Nas palavras do autor (2015, p. 90-91):

O ponto decisivo da distinção entre regra e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas, também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é, ou uma regra ou um princípio.

A teoria interna impõe a existência de um direito fundamental com seu conteúdo determinado, devidamente incluídos os limites ao seu exercício. Os limites imanentes se traduzem em limites e fronteiras internos, implícitos àquele direito, ou seja, o direito possui o seu alcance definido previamente, sendo tal procedimento de definição interno a ele (SARLET, 2012, p. 389).

A teoria interna determina que as restrições aos direitos fundamentais integram o próprio núcleo protetivo do direito. Logo, o direito possui seu conteúdo delimitado desde o início, com seus limites já definidos. Assim, intervenções no direito fundamental estão justificadas na sua própria estrutura, sem qualquer interferência externa. Sendo seu alcance definido previamente, a restrição se torna desnecessária e até mesmo impossível. A ideia de restrição, desse modo, é substituída por limite, ou seja, limites imanentes (SARLET, 2012, p. 389). Ensina Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 129), que “os direitos definidos a partir do

enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras. Isto é, a definição do conteúdo do direito é feita de antemão, que a norma que o garante possui validade estrita.

Na mesma linha, Alexy (2015, p. 277) dispõe que a teoria interna tem sua base em um exclusivo objeto, o direito com um determinado conteúdo e, nessa teoria, prefere-se falar em limites, e não em restrições, veja-se: “quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então, se fala em “restrições imanentes””.

Para Silva (2008, p. 128), a ideia fundamental da teoria interna poderia ser sintetizada na máxima frequentemente utilizada no direito francês, segundo a qual “o direito cessa onde o abuso começa”. Desta forma, pode-se dizer que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele, ou seja, surge a ideia de limites imanentes.

Diante de caso concreto de conflito entre o conteúdo das normas, a solução seria obtida dentro do próprio ordenamento constitucional sem depender de fatores externos, o qual o próprio conteúdo da norma revelaria o limite imanente a este direito. Com efeito, os direitos fundamentais não sofrem colisões posteriores, ou seja, quanto à estrutura normativa os direitos possuem estrutura de regras com posições definitivas, sendo que em determinada situação jurídica, em que ocorra conflitos entre regras, essas devem ser aplicadas em sua totalidade, pelo critério da validade das normas jurídicas, procurando a solução sem relatividade, mais do raciocínio natural quando se trata de regras o “tudo ou nada” (SILVA, 2008, p. 131). Desta forma:

No âmbito da teoria interna não há como falar que determinada ação seja *prima facie* garantida por uma norma de direito fundamental, mas que, em decorrência das circunstâncias – fáticas e jurídicas – no caso concreto, tal ação deixe de ser protegida. Nesses casos, o direito no qual a ação se baseia não existe, ou pelo menos na forma como a ele se recorre (SILVA, 2008, p. 130).

Conclui-se que os direitos e seus limites, de acordo com a teoria interna, formam uma unidade, pois ocorrem a partir de um processo interno do direito e que fatores externos são sempre excluídos, inviabilizando-se a coexistência, sobretudo por colisões, com outros direitos (SARLET, 2012, p. 389). Pelo exposto, ao se definir direitos fundamentais e sua extensão pela teoria interna, não será possível praticar um processo de sopesamento, já que a garantia do direito fundamental seria categórica e nunca *prima facie*. Por sua vez, a teoria interna pressupõe que os direitos não podem ser absolutos, defendendo a possibilidade de garantir o direito através de apreciação das limitações previamente existentes no ordenamento constitucional, pela atuação dos limites imanentes.

Na contramão da teoria interna, a qual esteia a existência de um único objeto, o “direito e seus limites”, a teoria externa pressupõe a existência do “direito em si e suas restrições”, dividindo esse objeto em dois. Alexy (2015, p. 277) afirma que inexiste necessariamente uma relação entre o conceito de direito e o conceito de restrição, ou seja, a relação existe a partir da exigência externa em conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos. Na lição do autor:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa (ALEXY, 2015, p. 277).

Nessa linha, a teoria externa propõe uma diferenciação entre os direitos fundamentais e suas restrições, existindo dois objetos: um primeiro, que é o direito em si; e um segundo, que são suas restrições. Desta feita, *a priori* existe um direito ilimitado, o qual pode vir a sofrer limitações por meio de eventuais restrições, na lição de Sarlet (2012, p. 452):

Do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira corresponde ao direito antes de sua limitação, a segunda equivale ao direito já limitado. Esta distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos.

Conforme Silva (2008, p. 138), grande parte daquilo que a doutrina e a jurisprudência tomam como dado é, na verdade, produto desta simples divisão teórica entre o direito em si e suas restrições, principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso porque é tão somente pelo paradigma da teoria externa, segundo o qual as restrições, qualquer que seja a sua natureza, não possuem nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício. Pelo exposto percebe-se que, para a teoria externa, os direitos fundamentais têm estrutura normativa de princípios, e são, conseqüentemente, considerados como mandamentos de otimização e, em caso de colisão entre direitos fundamentais, o sopesamento será utilizado como forma de buscar a solução no caso concreto.

Frise-se que, para a teoria externa, um direito não vai sempre e necessariamente sofrer uma restrição, ou seja, não há, entre ambos, uma relação inevitável. Tal relação se estabelecerá a partir da necessidade de conciliar os direitos individuais e os direitos coletivos (ALEXY, 2008, p. 307). Por sua vez, tal teoria seria a mais hábil a solucionar os problemas das colisões dos direitos fundamentais ao proporcionar uma construção argumentativa, cujo escopo é o estabelecimento de uma convivência harmônica entre os titulares e seus direitos (SARLET, 2012, p. 452). Se mostra evidente que é cada vez mais frequente os casos de conflitos entre os direitos fundamentais na prática jurídica devido ao alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos mesmos (SARLET, 2012, p. 389).

Grande exemplo de conflito entre direitos fundamentais retrata-se no do direito à liberdade de expressão *versus* os limites da publicação de uma obra de cunho racista, como o caso Siegfried Ellwanger, o qual será logo trabalhado, momento em que o STF decidiu que a liberdade de expressão, mesmo que ampla, não é absoluta e irrestrita ao ponto de admitir a publicação de obras de cunho racista.

Pelo exposto, nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição, desta forma as leis restritivas devem ser expressas quanto aos direitos em causa e referir os preceitos ou princípios da Constituição em que repousam. Portanto, nenhuma restrição pode ser definida ou concretizada a não ser por lei e as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias (MIRANDA, 2009, p 420).

3.1.2 Os limites da liberdade de expressão

Pelos conceitos até aqui expostos, buscou-se conceituar, bem como demonstrar a importância da ampla liberdade de expressão como direito essencial de toda democracia. Contudo, por maior abrangência que se lhe queira conferir, em nenhum sistema legal este direito fundamental é concebido em termos tais que signifiquem conferir proteção e imunidade a toda e qualquer comunicação.

Martins Neto (2008, p. 31) ressalta uma gama de comunicações cuja inclusão ou não no âmbito de proteção da liberdade de expressão tende a suscitar controvérsia. Questiona-se se o legislador poderia, sem impor uma restrição inconstitucional, proibir e punir opiniões que expressem preconceito racial ou de orientação sexual, a negação do holocausto como fato histórico, a defesa da legitimidade das revoluções armadas como recurso contra a injustiça social, a exposição de filmes de sexo explícito, a queima da bandeira nacional em um protesto

contra o governo, ou, no caso deste trabalho, a própria anulação das redações que desrespeitam os direitos humanos no ENEM.

Com efeito, mesmo diante de estados estruturados sob o regime democrático, a exata extensão da liberdade de expressão apresenta-se variável de nação a nação. Referido âmbito de proteção pode ser mais largo ou mais restrito, agindo vários fatores como influentes, tais como a tradição jurídica, o contexto cultural e a história política, reportando-se à Constituição como vetor principal para disciplinar e guiar o assunto (MARTINS NETO, 2008, p. 32).

Algumas determinadas comunicações polêmicas são desde sua origem vedadas, a Constituição se preocupa em ser explícita e as declara como não protegidas, restando eliminada a possibilidade de uma controvérsia judicial quanto à constitucionalidade de tais comunicações. Restrições previstas no próprio texto constitucional jamais poderiam ser acusadas de inconstitucionais, desta forma, “hipoteticamente, uma Constituição que definisse e proibisse a negação do holocausto faria tal restrição juridicamente incontestável. Restaria só a possibilidade de crítica política e filosófica” (MARTINS NETO, 2008, p. 33).

Ao seu turno, uma Constituição que tão somente declare de forma vaga a liberdade de expressão como direito fundamental, mesmo que adicione a tal declaração um critério genérico de validação de possíveis restrições legislativas (razoabilidade e proporcionalidade, como exemplos), sem especificar quaisquer casos de comunicações não protegidas, abre margem a contestação das normas da legislação infraconstitucional que eventualmente venham causar interferência prejudicial sobre o direito de livremente comunicar-se. Assim sendo, a “definição e proibição da negação do holocausto pela lei ordinária seria desafiável não só no plano da crítica intelectual, mas também judicialmente, porque questionável seria a sua constitucionalidade” (MARTINS NETO, 2008, p. 34).

Geralmente, pela sua textura tipicamente aberta³⁸, as constituições não costumam se pronunciar de forma exaustiva ou com especificidade suficiente sobre muitas das comunicações passíveis de controvérsia. Como já observado, a Constituição Brasileira ressalva algumas restrições de nível constitucional à liberdade de expressão, como exemplo a inviolabilidade da honra, da intimidade e da imagem (art. 220, § 1º, CFRB/1988). A Constituição permite que o

³⁸ A textura aberta do direito seria inerente às dificuldades que decorrem da linguagem e da impossibilidade de previsão de todas as particularidades fáticas que podem surgir quando da aplicação da lei ou do precedente, levando o intérprete, mesmo que auxiliado pelos critérios de interpretação, de uma maneira imprecisa nos casos (difíceis) em que haveria o que denomina crise de comunicação. Tais dúvidas – que representam uma escolha entre alternativas possíveis – devem ser solucionadas por quem detém autoridade para resolvê-las, ou seja, os juízes (HART, 2001, p. 140). Essa celeuma não é solucionada pela concepção de regras detalhadas, em razão de duas barreiras próprias da conduta humana e que repercutem diretamente na atividade legislativa: “a primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda, é a nossa relativa indeterminação de finalidade” (HART, 2001, p. 141).

legislador ordinário, através de lei, regule a publicidade de bebidas alcoólicas, medicamentos, tabaco e terapias (art. 220, § 4º, CFRB/1988), e, confere o estabelecimento de meios de defesa dos valores éticos e sociais da pessoa e da família quanto à produção e à programação das emissoras de rádio e televisão (art. 220, § 3º, II, CFRB/1988).

A liberdade de expressão não foi arquitetada na ordem constitucional de 1988 como um direito absoluto. Destacam-se outras restrições e limites, como a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X). E há, ademais, outros bens e valores constitucionais com que a liberdade de expressão pode colidir em casos concretos, como o devido processo legal, a proteção à saúde e a própria igualdade. Pelo sistema constitucional brasileiro não se permite concluir que a liberdade de expressão deva sempre prevalecer nestes conflitos.

Sarmento (2006, p. 46-47) pontua que a Constituição de 1988 possui um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito. Este encargo visceral se evidencia na leitura dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º do texto magno: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais” (inciso III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). O constituinte, portanto, não optou por atribuir ao Estado o papel de mero espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Ao contrário, diante do fato notório de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, restou imposto aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados.

Referido compromisso constitucional igualitário se revela também no art. 5º do texto magno, em que o princípio da igualdade é afirmado logo no *caput*, e reproduzido já no inciso I, para afastar as discriminações de gênero. Igualmente, o constituinte foi expresso, ao determinar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (inciso XLI), e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (inciso XLII). Quanto ao racismo – cujo combate, aliás, foi também erigido à condição de princípio constitucional de regência das relações internacionais do Brasil (art. 4º, inciso VIII, CF) – o constituinte demonstrou reconhecer a gravidade deste mal na sociedade brasileira.

Apenas este reconhecimento elucidava a excepcional previsão de imprescritibilidade do crime de racismo. Ressalta-se, ainda, que as concepções de direitos fundamentais e de igualdade

presentes na ordem constitucional brasileira não focam exclusivamente as relações entre o Estado e os indivíduos. Pelo contrário, o ordenamento brasileiro, diante da ubiquidade da injustiça e da opressão, adotou o princípio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo o qual estes direitos também vinculam e obrigam aos particulares, ainda que de forma diferenciada, em razão da proteção constitucional conferida à autonomia privada. Portanto, a Constituição brasileira não vedou apenas ao Estado a prática de atos de discriminação, preconceito e intolerância, mas fê-lo também em relação a cada cidadão ou entidade privada, como bem fundamenta Sarmiento (2006, p. 47-48):

Ademais, a compreensão constitucional da liberdade individual não é meramente formal. A Constituição de 88 não é libertária e não associa a liberdade humana à simples abstenção estatal. Pelo contrário, ela se preocupa com a efetiva possibilidade de fruição da liberdade pelos indivíduos, o que supõe o enfrentamento dos obstáculos sociais que atravancam o seu exercício, presentes numa sociedade desigual e opressiva. Esta compreensão mais realista da autonomia individual projeta-se no campo da liberdade de expressão e ampara a pretensão estatal de coibir as manifestações que silenciem as vozes das suas vítimas, como as envolvidas no *hate speech*.

Nessa senda, as restrições que vêm impressas no texto constitucional são poucas, imprecisas e incompletas. Com efeito, incontáveis comunicações polêmicas, como a confissão e propagação de sentimentos preconceituosos por motivos de sexualidade, por exemplo, não são explicitamente proibidas, e caso o legislador ordinário as reprima, o poder judicial poderá ser invocado para decidir sobre a admissibilidade da restrição.

O reconhecimento da textura aberta do direito e da legislação implica que o Poder Judiciário seja encarregado de definir alguns casos em que a crise de comunicação se apresenta e significa admitir a criação do direito e de regras pelos juízes. Isso quer dizer que há determinados aspectos de um sistema jurídico que necessariamente devem ser deixados para desenvolvimento por parte dos tribunais à luz dos interesses conflitantes e das particularidades fáticas apresentadas pelas partes, o que não implica prejuízo à segurança jurídica na medida em que a maioria das regras enseja orientações ou padrões de comportamento que não exigem uma nova apreciação conforme a hipótese concreta (HART, 2001, p. 148-149).

Enfatiza-se que os homens não são idênticos aos deuses, sendo inteiramente impossível prever todas as possíveis combinações de fatos a partir das regras³⁹, de modo que a textura

³⁹ Ao exemplificar com um fato cotidiano o fenômeno que está descrevendo e reconhecendo como próprio ao direito e ao raciocínio jurídico, Hart exemplifica a capacidade de as regras jurídicas suportarem exceções sem perder sua força normativa. Nas suas palavras, “Prometemos visitar um amigo no dia seguinte. Quando chega o dia, acontece que o cumprimento da promessa implicaria que abandonássemos alguém gravemente doente. O facto de que isto é aceite como uma razão adequada para não cumprir a promessa, certamente não significa que não haja

aberta do direito também significa aceitar a existência de “exceções que não são desde logo exaustivamente especificáveis” (HART, 2001, p. 152).

Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, diante de uma sociedade plural, traduzida por um amplo desacordo moral, a tolerância é uma virtude fundamental, não só para a garantia da estabilidade como para a promoção da justiça. Esta é uma lição cara à civilização ocidental, contudo sua compreensão vem solidificando-se desde o fim das guerras religiosas entre protestantes e católicos que destroçaram a Europa nos séculos XVI e XVII, mas que ainda hoje precisa ser enfatizada. Aceitar e respeitar o outro na sua diferença, reconhecendo o seu direito de viver à sua maneira, é cada vez mais essencial no contexto da crescente diversidade cultural, étnica e religiosa que caracteriza a vida nas sociedades contemporâneas.

Indaga-se quais seriam os limites da tolerância. Em que medida deve-se tolerar o intolerante? Numa nota de pé de página, Karl Popper (1966, p. 266) chamou esta questão de “paradoxo da tolerância”. Para ele, não se deveria tolerar aquele que, se tivesse a oportunidade, eliminaria a própria tolerância. Em nome da própria tolerância, o Estado deveria reter o poder de coibir e punir os intolerantes. John Rawls (2002), como visto no primeiro capítulo, defendeu que, numa sociedade justa, só é legítimo restringir a liberdade do intolerante quando ela chegue ao ponto de ameaçar a segurança das próprias instituições que mantêm esta sociedade. Já Norberto Bobbio (2004, p. 196-197) mostra-se mais liberal na sua resposta à mesma indagação, ao asseverar:

Responder ao intolerante com a intolerância pode ser formalmente irreprochável, mas é certamente algo eticamente pobre e talvez politicamente inoportuno. Não estamos afirmando que o intolerante, acolhido no recinto da liberdade, compreenda necessariamente o valor ético do respeito às ideias alheias. Mas é certo que o intolerante perseguido jamais se tornará um liberal. Pode valer a pena pôr em risco a liberdade fazendo com que ela beneficie também o seu inimigo, se a única alternativa possível for restringi-la até o ponto de fazê-la sufocar, ou, pelo menos, de não lhe permitir dar todos os seus frutos. É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão.

Por fim, Scanlon (2003) argumenta que uma forte doutrina da liberdade de expressão sustenta que alguns atos de fala devem estar imunes à interferência, apesar do dano que eles poderiam causar e isso seria suficiente para proibir atos não expressivos. Isto é, alguns atos

regra que exija que as promessas sejam cumpridas, mas tão-só uma certa regularidade no seu cumprimento. Do facto de tais regras terem exceções insusceptíveis de afirmação exaustiva, não resulta que em cada situação sejamos deixados à nossa discricção e não estejamos nunca vinculados a cumprir uma promessa. Uma regra que termina com a expressão “a menos que...” é ainda uma regra”. (HART, 2001, p. 152-153).

devem ser protegidos, pois isso geraria melhores resultados do que seria o caso se eles estivessem sujeitos a restrições. Nesse sentido, Scanlon (2003, p. 14) sugere que justificativas para restringir a liberdade de expressão não devem ser sustentadas sob o argumento de que a liberdade de expressão, se deixada irrestrita, levaria as pessoas a formar falsas crenças ou considerar a realização de ações que possam ser prejudiciais.

Como verificado, a definição dos limites à liberdade de expressão não podem ser traçados de forma estática, sendo mais acurado pensá-los como um movimento relacionado as possibilidades fáticas e jurídicas. Por isso é importante aprender as lições dos casos concretos já decididos pelo sistema de justiça brasileiro no que se refere a matéria.

3.2 O CONCEITO E OS ELEMENTOS DE DISCURSO ÓDIO: AS LIÇÕES DO CASO ELLWANGER

3.2.1 O conceito e os elementos de discurso ódio

Pelo delineado até aqui, a liberdade de expressão é direito fundamental ligado à garantia de voz aos cidadãos na manifestação de suas diversas correntes políticas e ideológicas. Contudo, se não for restrito o exercício do direito de liberdade, este pode ferir princípios e valores fundamentais, bem como gerar danos a terceiros ou à coletividade. Assim sendo, o exercício irrestrito da liberdade de expressão quando for instrumento de ataque a indivíduos e grupos sociais pode caracterizar possíveis discursos de ódio.

Como visto, requer-se absoluta cautela quando se trata de limitar a liberdade de expressão em virtude do teor das ideias manifestadas, deve-se evitar, a todo custo, que este direito fundamental, tão essencial para a vitalidade da democracia e para a autorrealização individual, torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o que se enquadra como “politicamente correto”. Para Sarmiento (2006, p. 4) a liberdade de expressão não existe só para a proteção de opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem. Nessa linha, questiona-se: até que ponto deve-se restringir a liberdade de expressão para proteger direitos fundamentais de grupos estigmatizados, sem criar um contexto que pode levar à submissão do exercício deste direito às ortodoxias morais ou políticas de ocasião?

Quanto ao ódio em si⁴⁰, o filósofo André Glucksmann (2007, p. 11), ressalta que este existe de forma que todos os indivíduos já se depararam com ele, tanto em escala microscópica dos indivíduos como no cerne de coletividades gigantescas: “as razões atribuídas ao ódio nada mais são do que circunstâncias favoráveis, simples ocasiões, raramente ausentes, de liberar a vontade de destruir simplesmente por destruir”.

A posição de proibição ao discurso de ódio vem marcada em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos como Pacto dos Direitos Civis e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), a Declaração (itens 86 a 91) e o Plano de Ação (itens 143 a 147) emitidos na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, ocorrida em Durban em 2001. Com efeito, o Pacto Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) foi importante pois foi expresso quanto ao termo “ódio” em seu artigo 4º:

Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em ideias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente:

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
- c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

A análise dos textos internacionais permite concluir que a Convenção Americana determina restrição à liberdade de expressão apenas quando relacionada à incitação à violência. O PIDCP impõe restrição à liberdade de expressão quando relacionada à incitação de discriminação, hostilidade ou violência e a CIETFDR não requer que o discurso de

⁴⁰ Quanto ao tema, Joaci Góes demonstra que a maioria dos indivíduos entende que este sentimento é “[...] uma bomba que pode explodir a qualquer momento, ou uma arma carregada que deve ser evitada ou manipulada com muito cuidado”. (2004, p. 23). Contudo, apontam-se existem aspectos positivos do ódio, como odiar a injustiça e a desigualdade, já que assim é possível corrigi-las (2004, p. 58). Esse sentimento pode se revestir de diversas formas, uma delas é o “ódio cultural ou sociológico” que atua na compreensão e valorização de uma pessoa para com a outra, ou entre povos diversos, a exemplo “se é judeu, é ladrão”, “todo português é burro”, “argentino não presta” etc. (2004, p. 335).

superioridade de raças incite à violência para que haja condenação. Percebe-se que a redação da Convenção Americana de Direitos Humanos é mais restrita quando estabelece em que situações pode haver intervenção do Estado na liberdade de expressão, ou seja, ela é a mais protetiva em relação à liberdade de expressão dentre os instrumentos aqui analisados. Essa postura deve-se a influência norte-americana na redação da Convenção, uma vez que o direito doméstico dos Estados Unidos veda que o Congresso edite legislação restringindo a liberdade de expressão, exceto quando a defesa do uso da força ou de uma violação à lei seja utilizada para incitar ou produzir ação ilegal iminente (FARRIOR, 1996, p. 80).

Rosane Leal da Silva et al. (2011, p. 445), entendem que o “discurso de ódio” se revela pelo conteúdo segregacionista, discriminatório direcionado às pessoas que compartilham de alguma característica que as tornam componentes de um grupo, o discurso de ódio estabelece a superioridade do emissor e a inferioridade do atingido. Referidas manifestações insultam, diretamente, à vida, afetando a dignidade de determinado grupo de pessoas que partilham de um traço comum. E, ainda, instigam os leitores/ ouvintes a participar do discurso discriminatório, não somente com palavras, mas também praticando ações.

No mesmo passo, Thiago Dias Oliva (2015) ensina que o discurso de ódio, o qual se traduz na visão mais radical do discurso discriminatório, por definição: a) é um ato discursivo tendo um caráter eminentemente comunicativo; b) intimida os grupos ocasionando com que deixem o espaço público ao mesmo tempo em que instiga as demais pessoas a rejeitar esses mesmos grupos; c) revela-se como uma forma de discriminação consciente de grupos sociais vulneráveis, visando negar a esses o acesso a direitos.

Igualmente, quanto aos modelos conceituais fornecidos pela doutrina, para Winfried Brugger⁴¹ (2007, p. 151), o discurso do ódio vincula-se à utilização de palavras “que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião” ou ainda à sua potencialidade ou “capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

Alvaro Paul Diaz (2011, p. 575) ressalta que o discurso do ódio deve ser mais que uma manifestação de antipatia, precisa indicar a hostilidade contra determinado grupo. Desta feita, o conceito de discurso de ódio, o qual se revela pelo conteúdo segregacionista, discriminatório dirigido às pessoas que compartilham de alguma característica que as tornam componentes de

⁴¹ Quanto às possíveis consequências do discurso de ódio, o conceito de Winfried Brugger (2007) aponta uma série de verbos nucleares, capazes de descrever o fenômeno de forma mais abrangente, tanto com relação aos seus efeitos imediatos (insultar, assediar, intimidar), quanto aos efeitos mediatos (instigar a violência ou discriminação).

um grupo, ou seja, o discurso de ódio estabelece a superioridade do emissor e a inferioridade do atingido, tido como inferior. Para Meyer-Pflug (2009, p. 97):

O discurso do ódio, como dito é um dos aspectos polêmicos que envolvem a garantia à liberdade expressão. Ele consiste na manifestação de idéias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. Note-se que o discurso do ódio não é voltado apenas para a discriminação racial.

Diversa verificação possível na análise crítica dos modelos conceituais é que Meyer-Pflug oferece um restringido número de critérios de proibição de discriminação, visto que descreve apenas discriminação racial, social ou religiosa como conteúdos possíveis do discurso de ódio, deixando de fora, por exemplo, a discriminação por sexo, gênero, orientação sexual e identidade⁴² (LEIVAS, SANTOS, SCHÄFER, 2015, p. 145). Ademais, observa-se referida fragilidade nesse quesito também quando comparado ao conceito apresentado por Daniel Sarmiento (2006, p. 54-55) que conceitua o fenômeno como “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental ou orientação sexual, dentre outros fatores [...]”.

A abordagem sobre os modelos conceituais repercute de forma direta no tratamento jurídico do fenômeno, seja para uma resposta constitucionalmente adequada em caso de colisão de princípios de direito fundamental, seja para a concretização e a compreensão dos conceitos jurídicos específicos sobre o tema (LEIVAS, SANTOS, SCHÄFER, 2015, p. 146). Nessa linha, aponta-se a lição de Napolitano e Stroppa (2018, p. 324):

Pelo exposto, o discurso de ódio afronta o direito à igualdade e, conseqüentemente, fragiliza a efetividade dos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, estando a possibilidade de limitação a tais discursos conectada ao ideal madisoniano/democrático da liberdade de expressão do pensamento. Nesse contexto, entende-se como legítima a intervenção do Estado voltada a proscrever os discursos altamente discriminatórios, conforme mencionado na seção precedente.

É imprescindível a determinação de parâmetros objetivos que possibilitem a consideração de um discurso como sendo de ódio, já que simples ideias e opiniões impopulares ou ofensivas não podem se tornar reféns das concepções politicamente corretas sob pena de

⁴² Buscando alargar o conceito do discurso de ódio, Stroppa e Rothenburg (2015) apontam que este se caracteriza pela propagação de mensagens que “estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos, a exclusão social e até a eliminação física daqueles que são discriminados”.

minar a abertura e a pluralidade exigidas pelo regime democrático e que orientam a formatação jurídica da sociedade brasileira (SARMENTO, 2006).

A necessidade de encontrar-se um maior consenso global sobre a relação adequada entre o respeito à liberdade de expressão e a promoção da igualdade levou a Artigo 19⁴³ a elaborar os “Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade”, recomendando que os Estados observem alguns preceitos. Isto é, todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio). Consequentemente, sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva, que:

- (i). Os termos ‘ódio’ e ‘hostilidade’ se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado. (ii). O termo ‘promoção’ deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado. (iii) O termo ‘incitação’ se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos. (iv). A promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentido positivo de identidade de grupo não constitui discurso do ódio (ARTIGO 19, 2009, p. 10).

Referidos princípios demandam que os Estados devem proibir o abrandamento ou negação de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, mas tão somente quando essas declarações constituírem discursos do ódio. Por sua vez, os Estados não devem proibir críticas ou debates envolvendo ideias, crenças ou ideologias particulares, ou religiões ou instituições religiosas, a menos que sejam expressões do discurso do ódio. Os Estados devem garantir que pessoas que sofreram danos reais como consequência de discurso do ódio tenham o direito a um recurso efetivo, inclusive um recurso civil por danos e prejuízos.

⁴³ Esses Princípios foram elaborados pela ARTIGO 19, com base em discussões sobre liberdade de expressão e igualdade envolvendo um grupo de oficiais de alto nível da ONU e de outras organizações, assim como especialistas em direito internacional dos direitos humanos da academia e da sociedade civil, reunidos em encontros realizados em Londres em dezembro de 2008 e fevereiro de 2009. Os Princípios representam uma interpretação progressiva dos padrões e normas internacionais, das práticas aceitas pelos Estados (como refletidas em legislações nacionais e julgamentos de tribunais nacionais) e dos princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações. A ARTIGO 19 considera que esses direitos se amparam mutuamente e são interdependentes, além de essenciais a um sistema universal de proteção dos direitos humanos. Embora possam surgir tensões entre visões concorrentes desses direitos, a atenção internacional tem focado mais nessas potenciais tensões que na relação positiva, e muito mais importante, entre eles. Além disso, o direito internacional fornece uma base para resolver essas tensões, como descrito nesses Princípios. Por fim os autores fazem um pedido: “Apelamos para que indivíduos e organizações ao redor do mundo apoiem esses Princípios com o objetivo de respaldá-los e legitimá-los. Também apelamos para que tomadores de decisão, bem como militantes, tomem medidas para que esses Princípios sejam observados em diferentes fóruns de debate e instâncias decisórias em todos os níveis” (ARTIGO 19, 2009, p. 2).

Por fim, os Estados devem revisar seu marco legal para assegurar que toda regulamentação de discurso do ódio se mostre adequada e efetiva (ARTIGO 19, 2009, p. 10).

Pelo exposto percebe-se que o discurso de ódio não se confunde com a ofensa ou insulto individual, ou seja, com a difamação de um determinado indivíduo em particular, mas sim com o insulto a um determinado grupo ou classe. Questiona-se se a mera proibição da manifestação do discurso odioso não poderia levar a uma reação contrária, gerando de forma maciça mais ódio e discriminação, já que ele é usualmente dirigido a grupos que sofrem historicamente com discriminação, contudo os doutrinadores divergem (MEYER-PFLUG, 2009, p. 102).

Igualmente, observa-se que inexistente uma única solução capaz de resolver o embate entre liberdade de expressão e o discurso de ódio. Nesse sentido, é importante realizar uma distinção precisa entre o fato de não gostar ou discordar de uma ideia e censurá-la ou vedar a sua manifestação. A liberdade de expressão garante a faculdade de contrapor e dissentir da opinião e das ideias emanadas, contudo, eliminar o direito delas se manifestarem pode ocasionar a tão temida censura, sendo uma linha tênue a se verificar em cada caso concreto.

Meyer-Pflug (2009, p. 103) conclui que não se pode permitir que o agravo a terceiros ou a difamação justifique a proibição da liberdade de expressão, visto que o ordenamento jurídico pátrio dispõe de instrumentos que coíbem e reparam tais casos, tais como o direito de resposta, os crimes de calúnia, difamação e injúria (esfera penal) e a reparação por danos materiais e morais (esfera civil). Portanto, inviabiliza-se a doutrina de uma regra geral aplicável indiscriminadamente para todos os casos, devendo cada caso ser tratado de forma isolada, já que se apresenta um conflito de direitos fundamentais, possivelmente solucionado através do princípio da proporcionalidade.

3.2.2 Caso Ellwanger: a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito

No Brasil, o presente tema foi objeto de uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal em 2003, no caso Ellwanger, o qual já restou qualificado por integrantes da Corte como o mais relevante julgado da história daquele tribunal em matéria de direitos humanos. A corte decidiu que a liberdade de expressão não resguarda manifestações de cunho antisemita, que podem ser objeto de persecução penal pela prática do crime de racismo.

O caso retrata o autor, editor, e distribuidor de livros, Sigfried Ellwanger, o qual restou denunciado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul quanto à prática do crime de racismo

contra o povo judeu⁴⁴. Ocorreu sua absolvição em primeira instância, contudo foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a dois anos de reclusão (com sursis pelo prazo de quatro anos), visto que praticou apologia, por meio de livros, de ideias discriminatórias contra a comunidade judaica, sendo incurso no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, na redação dada pela Lei nº 8.081/90⁴⁵.

Verificou-se que nas obras de sua autoria (“Holocausto. Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”) e de sua distribuição (“O judeu internacional”, “A história secreta do Brasil”, “Brasil: colônia de banqueiros”, “Os protocolos dos sábios de Sião”, “Hitler: culpado ou inocente? ”, “Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra”) existem mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias, incitando desprezo e ódio contra o povo judeu, ao negar o holocausto e defender que os judeus causam males ao mundo.

Inconformado com a decisão do Tribunal, o réu impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, não obtendo sucesso, devido à imprescritibilidade do crime perpetrado. A defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça contra a decisão do acórdão na tentativa de desconstituir a imprescritibilidade do ato pelo qual Siegfried Ellwanger havia sido condenado. Denegado o remédio constitucional pelo STJ, a defesa recorreu ao STF.

A defesa de Siegfried Ellwanger ressaltou que os judeus não constituiriam uma raça, mas sim um povo, fato que levaria à não incidência da conduta do paciente no crime de racismo⁴⁶, que, de acordo com o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, é imprescritível e inafiançável. A partir disso, o debate na corte constitucional versou essencialmente sobre dois pontos: os limites de significado da palavra “racismo” e a suposta colisão, solucionável através da ponderação, de dois direitos fundamentais, quais sejam: liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana.

⁴⁴ A denúncia do Ministério Público assim refere: “Segundo o incluso inquérito policial, o denunciado Siegfried, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda., situada na Rua Voltaire Pires, nº 300, conj. 02/11 nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias e com isso procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica” (BRASIL, 2004, p. 781-853).

⁴⁵ “Art. 20 - Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena: reclusão de dois a cinco anos”. (BRASIL, 1989).

⁴⁶ Uma visão racista do mundo leva a condutas que têm distintas escalas de agressividade. São todas caracterizadas pela discriminação, ou seja, pelo não reconhecimento aos “outros” dos mesmos direitos e garantias. Os princípios gerais da igualdade e da não discriminação, que têm destinatários genéricos, e o processo de especificação, que cuida do ser humano em situação, que em conjunto tutelam os direitos humanos, no Brasil e no mundo, são assim diretamente afetados (LAFER, 2004, p. 70-71).

O STF confirmou que o termo raça subsiste, ainda que não mais do ponto de vista biológico, devido à descoberta do genoma humano e à constatação de que todos os seres humanos são biologicamente iguais. As raças se traduzem como construções socioculturais que remetem a grupos de indivíduos que partilham de uma herança cultural, religião, tradições comuns, isto é, de uma igual identidade étnica. Daí é possível concluir que o crime de racismo, em sua definição atual, envolve “a perseguição a qualquer grupo étnico, religioso, cultural, social ou de gênero” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 204).

3.2.2.1 O voto dos ministros: divergências que ressoam

O Ministro Moreira Alves, relator do processo, deferiu o *writ* em seu voto, pois entendeu que judeu não é raça (indicando que tal constatação poderia ser verificada em razão de dados físicos como cor da pele, formato dos olhos, textura do cabelo, etc.), mas sim religião, restando impossível a condenação do paciente por crime de racismo. Utilizou-se do elemento histórico de interpretação constitucional para comprovar que o crime de racismo no Brasil busca coibir esse tipo de prática tão somente quanto aos negros e não aos judeus. Portanto, entendeu pela declaração da extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva (BRASIL, 2004, p. 532-545).

O primeiro voto divergente corresponde ao voto do então Presidente do Tribunal, Ministro Maurício Corrêa, o qual denegou o *habeas corpus*. Ele aponta ser impossível aplicar o termo raça em seu conceito usual como expressão “simplesmente biológica”. A partir da evolução da ciência, observou que os avanços na genética baniram a ideia tradicional de raça, tornando-se um conceito social. O preconceito social provém da separação dos seres humanos em raças a partir de um processo político-social advindo da intolerância entre os indivíduos. Portanto, entendeu pela prática do crime de racismo, amparada por inúmeros tratados internacionais de direitos humanos (BRASIL, 2004, p. 546-553).

O Direito Internacional Comparado fundamentou o voto do Ministro, pautando pelo efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Quanto a colisão entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, o Ministro ressaltou que atos discriminatórios independentemente de sua natureza são expressamente proibidos, com atentado relevo para a questão racial. Desta forma, considera-se que não ocorreu violação ao direito constitucional da liberdade de expressão e pensamento, já que não se protege o direito à incitação ao racismo amparado na ideia de que um direito individual poderia salvaguardar práticas ilícitas (BRASIL, 2004, p. 580-584). Assim sendo, a proteção e o respeito

ao valor fundamental da pessoa humana são valores fundamentados do Estado de Direito, “e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social” (BRASIL, 2004, p. 583-584).

Ao seu turno, o Ministro Celso de Mello votou pela denegação da ordem no *habeas corpus*, apontando que a liberdade de expressão é importante, mas não absoluta, encontrando limites na igualdade e na dignidade da pessoa humana. A liberdade, para ele, não compreende incitação ao ódio. Deste modo, não se pode falar que no caso em apreço houve colisão entre a dignidade do povo judeu e a liberdade de expressão do paciente, já que a conduta praticada por ele nem mesmo adentra a esfera da liberdade de expressão. O voto restou fundamentado em tratados e na proteção dos direitos humanos⁴⁷, bem como da necessária atuação do Poder Judiciário no intuito de coibir abusos decorrentes do exercício da liberdade de expressão (BRASIL, 2004, p. 612-635).

Foi por tal razão que esse e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, sempre odiosas, de discriminação racial, reconheceram “a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos...”, proclamando, com irrecusável correção, que “Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem”, pois “Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade”, razão pela qual “a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais”, mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas. (BRASIL, 2004, p. 624).

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes votou pela denegação da ordem (BRASIL, 2004, p. 636-671). Asseverou que a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares da democracia, qual seja a igualdade. Com efeito, destacou-se que nas sociedades democráticas, existe uma intensa preocupação com o exercício da liberdade de expressão consistente na doutrina do “*hate speech*”, a qual se elucida, não possui como objetivo exclusivo a questão racial. Desta maneira, a partir da obra de Kevin Boyle, diante da complexa problemática do tema do discurso de ódio, o voto do ministro demonstrou que:

⁴⁷ “Este momento, tão fortemente impregnado do sentido histórico que assume o presente julgamento, impõe, por tal motivo, um instante de necessária reflexão sobre o significado do grave compromisso que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Os deveres irrenunciáveis que emanam desse instrumento internacional incidem sobre o Estado brasileiro de modo pleno, impondo-lhe – e aos órgãos nele estruturados, notadamente ao Poder Judiciário e a este Supremo Tribunal Federal, em particular – a execução responsável e consequente dos compromissos instituídos em favor da defesa e proteção da integridade e da dignidade de todas as pessoas” (BRASIL, 2004, p. 620).

A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. *‘Every one counts as one and no more than one’*, como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa (BOYLE apud BRASIL, 2004, p. 650-651).

Por fim, destacou que no presente caso instaurou-se uma colisão entre direitos fundamentais, que deveria ser deliberada mediante o emprego do princípio da proporcionalidade⁴⁸. Portanto, entendeu-se pelo prevalectimento, no caso concreto, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, o repúdio ao racismo e a imprescritibilidade, sendo restringida a liberdade de expressão.

Para o então Ministro Carlos Velloso (BRASIL, 2004, p. 676-690), que do mesmo modo votou pela denegação da ordem, a conduta de Ellwanger foi delituosa, não encontrando respaldo na liberdade de expressão, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana. O ministro ressalta a importância da internacionalização dos direitos humanos, destacando a tônica da era dos direitos, de que aduz Norberto Bobbio. Aponta que uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana se traduz no preconceito relativamente às minorias, a qual se revela “no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc.” (BRASIL, 2004, p. 682).

Na mesma linha, o voto do então Ministro Nelson Jobim (BRASIL, 2004, p. 691-749) trouxe a temática de que as manifestações preconceituosas não contribuem para o debate democrático, e por isso votou também pela denegação da ordem. Para ele seria impossível se

⁴⁸ É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. [...] Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. [...] A decisão atende, por fim, à proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja, a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado incedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie (BRASIL, 2004, p. 656-671).

valer do conceito antropológico para se delimitar o crime de racismo, o qual corresponde a um fenômeno social. Portanto, diante de uma sociedade multirracial, como a brasileira, necessária se faz a proteção a discriminação contra descendentes de quaisquer povos que seja.

A Ministra Ellen Gracie denegou o *habeas corpus*, pois considerou evidente a irracionalidade da manifestação racista presente nas obras do paciente. Explicou os conceitos de raça, racismo e preconceito, sendo que “não há compromisso com a correção biológica ou antropológica em suas afirmações, a ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda sua extensão, a sua irracionalidade” (BRASIL, 2004, p. 756).

O Ministro Cezar Peluso (BRASIL, 2004, p. 757) denegou a ordem ante a impossibilidade de atribuição de sentido único e restrito ao termo racismo. O seu voto pauta pelo respeito à dignidade das pessoas, e pela solidificação de uma sociedade fraterna, plural e solidária, preservando-se, assim, os fundamentos da República. De igual modo, o Ministro Sepúlveda Pertence denegou o *habeas corpus*. A partir de um voto sucinto, observou que o preconceito antisemita constitui racismo e que um livro pode ser instrumento para tal prática (BRASIL, 2004, p. 779).

Na contramão de seus colegas, o Ministro Carlos Ayres Britto defendeu a concessão da ordem, sustentando que o livro se situa no campo do livre debate de ideias, estando acobertado pela livre convicção político-ideológica e a livre manifestação do pensamento. O paciente atuou no plano das ideias, elaborando tese baseada em pesquisas e documentos. A partir disso teria tentado convencer outras pessoas pela razão, com argumentos, e não incitar ódio. O Ministro advertiu que os fatos históricos admitem distintas interpretações, e ter uma ideologia não é crime. Por fim, o paciente não deveria responder por obras de outros autores, que tão somente são distribuídas por ele (BRASIL, 2004, p. 781-851).

Expressa receio de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia de vontade: a liberdade de expressão e a liberdade de atividade artística, intelectual, científica, e de comunicação, independentemente de censura ou licença. A partir disso a liberdade de expressão seria a maior expressão da liberdade. Restando como excludentes constitucionais da abusividade, a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Portanto, não seria crime tecer loas a uma ideologia. Finaliza seu voto reconhecendo⁴⁹ que “[...]”

⁴⁹ Aqui termino este alongado e certamente enfadonho voto, citando dois pensadores do meu especial agrado: a) o brasileiro Fábio Konder Comparato, para quem “A perda da liberdade de crítica é a desmoralização do intelectual” (entrevista publicada pelo jornal “Folha de São Paulo”, caderno A 12, edição de 18 de agosto de 2003); e b) o francês François-Marie Arouet Voltaire, autor da gloriosa frase “não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las”. [...] (BRASIL, 2004, p. 851).

o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional (nos termos do inciso VIII do art. 5º anteriormente transcrito)” (BRASIL, 2004, p. 839).

O Ministro Marco Aurélio Mello ao mesmo tempo entendeu adequada a concessão da ordem, entretanto com apoio em diversos argumentos. Defendeu que a liberdade de expressão é essencial num Estado Democrático de Direito, sendo que, ao difundir outra versão da história, Ellwanger tão somente praticou seu direito de pensar diversamente, fato que não significa discriminar. A liberdade de expressão, pela sua importância, deve ser limitada apenas em casos excepcionais, quando existe explícito abuso do direito. Outrossim, um livro, por si só, não é capaz de transformar a sociedade, isto é, seu papel é de convencer sobre uma determinada tese. Observou que a sociedade brasileira jamais discriminou ou teve a tradição de discriminar judeus (BRASIL, 2004, p. 857-924).

Dessa forma, assevera o Ministro Marco Aurélio Mello que o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão. Para isso, ele caracteriza a dimensão social e individual da liberdade de expressão, ressaltando a interdependência entre elas. Ademais, aponta que o Estado democrático se traduz na aceitação e tolerância⁵⁰ em seu território das mais diversas expressões do pensamento, isto é, “[...] a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto” (BRASIL, 2004, p. 879).

Segundo o Ministro Marco Aurélio, a justificação de uma ideologia não é delito e o fato de escrever um livro, mesmo que outros concordem com as ideias expostas, não promoverá uma revolução nacional. Lembra, então, que o brasileiro médio não tem sequer o hábito da leitura. O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma visão preconceituosa acerca dos judeus, a ser combatida, mas não com a imputação de crime de racismo gravemente punido com a cláusula de imprescritibilidade. Portanto, para o Ministro, no Brasil, faltam pressupostos sociais e culturais para tornar livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu um evidente

⁵⁰ O Estado mostra-se democrático quando aceita e tolera, no próprio território, as mais diferentes expressões do pensamento, especialmente aquelas opiniões que criticam sua estrutura, seu funcionamento e o pensamento majoritário. A tolerância política é imprescindível para regular as relações entre as maiorias e as minorias e para servir de princípio regente das relações entre as ideologias e grupos políticos divergentes. A partir da proteção ao pensamento minoritário é que a liberdade se apresenta como um típico direito fundamental de defesa, que alberga em sua essência um espaço imune a restrições de qualquer tipo, sejam estas impostas pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário. (BRASIL, 2004, p. 879).

perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, em países como a Alemanha.

No voto também destaca-se o julgamento deste *habeas* como exemplo de “Jurisprudência Simbólica”, isto é, o Tribunal, à medida que venha a relativizar a garantia da liberdade de expressão, enquadrando como manifestação racista o livro de autoria do paciente, assim como as publicações de que fora editor, acabará praticando função simbólica ao implementar uma imagem politicamente correta perante a sociedade. Restaria, para ele, sobressaída a defesa do pensamento antinazista, quando em xeque se encontra a liberdade de expressão, de pensamento, ou seja, de opinião política (BRASIL, 2004, p. 911).

Recorre, então, ao postulado da proporcionalidade para concluir que a condenação do paciente restou excessiva e desproporcional. Assim, o editor teria cometido simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a causa da imprescritibilidade, no inciso XLI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Ante o exposto, constata-se que a decisão do STF demonstrou a sua preocupação em combater a incitação a qualquer tipo de discriminação e à prática do racismo indecentemente do grupo étnico, religioso, social ou cultural lesado. Verificou-se, pois, uma concreta sobreposição do direito à dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão, a partir do caso de obras com teor discriminatório⁵¹.

Contudo, resta imprescindível observar-se os impactos de uma decisão dessa magnitude para o sistema constitucional pátrio, bem como para a sociedade. Nesse giro, tal decisão judicial que impôs restrições à liberdade de expressão, a despeito de proceder a uma aparente resolução para o caso concreto, irá efetivamente coibir, na prática, iniciativas ou manifestações de natureza racista e discriminatória?

⁵¹ Destaca-se por fim, parcela da a ementa derivada do presente julgado: “EMENTA: HABEAS- CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUALÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. [...] 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o antissemitismo. [...] 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF Art. 5º § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica [...]” (BRASIL, 2004, p. 524-526).

3.2.2.2 *Considerações críticas acerca do caso Ellwanger*

A partir das conclusões emanadas dos resultados provenientes do julgamento do Caso Ellwanger, diversos teóricos e juristas teceram manifestações que possibilitaram importantes reflexões acerca da temática.

Ao se perscrutar a perspectiva do Ministro Gilmar Mendes, em que basta o incitamento contra o povo judeu para se agredir a igualdade da dignidade social de todos os homens, não sendo imprescindível avaliar a potencialidade de se alcançar pelo incitamento ao resultado de se promover atos contra os judeus, sendo, também, ignorada qualquer indagação a respeito da receptividade ao longo de nossa história de manifestações relevantes antissemitas. A partir do fato concreto, isto é, o incitamento contra os judeus constante dos livros indagou-se a reprimenda penal mais severa, com a cláusula de imprescritibilidade seria adequada, necessária e razoável, concluindo positivamente em vista do fim da condenação ser adequada e necessária, além de acertado para a preservação de uma sociedade pluralista.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio questiona se haveria potencialidade de incitamento em livro em país no qual ninguém lê e no qual inexistente tradição anti-judaica. Inicialmente, se é evidente que a discriminação contra os negros está, por força do estigma da escravidão, sistematicamente empenhada na sociedade brasileira, desde a inquisição, no século XVI, até recentemente, mostra eventos de perseguição aos judeus, que não tornam indiferente a prática de instigação ao ódio ao povo judeu.

De outra parte, o incitamento não requer para sua configuração a constatação de relevante probabilidade de construir pensamentos discriminatórios. Com efeito, diante de uma sociedade em que a discriminação contra os negros é evidentemente mais intensa e presente do que a existente contra os judeus, não torna a discriminação que existiu ao longo do tempo, e mesmo recentemente, dado irrelevante, mesmo porque a ideologia nazista permanece a seduzir alguns fanáticos. De outra parte, é indiferente a consecução do incitamento ao ódio racial pregado: o perigo de afronta ao valor da igualdade da dignidade social de todos é evidente (REALE JÚNIOR, 2010, p. 393-394).

Indaga-se, então, por quais motivos há decisões tão díspares em matéria de confronto de valores da liberdade de expressão e da proteção da dignidade da pessoa humana contra a discriminação?

Para Reale Júnior (2010, p. 394), nem mesmo o estabelecimento de uma hierarquia de valores constitucionais de maior e menor densidade, ante o reconhecimento de um núcleo essencial, deixa de cravar raízes em posições ideológicas ou de cunho subjetivo, sendo o recurso

aos critérios do postulado da proporcionalidade incapaz de impedir soluções emocionais. Desta forma, o peso atribuído diversamente pelos Ministros ao valor da liberdade de expressão determinou a solução da aplicação dos critérios da proporcionalidade no caso concreto.

O Ministro Gilmar Mendes, apesar de valorizar o direito fundamental da liberdade de expressão, como importante alicerce da vida democrática, considera que a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, qual seja a igualdade. O Ministro Marco Aurélio inicia seu voto tecendo aplausos à liberdade de expressão, que considera desempenhar um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas como instrumento de proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular.

Em síntese verifica-se que a aplicação da máxima da proporcionalidade por via da análise das três máximas parciais, como diz Alexy, são importantes para dirigir, circunscrever, orientar a explicação da escolha, no caso concreto, acerca da primazia de um direito fundamental sobre outro. Apesar disso, o estudo da adequação da solução, da necessidade e da correspondência justa ao fim almejado não são suficientes para dotar este juízo de ponderação de objetividade, de certeza, pois, a cada intérprete uma ponderação, segundo a sua própria percepção do peso que possui cada direito fundamental e o valor que encerra (REALE JÚNIOR, 2010, p. 395).

O reconhecimento da maior magnitude valorativa da dignidade da pessoa humana, porém, não deve ser acolhida em termos absolutos, pois é de se aceitar que em hipóteses excepcionais, de acordo com as específicas circunstâncias do caso concreto, diverso valor constitucional possa prevalecer. Destarte, como regra geral, a dignidade da pessoa humana, a ser preservada em sua dignidade social, igual para todos (direito a não discriminação), e em sua integridade física e psíquica, devem prevalecer, mesmo diante da liberdade de expressão, malgrado seja esta uma importante conquista, sem a qual não se corporifica o Estado Democrático de Direito (REALE JÚNIOR, 2010, p. 398).

Esta posição da Suprema Corte brasileira foi aplaudida de forma praticamente unânime, tanto no âmbito da sociedade civil como no meio acadêmico. Entretanto, parcela dos constitucionalistas, tais como Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 167- 170) e Marcelo Cattoni (2006) criticou a metodologia empregada pela Corte – especialmente o uso à ponderação de interesses – mas não o resultado alcançado, isto é, de eliminação e criminalização das manifestações de racismo. Destarte, parece existir um forte consenso contrário à proteção constitucional do discurso de ódio, pelo menos em relação às expressões de intolerância racial.

Para Espíndola e Ivanoff (2015, p. 178) não se defende que o STF deva respeitar uma fórmula matemática para a solução das colisões entre direitos fundamentais, isto é, não se vislumbra benefícios de uma interpretação tão plural sobre este assunto. Requer-se que a proteção dos direitos fundamentais esteja intrinsecamente ligada à perfectibilização do Estado Democrático de Direito e, por isso, a restrição destes direitos deve ocorrer de forma criteriosa⁵².

Portanto, o Tribunal se filiou ao modelo europeu⁵³, embora inexista no sistema pátrio qualquer lei que vede especificamente o discurso de ódio, ressaltando o fato da decisão não ter sido unânime. Demonstra-se que a solução não residiria na adoção do sistema americano ou europeu de forma pura, sendo necessária a opção por uma posição intermediária ou alternativa, que se mostre adequada à realidade cultural e histórica brasileira, bem como se coloque em harmonia com os princípios presentes na Constituição de 1988 (MEYER-PFLUG, 2009, p. 220-221).

Assim sendo, conforme preceitua Meyer-Pflug (2009, p. 216), o combate à prática do racismo precisa ocorrer através do emprego de critérios justos, primordialmente, pelo conflito de ideias, por um debate público aberto e forte. Nesse sentido, a própria sociedade deve recusar as ideologias racistas e preconceituosas, desenvolvendo livremente a sua opinião e verificando os valores que estão em choque em cada caso. Desta forma, a simples condenação de um paciente ou a vedação da edição de um livro não seria a melhor solução. O caminhar da humanidade comprova que a proibição da divulgação de determinadas ideias jamais foi óbice eficaz para que elas desaparecessem. Portanto, requer-se um debate aberto, a discussão sobre os mais diversos aspectos e suscitando todos os pontos de vista, pois é por meio dele que pregações racistas e preconceituosas restarão restringidas na sociedade brasileira. Logo,

⁵² A força da norma jurídica depende mais de seu conteúdo (adequação a valores e interesses sociais que estruturam a sociedade) que de sua forma (adequação ao sistema jurídico). Ao se permitir ao julgador que estabeleça o critério de ponderação, ele tende a escolher um valor ou interesse que lhe seja relevante dentro de seu ponto de vista, o que é altamente discricionário, para dizer o mínimo. Ainda que o juiz justifique o critério com base numa consciência jurídica universal ou na prática judicial, ou que o fundamente em algum argumento de ordem moral, esse dever de fundamentação não é exigência exclusiva da teoria dos direitos fundamentais; ao contrário, neste aspecto (dever de fundamentação), ela em nada se distingue das demais teorias de adjudicação (MASTRODI, 2014, p. 589).

⁵³ O tribunal ao utilizar a Jurisprudência dos Valores como fundamento das suas decisões maximiza o perigo de juízos irracionais, pois “[...] valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido” (HABERMAS, 1997, p. 321). Apesar das críticas de Habermas e de outros autores à Jurisprudência dos Valores, o Tribunal Constitucional Alemão permaneceu a atuar de modo a convalidar tal tese, aumentando o papel do Judiciário. No Brasil, houve uma incorporação desta “estratégia metodológica”. O problema é que, na lição de Lenio Streck, os juristas brasileiros não perceberam as distinções históricas que distanciam a realidade alemã da brasileira, pois, aqui, nem mesmo a legalidade burguesa é respeitada, isto é, a “[...] grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional” (2011, p. 48). Apesar disso, o Judiciário brasileiro consolidou a Constituição como uma ordem concreta de valores, importando equivocadamente, a teoria da argumentação proposta por Robert Alexy, sendo com base nessa proposta, possível ponderar direitos fundamentais.

necessário se faz resguardar o direito de manifestação das majorias e das minorias nesse discurso político.

3.3 O DEBATE ENTRE WALDRON E DWORKIN: RESTRIÇÃO OU LIBERDADE?

Partindo-se da obra de John Rawls⁵⁴, afirma-se que nenhuma sociedade pode incluir dentro de si todas as formas de vida. Ele exemplifica ressaltando que as religiões intolerantes deixarão de existir em sociedades bem ordenadas, isto é, religiões coercivas que exigem a supressão de outras religiões, seja pela via constitucional, ou pela adoção de uma certa concepção abrangente do bem de todos, desaparecerão. Rawls fala de um pluralismo razoável, uma estrutura básica justa dentro da qual formas de vida admissíveis têm uma oportunidade justa de se manter enquanto asseguram liberdades básicas iguais e tolerância mútua.

Com base na teoria de Rawls⁵⁵, Jeremy Waldron explica que uma sociedade bem ordenada e consistente com os valores democráticos não pode ser racista ou encontrar o dilema da fala do ódio. Não há necessidade de legislação sobre o discurso do ódio em tal sociedade, porque seus cidadãos não têm motivação para se expressarem dessa maneira. Além disso, Waldron argumenta que a legislação sobre o discurso de ódio deve ter como objetivo proteger a dignidade das pessoas contra ataques, esta servindo para proteger o *status* igualitário dos alvos na comunidade, seu direito à justiça básica e aos fundamentos de sua reputação (2012, p. 106).

⁵⁴ Conforme bem sinaliza Consani (2015, p. 194), Rawls analisa o tema da tolerância para com os intolerantes em Uma Teoria da Justiça justamente a partir da intolerância religiosa. Segundo ele, uma seita intolerante, desde que não seja tão forte a ponto de impor sua vontade, tende a ser assimilada à sociedade e aceitar os princípios de justiça, a tolerância e a liberdade de consciência. Entretanto, Rawls reconhece os perigos que podem advir do crescimento ou fortalecimento de uma seita intolerante, isto é, pode acontecer de uma seita intolerante “ser tão forte no início ou crescer tão depressa que as forças da estabilidade não consigam convertê-la para a liberdade. Essa situação apresenta um dilema prático que a filosofia não consegue resolver sozinha. Depende das circunstâncias saber se a liberdade dos intolerantes deve ser limitada para preservar a liberdade sob uma constituição justa”. (RAWLS, 2008, p. 270). Não obstante, apesar de considerar ser um problema mais prático do que teórico-normativo impor limites à intolerância, o próprio Rawls acaba por entender que restrições podem ser aceitas quando o princípio da igual liberdade se encontrar sob ameaça: “Conhecendo a estabilidade de uma constituição justa, os membros de uma sociedade bem-ordenada sabem que só devem limitar a liberdade dos intolerantes em casos especiais, quando isso for necessário para preservar a própria igual liberdade”. (RAWLS, 2008, p. 271).

⁵⁵ “Dizer que uma sociedade é bem-ordenada significa três coisas: a primeira (e isso está implícito na ideia de uma concepção de justiça publicamente reconhecida), que se trata de uma sociedade na qual cada indivíduo aceita, e sabe que todos os demais aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (implícita na ideia de regulação efetiva), que todos reconhecem, ou há bons motivos para assim acreditar, que sua estrutura básica - isto é, suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual se encaixam num sistema único de cooperação - está em concordância com aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça e, por conseguinte, em geral agem de acordo com as instituições básicas da sociedade, que consideram justas. Numa sociedade assim, a concepção publicamente reconhecida de justiça estabelece um ponto de vista comum, a partir do qual as reivindicações dos cidadãos à sociedade podem ser julgadas” (RAWLS, 2000, p. 79).

Waldron (2012, p. 8), atormentado com os efeitos sociais do discurso de ódio busca apresentar argumentos originais que desafiam algumas das convicções típicas dos defensores da liberdade de expressão, ou seja, tem como escopo principal agrupar argumentos em defesa da implementação de leis que proíbam ou restrinjam o discurso de ódio. São leis que devem proibir afirmações públicas que incitem ódio contra qualquer grupo, identificável quando tal incitação tenha chance de levar a um distúrbio da paz; afirmações com as quais um grupo de pessoas é ameaçado, ridicularizado ou degradado em virtude de sua raça, cor de pele ou origem nacional ou étnica; ou ainda, ataques à dignidade humana de outros, insultando, maliciosamente aviltando ou difamando segmentos da população.

Percebe-se que a finalidade desse tipo de lei não é coibir políticas ou instituições discriminatórias, mas sim regular a própria defesa – oral ou escrita – de políticas e instituições discriminatórias (sempre que o discurso empregado tenha como alvo a dignidade de algum grupo em função de raça, religião, gênero, orientação sexual etc.). Assim, encontra-se em questão certo tipo de discurso – por exemplo, a expressão pública da ideia de que os imigrantes árabes são todos terroristas –, antes mesmo das práticas visadas pelo discurso em questão – por exemplo, o indeferimento de solicitações de refúgio político feitos por imigrantes árabes (SHECAIRA, 2018, p. 231).

Waldron sustenta que há uma espécie de bem público de inclusão que nossa sociedade patrocina e com a qual está comprometida. O discurso de ódio enfraquece esse bem público, ou torna a tarefa de sustentá-lo muito mais difícil do que seria. O discurso de ódio cria uma ameaça à paz social, uma espécie de veneno de ação lenta, acumulando-se aqui e ali, palavra por palavra, para que se torne mais difícil e menos natural até mesmo para os membros de bom coração da sociedade na sua tarefa de manutenção deste bem público (2012, p. 4).

O autor enfatiza a noção de dignidade, argumentando que o discurso de ódio enfraquece a dignidade da pessoa humana. A dignidade de uma pessoa não é apenas uma aura kantiana. Relaciona-se com a posição social das pessoas, os fundamentos da reputação básica que os autorizam a serem tratados como iguais nas operações comuns da sociedade. O discurso de ódio visa, assim, manchar os princípios básicos de sua reputação, associando características como etnia, raça ou religião com condutas ou atributos que devem desqualificar alguém de ser tratado como um membro da sociedade em situação regular (2012, p. 5). As mensagens de ódio prejudicam o status igualitário dos alvos na comunidade, seu direito à justiça básica e os fundamentos de sua reputação.

A lição de Waldron (2012, p. 105, tradução nossa) aponta que:

As leis de discurso de ódio deveriam proteger as pessoas de serem ofendidas? Acho que não, e neste capítulo vou estabelecer a base de uma distinção entre minar a dignidade de uma pessoa e causar ofensa ao mesmo indivíduo. Pode parecer uma linha tênue para se desenhar, mas neste capítulo argumentarei que a ofensa, por mais profundamente que seja sentida, não é um objeto apropriado de preocupação legislativa. Dignidade, por outro lado, é precisamente o que as leis de discurso de ódio são projetadas para proteger - não dignidade no sentido de qualquer nível particular de honra ou estima (ou autoestima), mas dignidade no sentido do direito básico de uma pessoa a ser considerado como um membro da sociedade em boa situação, como alguém cuja participação em um grupo minoritário não o desqualifica da interação social comum. Isso é o discurso de ódio ataca, e é isso que as leis que suprimem o discurso do ódio visam proteger⁵⁶.

Nessa linha observa corretamente que o discurso de ódio lesa a dignidade e a reputação de indivíduos em grupos vulneráveis; mina o bem público da garantia socialmente mobilizada com a qual a dignidade das pessoas comuns é apoiada; continua sendo o caso que a revelação odiosa de atitudes racistas através da fala pública desfigura e contamina o ambiente no qual os membros de grupos vulneráveis têm que viver suas vidas e educar seus filhos, ou seja, na medida em que a mensagem transmitida pelo racista já os coloca na defensiva, e os distrai dos negócios comuns da vida, nessa medida o discurso racista já teve sucesso em um de seus objetivos destrutivos⁵⁷ (WALDRON, 2012, p. 171).

Por outro lado, Waldron almeja enfrentar objeções filosóficas associadas à obra de outros autores, como C. Edwin Baker⁵⁸, Ronald Dworkin e Robert Post. Tais autores são críticos da legislação sobre o discurso do ódio. Para Dworkin a vedação ao discurso de ódio possui efeitos nocivos para a legitimidade das leis que proíbem a discriminação, isto é, justamente as

⁵⁶ No original: “Are hate speech laws supposed to protect people from being offended? I think not, and in this chapter I shall set out the basis of a distinction between undermining a person’s dignity and causing offense to that same individual. It may seem a fine line to draw, but in this chapter I shall argue that offense, however deeply felt, is not a proper object of legislative concern. Dignity, on the other hand, is precisely what hate speech laws are designed to protect – not dignity in the sense of any particular level of honor or esteem (or self-esteem), but dignity in the sense of a person’s basic entitlement to be regarded as a member of society in good standing, as someone whose membership of a minority group does not disqualify him or her from ordinary social interaction. That is what hate speech attacks, and that is what laws suppressing hate speech aim to protect” (WALDRON, 2012, p. 105).

⁵⁷ Em sua crítica à posição da Primeira Emenda Americana, Waldron observa (2012, p. 185) que a Grã-Bretanha tem leis que proíbem o ódio racial e religioso (Public Order Act 1986) e discriminação racial (Race Relations Act 1976). As leis de discurso de ódio visam proteger o bem público da segurança baseada na dignidade e bloquear a construção do bem público rival que os racistas e islamóforos estão buscando construir entre si (2012, p. 95). Essas leis são ilegítimas? Sua promulgação foi inadequada e sua aplicação moralmente errada? Além disso, quase todas as democracias têm leis de discurso de ódio. Eles estão todos errados e apenas os Estados Unidos, que protegem o discurso do ódio, estão certos?

⁵⁸ Em sua crítica à visão de Ed Baker, Waldron (2012, p. 165) observa que continua sendo o caso que o discurso de ódio prejudica a dignidade e a reputação de indivíduos em grupos vulneráveis; mina o bem público da garantia socialmente mobilizada com a qual a dignidade das pessoas comuns é apoiada; continua sendo o caso que a revelação odiosa de atitudes racistas através da fala pública desfigura e polui o ambiente no qual os membros de grupos vulneráveis têm que viver suas vidas e educar seus filhos. Baker não dá nenhuma razão convincente para que a sociedade não deva prestar atenção ao dano que é causado nesse estágio. Além disso, Baker não consegue entender que a questão não é meramente de indivíduos obstinados que são capazes de escolher a resposta certa: ofender-se, sofrer danos psicológicos, ignorar, ter algo positivo do insulto odioso (WALDRON, 2012, p. 171).

leis que regulam as condutas nocivas que mais desejamos coibir. Dworkin defende que a legitimidade de qualquer lei exige que o debate público que a antecede contenha a participação de todos os indivíduos interessados, independentemente de posição favorável ou contrária. A proibição do discurso de ódio, no entanto, é uma forma de excluir do debate público aqueles que defendem algumas das práticas discriminatórias que serão reguladas. Proibir o discurso de ódio é o mesmo que impedir que cidadãos interessados em defender a discriminação participem do debate sobre discriminação. Desta forma, proibir o discurso de ódio é minar a legitimidade democrática das leis que combatem a discriminação (WALDRON, 2012, p. 173-203).

Respondendo a Dworkin, Waldron aponta o esclarecimento de que o discurso de ódio não é configurado por qualquer tentativa de colocar em questão o *status* de alguns membros da comunidade. O que define o discurso de ódio é a tentativa consciente de ameaçar, humilhar, ridicularizar e perturbar a paz, e não a simples discriminação. A legislação de diversos países costuma definir o discurso de ódio de uma forma que não proíbe todo discurso que não seja inclusivo, mas tão somente o tipo de discurso especialmente projetado para ferir (WALDRON, 2012, p. 190).

Waldron (2010) aponta que tão somente leis contra discriminação são insuficientes para proteger a dignidade dos indivíduos e de minorias vulneráveis. Nessa linha, seria necessária uma cultura política que ajuda-se a sustentar a lei, pois o Estado não tem o condão de oferecer essa segurança sem que os cidadãos cumpram sua parte na aplicação e no respeito às leis antidiscriminação. Sem a cooperação de toda a sociedade restaria desencadeada uma grande demanda para atuação estatal, a qual dificilmente poderia ser suprida em um nível satisfatório (CONSANI, 2015, p. 195).

Portanto, na contramão de Waldron, Dworkin defende que, qualquer tentativa do Estado de impor restrições a discursos e manifestações de ódio em geral, viola o direito fundamental universal à liberdade de expressão, afetando diretamente a legitimidade do processo democrático, propondo-se a tolerância para com a intolerância.

O segundo tipo de justificação da liberdade de expressão pressupõe que ela é importante não só pelas consequências que tem, mas porque o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse traço essencial ou “constitutivo” de uma sociedade política justa. Essa exigência tem duas dimensões. Em primeiro lugar as pessoas moralmente responsáveis fazem questão de tomar suas próprias decisões acerca do que é bom ou mal na vida e na política e do que é verdadeiro ou falso na justiça e na fé. O Estado ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral deles quando decreta que eles não têm qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los de convicções perigosas ou desagradáveis. Só conservamos nossa dignidade individual quando insistimos em que ninguém – nem o governante nem a maioria dos cidadãos

– tem o direito de nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que estejamos aptos a ouvi-la e ponderá-la. (DWORKIN, 2006, p. 319).

A luta feita por Dworkin (2009) é pela ampla tolerância com discursos intolerantes, especialmente discursos e manifestações de ódio racial, étnico, político ou religioso. O autor funda a sua tese em prol da tolerância à discursos odiosos em duas premissas, quais sejam a existência de um direito humano universal à liberdade de expressão; e ao fato de que a imposição de restrições a tais discursos comprometeria a legitimidade do processo democrático.

A primeira premissa, segundo a qual existe um direito humano fundamental à liberdade de expressão, é apresentada por Dworkin de modo a rechaçar uma vinculação meramente instrumental entre liberdade de expressão e democracia. O autor busca mostrar que este direito é constitutivo das práticas democráticas. O princípio básico que dá suporte à liberdade de expressão como um direito humano universal é a condição da dignidade humana e a exigência de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito. (DWORKIN, 2009, p. vi/vii). É a igualdade de consideração e respeito que se traduz em uma conexão entre a primeira premissa (da liberdade de expressão tomada como um direito humano universal) com a segunda premissa, que pode ser denominada de premissa da legitimidade democrática (CONSANI, 2015, p. 176).

Por sua vez, a legitimidade democrática de uma decisão política fica contaminada no momento em que os indivíduos ou grupos dissidentes são impedidos ou limitados em seu direito de colaborar para a concepção da opinião e da vontade coletiva expressando suas convicções políticas ou morais, seus gostos e até mesmo seus preconceitos. Nesse passo, ao impor vedações à liberdade de expressão, como proibição aos discursos de ódio, o Estado deixaria de respeitar a individualidade de cada pessoa como integrante livre e igual da comunidade política (DWORKIN, 2009, p. vii).

Seria através de um procedimento democrático que expressa a vontade da maioria que as pessoas respeitariam às leis e às imposições coercitivas do Estado. Apesar disso, Consani (2015, p. 176) pontua que, mesmo procedimentos democráticos sendo uma das condições necessárias da legitimidade política, não são condição suficiente, isto é, uma sociedade democrática depende, além de procedimentos democráticos, também um “fundo democrático” a partir do qual cada cidadão tenha o direito de voto e voz nas decisões.

Dworkin busca suporte na tese de que manifestantes de discursos de ódio aceitam as regras democráticas exatamente porque podem se pronunciar no espaço público do modo como lhes convém. Dworkin aproxima-se de Rawls quando pondera os limites da tolerância com os intolerantes e defende que “as liberdades dos intolerantes podem persuadi-los a crer na

liberdade”. (RAWLS, 2008, p. 270). Em síntese, propugna-se que em sociedades com instituições democráticas consolidadas o espaço público deve acolher a intolerância na expectativa de extingui-la, ou seja, se aposta na percepção e no reconhecimento, por parte dos intolerantes, de que dispõe de liberdade para exprimir seu posicionamento, do modo como querem, e aceitem essa liberdade como um valor que eles também precisam atribuir aos outros componentes da sociedade, abrindo-se para uma perspectiva diversa da sua e aceitando a diversidade (CONSANI, 2015, p. 187). Shecaira (2018, p. 235) esclarece:

Dworkin talvez esteja certo em dizer que os inimigos da inclusão devem sempre ter a permissão de se pronunciar, mas isso não significa que a única forma de participar efetivamente no debate público sobre inclusão se dê através do discurso de ódio. Waldron não espera que todos reprimam suas ideias sobre o (suposto) status desigual dos diferentes grupos sociais que compõem a comunidade. Exige-se, por outro lado, que ninguém veicule essas ideias de uma maneira calculada para incitar o ódio, a violência, a humilhação etc.

Por mais bem concebidas que sejam a leis que vedam o discurso de ódio, por mais bem projetados os espaços seguros de que depende a saúde do debate democrático, será que é possível confiar nas autoridades que aplicarão essas leis? Tais autoridades estão devidamente imbuídas da capacidade de distinguir entre o discurso de ódio e o discurso meramente impopular ou heterodoxo? Será que, a pretexto de resguardar minorias, as autoridades não acabarão por perseguir pensadores originais ou polêmicos? Para os defensores da liberdade de expressão, “é melhor sermos obrigados a tolerar ideias que nos desagradam do que convidarmos agentes do governo, com suas limitações morais epistêmicas, a determinar quais ideias merecem circular dentro da comunidade” (SHECAIRA, 2018, p. 235).

Conclui-se que Waldron poderia ter realizado uma análise empírica mais sistemática e aprofundada sobre a forma como as leis que ele celebra vêm sendo interpretadas na prática, isto é, a sua real efetivação. Deveria, assim, verificar se os abusos são comuns, excepcionais, evitáveis etc. Logo, as ambições de Waldron residem mais no campo da filosofia. Os defensores da liberdade de expressão não fazem apenas objeções pragmáticas, mas também objeções morais a um tipo de regulação que lhes parece injusto, antidemocrático ou iliberal. O objetivo principal do autor encontra-se em comprovar que, do ponto de vista filosófico, leis desfavoráveis ao discurso de ódio não merecem excessiva resistência.

4 OS DIREITOS HUMANOS NA REDAÇÃO DO ENEM

Se o estudo apresentado até aqui tratou de apresentar os contornos conceituais e o aparato metodológico da investigação, agora é chegada a hora de trazer as categorias de análise para pensar em que medida a anulação da redação do ENEM que “violar” direitos humanos é uma ofensa aos pressupostos da teoria da justiça.

Assim, o presente capítulo quer investigar e esclarecer quais são os desafios que se apresentam a partir dos debates atinentes a temática dos direitos humanos na redação do ENEM. Após evidenciar os aspectos conceituais e institucionais da liberdade, da liberdade de expressão, bem como as possíveis limitações diante de um discurso abusivo, o estudo realizado até aqui proporciona as ferramentas necessárias para analisar o caso concreto que se impõe. A partir disso, observar-se-á se são legítimos os fundamentos jurídicos que determinam a anulação da redação do ENEM que desrespeite os direitos humanos. Igualmente, para uma análise efetiva, será realizada uma análise acerca do atual estado da arte da educação em direitos humanos no Brasil para entender-se a complexidade do tema. Para tanto, este capítulo está dividido em três partes.

A primeira parte traça um panorama geral acerca do ENEM, visando identificar o caminho que o exame percorreu até o presente momento. Serão analisadas as diretrizes do MEC relacionadas ao manual do candidato, com um estudo acerca das regras da redação e como se procedeu ao período em que existiram anulações, trazendo exemplos e casos concretos. Nesse contexto, serão analisados os argumentos dos autores envolvidos no presente caso, quais sejam o ESP, a PGR, o INEP, assim como as decisões judiciais de três instâncias que restaram proferidas (JFDF, TRF1 e STF). Após esse primeiro momento, será verificada a atuação do Partido Socialista Brasileiro (PSB) pela volta dos direitos humanos na redação do ENEM, visto que os realizadores do exame acabaram acatando liminar que fora proferida pelo Judiciário (4.1).

A segunda parte enfrenta a partir da reflexão do ENEM e do ESP, uma reflexão crítica acerca do debate entre o politicamente correto e o direito de ser rude. Serão apresentadas algumas considerações críticas acerca do panorama da redação do ENEM e dos atores e instrumentos que a circundam. O ESP refere que os responsáveis pelo ENEM querem que os candidatos escrevam uma redação que seja politicamente correta, pois pensamentos dissonantes poderiam eliminar o estudante. Desta forma, realiza-se a acusação que estaria sendo imposta uma ditadura do pensamento politicamente correto. Contudo, este tópico pretende evidenciar dados estatísticos que proporcionam uma reflexão mais verídica e permite ao trabalho

apresentar argumentos que evitem visões levianas e equivocados sobre o contexto que está por trás da celeuma (4.2).

Por fim, a terceira parte traça premissas para compreender a educação em direitos humanos no Brasil, ou seja, para compreender e responder o desafio, as peculiaridades e as implicações da presença dos direitos humanos na redação do ENEM, imperiosa se faz a análise da educação em direitos humanos no Brasil, verificando qual é o arcabouço no campo dos direitos humanos que os estudantes que concluem o ensino médio possuem ou deveriam possuir. Analisar-se-á o conceito e os aportes teóricos da educação em direitos humanos, bem como os documentos e diretrizes para educação em direitos humanos no Brasil. Com efeito, a vigência das novas Diretrizes para a educação em direitos humanos, conforme será demonstrado a seguir, refletiu diretamente nas avaliações oficiais, tanto da educação básica, como no ENEM e no ENADE (4.3).

4.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA A ANULAÇÃO DAS REDAÇÕES QUE DESRESPEITEM OS DIREITOS HUMANOS NO ENEM

Para compreender o debate que envolve a questão da liberdade de expressão nas redações do ENEM, uma breve contextualização sobre o tema se mostra necessária. Em 1998, o governo federal criou o exame como um mecanismo para avaliar o desempenho dos estudantes ao fim da educação básica, realizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), autarquia vinculada ao Ministério da Educação do Brasil. Por mais de dez anos este exame foi usado tão somente para avaliar as habilidades e competências de concluintes do ensino médio, sem o escopo de selecionar para o ensino superior (BARBOSA; SILVA; SILVEIRA, 2015, p. 1101). A partir de 2009, a utilização dos resultados do ENEM para o ingresso ao ensino superior passou a ocorrer como fase única de seleção ou combinado com os processos seletivos próprios de cada Instituição de Ensino Superior, que ainda optava por realizar o “vestibular” como exame de seleção (NEVES, 2018, p. 743).

No ENEM o candidato deve redigir uma redação do tipo dissertativo-argumentativo para discorrer acerca de algum tema contemporâneo de importância nacional ou internacional, geralmente polêmico, e sugerir uma intervenção político-social que assinala para uma possível solução do ponto abordado, desde que e sempre respeitando os direitos humanos - Competência 5 - elaborar proposta de intervenção para o problema abordado, respeitando os direitos humanos (BRASIL, 2017, p. 8) - ou até o ano de 2017, conforme se passa a demonstrar. A regra que

exige o respeito aos direitos humanos na redação do ENEM está prevista expressamente no Edital desde 2013, sendo inserido logo após a publicação das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos – ocorrida em 2012. O exame consiste numa prova aplicada de forma idêntica em todo o território nacional, assim, exigem-se critérios objetivos de correção. Nesse sentido, observe-se a Cartilha do Participante – Redação no ENEM 2017, quando atribui nota zero às redações que desrespeitem os direitos humanos:

Pode-se dizer que determinadas ideias e ações serão sempre avaliadas como contrárias aos direitos humanos, tais como: defesa de tortura, mutilação, execução sumária e qualquer forma de “justiça com as próprias mãos”, isto é, sem a intervenção de instituições sociais devidamente autorizadas (o governo, as autoridades, as leis, por exemplo); incitação a qualquer tipo de violência motivada por questões de raça, etnia, gênero, credo, condição física, origem geográfica ou socioeconômica; explicitação de qualquer forma de discurso de ódio (voltado contra grupos sociais específicos). Fique atento: apesar de a referência aos direitos humanos ocorrer apenas na Competência 5, a menção ou a apologia a tais ideias em qualquer parte de seu texto levará sua prova a ser anulada. Há, também, algumas ideias e ações contrárias aos DH que estão mais diretamente relacionadas ao tema da prova. No Enem 2016, com o tema “Caminhos para combater a intolerância religiosa no Brasil”, configuraram-se como propostas que feriam os DH as que desconsideravam os princípios da dignidade humana, da igualdade de direitos e do reconhecimento e valorização das diversidades (BRASIL, 2017, p. 10).

Destarte, de modo mais específico, restaram anuladas as redações que feriram os direitos humanos porque incitaram práticas abusivas⁵⁹. A Cartilha de 2017 foi objetiva em disponibilizar alguns dos diversos exemplos de trechos que levaram à atribuição de nota zero a redações de participantes do ENEM 2016 por ferirem os direitos humanos, os quais muitas vezes, segundo a Cartilha configuraram discurso de ódio:

- “para combater a intolerância religiosa, deveria acabar com a liberdade de expressão”. - “podemos combater a intolerância religiosa acabando com as religiões e implantando uma doutrina única”. - “o Estado deve paralisar as superexposições de crenças e proibir as manifestações religiosas ao público”. - “a pessoa que não respeita a devoção do próximo não deveria ter direito social, como o voto”. - “a única maneira

⁵⁹ Como exemplo: “ideias de violência ou de perseguição contra seguidores de qualquer religião, filosofia, doutrina, seita, inclusive o ateísmo ou quaisquer outras manifestações religiosas (desde que estas respeitem os direitos humanos); - ideias que possam ferir o princípio de igualdade entre as pessoas, atacando grupos religiosos, bem como seus elementos de devoção, deuses e ritos; - ideias que levam à desmoralização de símbolos religiosos; - ideias que defendam a destruição de vidas, imagens, roupas e objetos ritualísticos; - ideias de cerceamento da liberdade de ter ou adotar religião ou crença de sua escolha e da liberdade de professar religião ou crença, de forma individual ou coletiva, pública ou privada, por meio de culto ou celebração de ritos; - ideias que difundem propostas de proibição de fabricação, comercialização, aquisição e uso de artigos e materiais religiosos adequados aos costumes e às práticas fundadas na respectiva religiosidade, ressalvadas as condutas vedadas por legislação; - ideias que estimulem a violência contra infratores da lei e/ou contra indivíduos intolerantes, tais como: linchamento público, tortura, execução sumária, privação da liberdade por agentes não legitimados para isso” (BRASIL, 2017, p. 10-11).

BRASIL. Redação do Enem 2017: Cartilha do participante. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Rev. Externa: Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Fundação Vunesp. Brasília, 2017, p. 11.

de punir o intolerante é o obrigando a frequentar a igreja daquele que foi ofendido, para que aprenda a respeitar a crença do outro”. - “que o indivíduo que não respeitar a lei seja punido com a perda do direito de participação de sua religião, que ele seja retirado da sua religião como punição”. - “por haver tanta discriminação, o caminho certo que se tem a tomar é acabar com todas as religiões”. - “que a cada agressão cometida o agressor recebesse na mesma proporção, tanto agressão física como mental”. - “o governo deveria punir e banir essas outras “crenças”, que não sejam referentes a Bíblia” (BRASIL, 2017, p. 11).

No ENEM 2014, cujo tema foi “Publicidade infantil em questão no Brasil”, são atribuídas nota zero as que apresentaram propostas com a intenção de tolher a liberdade de expressão da mídia. Nesse momento, foram verificados excertos defendendo a tortura e a execução sumária para quem abusa de crianças. Isto é, as proposições foram zeradas quando apresentaram sugestões de “acabar com esses bandidos”, “matar todos esses pais idiotas” e similares. No ENEM 2015, com o tema “A persistência da violência contra a mulher na sociedade brasileira”, configurou-se como desrespeito aos direitos humanos a incitação de qualquer tipo de violência contra a mulher, a formulação de propostas de intervenção pautadas na supremacia de gênero e as propostas que, baseadas na condição feminina, atentaram contra quaisquer aspectos da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2016, p. 9-10).

Em 2015, proposições de ações discriminatórias ou que atentassem contra a integridade física ou moral de mulheres, ou dos que defendem seus direitos, também foram consideradas desrespeito aos direitos humanos, tais como: o cerceamento de livre arbítrio; a desigualdade de remuneração ou de tratamento; a imposição de escolhas religiosas, políticas ou afetivas. Observaram-se as propostas com conotação de violência, como castigo para comportamentos femininos e as propostas que incitavam violência contra os infratores das leis de proteção à mulher: linchamento público, mutilação, tortura, execução sumária ou privação de liberdade por agentes não legitimados para isso. Exemplos de propostas que receberam nota 0 (zero): “ser massacrado na cadeia”; “fazer sofrer da mesma forma a pessoa que comete esse crime”; “deveria ser feita a mesma coisa com esses marginais”; “merecem apodrecer na cadeia”; “muitos dizem [...] devem ser castrados, seria uma boa ideia” (BRASIL, 2016, p. 10).

A Cartilha do Participante – Redação no ENEM 2017 - elucida que na prova de redação do ENEM constituem desrespeito aos direitos humanos as propostas apresentadas pelos alunos que incitam as pessoas à violência, isto é, aquelas em que transparece a ação de indivíduos na administração da punição, por exemplo, as que defendem a “justiça com as próprias mãos”. Desta forma, não caracterizam desrespeito aos direitos humanos as propostas de pena de morte ou prisão perpétua, uma vez que conferem ao Estado a administração da punição ao agressor.

Essas sanções não dependem de indivíduos, configuram-se como contratos sociais cujos efeitos todos devem conhecer e respeitar em uma sociedade (BRASIL, 2017, p. 11).

Neves (2018, p. 747) pondera que a supervalorização do obrigatório respeito aos direitos humanos na redação do ENEM está longe de ser gratuita. Tal política faz referência aos documentos oficiais que regem as políticas públicas de Educação no Brasil⁶⁰. Por sua vez, em novembro de 2016 foi ajuizada a Ação Civil Pública (ACP) nº 64253-55.2016.4.01.3400 pela Associação Escola Sem Partido (ESP), liderada pelo advogado Miguel Nagib, para retirar a possibilidade desta anulação da redação do ENEM, visto que ela seria subjetiva e injusta, já que a legislação sobre direitos humanos não está entre os temas cobrados dos candidatos, além de uma direta ofensa a liberdade de expressão e pensamento dos candidatos⁶¹.

Em síntese, o ESP argumenta que ao fazer tal exigência o próprio INEP desrespeita os direitos humanos, já que as liberdades de pensamento e opinião, além de garantidas pela Constituição Federal, encontram-se previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, para o ESP, condicionar o acesso de um candidato ao ensino superior à que ele defenda ou não defenda determinado ponto de vista sobre o que quer que seja, configuraria uma forma acintosa de cerceamento àquelas liberdades, o que afronta a garantia prevista no art. 5º, VIII, da Constituição. Logo, argumenta o ESP, ninguém poderia ser obrigado a dizer o que não pensa para poder entrar numa universidade. Ainda, a petição inicial da ACP argumenta que o art. 208, V, da Constituição, estabelece, em sintonia com o art. 5º, VIII, que o acesso aos níveis mais elevados do ensino será obtido “segundo a capacidade de cada um”, e não segundo a crença religiosa ou a convicção filosófica ou política de cada um (BRASIL, 2016b).

Para o ESP, o dever assumido pelo Estado brasileiro de promover os direitos humanos não autoriza o poder público a impedir que indivíduos cujas convicções religiosas, políticas ou filosóficas estejam em desacordo com disposições da DUDH ou da legislação brasileira sobre direitos humanos possam usufruir do direito de ingressar numa instituição de ensino superior, segundo a sua capacidade. Nas palavras de Nagib (BRASIL, 2016):

Por ser inviolável, a liberdade de consciência e de crença não permite que os direitos humanos sejam transformados em “religião” do Estado laico e os indivíduos obrigados a professá-la, contra suas próprias convicções, para poder usufruir dos seus

⁶⁰ Como exemplos, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3/2009), o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH/2006) e as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (DNEDH/2012), que por sua vez, baseiam-se na Constituição Federal de 1988 e também em uma série de instrumentos internacionais de direitos humanos, como a própria Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos (2011) e o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH 2005/2004).

⁶¹ A petição inicial do Escola Sem Partido encontra-se disponível em: <http://www.escolasempartido.org/images/ENEM.pdf>.

direitos. Assim, o que se apresenta como avanço no sentido da consolidação de uma “cultura dos direitos humanos” é, na verdade, uma afronta inequívoca à liberdade de pensamento e opinião de milhões de brasileiros, e, nesse sentido, uma patente violação aos próprios direitos humanos.

Embora o edital do certame estabeleça que a proposta de intervenção deve respeitar “os direitos humanos” e que será atribuída nota zero à redação que “desrespeite os direitos humanos” (item 14.9.4 do edital), o ESP afirma que o INEP não exige dos candidatos e dos corretores qualquer familiaridade com complexa legislação relativa aos direitos humanos. Assim, na ausência de um referencial objetivo, que só poderia ser dado pelas normas legais que os definem, o ESP (BRASIL, 2016) questiona ao Judiciário: o que se compreende por “direitos humanos” no contexto do ENEM? O que é que os estudantes devem respeitar para que sua redação não seja anulada? Que parâmetros devem ser adotados pelos corretores para avaliar as propostas de intervenção para o problema abordado?

Igualmente, o ESP defende que a ausência de objetividade reforçaria nos participantes a certeza de que, para o ENEM, respeitar “os direitos humanos” significa respeitar o “politicamente correto”, que nada mais é do que um “simulacro ideológico dos direitos humanos propriamente ditos” (BRASIL, 2016). Sob a aparência de respeito aos direitos humanos, o ESP acusa o INEP de ter instituído a censura prévia aos estudantes, que, por temor, insegurança e pragmatismo, se veem forçados a fazer a opção de menor risco⁶².

Sendo a atividade de correção das provas exercida no âmbito da administração pública, o ESP entende que o princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, caput) resta ofendido ao se possibilitar que a subjetividade de cada corretor e a sua visão de mundo possa interferir nas correções. Ademais, restam lesados o da neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado, na medida em que confere a indivíduos investidos de função pública o poder de atuar segundo suas próprias concepções e preferências políticas, ideológicas, morais e religiosas⁶³ (BRASIL, 2016).

⁶² Para o ESP, por mais bem escrita e conforme aos direitos humanos, a redação poderia vir a ser anulada se o candidato tivesse o azar de expressar uma opinião que os corretores considerem ser oposta à “valores como cidadania, liberdade, solidariedade e diversidade cultural”. Além do alto grau de subjetividade envolvido na compreensão desses valores, a lista do INEP ainda permitiria a inclusão de outros, a depender da sensibilidade e da imaginação dos corretores.

⁶³ Sob o argumento do medo ao filtro ideológico, o ESP busca apresentar um exemplo prático acerca dos seus fundamentos. Nesse sentido, usando o exame de 2015 com o tema “A persistência da violência contra a mulher na sociedade brasileira”, a associação refere: “[...] Basta imaginar o possível desfecho das seguintes situações: a candidata “A”, feminista, sustenta, em sua redação, que a proibição do aborto é uma forma de violência contra as mulheres; e apresenta como proposta de intervenção a completa descriminalização dessa prática. Já o candidato “B”, muçulmano, relativiza o problema da violência contra as mulheres; identifica, entre suas causas, o comportamento eventualmente inadequado das próprias mulheres; e propõe como solução a mudança desse comportamento. Como teriam sido corrigidas essas redações? Se o Enem exigisse o respeito à legislação relativa aos direitos humanos, a candidata “A” deveria ter recebido zero, pois a Convenção Americana sobre Direitos

Por fim, em comunicado realizado pelo INEP – ENEM 2015 – buscando definir o significado e alcance da exigência do respeito aos direitos humanos, a autarquia referiu que iria considerar que as propostas de intervenção que sugeriram criação de leis mais rígidas, como, por exemplo, a pena de morte ou a prisão perpétua, não deveriam ser eliminadas do processo, posto que propostas dessa natureza se situam no limite do direito fundamental à liberdade de expressão, contido na Constituição da República. Diante dessa situação o ESP finaliza:

Ou seja, não importa o que dizem a Constituição Federal (art. 5º, XLVII, “a” e “b”) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 4º, item 3): são os funcionários do INEP que decidem se a pena de morte e de prisão perpétua ofendem os direitos humanos! E são esses funcionários também que definem “o limite do direito fundamental à liberdade de expressão” de cada participante do Enem. Como essa definição, todavia, só pode ocorrer depois da prova – sob pena de implicar uma possível antecipação do tema da redação –, ela não impede que os candidatos se autocensurem ao redigir suas redações, com receio de desrespeitar aquilo que os funcionários do INEP consideram “direitos humanos” (BRASIL, 2016b).

Unindo esforços contra os argumentos levantados pelos ESP, o INEP e a Procuradoria-Geral da República (PGR) elencaram uma série de fundamentos para assegurar o critério que determina a anulação das redações⁶⁴. O INEP (TRF1, 2016) ressalta que todos os critérios de eliminação na prova de redação, incluindo o critério atacado pela associação agravante, estão previstos no Edital nº 10, de 14 de abril de 2016, que torna pública e dispõe sobre a realização do ENEM/2016. Recorda que por sua vez, no ANEXO IV MATRIZ DE REFERÊNCIA PARA REDAÇÃO – do Edital do ENEM/2016 estão explícitos todos os critérios da correção da prova de Redação, com ênfase nos critérios de correção da Competência V: Elaborar proposta de intervenção para o problema abordado, respeitando os direitos humanos.

O INEP (TRF1, 2016) destaca que a propositura da ACP poucos dias antes da divulgação das notas das provas de redação, e nove meses após a divulgação do edital, traz a evidente suspeita de que aguardou-se propositalmente tal momento, de modo a tumultuar o andamento do certame, gerando o denominado “risco criado”, que deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário. O INEP refere que o ENEM é reconhecido, nacional e internacionalmente

Humanos estabelece que o direito à vida deve ser protegido pela lei “desde o momento da concepção” (art. 4º, 1). Mas, dada a inexistência de parâmetros objetivos sobre o significado da expressão “direitos humanos”, não só esse resultado não teria ocorrido, como quem provavelmente teria levado zero, por haver apresentado uma visão “radical”, “incivilizada”, “preconceituosa”, “polêmica”, “intolerante” e “politicamente incorreta”, seria o candidato “B”, embora sua proposta de intervenção não desrespeite a legislação relativa aos direitos humanos! ” (JFDF, 2016).

⁶⁴ Importante destacar que foi admitido o ingresso da Defensoria Pública como *amicus curiae*. A partir do argumento da hipossuficiência jurídica, e não meramente econômica, o magistrado de primeiro grau aponta a dignidade da pessoa humana sob os aspectos da liberdade/igualdade, integridade física e psíquica, e patrimônio mínimo. Portanto, ante a relevância da temática quanto aos fins institucionais da Defensoria Pública, esta restou aceita como “amiga da corte” (JFDF, 2016, p. 276).

como um exame rigorosamente científico voltado a aferir exatamente o que o texto constitucional considera ser a “capacidade de cada um” relativamente ao nível de ensino a que concerne. A educação, por determinação constitucional, deve ser capaz de promover o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho conforme o art. 205 (BRASIL, 1988).

Citando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) – Lei nº 9.394/96, além do dever do Estado de garantir o acesso aos níveis mais elevados de educação, segundo a capacidade de cada um (art. 208, I), o INEP aponta que não haveria como se afirmar que exigir o respeito aos direitos humanos impediria o acesso ao ensino superior segundo a capacidade de cada um, já que trata-se justamente do contrário, isto é, o respeito aos direitos humanos é elemento constitutivo da formação educacional de qualidade e, conseqüentemente, pode ser objeto de avaliação. Nessa linha, o INEP traz à tona a Resolução CNE/CP3 nº 1 (BRASIL, 2012), a qual estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos como principal marco regulatório da aproximação das instituições de ensino com a questão dos direitos humanos no Brasil. Além disso, as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos (BRASIL, 2013), tem por base uma série de instrumentos internacionais de direitos humanos⁶⁵. Em síntese, o INEP conclui:

Assim, a educação em direitos humanos é vista como parte imanente do direito à educação, dizendo respeito, segundo o texto da resolução que estabelece as suas diretrizes, ao uso de concepções e práticas educativas fundadas nos direitos humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e responsabilidades individuais e coletivas. Portanto, na prova de redação do ENEM, ao ser solicitado que o participante elabore proposta de intervenção que respeite os direitos humanos, apenas estão sendo observadas tais diretrizes, que são de observação obrigatória na educação (BRASIL, 2016).

Portanto não se tem expectativa de resposta que o candidato domine o campo dos direitos humanos tal qual um especialista, mas no momento da elaboração de sua redação, apresente um texto dissertativo argumentativo, dentro dos marcos centrais dos direitos humanos.

Por sua vez, quanto a acusação de vinculação do respeito aos direitos humanos ao “politicamente correto”, o INEP aduz que a defesa dos direitos humanos não ficaria circunscrita

⁶⁵ São eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos (Resolução A/66/137/2011) e o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH 2005/2014). Ademais, se inspiram em um repertório nacional de documentos que tratam da temática, quais sejam, a Constituição Federal de 1988, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3 – Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009) e o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH/2006).

à ideia de “politicamente correto”, à qual em nenhum momento a autarquia se baseia. Com efeito, os marcos históricos, institucionais, políticos, legais, sociais e culturais dos direitos humanos são anteriores, mais robustos e mais consistentes do que se convencionou chamar, mais recentemente, de “politicamente correto”, que é apenas uma das possibilidades, também legítima, de se manifestar dentro dos quadros dos direitos humanos (BRASIL, 2016).

Quanto ao ponto da liberdade de expressão, a autarquia relembra que tal direito encontra limitações no próprio ordenamento jurídico, visto que não constitui justificativa para acobertar manifestações preconceituosas, nem incitar a violência e a intolerância contra grupos humanos. Logo, toda e qualquer manifestação de opinião que venha, direta ou indiretamente, a promover preconceito, discriminação, marginalização, estigmatização ou exclusão se coloca em choque com o princípio do respeito à dignidade humana e, assim, “passa ser considerada um ato abusivo, infundado e ilegítimo e, em si mesmo, uma violação dos direitos humanos” (BRASIL, 2016).

Portanto, ocorre abuso do direito de manifestação quando profere manifestação preconceituosa e odiosa a outrem⁶⁶, podendo vir a sofrer sanção do próprio ordenamento jurídico, especialmente por meio de indenização ao ofendido. O INEP, como autarquia federal, integrante da estrutura do Estado, não pode deixar de observar os preceitos a que se encontra constitucional e legalmente vinculada, entre os quais se encontram os direitos humanos. Logo, não se mostraria coeso que, em um certame realizado pelo Poder Público, cuja prova de redação será avaliada pelo próprio Poder Público, não seja por este observada o respeito a tais direitos, ou seja, caso o INEP possibilite que intervenções violadoras das normas cogentes de direitos humanos sejam consideradas válidas, estará agindo na direção avessa à que está obrigado.

A posição do INEP contra o abuso da liberdade de expressão, bem como ao discurso de ódio são claras. A autarquia refere os marcos do constitucionalismo democrático contemporâneo, destacando ser falaciosa a ideia de que o direito à liberdade de expressão asseguraria a possibilidade de se produzir ou fomentar discursos de ódio, racistas, preconceituosos ou discriminatórios, pois configuram promoção de violação à dignidade humana, aos direitos humanos. O discurso de ódio, conforme aduz o INEP se traduz em abuso da liberdade de expressão e representa uma ameaça, já que tem por escopo desumanizar, segregar e calar a expressão de grupos minoritários. Assim sendo, pode ser considerado como um ato, em si mesmo, promotor de violação de direitos. Logo, com base no Estado Democrático

⁶⁶ Fere-se direito constitucional de outrem, ao ofender, inferiorizar e discriminá-lo com base em suas características, como classe, raça ou etnia, nacionalidade, sexo, orientação sexual, crença, condição física ou mental, entre outras.

de Direito, seria impossível acolher discursos contrários aos direitos humanos e realizá-lo, no âmbito do ENEM, “seria um gesto não apenas reprovável, inconstitucional, ilegal, anti-cidadão e antidemocrático, mas, sobretudo antipedagógico, deseducativo e atentatório ao direito à educação de qualidade” (BRASIL, 2016).

Por último, mas não menos importante, cita-se o princípio da garantia de padrão de qualidade do ensino – art. 206 (BRASIL, 1988), o direito à educação de qualidade, no qual os direitos humanos constituem parte intrínseca e indissociável, incluindo-se aí as obrigações estatais de respeitar e proteger as liberdades na educação e de realizá-la em condições de igualdade. O INEP é um órgão central na organização de dados e informações educacionais para todas as esferas de governo, estratégico para a formulação de políticas educacionais e indispensável na garantia do direito à educação de qualidade. O Instituto, para a efetivação de seus estudos, pesquisas, exames e avaliações, pauta-se por rigorosas normas técnicas e em estrita observância dos mandamentos constitucionais e do vasto universo de normativas no campo dos direitos humanos⁶⁷.

O INEP demonstra que sua atuação busca ser sempre independente, isto é, observa sua missão institucional atrelada ao direito à educação de qualidade para todos e aos marcos nacionais e internacionais dos direitos humanos. Essa missão, enquanto instituição pública que realiza política de Estado e não meramente de governo, não permite ou possibilita qualquer associação ou comparação a partidos ou correntes político-ideológicas. Desta forma, a garantia do direito à educação de qualidade e a promoção dos valores dos direitos humanos, em um ordenamento democrático, não deve ser entendida como privilégio de partidos ou correntes políticas, mas função de cada instância do Estado, em suas diferentes esferas de atuação⁶⁸:

⁶⁷ Os marcos legais referentes à proteção de direitos em geral e no direito à educação em particular que merecem destaque são: o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos (2000), o III Plano Nacional de Direitos Humanos (2010), o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (2007), as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (2007), a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (2008), o III Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (2013), o III Plano Nacional de Implementação das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-brasileira e Africana (2008), a oferta da Educação de Jovens e Adultos em situação de Privação de Liberdade nos Estabelecimentos Penais (2010), o Estatuto da Igualdade Racial (2010), as Diretrizes Operacionais para a Educação de Jovens e Adultos (2010), a Educação do Campo (2012), a Educação Escolar Quilombola (2012), a Educação Ambiental (2012), o Estatuto da Juventude (2013), as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica (2013), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015), entre outros. Bem como, a lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação para o decênio 2014-2023. A lei do PNE confere centralidade a agenda dos direitos humanos para a superação das desigualdades educacionais e, assim, a garantia do direito à educação de qualidade. Não por acaso, o PNE também reforça o papel do INEP na avaliação da educação brasileira e no que tange a produção de dados, informações, estudos e pesquisas para subsidiar políticas públicas educacionais (BRASIL, 2016).

⁶⁸ Por fim, o INEP ressalta que a anulação de redações visa atingir tão somente casos extremamente críticos.

Ressalte-se, ainda, que o INEP é um instituto com uma longa, sólida e reconhecida trajetória na Educação brasileira. Em seus quadros passaram figuras da estatura de Lourenço Filho e Anísio Teixeira, entre tantos outros. Criado em 1937, o Instituto atravessou inúmeros governos das mais variadas orientações políticas, e isso não o impediu de seguir produzindo estudos, pesquisas e avaliações, pautando-se pela excelência técnico-científica, a ética pública e o compromisso com a qualidade da educação brasileira para todos (BRASIL, 2016).

Não menos importante é a lesão à isonomia, segundo o INEP (BRASIL, 2017) ocorre ofensa em relação aos participantes das edições anteriores do ENEM, conforme demonstram os seguintes dados em relação às três últimas edições⁶⁹. Refere que mostraria evidente que em violações como as acima citadas, como, por exemplo, defesa de tortura e mutilações, a nota zero é razoável e se justifica. Surpreende que se pretenda permitir acesso às universidades públicas a quem possa desrespeitar direitos humanos, como se não fosse esse um valor supremo a ser observado por todos. Mais uma vez citando o art. 214, inciso V, da Constituição da República de 1988, a promoção humanística é um dos objetivos do ensino no Brasil em seus diversos níveis. Sob essa ótica, o INEP invoca a opinião do professor de Harvard Michael Sandel (2011, p. 278), ao sustentar que a definição do propósito de uma universidade é essencial para se determinar os critérios de admissão adequados. Vejamos:

“Definir o *télos* (propósito, finalidade ou objetivo) de uma universidade parece essencial para que se determinem os critérios de admissão adequados. Isso traz à tona o aspecto teleológico da justiça nas admissões às universidades. Intimamente relacionada à discussão sobre o propósito de uma universidade há uma questão de mérito moral: Que virtudes ou excelências as universidades efetivamente valorizam e recompensam?”

Destaque-se que o ordenamento jurídico, ao assegurar os direitos humanos, desautoriza o discurso odioso, ainda que em textos de exames ou avaliações. No Estado Democrático, todas as entidades e órgãos têm compromisso com a proteção e promoção dos direitos humanos, adotando todas as medidas para tanto.

Tal ponto restou bem trabalhado nos capítulos 1 e 2 deste trabalho, momento em que se verificou quais seriam os possíveis limites à liberdade de expressão, isto é, os casos em que seu excesso configuraria abuso. Tal tema perpassa a noção de justiça política numa sociedade democrática, buscando-se uma concepção de justiça mais apta a especificar os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos livres e iguais, e membros plenamente

⁶⁹ a. 2014 - Tema “Publicidade infantil em questão no Brasil”: 955 redações com nota zero por desrespeito aos Direitos Humanos; b. 2015 – Tema “A persistência da violência contra a mulher na sociedade brasileira”: 9.942 redações com nota zero por desrespeito aos Direitos Humanos; e c. 2016 – Tema “Caminhos para combater a intolerância religiosa no Brasil”: 4.804 redações com nota zero por desrespeito aos Direitos Humanos (BRASIL, 2017).

cooperativos da sociedade durante a vida toda, de uma geração até a próxima. A cultura política de uma sociedade democrática denota a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais conflitantes e irreconciliáveis. Desta forma devem ser concretos os fundamentos da tolerância assim compreendida, considerando-se o fato do pluralismo razoável como resultado inevitável de instituições livres e duradouras (RAWLS, 2000, p. 45).

Nesse sentido, o INEP, como autarquia responsável por executar o ENEM, pode e deve exigir dos participantes do exame a elaboração de texto que respeite os direitos humanos, eliminando aquele que faça redação em evidente violação aos direitos humanos. Com efeito, o respeito aos direitos humanos tem que ser avaliado no texto como um todo, e não somente em determinada competência. Portanto, o critério de correção adotado pelo INEP aspira preservar valores essenciais dentro de um Estado Democrático de Direito e assegurar a própria finalidade do direito constitucional à educação: “garantir a promoção humanística, o pleno desenvolvimento da pessoa e o pleno exercício da cidadania” (BRASIL, 2017).

Igualmente, o INEP defende que o Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora e rever os critérios de correção da prova discursiva do ENEM. Esse entendimento já se encontra consagrado no âmbito da jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 632.853, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes: “os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário”. Assim sendo, mesmo que o ENEM não seja um concurso propriamente dito, a hipótese em debate amolda-se com perfeição ao precedente invocado.

Por fim, o INEP ratifica que o ENEM é um exame realizado por um número expressivo de participantes, isto é, no ano de 2017, são 6.731.300 (seis milhões setecentos e trinta e um mil e trezentos) inscrições confirmadas. Assim, o rigor do critério de correção adotado pelo INEP visa contrapor a violência dos discursos que agridem os direitos humanos e a própria democracia, independente de inclinações políticas ou ideológicas. Possui, ainda, o escopo de chamar a atenção para a importância do debate nas escolas. Logo, a cominação de nota zero ao estudante cuja redação desrespeitar os direitos humanos promove firme diretriz aos educadores para a necessidade de que o tema seja trabalhado em sala de aula (BRASIL, 2017).

Na mesma linha assumida pelo INEP, a PGR ao requerer a suspensão, com pedido de medida liminar, da decisão, defende de forma expressa a proporcionalidade do uso do critério dos de respeito aos direitos humanos em uma seleção pública. Refere que o ENEM é uma seleção para ingresso nas universidades públicas, com regras ditadas pela Administração Pública, com base nos princípios e valores da Constituição, dos tratados de direitos humanos e das leis que norteiam a sua atuação. Assim, o critério de avaliação definido no item 14.9.4 do

edital visa prevenir o discurso de ódio, com proteção aos direitos humanos. Tem previsão geral e é válida para todos os participantes. Nada haveria de ilegítimo, na regra em si, que pudesse ensejar a interferência do Judiciário e a retirada do item da lei do concurso (BRASIL, 2017).

Para o *parquet* (BRASIL, 2017) a liberdade de expressão não pode ser tomada como uma garantia absoluta, em detrimento de outros direitos fundamentais. Desta forma, a despeito da importância de tal garantia, inexistente garantia constitucional absoluta e existem limites ao exercício do direito de liberdade de manifestação. Alega-se que a própria Constituição de 1988 limita a liberdade de expressão – pune-se a discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais e de atos de racismo. A PGR cita que a jurisprudência pátria ressalta a inconstitucionalidade da criação de barreiras arbitrárias e desproporcionais ao seu exercício – almeja-se uma limitação ao direito de matriz legítima, elencando-se o já trabalhado caso paradigmático do HC 82.424⁷⁰.

Igualmente, o Estado Brasileiro comprometeu-se com o respeito ao direito internacional dos direitos humanos. Nessa linha, vários tratados internacionais ratificados pelo Brasil trazem disposições que limitam a liberdade de expressão em casos de colisão de direitos: os artigos 13, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 e o artigo 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, proíbem propagandas e atos com apologia ao ódio racial ou religioso que constituam incitamento à discriminação. Similarmente estão as disposições da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1966, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher, de 1994 (BRASIL, 2017b).

Diante dos imperativos constitucional e convencional, e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a PGR salienta que a Constituição prevê como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). A norma, ao lado de outras tantas, reflete a busca, em uma sociedade plural, pela tolerância e pelo respeito à diversidade, e impõe atuação permanente do Estado nesse sentido. Logo, a regra editalícia deve

⁷⁰ Outro caso emblemático citado pela PGR (BRASIL, 2017) retrata a possibilidade de limitação da garantia de liberdade de expressão em concursos públicos, examinado pelo Supremo Tribunal Federal, mais recentemente, no RE 8984503. O tribunal considerou que o Estado não pode impedir o ingresso de candidato no serviço público, por concurso público, pelo fato de ostentar em seu corpo tatuagem que expresse sentimentos, ideologia, crença ou outros valores de seu portador. Caso exteriorize, entretanto, valores ofensivos aos previstos na Constituição e em tratados de direitos humanos, como ressaltado pelo julgador, não será possível invocar a garantia de liberdade de expressão. Decidiu o Ministro Luiz Fux, Relator, nesse sentido: “(...) Independentemente de ser visível ou do seu tamanho, uma tatuagem não é sinal de inaptidão profissional, apenas podendo inviabilizar o desempenho de um cargo ou emprego público, quando exteriorizar valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida (como na hipótese, *verbi gratia*, de um candidato ao cargo policial que possua uma tatuagem simbolizando uma facção criminosa ou o desejo de assassinato de policiais), incitação à violência iminente, ameaças reais ou representar obscenidades”.

ser lida e interpretada a partir desse contexto, de busca pelo respeito a todos os direitos e valores abarcados por esse propósito, indo de encontro à missão constitucional a tentativa de sua exclusão como forma de avaliação daqueles que almejam uma vaga em instituição pública de ensino superior (BRASIL, 2017).

Para a PGR (BRASIL, 2017) inexistente falta de objetividade na correção das provas de redação, considerado que tal critério é questão diversa e que não tem nenhuma interferência na legitimidade do critério em si e jamais poderia ser invocado como justificativa para a suspensão do critério. Sobre tal subjetividade, deve ser entendido que a sua presença, em maior ou menor medida, ocorre na avaliação de toda e qualquer prova dissertativa. Assim, incumbe à administração adotar critérios que a reduzam ao máximo, possibilitando que os participantes do certame tenham conhecimento prévio e exato das regras, e, com que sejam examinados, todos, sob as mesmas lentes⁷¹.

A PGR (BRASIL, 2017) esclarece que o conceito de “direitos humanos” possui densidade normativa. Entretanto, apesar de amplo, dada a inexistência de rol predeterminado e taxativo que os relacione, é certo, representando valores essenciais, indispensáveis à promoção da dignidade humana. Não possui qualquer tipo de viés político, e encontra seu fundamento na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos. Desta feita, os dados constantes no manual de redação do ENEM não permitem antever propósito de imposição de algum tipo de ideologia. Assim sendo, não se trata de embaraçar o direito de livre manifestação do candidato, mas, sim, de alertá-lo para a necessidade de exercício responsável do direito, que não lese, em seu discurso, direitos fundamentais de seus semelhantes, que com ele convivem.

Como ressalva, casos de correção manifestamente indevida, os quais demonstrem forma de avaliação desvirtuada dos valores que a regra busca proteger, com ótica própria e isolada do avaliador poderão ser devidamente reexaminados, ainda que, em último caso, pelo Judiciário. Logo, não se mostra legítimo a exclusão da regra que, por si, harmoniza-se com valores buscados pela sociedade e consentâneos com o ordenamento jurídico nacional e internacional. Portanto, a PGR pugna por sensibilidade ao sopesar os valores em conflito, que seja considerado o risco de lesão à ordem pública e o interesse público em ver aplicada regra que é reflexo da atuação do Estado na promoção de valores constitucionais e veda o retrocesso social (BRASIL, 2017).

⁷¹ A respeito da forma de correção, essa é realizada por ao menos dois avaliadores, de forma independente, sem que um conheça a nota atribuída pelo outro. Se houver discrepância relevante entre as notas atribuídas por um e outro, dentro do parâmetro ali estabelecido, a redação será avaliada, de forma independente, por um terceiro avaliador. Permanecendo a discrepância, a redação passará à análise de uma banca presencial composta por três professores (MEC, 2017).

Isto posto, o pedido de tutela de urgência da ESP foi indeferido pela primeira instância (JFDF), pois o magistrado entendeu que as intercorrências havidas no curso de certame público devem ser equacionadas com suporte nas regras fixadas no edital, para que não haja quebra da isonomia em benefício de um candidato e em detrimento dos demais. A parte autora tinha ciência dos termos do edital desde a data de sua publicação (14 de abril de 2016), logo deveria ter impugnado o edital no momento mais oportuno e adequado, qual seja o de sua publicação. Para o juiz federal Frederico Botelho de Barros Viana:

Ademais, entendo que o critério de avaliação aqui discutido apenas visa proteger os direitos humanos e prevenir o discurso de ódio não ferindo a liberdade de expressão, de pensamento ou de opinião. O princípio da democracia na educação inclui os preceitos de liberdade, igualdade, solidariedade e principalmente dos direitos humanos, que embasam a construção das condições de acesso e permanência ao direito educacional. Assim, proteger os direitos humanos não significa tolher a liberdade de expressão dos candidatos, mas tão somente prevenir discursos que incitam o ódio, a violência, a justiça pelas próprias mãos, etc. O respeito e educação em direitos humanos têm como objetivo a formação para a vida em comunidade, com respeito aos demais e às suas diferenças. Desse modo, ausente o *fumus boni iuris*, na medida em que não se vislumbra qualquer ilegalidade na exigência editalícia. Diante de tais considerações, que adoto como razões de decidir, INDEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA (BRASIL, 2016)⁷².

O próprio julgador refere expressamente que deve ser prevenido o discurso de ódio. Contudo, tal decisão foi objeto de recurso para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, momento em que o desembargador federal Carlos Moreira Alves, da 5ª Turma do TRF1, determinou a suspensão do item 14.9.4 do edital do ENEM de 2017 que atribui nota zero, sem correção de seu conteúdo, à prova de redação que seja considerada desrespeitosa aos direitos humanos. A decisão foi tomada em caráter de urgência a pedido do ESP, tendo em vista a proximidade da realização das provas. Na decisão, afirma-se conteúdo ideológico do desenvolvimento do tema da redação é, ou deveria ser, um dos elementos de correção da prova discursiva, e não fundamento sumário para sua desconsideração, com atribuição de nota zero ao texto produzido, sem avaliação alguma em relação ao conteúdo intelectual desenvolvido pelo redator. Cabe destacar, que o voto vencido do Desembargador Federal Souza Prudente foi

⁷² BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. **Decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência**. Ação Civil Pública nº 0064253-55.2016.4.01.3400. ESCOLA SEM PARTIDO TREINAMENTO E APERFEICOAMENTO EIRELI – ME e INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS - INEP. Juiz Federal: Frederico Botelho de Barros Viana. 04 de novembro de 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=642535520164013400&secao=JFDF>. Acesso em: 10 jun. 2019.

contra o discurso de ódio, e prol aos direitos humanos. No entanto, segue a ementa da decisão que proveu o Agravo de Instrumento do ESP:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO. ATRIBUIÇÃO DE NOTA ZERO À PROVA DISCURSIVA DE REDAÇÃO, QUANDO CONSIDERADO SEU TEXTO OFENSIVO AOS DIREITOS HUMANOS. 1. Dentro do contexto do Exame Nacional do Ensino Médio, cujo objetivo primordial declarado é o de "aférir se aqueles que dele participam demonstram, ao final do ensino médio, individualmente, domínio dos princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna e se detém conhecimento das formas contemporâneas de linguagem" (Portaria 468, de 3 de abril de 2017, do Ministério da Educação, artigo 2º), o conteúdo ideológico do desenvolvimento do tema proposto é, ou deveria ser, um dos elementos de correção da prova discursiva, e não fundamento sumário para sua desconsideração, com atribuição de nota zero ao texto produzido, sem avaliação alguma em relação ao conteúdo intelectual desenvolvido pelo redator. 2. Transforma-se, assim, mecanismo de avaliação de conhecimentos em mecanismo de punição pelo conteúdo de ideias, conforme o referencial dos corretores a propósito de determinado valor, no caso os direitos humanos, que, por óbvio, devem ser respeitados não apenas na afirmação de ideias desenvolvidas, mas também em atitudes e não só dos participantes do ENEM, mas de todo corpo do tecido social. E, por óbvio, não só os direitos humanos devem ser respeitados, mas por igual os valores éticos e morais da sociedade e, da mesma forma, outros direitos fundamentais do corpo social. 3. Identificação, na hipótese em causa, em uma cognição sumária, própria dos juízos liminares, da presença concomitante dos requisitos estabelecidos pelo artigo 301 do Código de Processo Civil para a concessão de tutela provisória de urgência, assim a plausibilidade do direito defendido na ação civil pública, e o risco de advir aos participantes do Exame Nacional de Ensino Médio dano irreparável ou de difícil reparação, diante das consequências que atribuição de nota zero acarreta. 4. Agravo de instrumento provido (BRASIL, 2017).

Posteriormente, a então presidente do STF, Cármen Lúcia, indeferiu pedidos de liminar que buscavam suspender decisão do TRF1 que impede a aplicação de regra do edital do ENEM quanto à anulação de redação desrespeitosa a direitos humanos. A decisão da ministra foi tomada na Suspensão de Tutela Antecipada 864, apresentada pelo INEP, representado pela Advocacia-Geral da União, e na Suspensão de Liminar 1127, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República. Logo, manteve-se a prévia determinação da Justiça Federal.

A ministra (BRASIL, 2017) afirmou que a decisão do TRF1 parece garantir o exercício do direito à liberdade de expressão e de opinião, constitucionalmente assegurado, isto é, não se lesam direitos humanos pela decisão que permite ao examinador a correção das provas e a objetivação dos critérios para qualquer nota conferida à prova. Para ela, o que os desrespeitaria seria a mordada prévia⁷³ do opinar e do expressar do estudante candidato. Não se combate a

⁷³ Segundo Paskin Neto (2015, p. 31-32) é uma restrição necessária para o regular funcionamento da sociedade. O autor destaca que os postulados de natureza restritiva a determinados direitos de liberdade são exercidos em prol

intolerância social com maior intolerância estatal. Com efeito, o que se aspira é o eco dos direitos humanos garantidos, não o silêncio de direitos emudecidos. Não se garantem direitos fundamentais eliminando-se alguns deles para se impedir possa alguém insurgir-se pela palavra contra o que a outro parece instigação ou injúria. Há meios e modos para se questionar, administrativa ou judicialmente, eventuais excessos. E são estas formas e estes instrumentos que asseguram a compatibilidade dos direitos fundamentais e a convivência pacífica e harmoniosa dos cidadãos de uma República.

4.1.1 ADPF 613: a atuação do Partido Socialista Brasileiro (PSB) pela volta dos direitos humanos na redação do ENEM

Longe de cessar a polêmica em torno do tema dos direitos humanos, um novo capítulo se inicia em maio de 2019 com a atuação de um partido político pela efetiva cobrança dos direitos humanos no âmbito da redação do ENEM. O Partido Socialista Brasileiro (PSB) contesta no STF decisão da Justiça Federal que impede a anulação de redações de candidatos do ENEM que desrespeitem os direitos humanos. A matéria é tema da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 613, ajuizada com pedido de medida cautelar.

Nesse sentido, o PSB afirma que, em razão da decisão do TRF1, o INEP modificou o manual e os editais posteriores, para que passasse a ser possível a aprovação na redação do ENEM mesmo com a presença de violação aos direitos humanos (Edital 14 - ENEM 2019). Ao possibilitar que redações com escritos violadores de direitos humanos recebam nota diferente de zero, o partido entende que o ato do TRF1 fere valores constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). Com efeito, o partido pede que o INEP volte a inserir em seus editais a previsão de atribuição de nota zero ao candidato que desrespeitar valores constitucionais, entre eles os direitos humanos, na redação e solicita a alteração do Edital 14/2019 do ENEM, cujas provas devem ser aplicadas entre 3 e 10/11. O PSB inicia sua ADPF com base nos ensinamentos acerca da reinvenção dos direitos humanos de Herrera Flores (2009, p. 17):

Os direitos humanos constituem o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI. Entretanto, os limites impostos ao longo da história pelas propostas

de um convívio harmônico. Fala-se em boa censura, a qual entende-se por censura edificante e que tem por escopo garantir maiores liberdades futuras. Contudo, critica-se o mau uso da censura, no sentido do necessário redesenho dos canais de expressão, extirpando-se dela a má-fé e o abuso de direito.

do liberalismo político e econômico exigem uma reformulação geral que os aproximem da problemática pela qual passamos hoje em dia. A globalização da racionalidade capitalista supõe generalização de uma ideologia baseada no individualismo, competitividade e exploração. Essa constatação nos obriga a todos que estamos comprometidos com uma visão crítica e emancipadora dos direitos humanos a contrapor outro tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e às necessidades humanas que às expectativas de benefício imediato do capital. Os direitos humanos podem se converter em uma pauta jurídica, ética e social que sirva de guia para a construção dessa nova racionalidade. Mas, para tanto, devemos libertá-los da jaula de ferro na qual foram encerrados pela ideologia de mercado e sua legitimação jurídica formalista e abstrata...

Denuncia-se que a partir daquele período em que teve lugar a decisão ora impugnada (09/11/2017), teve início uma escalada assustadoramente crescente de uma espécie de espírito público coletivo de “admissão da violação dos direitos humanos”, dentre os quais recorda-se (*numerus apertus*) o assassinato da vereadora Marielle Franco e do Sr. Anderson Gomes, em 14 de março de 2018, e posteriores atos públicos coletivos de desrespeito à sua memória, assim como o assassinato de civis por soldados com 80 tiros no Rio de Janeiro, em 07 de abril de 2019, com posteriores manifestações, igualmente públicas, de desrespeito às vítimas e aos direitos humanos. Por conseguinte, e em razão da decisão judicial questionada, o INEP alterou o manual e os editais posteriores para que passasse a ser possível obter aprovação nas provas redacionais do ENEM com a presença de violação aos direitos humanos (BRASIL, 2019, p. 3).

Para o PSB este fato atesta que a decisão combatida e os atos administrativos posteriores violaram o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, tendo influído na forma de atuação dos órgãos públicos e das pessoas, em esferas do espaço público e privado, merecendo a devida reversão por parte do STF, para que não apenas a decisão seja suspensa, mas que o INEP volte a coibir ou “desincentivar” a violação dos direitos humanos, para atribuir “nota 0 (zero) à redação: que apresente impropérios, desenhos e outras formas propositais de anulação, bem como que desrespeite os direitos humanos, que será considerada ‘Anulada’”. Como precedente, invoca-se decisão de idêntica matriz constitucional, relacionada ao acesso de cidadãos mediante certames públicos (o ENEM é um certame público por excelência), o STF determinou que não pode haver impedimento de acesso aos cargos públicos, exceto se houver por parte dos candidatos “violação a valores constitucionais” em suas formas de expressão (RE 898.450/SP), o que pressupõe a proibição de violação à dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2019, p. 4).

Na ADPF busca-se preservar a supremacia da Constituição e a rigidez das normas constitucionais, para que a violação dos direitos humanos seja reconhecida com violação a valores constitucionais, como decidido em regime de repercussão geral por esta Suprema Corte,

no já citado Recurso Extraordinário n. 898.450/SP, por ofensa aos art. 1º, inciso III, da CF/88 (dignidade da pessoa humana)⁷⁴.

Quanto à relevância da controvérsia constitucional, o PSB (BRASIL, 2019, p. 14-15) aborda a questão dos valores constitucionais. Nessa senda, ao se possibilitar que um aluno escreva redação para o ENEM com violação aos direitos humanos sem tirar nota zero, como passa a ocorrer depois da decisão combatida, especialmente como efeito simbólico de sua estruturação, é ato que viola a dignidade da pessoa humana. Mais do que isso lesam-se valores constitucionais, em franca guerrilha contra decisões do STF. Com efeito, utiliza-se de precedente no qual em maio de 2017 foi publicado importante acórdão do STF, no caso do Recurso Extraordinário nº 898.450/SP, julgado em agosto de 2016. Trata-se da possibilidade de candidatos a cargos públicos serem impedidos de prosseguir no certame se ostentarem tatuagens em certos locais do corpo e com determinadas características e conteúdo. O RE foi julgado sob o regime da repercussão geral (tema 838), no caso de um concurso da Polícia Militar do Estado de São Paulo, cujo edital trazia vedação expressa para candidatos com tatuagem⁷⁵.

⁷⁴ O PSB (BRASIL, 2019, p. 6-8), utilizando-se principalmente da doutrina de Herrera Flores (2002, 2005, 2009), elenca os seguintes pontos relacionados aos direitos humanos e violação da dignidade da pessoa humana: A) Os Direitos Humanos possuem previsão Constitucional, não admitindo violação e nem incentivo de possíveis violações. B) Os Direitos Humanos possuem proteção internacional, como a Carta da ONU e demais atos normativos, em documentos internacionais que o Brasil aderiu, e posteriormente internalizou. C) defender os Direitos Humanos exige, ao menos, 3 precisões conceituais: (i) precisão filosófica; (ii) precisão teórico-política, e, (iii) precisão filosófico-jurídica; D) defender os Direitos Humanos também exige uma específica racionalidade de resistência. E) defender os Direitos Humanos também exige enfrentar 7 níveis de complexidade: (i) cultural; (ii) empírica; (iii) jurídica; (iv) científica; (v) filosófica; (vi) política; e, (vii) econômica. F) defender os Direitos Humanos também exige enfrentar 6 decisões iniciais. G) defender os Direitos Humanos também exige enfrentar 6 paradoxos: (i) Paradoxo do lugar comum; (ii) Paradoxo da condição humana; (iii) Paradoxo dos padrões duplos; (iv) Paradoxo dos direitos e do mercado; (v) Paradoxo dos direitos e dos bens; (vi) Paradoxo dos direitos humanos como produtos: culturais ou ideológicos. H) Os Direitos Humanos tem sido sistematicamente desrespeitados no Brasil, país em que mais são assassinados líderes e ativistas ambientais. I) Os defensores de Direitos Humanos, na América Latina em geral, e no Brasil em particular, enfrentam um dos ofícios ou atividades mais perigosas do mundo, conforme informa a Anistia Internacional: “Defender Derechos Humanos En Las Américas: Necesario, Legítimo Y Peligroso”. J) O quadro de necessária proteção local e internacional, aliado ao necessário desincentivo de violação aos Direitos Humanos, fez com que este STF proibisse nos certames públicos candidatos que se apresentassem com postura de violação aos “valores constitucionais”. K) Entre os valores constitucionais, reconhecidos pelo STF, inequivocamente se encontra a dignidade da pessoa humana, que deve ser protegida, reafirmada e reforçada, não se admitindo que candidatos do ENEM possam obter nota diferente de zero quando violarem os Direitos Humanos. L) Há também a referência ao princípio da vedação ao retrocesso, insculpido no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da ONU, cuja redação é a seguinte: “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos”, e interpretado por Canotilho como: limita[dor] [d]a reversibilidade dos direitos adquiridos”, sob pena de afronta aos postulados da legítima confiança e da segurança dos cidadãos. Isso porque “o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido”, sendo inconstitucional a sua supressão, “sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios”.

⁷⁵ Analisando o caso concreto, o edital determinava que os candidatos que ostentassem tatuagem seriam submetidos à avaliação, de modo que a tatuagem não poderia atentar contra a “moral e os bons costumes”, devendo ser de “pequenas dimensões”, com a proibição expressa de que ela cobrisse regiões ou membros do corpo em sua

Segundo o entendimento vencedor pode haver restrição em concurso público (seja ele das carreiras do funcionalismo público civil ou militar) para a localidade das tatuagens: elas podem estar inseridas na totalidade dos membros, e mesmo no corpo inteiro, além de poder haver restrição no edital, mesmo que não haja restrição na lei. Contudo, a regra estabelecida a partir deste julgamento determina que as tatuagens não podem ostentar determinado conteúdo, nas palavras do PSB, “o STF ingressou no papel de uma espécie de censor (guardião) do conteúdo de determinadas tatuagens para os candidatos a cargos públicos: as tatuagens não podem violar valores constitucionais” (BRASIL, 2019, p. 16).

Desta forma percebe-se que a Constituição Federal seria o vetor de valores constitucionais que se projetam a partir e para além de seu texto. Logo, as tatuagens não podem representar óbice ao ingresso de candidatos aos cargos públicos, exceto se violarem “valores constitucionais”, expressamente identificados como valores protegidos ou práticas vedadas pela CF/88, e presentes na dimensão dos julgados do Supremo sobre os mesmos “valores constitucionais”.

Portanto, para o PSB o citado precedente determina que os certames públicos podem impedir o acesso de candidatos que apresentem escritos ou imagens que violem valores constitucionais, ou seja, tal raciocínio deve prevalecer para o caso das redações do ENEM, como vedação explícita de que candidatos redijam redações violadoras de direitos humanos, já que a dignidade humana é um “valor constitucional” dos mais relevantes. Logo, se um candidato pode ser punido em concurso público, igualmente deve receber a mesma admoestação nas redações do ENEM.

A segunda relevância da controvérsia constitucional aborda o preceito fundamental violado e a complexidade dos direitos humanos. O PSB (BRASIL, 2019, p. 20) elenca os principais documentos no âmbito dos direitos humanos, quais sejam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

O PSB ratifica que referidos documentos de proteção assentam os direitos humanos acima de qualquer outro direito, e, em especial, conexo à opção brasileira, fazendo com que restasse inserida a dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, da CF/88) em um *locus* extremamente importante, restando-se pacífica a especial proteção designada aos direitos

totalidade, em especial a região cervical, face, antebraços, mãos e pernas, além de não poder estar em regiões visíveis quando da utilização de uniforme de treinamento físico (BRASIL, 2019, p. 16).

humanos e à dignidade, com a determinação de proteção, e o desincentivo para quaisquer pretensões de violação. Quanto aos Direitos Humanos, ciente de sua incompreensão faz-se referência a presença de uma “racionalidade de resistência” que perpassa formas diferentes de enxergar os Direitos⁷⁶.

Com base na doutrina de Herrera Flores (2002), argumenta-se que é imprescindível construir uma cultura dos direitos que recorra à universalidade das garantias e ao respeito pelo diferente, isto é, diante da complexidade do tema prima-se pela visão complexa dos direitos. Seu esquema respeita a seguinte estrutura: 3) Visão complexa / racionalidade de resistência / prática intercultural. A partir disso, almeja-se superar a conflito entre o pretensão universalismo dos direitos e a aparente particularidade das culturas, já que ambas se traduzem em produtos de visões reducionistas da realidade, acabando por ontologizar e dogmatizar seus pontos de vista, ao não relacionarem suas propostas com os contextos reais.

Pozzatti e Haag (2017, p. 1450-1468) a partir da obra de Herrera Flores demonstram a importância de se questionar acerca da possibilidade de uma alternativa epistemológica para pensar e praticar os direitos humanos. Essa alternativa considera a própria concepção convencional como fonte do problema de ineficácia. Como os direitos humanos são concebidos como produtos culturais ressalta a importância de conceber os direitos humanos não como eternos, homogêneos, mas sim, contextualizáveis em diferentes materialidades de reações e ações humanas às relações de poder que causam sofrimento. Logo, a teoria crítica dos direitos humanos propõe a problematização dessa realidade em outros termos, imanentes e pós-metafísicos.

Ademais se fala em uma ordem social justa, no reconhecimento do outro, no empoderamento dos excluídos, na centralidade da dignidade da pessoa humana, formas plurais e diferenciadas de existência, no fato de a força de uma teoria crítica buscar aumentar a capacidade que todo ser humano tem de se indignar diante das injustiças e opressões que ocorrem atualmente, da “condição humana” a “banalidade do mal”, bem como no fato de os direitos humanos tão somente poderem ser entendidos como produtos culturais que nasceram

⁷⁶ "A polêmica sobre os direitos humanos, no mundo contemporâneo, centra-se, atualmente, em duas visões, duas racionalidades e duas práticas. Em primeiro lugar, uma visão abstrata, vazia de conteúdo, referenciada nas circunstâncias reais das pessoas e centrada na concepção ocidental de direito e do valor da identidade. E, em segundo lugar, uma visão localista, na qual predomina o “próprio”, o nosso, com respeito ao dos outros, e centrada na ideia particular de cultura e de valor da diferença. Cada uma dessas visões dos direitos propõe um determinado tipo de racionalidade e uma maneira de como colocá-los em prática. 1) Visão abstrata / racionalidade jurídico/formal /práticas universalistas 2) Visão localista / racionalidade material/cultural / práticas particularistas” (HERRERA FLORES, 2002).

em um determinado momento histórico como “reação” - funcional ou antagonista - contra os ambientes de relações que nele predominaram (BRASIL, 2019, p. 21-26).

Reputa-se aqui a noção trabalhada nos capítulos anteriores de sociedade bem ordenada. Na esteira de Consani (2015, p. 194), Rawls estuda o tema da tolerância para com os intolerantes a partir da intolerância religiosa. Para ele, organismos intolerantes, desde que não consigam impor sua vontade, acabam por se assimilar à sociedade e aceitar os princípios de justiça, a tolerância e a liberdade de consciência. Cabem, todavia, ser pontuados os perigos que podem advir do crescimento de uma organização intolerante, já que pode acontecer de uma seita intolerante ser tão forte no início ou crescer tão depressa que as forças da estabilidade não consigam convertê-la para a liberdade. Essa situação apresenta um dilema prático que a filosofia não consegue resolver sozinha. Depende das circunstâncias saber se a liberdade dos intolerantes deve ser limitada para preservar a liberdade sob uma constituição justa (RAWLS, 2008, p. 270). Não obstante, apesar de considerar ser um problema mais prático do que teórico-normativo impor limites à intolerância, o próprio Rawls acaba por entender que restrições podem ser aceitas quando o princípio da igual liberdade se encontrar sob ameaça: “Conhecendo a estabilidade de uma constituição justa, os membros de uma sociedade bem-ordenada sabem que só devem limitar a liberdade dos intolerantes em casos especiais, quando isso for necessário para preservar a própria igual liberdade” (RAWLS, 2008, p. 271).

Logo, primordialmente por serem produtos da cultura, e não da história, ou filhos do céu, os Direitos Humanos devem ser permanentemente protegidos, reforçados, bem como rechaçada qualquer tentativa ou pretensão de violação, como no caso concreto. Destarte, a complexidade dos Direitos Humanos sugere que se vise proteger a dignidade humana, mesmo que de forma simbólica, pois simbólicas são as sutis tentativas e atos sistemáticos de violação.

O PSB (BRASIL, 2019, p. 29) conclui:

É dentro deste caldo de cultura, vinculado à necessidade de proteção dos Direitos Humanos como uma imposição, uma racionalidade diferente (racionalidade de resistência), que se torna imperiosa a proteção da dignidade da pessoa humana violada pela decisão judicial vergastada e posterior edital, que permite aos alunos e candidatos do ENEM obterem nota, mesmo violando os direitos humanos, algo absolutamente intolerável numa ambiência local que tenha por necessária a proteção dos direitos humanos.

Pelo exposto, a tese firmada pelo PSB pontua que não se encontra em risco não somente o futuro da cidadania brasileira, ameaçada por uma permissão da suposta possibilidade da prática de discursos de ódio ou violadores do “humano”, sob a desculpa de combater o “politicamente correto”, quando na verdade a civilização apenas irá evoluir a partir da concreta

proteção dos direitos humanos, seja no plano físico/concreto, ou no plano abstrato/simbólico. Logo, “Aberta a caixa de pandora, não será a esperança a vagar nos corações dos homens, e sim os sentimentos humanos decorrentes da percepção de sua violação: angústia, medo e desespero” (BRASIL, 2019, p. 30).

4.2 ENEM, ESCOLA SEM PARTIDO E O DEBATE ENTRE O POLITICAMENTE CORRETO E O DIREITO DE SER RUDE

O presente tópico mostra-se necessário para apresentar algumas considerações críticas acerca do panorama da redação do ENEM e dos atores e instrumentos que a circundam.

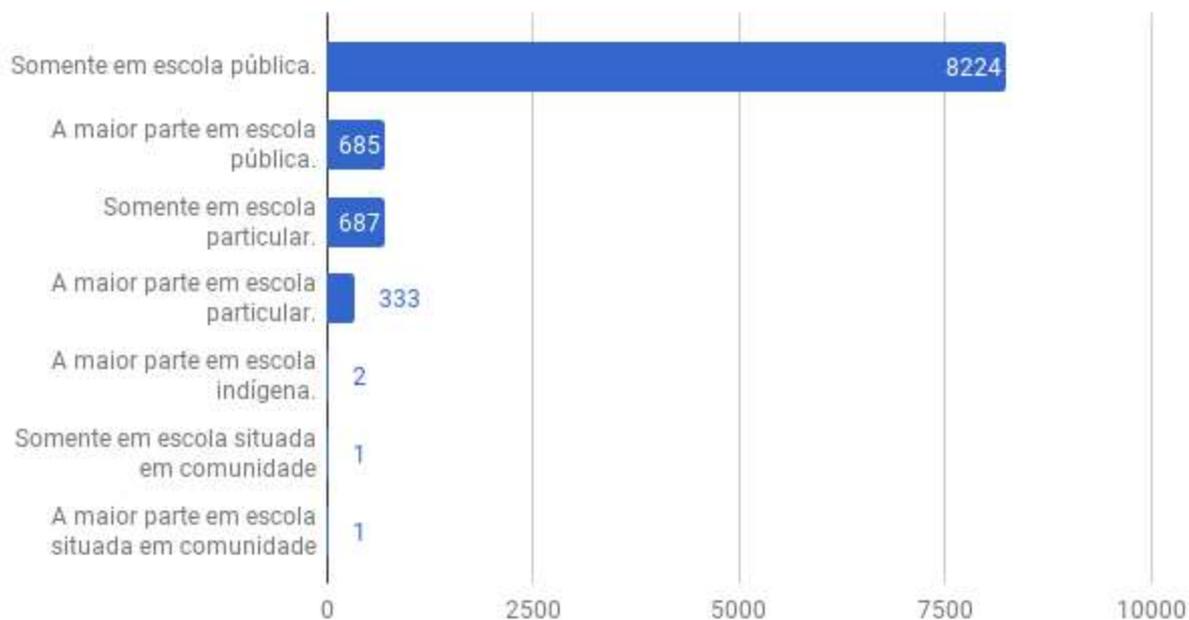
4.2.1 ENEM e Escola Sem Partido: considerações críticas

Quanto à violação aos direitos humanos na prova de redação do ENEM/2015, o jornalista Marcelo Soares (2017), realizou um estudo com os microdados da prova, tornados públicos pelo INEP, e demonstrou o perfil dos participantes que zeraram por esse motivo. Nesse sentido, dentro dos 9.935 que desrespeitaram os direitos humanos e tiveram suas redações anuladas, 60,1% eram meninas e 39,9% eram meninos. Para Neves (2018, p. 750), tal fato poderia derivar da ideia de que as alunas propuseram retaliações, as quais não constam no nosso Código Penal, aos homens violentos.

Os demais dados levantados esboçam o tipo de escola onde cursaram o fundamental; quantos desses trabalham ou já trabalharam ou não trabalham; se sim, por quantas horas semanais; qual a profissão de seus pais; qual escolaridade do pai; qual a escolaridade da mãe; e por último, qual a renda familiar dos eliminados na prova e dos não eliminados. Desses microdados, dois devem ser especialmente interpretados: os que dizem respeito à escolaridade dos alunos que fizeram a prova do ENEM em 2015 e à renda familiar de suas famílias, o que traduz a condição social em que vivem:

Gráfico 1 - Tipo de escola onde cursou o fundamental

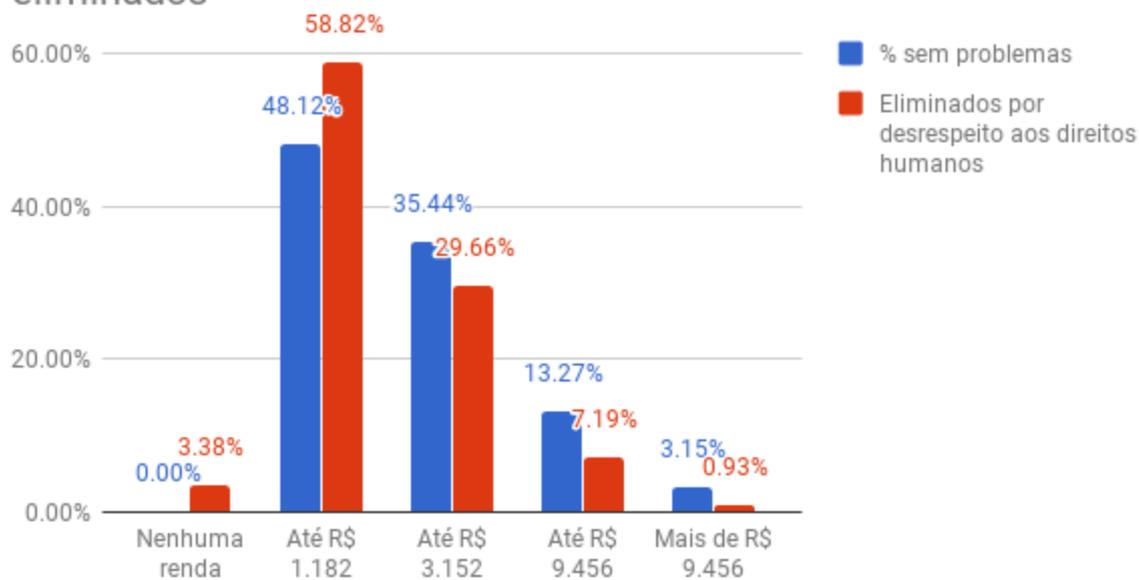
Tipo de escola onde cursou o fundamental



Fonte: SOARES (2017).

Gráfico 2 - Renda familiar dos candidatos do ENEM sem problemas e eliminados

Renda familiar dos candidatos do Enem sem problemas e eliminados



Fonte: SOARES (2017).

O primeiro gráfico ressalta que desses eliminados, 8.224 apenas estudaram em escolas públicas; 685 estudaram a maior parte em escolas públicas; 687 somente em escolas particulares e 333 estudaram a maior parte em escolas particulares. No segundo gráfico, o que a legenda chama de “% sem problemas” refere-se aos participantes que não zeraram por desrespeitar os direitos humanos. Perceba-se que 58,82%, isto é, mais da metade dos alunos com baixa renda familiar (próxima a um salário mínimo: de até R\$1.182,00) foram excluídos por lesar os direitos humanos.

Tais dados podem inferir uma interpretação simplista e preconceituosa: a de que são os pobres, portanto, estudantes de escolas públicas, quem mais desrespeita os direitos humanos no Brasil. Contudo, tal tese não procede, visto que os alunos com melhor renda familiar (das classes A e B), deste modo aqueles que estudam em escolas particulares, são devidamente “treinados” pelos seus professores de ensino médio e cursinho a não cometerem “esse deslize” na prova, especialmente na elaboração da proposta de intervenção. São estudantes que possuem lições especiais de redação para o ENEM, têm seus textos corrigidos segundo a grade oficial do exame, e quando exprimem em suas redações argumentos fascistas, são imediatamente “corrigidos” e instruídos pelos seus professores-corretores a não escreverem nada parecido na situação real do exame. Ao seu turno, os alunos de baixa renda (das classes C, D e E), portanto aqueles que estudam em escolas públicas, esses, na grande maioria, nem sequer possuem aulas de redação em suas escolas; sequer ouviram falar em grade de correção do ENEM; não receberam instrução ou treinamento pelos seus professores para não desrespeitarem os direitos humanos em seus textos. Conclui Neves (2018, p. 752), “São vítimas da violência, talvez por isso a tratem com certa naturalidade, o que, por vezes, reflete em suas redações”. Nas palavras da autora:

Soube, igualmente por experiência em campo, e por meio de professores da rede privada de ensino, que seus alunos festejaram, juntamente com a mídia e com o Escola Sem Partido, quando o STF decidiu alterar o edital do ENEM/2017 e não mais anular as redações que desrespeitassem os direitos humanos, pois antes, eles, alunos, se sentiam lesados em não poderem expressar seus desejos fascistas em suas produções textuais. Seria essa a mordaza à qual a Ministra Cármen Lúcia se referia? Escola Sem Partido e mídia aplaudiram a intervenção da Exm^a. e os alunos se sentiram premiados com uma suposta liberdade de expressão que não disfarça discurso de ódio nem respeita direitos humanos. Digo e redigo: retrocesso!

Por sua vez o Escola Sem Partido (ESP), movimento fundado em 2014 por Miguel Nagib tem ganhado vez e voz na atualidade. O movimento se define como uma associação informal, independente, sem fins lucrativos e sem qualquer vinculação política, ideológica ou partidária. O seu fundador e atual presidente, Miguel Nagib, esclarecem se tratar de uma reação

à contaminação político-ideológica nas escolas brasileiras, do ensino básico ao superior. Programas desse tipo tais como Escola Livre, De Olho no Livro Didático, dentre outros de cunho religioso como a Igreja Videira e o Instituto Plínio Correia de Oliveira se alastram pelo Brasil afora pregando discursos em prol de uma educação que deva seguir uma “neutralidade ideológica”, bem como respeitar as convicções morais e religiosas dos pais de cada aluno. Para Neves (2018, p. 735), essa bandeira fascista levantada pela neutralidade no ensino tem seduzido muitos pais de alunos, coordenadores, diretores e gestores de escolas públicas e particulares, e conseqüentemente, tem colocado professores em situações constrangedoras de censura e controle: “se correm” são perseguidos, “se ficam” são calados.

Com efeito, a ameaça repercute nas universidades as quais também sentem a sua liberdade de cátedra intimidada. A luta por uma educação neutra fere o ideal democrático constitucional, momento em que vários projetos de leis estaduais e municipais tramitam em Assembleias Legislativas do Brasil, mirando extirpar políticas públicas e programas educacionais voltados à promoção da igualdade, bem como ao ensino, em ambiente escolar, de conteúdos relacionados à sexualidade humana, à identidade de gênero e ao pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.

Pode-se dizer que a postura da ESP se aproxima daquilo que defende Dworkin e a escola americana filiada ao teor de sua Primeira Emenda à Constituição, ou seja, na ampla defesa da liberdade de expressão dos alunos do ENEM, a associação dialoga com as ideias de tolerância para com os intolerantes, propugnando que o livre debate de pensamentos seria importante para o fortalecimento democrático. Contudo, alguns apontamentos mostram-se necessários, isto é, apesar de parecer possuir uma postura benevolente e pautada por um viés de neutralidade, grande parte do pensamento crítico da academia vem rechaçando a atuação do ESP. Para Dantas, o combate ao ESP é fundamental na atual conjuntura, bastante marcada pelo avanço ultraconservador e pelas contrarreformas do governo. Os sistemáticos ataques ao caráter público da educação (e de outros setores da vida pública) e, respectivamente, aos trabalhadores em educação, colocam em xeque a permanente e inevitável construção de uma educação pública laica e socialmente referendada, com liberdade e autonomia para ensinar.

Por fim, Ribeiro (2016, p. 6) refere que o movimento não defende qualquer valor democrático, sendo essencialmente autoritário e persecutório. Assim ele promoveria e instauraria a censura e a cultura da delação garantida em lei, em que estudantes se comportam como acusadores e carrascos dos professores, que correm sérios riscos de serem criminalizados por cumprirem o ofício de ensinar. Portanto, “o discurso de que tais projetos buscam evitar doutrinação e uma escola neutra, na verdade, demonstra que o que desejam é um ambiente

escolar controlado, em que crianças e jovens sejam tratados de forma a se evitar discutir questões sociais” (PRATA; SOUZA, 2018, p. 83).

A partir do contexto exposto, a decisão que impediu a atribuição da nota zero aos candidatos que utilizassem a prova de redação do ENEM para proferir discursos contra os direitos humanos agradou a muitos setores da polarizada sociedade brasileira, ou seja, reacionários consideraram essa decisão correta, pois defendem o direito de livremente expressar seus pontos de vista sobre membros de outros grupos. Ao seu turno, liberais também saudaram de forma positiva o indeferimento do pedido de suspensão da liminar porque lutam pelo direito à liberdade de expressão que protege qualquer tipo de mensagem, mesmo aquelas que podem ser contrárias ao princípio da dignidade humana. Tais atores restringem o problema a uma questão de sensibilidade pessoal, o que não seria motivo suficiente para restringir direitos fundamentais (ALMEIDA; MOREIRA, 2017).

Os autores esclarecem que os ditos “reacionários” possuem um argumento em defesa da liberdade de expressão de caráter oportunista, pois, geralmente não reconhecem a existência de “direitos das minorias” e até mesmo chegam a defender o privilégio político, ressaltando que minorias são um artifício, uma “invenção”, para limitar o poder daqueles que teriam condições “naturais” de decidir e de colocar a sociedade no caminho da moralidade. Por sua vez o argumento tipicamente liberal comporta-se de modo mais sofisticado. Importante nos séculos XVII e XVIII pela defesa da liberdade de expressão como fundamental para o desmonte ideológico do absolutismo, abrindo espaço para distintas visões de mundo e, por consequência, para ações políticas que desafiaram o pensamento religioso do Antigo Regime. Contudo, parcela dos liberais omite, seja por desconhecimento, seja por puro oportunismo, é que a liberdade de expressão é uma das diferentes maneiras de se impor um limite racional ao poder (MOREIRA; ALMEIDA, 2017).

Os autores demonstram que a liberdade de expressão deve ser um limite, e jamais uma licença para que o ódio e a intolerância possam se estabelecer na sociedade. O que se evidencia é que a decisão da presidência do STF confunde limites com censura. Seguramente existem liberais que defendem a não existência de restrições à expressão do pensamento, com a justificativa de que poderiam ser abertas as portas para a “tirania”. Nesse sentido, os direitos humanos cumpriram justamente essa função de garantir que o poder estatal encontre nas liberdades individuais uma forma de racionalização⁷⁷. Logo, referida decisão impõe validade a

⁷⁷ Afinal, qual o objetivo da propagação do discurso de ódio dentro de um regime democrático? Um desafio na defesa da necessidade de proteção de qualquer tipo de discurso é a noção de que ele é apenas discurso. Esta posição ignora um ponto central do racismo ou do sexismo: eles não são meros discursos, mas sim expressões ideológicas

um mecanismo de dominação social elaborado pelo ESP que agora vai ao judiciário para que sejam interpretadas normas jurídicas de acordo com os seus interesses específicos. Tal estratégia política mostra-se problemática pois tribunais determinam os parâmetros do debate público sobre direitos. Isso significa que a Ministra Carmen Lúcia expressou de forma clara a ideia de que a proteção da dignidade das pessoas no sentido formulado por Waldron é uma preocupação secundária (ALMEIXA; SOUZA, 2017).

Na mesma linha, Paulo Iotti (2017) esclarece que é absurda a suposta “inconstitucionalidade” do critério de correção do ENEM, sendo descabido e ilícito presumir uma espécie de “má-fé ideológica” dos examinadores do ENEM. Já que a liberdade de expressão busca o livre mercado de ideias, almejando a construção da consciência individual e coletiva da sociedade, conclui-se que inexistem “debate de ideias” diante de ofensa pura e simples a terceiros, bem como a discursos de ódio em geral.

A conclusão de Iotti (2017) é precisa, pois considerando que injúrias e discursos de ódio em geral efetivamente prejudicam terceiros, tem-se que não podem ser entendidos como abarcados no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de expressão, constituindo-se como limites imanes desse importante direito fundamental, não restando por ele protegidos. Ofender alguém ou incitar ao ódio, à intolerância, à discriminação e/ou à inferiorização contra minorias, grupos vulneráveis ou quem quer que seja não está protegido pelo direito fundamental à liberdade de expressão (teoria interna). Por outro lado, para quem não adota a teoria dos limites imanes, trata-se de restrição constitucionalmente válida, por visar a compatibilização da liberdade de expressão com o direito à honra, à não discriminação e ao respeito da dignidade de terceiros (teoria externa)⁷⁸.

Observa-se que apenas casos extremos, de totalitarismos e intolerâncias muito graves, justificariam o “zero” por violação de direitos humanos (como parecem provar os exemplos concretos citados pelo próprio ENEM em sua Cartilha - 2017). Neonazismos e totalitarismos,

de uma dominação social, ou seja, manifestações discursivas do poder social, quando não de projetos políticos. Assim sendo, entender discriminações raciais, sexuais e de gênero como problemas comportamentais e não como dados estruturais da sociedade, previne que seja reconhecido o fato que grupos majoritários criam e reproduzem sentidos com o propósito de legitimar sistemas de dominação no imaginário social. Logo, o discurso de ódio é uma estratégia de poder que atende aos interesses de grupos específicos, tendo como escopo principal preservar a noção de que certos segmentos sociais são compostos de pessoas incapazes de participar como atores competentes na esfera pública. Portanto o que está em xeque não é somente uma mera defesa do que se pode falar publicamente como afirma Carmen Lúcia. O combate ao discurso de ódio é um elemento central na luta contra os sistemas de opressão, já que eles são primeiro legitimados no campo das ideias (ALMEIDA, SOUZA, 2017).

⁷⁸ O próprio artigo 4º, II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) expressamente impõe ao Brasil a missão de garantir a “prevalência dos direitos humanos”. Logo, como se pode seriamente dizer que seria “inconstitucional” um critério de correção de redações para ingresso no ensino superior que evidentemente visa cumprir essa verdadeira imposição constitucional de respeito aos direitos humanos (IOTTI, 2017).

defesa do uso da tortura como meio de prova, segregação de minorias e grupos vulneráveis, esterilização compulsória de beneficiários de bolsa-família, genocídios etc. Percebe-se, portanto, que existem indivíduos que defendem deploráveis ideologias de lesa-humanidade. Entretanto, não deve ser rechaçada a hipótese de que eventuais abusos de corretores do ENEM poderiam ser desafiados por ações judiciais individuais por parte dos diretamente prejudicados. Logo, mostra-se equivocado presumir a má-fé dos examinadores, seguir-se-ia a lógica do Direito vigente esperando que os que se considerassem injustiçados desafiassem a correção de suas redações perante o Judiciário⁷⁹.

Assim sendo, a partir da ideia de sociedade bem ordenada, proveniente dos ensinamentos de Rawls, percebe-se que Waldron possui razão ao afirmar que o direito à liberdade de expressão não ampara as pessoas de meras ofensas pessoais, mas garante a afirmação de um elemento central da cultura democrática, qual seja o direito dos indivíduos de serem reconhecidos como participantes competentes dentro do espaço público.

4.2.2 O necessário debate entre o politicamente correto e o direito de ser rude

Conforme demonstrado anteriormente, o ESP alega que os responsáveis pelo ENEM querem que os candidatos escrevam uma redação que seja politicamente correta, pois pensamentos dissonantes poderiam eliminar o estudante. Desta forma, realiza-se a acusação que estaria sendo imposta uma ditadura do pensamento politicamente correto, mas afinal, o que significa isso?

Conforme Molinaro e Sarlet (2012, p. 50-51), a liberdade torna-se uma criatura amorfa, cujo rosto vai tomar a forma que lhe dê o sujeito que a espreita para se alabar de sua conquista, ou para negá-la a qualquer outro. Apresenta-se o terreno fértil das “ações politicamente (in)corretas”, o que leva a viver em uma sociedade “politicamente correta”, isto é, acaba suavizada a pronúncia das expressões evitando qualquer acepção negativa e, ainda, os termos potencialmente ofensivos para que qualquer coletivo não venha a sentir-se agravado. A liberdade de pensamento e a expressão na comunicação (em qualquer ambiência e nível do conhecimento) estão sempre sob a vigilância do politicamente (in)correto. Todavia, tal

⁷⁹ Rebatendo a decisão do STF, Iotti (2017) afirma: “Nesse sentido, tudo que o critério da proibição de violação aos direitos humanos nas redações do ENEM visa é garantir esse “mínimo ético”. Mostrar que o Estado não tolerará totalitarismos de quem quer que seja. Assim, afigura-se profundamente equivocada a decisão da Ministra Cármen Lúcia, do STF, ao dizer que não se poderia combater a intolerância social com “intolerância estatal” (sic). Ora, Excelência, o intolerante viola a regra da tolerância ao não tolerar e, assim, discriminar ou pregar a discriminação de terceiros! O intolerante não pode invocar a regra da tolerância em seu favor precisamente por violá-la!”

concepção social no tráfico comunicacional articula com distintos padrões, deste modo, alguns o incluem (o politicamente correto) na “cultura”, como ocorre com a cultura anglo-americana do politicamente correto; outros, conectam-no com a “tolerância” em que se fala de tolerantes e intolerantes; observe-se que o jogo do incorreto/correto tem servido como modelo-padrão para aferir o coeficiente de consideração pelos direitos humanos, nas coletividades ditas “progressistas” e “desenvolvidas”.

A liberdade de expressão requer tolerância e comedimento, ou seja, prudência. Desta forma possivelmente a única maneira de superação dos limites do politicamente (in)correto e de se cumprir a missão política e jurídica da liberdade de expressão no Estado Democrático e em uma ambiência internacional marcada pela garantia da tolerância: primordialmente, não pode existir assunto (principalmente nos casos de ações que podem colocar em risco a paz entre as nações e a vida mesmo de milhões de pessoas, independentemente de sua ideologia ou credo) interdito ao debate público (MOLINARO; SARLET, 2012, p. 60).

Por outro lado, pode-se destacar que quando ocorre responsabilização de indivíduos por abusos na liberdade de expressão, não se trata de censura ou patrulhamento ideológico do “politicamente correto”. Trata-se, sim, do resguardo de direitos fundamentais tão importantes quanto à liberdade de expressão e que devem ser respeitados, logo se verifica como uma medida de ponderação do próprio direito, em que nenhuma regra ou princípio são absolutos.

De maneira corajosa, Max Paskin Neto denuncia em sua obra as armadilhas do discurso politicamente correto. Para o autor, apenas existira real liberdade de expressão e manifestação do pensamento quando se admitir socialmente o discurso politicamente incorreto, minoritário, odioso e, por vezes, repugnante. Com efeito, garantir o direito até daqueles que desejam proferir o discurso odioso será a única forma de trazer a máxima tutela do direito à livre manifestação do pensamento e de expressão – seria garantia fundamental de primeira dimensão, cláusula pétrea e a salvação das liberdades democráticas. Assim, “Enxergamos na aceitação do discurso odioso, após a reação inicial de repúdio, um enquadramento da natureza jurídica do instituo como sendo ordem fundamental” (PASKIN NETO, 2015, p.150).

O autor aprofunda e destaca que a apologia do discurso de ódio, desde que não incorra na teoria do perigo iminente, continua sendo instrumento de prevenção em face da reiteração dos erros da história humana e de servir de parâmetro para sustentação democrática à liberdade. Nessa linha, o discurso politicamente correto atua como inimigo capital, pois ele é frouxo, não adota qualquer postura e continua em cima do muro. Com intuito de não desagradar, nega a natureza falha e perpetua do sistema, o qual carece de constantes ajustes e que, para evoluir, precisa aparar as arestas. Nega-se, portanto, a própria natureza humana e o impulso de lidar

com o pensamento falho de longo prazo, buscando ingenuamente uma resposta linear para os infinitos sintomas sociais da humanidade (PASKIN NETO, 2015, p. 150-152).

Ante o exposto, percebe-se ser polêmica a questão em torno do discurso politicamente correto. A acusação que o ESP faz em face da redação do ENEM dialoga com esse impasse, entretanto os parâmetros seguidos pelos direitos humanos no país são universais e baseados em legislações devidamente ratificadas pelo Brasil. Dizer que um discurso que respeite os direitos humanos é politicamente correto mostra-se em parte equivocado e com fraca fundamentação.

4.3 EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Pelo exposto até aqui, a questão central deste trabalho não deve e nem pode ser resolvida pela atuação do poder judiciário, mas deve ser pensada como política pública educacional, bem estruturada e concebida para efetiva concretização em médio ou longo prazo. É a educação que pode construir as condições de possibilidade de uma sociedade que prestigie a pluralidade das formas de vida que existem nas sociedades modernas. Assim observa-se que. Tal conflito não é questão a ser resolvida de maneira simplista no âmbito do ENEM ou pelo INEP ou pelo judiciário, mas sim por políticas públicas educacionais sistemáticas que abordem a complexidade da questão, e prepare os cidadãos para o convívio com a diferente.

Portanto, por último, mas não menos importante, para tentar compreender e responder o objetivo, as peculiaridades e as implicações da presença dos direitos humanos na redação do ENEM, necessária se faz a análise da educação em direitos humanos no Brasil, verificando qual é o arcabouço no campo dos direitos humanos que os estudantes que concluem o ensino médio possuem ou deveriam possuir.

4.3.1 Educação em direitos humanos: o que é isso?

Segundo Benevides (2003, p. 309), a Educação em Direitos Humanos parte de três pontos essenciais, isto é, uma educação de natureza permanente, continuada e global. Segundo, é uma educação fundamentalmente voltada para a mudança, e por fim, é uma inculcação de valores, para atingir corações e mentes e não somente instrução, meramente transmissora de conhecimentos. Ademais, esta educação deve ser compartilhada tanto pelos educadores, quanto pelos educandos, caso contrário ela não será educação e muito menos educação em direitos humanos. Portanto, são três as premissas: a educação continuada, a educação para a mudança e

a educação compreensiva, no sentido de ser compartilhada e de atingir tanto a razão quanto a emoção⁸⁰.

[...] A Educação em Direitos Humanos é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação desta cultura significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem se transformar em práticas (BENEVIDES, 2003, p. 309-310).

Quanto à cultura, não se de limitar a sua visão tradicional como conservação, ou seja, dos costumes, das tradições, das crenças e dos valores⁸¹. Pelo contrário, especialmente no caso brasileiro, visa-se uma necessidade radical de mudança em que exista uma mudança que possa realmente mexer com o que está mais enraizado nas mentalidades, muitas vezes marcadas por preconceitos, por discriminação, pela não aceitação dos direitos de todos, pela não aceitação da diferença (BENEVIDES, 2003, p. 310).

Existe um quadro de deturpações dirigidas por grupos ou pessoas interessadas em corromper a luta pelos direitos humanos, porquanto querem manter seus privilégios ou porque querem controlar e usar a violência, sobretudo a institucional, apenas contra os pobres, contra aqueles considerados como “classes perigosas”, e por assim dizer, indesejadas. Reafirma-se que uma educação em direitos humanos apenas pode ser uma educação para a mudança, e não para a conservação. Assim, trata-se da criação de uma nova cultura de respeito à dignidade humana, e o termo cultura só tem sentido como mudança cultural (BENEVIDES, 2003, p. 311).

Segundo McCowan (2015, p. 33-34) o valor da educação em direitos humanos baseia-se no valor dos próprios direitos humanos. A educação em direitos humanos possui tanto benefício social como benefícios individuais, isto é, a educação em direitos humanos pode ser

⁸⁰ A dignidade do ser humano não repousa apenas na racionalidade; no processo educativo procuramos atingir a razão, mas também a emoção, isto é, corações e mentes – pois o homem não é apenas um ser que pensa e raciocina, mas que chora e que ri, que é capaz de amar e de odiar, que é capaz de sentir indignação e enternecimento, que é capaz da criação estética [...] (BENEVIDES, 2003, p. 314).

⁸¹ [...] Trata-se, portanto, de uma mudança cultural especialmente importante no Brasil, pois implica a derrocada de valores e costumes arraigados entre nós, decorrentes de vários fatores historicamente definidos: nosso longo período de escravidão, que significou exatamente a violação de todos os princípios de respeito à dignidade da pessoa humana, a começar pelo direito à vida; nossa política oligárquica e patrimonial; nosso sistema de ensino autoritário, elitista, e com uma preocupação muito mais voltada para a moral privada do que para a ética pública; nossa complacência com a corrupção, dos governantes e das elites, assim como em relação aos privilégios concedidos aos cidadãos ditos de primeira classe ou acima de qualquer suspeita; nosso descaso com a violência, quando ela é exercida exclusivamente contra os pobres e os socialmente discriminados; nossas práticas religiosas essencialmente ligadas ao valor da caridade em detrimento do valor da justiça; nosso sistema familiar patriarcal e machista; nossa sociedade racista e preconceituosa contra todos os considerados diferentes; nosso desinteresse pela participação cidadã e pelo associativismo solidário; nosso individualismo consumista, decorrente de uma falsa ideia de “modernidade” (BENEVIDES, 2003, p. 310).

vista como uma forma de levar os indivíduos a mudar suas atitudes e comportamentos de uma forma que será benéfica para toda a sociedade. Destarte, um indivíduo pode desenvolver respeito pelas opiniões dos outros, reconhecer os interesses daqueles que estão fora da sua comunidade imediata, grupo étnico ou nacionalidade, e abster-se de submeter os outros, por exemplo, à agressão física ou humilhação psicológica. A educação em direitos humanos também é elemento para a defesa dos direitos humanos do educando em si: a obtenção de informações sobre os instrumentos de direito internacional, o desenvolvimento de habilidades de comunicação para negociar com as autoridades competentes e as disposições para agir corajosamente em defesa de seus direitos. O autor conclui (MCCOWAN, 2015, p. 44):

Como discutido acima, a educação envolve, necessariamente, direitos humanos, neste caso ela terá sempre implicações morais, que manterá ou violará os direitos humanos e as liberdades. A educação é, necessariamente, um compromisso moral, e envolverá questões do nosso relacionamento com os outros e do modo como agimos em relação a eles, portanto, envolve direitos humanos ou outras possíveis abordagens de justiça. O direito à educação - o direito de exploração da realidade - é um direito à educação em direitos humanos - uma exploração da moral e política vivida. Por outro lado, o exercício e a defesa dos direitos humanos sempre envolverão um aprendizado. Essa dialética é uma encarnação do binômio reflexão-ação acima referido.

Uma educação em direitos humanos requer que o aprendizado esteja ligado à vivência do valor da igualdade em dignidade e direitos para todos e deve propiciar o desenvolvimento de sentimentos e atitudes de cooperação e solidariedade. A educação para a tolerância se estabelece como um valor ativo ligado à solidariedade e não somente como mera tolerância passiva da mera aceitação do outro, com o qual pode-se não estar solidário. Em seguida, o aprendizado deve propiciar ao desenvolvimento da capacidade de se perceber as consequências pessoais e sociais de cada escolha. Isto é, deve levar ao senso de responsabilidade. Esse processo educativo deve, além disso, ter em vista a formação do cidadão participante, crítico, responsável e comprometido com a mudança daquelas práticas e condições da sociedade que violam ou negam os direitos humanos. Logo, deve visar ao desenvolvimento de personalidades autônomas, intelectual e afetivamente, sujeitos de deveres e de direitos, capazes de julgar, escolher, tomar decisões, serem responsáveis e prontos para exigir que não apenas seus direitos, mas do mesmo modo os direitos dos outros sejam respeitados e cumpridos (BENEVIDES, 2003, p. 316).

As estratégias metodológicas são arquitetadas de modo dialogado e integrado, privilegiando a atividade, a participação e a realidade social dos alunos envolvidos no processo de ensino-aprendizagem. Para isso, é indicado fazer uso de diversas linguagens e realizar o diálogo entre múltiplos saberes nos processos formativos para o alcance de uma compreensão

mais global e multidimensional dos direitos humanos que seja capaz de gerar transformação de mentalidades e atitudes (CANDAUI, SCAVINO, 2010).

O aprendizado deve dialogar com a vivência do valor da igualdade em dignidade e direitos para todos e deve propiciar o desenvolvimento de sentimentos e atitudes de cooperação e solidariedade. Ademais, a educação para a tolerância traduz-se em um valor ativo vinculado à solidariedade e não apenas como tolerância passiva da mera aceitação do outro, com o qual pode-se não estar solidário. O aprendizado deve propiciar o desenvolvimento da capacidade de se perceber as consequências pessoais e sociais de cada escolha. Portanto, o processo educativo deve visar à formação do cidadão engajado, crítico, responsável e comprometido com a mudança daquelas práticas e condições da sociedade que violam ou negam os direitos humanos. (BENEVIDES, 2003, p. 316). No entanto indaga-se: será realisticamente possível educar em direitos humanos?

[...] A questão tem pertinência, pois se trata, sem dúvida, de um processo extremamente complexo, difícil e a longo prazo. O educador em direitos humanos na escola, por exemplo, sabe que não terá resultados no final do ano, como ao ensinar uma matéria que será completada a medida que o conjunto daquele programa for bem entendido e avaliado pelos alunos. Trata-se de uma educação permanente e global, complexa e difícil, mas não impossível. É certamente uma utopia, mas que se realiza na própria tentativa de realizá-la, como afirma o educador Perez Aguirre, enfatizando que os direitos humanos terão sempre, nas sociedades contemporâneas, a dupla função de ser, ao mesmo tempo, crítica e utopia frente à realidade social (BENEVIDES, 2003, p. 316-317).

Deve-se priorizar o conhecimento dos direitos humanos, das suas garantias, das suas instituições de defesa e promoção, das declarações oficiais, de âmbito nacional e internacional, com a certeza de que os direitos humanos não são neutros, e nem simples declamações retóricas. Exigem-se uma vivência compartilhada, assim a palavra deverá sempre estar ligada a práticas, embasadas nos valores dos direitos humanos e na realidade social (BENEVIDES, 2003, p. 317)

Quanto aos pontos principais do conteúdo da educação em direitos humanos, destaca-se o da própria definição de direitos humanos e do conhecimento sobre as gerações ou dimensões históricas, bem como sobre as possibilidades de reivindicação e de garantias. Tal conteúdo deve expressar tanto os direitos como os deveres, estes decorrentes das obrigações do cidadão e de seu compromisso com a solidariedade. Benevides esclarece (2003, p. 318):

[...]. É importante, ainda, que sejam mostradas as razões e as consequências da obediência a normas e regras de convivência. Em seguida, este conteúdo deve conter a discussão – para a vivência – dos grandes valores da ética republicana e da ética democrática. Os valores da ética republicana incluem o respeito às leis legitimamente elaboradas, a prioridade do bem público acima dos interesses pessoais ou grupais, e a

noção da responsabilidade, ou seja, de prestação de contas de nossos atos como cidadãos. Por sua vez, os valores democráticos estão profundamente vinculados ao conjunto dos direitos humanos, os quais se resumem no valor da igualdade, no valor da liberdade e no valor da solidariedade.

Com efeito, as propostas pedagógicas que norteiam a cultura da paz, do respeito e da equidade devem ser propagadas inter e transdisciplinarmente, isto é, integrando os planejamentos de todas as disciplinas, de forma que associem esses valores ao cotidiano da sala de aula, imbricados nos objetivos conceituais, procedimentais e atitudinais de cada disciplina (ZLUHAN; RAITZ, 2014, p. 42). Vygotsky (1984) pode propiciar elementos para refletir a educação em direitos humanos, pois o teórico do ensino como processo social relaciona o desenvolvimento cognitivo do aluno ao contexto social e cultural. Dessa maneira, os processos mentais superiores (pensamento, linguagem, comportamento volitivo, atenção consciente, memória voluntária etc.) derivam dos processos sociais.

A socialização proporciona o desenvolvimento dos processos mentais superiores, seara em que o professor exerce o papel de mediador, favorecendo a construção/reconstrução do conhecimento, dos significados que são transmitidos pelo grupo cultural, por intermédio das reflexões, das práticas sociais e da utilização de instrumentos, signos e linguagens empregados para interpretar o mundo e tornar o aluno mais independente (Vygotsky, 1984). Logo, compete ao professor estabelecer conexões entre os conceitos científicos e o cotidiano, embasado nos princípios dos direitos humanos, mediando o conhecimento num processo de descoberta, produção, troca e cooperação (ZLUHAN; RAITZ, 2014, p. 42).

Quanto ao tema dos professores na área de direitos humanos, Castilho (2016, p. 147-148) ressalva que existem poucas instituições de ensino para formação de professores de direitos humanos. Além disso, observa-se falta de diálogo com os educadores em geral, incentivando-os a promover o debate sobre o tema em suas aulas. Igualmente, a desvalorização dos professores é um grande entrave, sendo estes vistos tão somente como instrutores e não como promotores de formação pessoal para os alunos, fato este que deteriora os resultados da educação.

Com o escopo de fortalecer práticas e atitudes continuadas que reflitam a promoção de direitos humanos, a educação em direitos humanos recomenda o encorajamento, a afirmação e valorização da diversidade cultural, de grupos sociais e em situação de vulnerabilidade. Neste aspecto, almeja possibilitar um processo de humanização pessoal e das relações com os outros em um movimento de abertura para o outro e de acolhimento ao outro (ALMEIDA; REIS, 2018, p. 51).

A educação em direitos humanos se mostra como instrumento fundamental para a efetivação da democracia visto que este modelo de educação é indispensável para o desenvolvimento dos direitos humanos; deve articular as categorias da igualdade e da diferença; deve realizar o empoderamento dos atores sociais; é uma filosofia e deve integrar a cultura escolar; Está assentada no tripé: a) conhecer e defender direitos; b) respeitar a igualdade de direitos dos outros e c) deve estar comprometida com a defesa dos direitos dos outros. (CANDAUI, 2007, p. 61)

Assim, a educação em direitos humanos ao evidenciar um viés crítico sobre as formas de opressão e dominação que se fizeram presentes no passado histórico, proporciona uma abertura a novas possibilidades para a edificação de uma sociedade mais consciente de suas responsabilidades, participativa, livre de preconceitos e igualitária. Referido processo de formação para a cidadania de envolver todos os espaços de formação educativa, principalmente as escolas, as instituições públicas e privadas, os organismos religiosos e a sociedade civil organizada. Destarte, é imperativo anotar que os conhecimentos sobre os direitos humanos não podem ser apenas teóricos, mas devem se relacionar ao cotidiano das pessoas e à realidade social de que fazem parte. Uma educação em direitos humanos eficaz se desenvolve através de práticas contínuas, isto é, de um trabalho coletivo e participativo integrado que atravessa todos os conteúdos, articulando teoria e prática da realidade política, civil, econômica, social e cultural de cada indivíduo e comunidade (ALMEIDA; REIS, 2018, p. 52).

Pelo exposto, insiste-se que não basta investir em um letramento autônomo em direitos humanos, o qual privilegia tão somente alunos de escolas particulares; requer-se investimento em uma cultura em direitos humanos, isto é, em um letramento ideológico em direitos humanos, por meio do qual se comungue educação e direitos humanos, que alcance tanto estudantes de escolas de ensino público quanto privado, o sertão e o mundo (NEVES, 2018, p. 752).

4.3.2 Documentos e diretrizes para educação em direitos humanos no Brasil

A entrada em vigor das novas Diretrizes para a educação em direitos humanos, conforme será demonstrado a seguir, refletiu diretamente nas avaliações oficiais, tanto da educação básica, como no Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM), quanto da educação superior, como no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE). Quanto ao ENEM, como já demonstrado, um dos dispositivos de aferição da prova de redação do exame exigia que os alunos elaborassem, ao longo de sua redação, uma proposta de intervenção para o problema

abordado que respeite os direitos humanos, sob pena de tirarem zero em um dos critérios de correção (Competência V), caso descumprissem esse comando da prova.

Para entender a origem e a importância dos direitos humanos no âmbito do ENEM algumas considerações são necessárias. Com efeito, inúmeros são os esforços para garantir a defesa e a promoção dos direitos humanos no Brasil nas últimas três décadas. Como marco inicial, destaca-se a Constituição de 1988, que consagra a defesa e a promoção dos direitos humanos como essenciais para a garantia da dignidade humana⁸².

Entretanto, incumbe destacar que a afirmação seminal do direito à educação na Declaração Universal dos Direitos Humanos já incorpora a educação em direitos humanos. A segunda parte do artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma:

A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (ONU, 1948).

No Brasil, como reflexo à participação na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, realizou-se um importante avanço na solidificação dos direitos humanos, visto que a conferência exigiu que os Estados membros da ONU constituíssem,

⁸² No âmbito global, Castilho (2016, p. 143-144) traça a cronologia da legislação internacional sobre direito à educação em direitos humanos: “1945 Carta das Nações Unidas; 1948 Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU; 1948 Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 1959 Declaração dos Direitos da Criança; 1960 Convenção Relativa à Luta contra as Discriminações em Matéria de Ensino; 1963 Declaração da Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 1965 Declaração sobre o Fomento entre a Juventude dos Ideais de Paz, Respeito Mútuo e Compreensão entre os Povos, e Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; 1966 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 1974 Recomendação da Educação para a Compreensão, Cooperação e a Paz Internacionais e a Educação Relativa aos Direitos Humanos e às Liberdades Fundamentais; 1978 Declaração sobre a Raça e os Prejuízos Raciais; 1979 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; 1984 Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; 1985 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores – Regras de Beijing 1985 Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura; 1988 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador; 1989 Convenção sobre os Direitos da Criança; 1989 Convênio sobre Povos Indígenas e Tribais e Convenção sobre o Ensino Técnico e Profissional; 1990 Carta das Cidades Educadoras; 1990 Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad 1994 Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. Declaração de Princípios – Pacto para o Desenvolvimento e a Prosperidade: Democracia, Livre Comércio e Desenvolvimento Sustentável nas Américas; 1997 Convênio sobre Reconhecimento de Qualificações relativas à Educação Superior na Região Europeia; 1998 Recomendação revisada relativa ao Ensino Técnico e Profissional ;1999 Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência 2000 Declaração da ONG Educação para Todos; 2001 Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural; 2007 Marco de Princípios Reitores; 2001 Resolução de San José da Costa Rica – Carta democrática Interamericana. Declaração de México sobre a Educação em Direitos Humanos na América Latina e no Caribe; 2010 Recomendação da OEA sobre a Educação em Direitos Humanos na Educação Formal das Américas.

objetivamente, programas nacionais para essa área. Em 2006, a UNESCO lançou o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos, objetivando o fomento do desenvolvimento de estratégias e programas nacionais sustentáveis na área de educação em direitos humanos.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (BRASIL, 1996), apresenta algumas referências que dizem respeito à educação em direitos humanos. O seu art. 1º aponta que a educação abrange “os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”. Com relação aos princípios, o ensino deverá ser ministrado com ênfase nos seguintes preceitos:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII - valorização do profissional da educação escolar; VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX - garantia de padrão de qualidade; X - valorização da experiência extra-escolar; XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais. XII - consideração com a diversidade étnico-racial. XIII - garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (BRASIL, 1996).

Observa-se que os princípios dialogam com a premissa dos direitos humanos ao abordar questões como liberdade, respeito, tolerância e práticas sociais. Por sua vez, o art. 15, § 9º determina que conteúdos relativos aos direitos humanos e à prevenção de todas as formas de violência contra a criança e o adolescente serão incluídos, como temas transversais, nos currículos escolares de que trata o *caput* deste artigo, tendo como diretriz o ECA, respeitada a produção e distribuição de material didático adequado.

A promoção da política pública de educação em direitos humanos se configura na elaboração de três documentos oficiais, os quais se tornaram basilares para a educação no país, quais sejam: o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH, 1996, 2002 e 2009), o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH, 2003 e 2006) e as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (DNEDH, 2012). Para Neves (2018, p 739), todos representaram, nas suas devidas proporções, avanços no caminho para se fortalecer uma educação em direitos humanos.

Primeiramente, houve três versões do PNDH, sendo que cada uma se constitui em um aprimoramento: a primeira, de 1996, fundou a Secretaria de Direitos Humanos (SDH) no Ministério da Justiça, com o objetivo de gerenciar as ações do próprio PNDH. A segunda versão em 2002 e a terceira em 2009 abarcaram temáticas diversas acerca dos direitos humanos,

ressaltando-se a necessidade de criação de um Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) e de elaboração das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (DNEDH). Em síntese:

O PNDH-1 de 1996 tinha o foco voltado para os direitos civis e políticos, a saber: 1) Políticas públicas para a proteção e promoção dos Direitos Humanos (incluindo a proteção do direito à vida, liberdade e igualdade perante a lei); 2) Educação e cidadania: bases para uma cultura dos Direitos Humanos; 3) Políticas internacionais para a promoção dos Direitos Humanos; e 4) Implementação e monitoramento do Programa Nacional de Direitos Humanos. O PNDH-2, de 2002, incorporou alguns temas destinados à conscientização da sociedade brasileira com o fito de consolidar uma cultura de respeito aos direitos humanos, tais como cultura, lazer, saúde, educação, previdência social, trabalho, moradia, alimentação, um meio ambiente saudável. O PNDH-3 é lançado em 2009 e é importante ferramenta para consolidação dos direitos humanos como política pública. O Brasil avançou na materialização das orientações que possibilitaram a concretização e a promoção dos Direitos Humanos. Configura-se como avanço a interministerialidade de suas diretrizes, de seus objetivos estratégicos e de suas ações programáticas (BRASIL, 2013, p. 23).

Lançado primeiramente em 2003 e revisado em 2006, o PNEDH é fruto do trabalho do Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH), vinculado à Secretaria de Direitos Humanos (SDH), que congrega especialistas na área e tem como princípios “o combate à discriminação e a promoção da igualdade entre as pessoas e a afirmação de que os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes” (BRASIL, 2003, p. 6). Por parte da SDH são realizados ações e projetos que buscam proteger, garantir e promover os direitos humanos dos cidadãos, sobretudo de grupos mais vulneráveis e em situação de risco: combate ao trabalho escravo, protege os direitos de crianças, adolescentes, idosos, população LGBTQ+, afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência física. Conforme o PNEDH (2018, p. 11), a educação em direitos humanos deve ser entendida como um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões:

Apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local; afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade; formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente em níveis cognitivo, social, ético e político; desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações.

Quanto aos objetivos, os sete objetivos gerais propostos em 2003 foram expandidos para treze no PNEDH de 2006, conforme se observa (BRASIL, 2018, p. 13-14):

a) destacar o papel estratégico da educação em direitos humanos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito; b) enfatizar o papel dos direitos humanos na construção de uma sociedade justa, equitativa e democrática; c) encorajar o desenvolvimento de ações de educação em direitos humanos pelo poder público e a sociedade civil por meio de ações conjuntas; d) construir para a efetivação dos compromissos internacionais e nacionais com a educação em direitos humanos; e) estimular a cooperação nacional e internacional na implementação de ações de educação em direitos humanos; f) propor a transversalidade de educação em direitos humanos nas políticas públicas, estimulando o desenvolvimento institucional e interinstitucional das ações previstas no PNEDH nos mais diversos setores (educação, saúde, comunicação, cultura, segurança e justiça, esporte e lazer, dentre outros); g) avançar nas ações e propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH) no que se refere às questões da educação em direitos humanos; h) orientar políticas educacionais direcionadas para a constituição de uma cultura de direitos humanos; i) estabelecer objetivos, diretrizes e linhas de ações para a educação em direitos humanos; j) estimular a reflexão, o estudo e a pesquisa voltados para a educação em direitos humanos; k) incentivar a criação e o fortalecimento de instituições e organizações nacionais, estaduais e municipais na perspectiva da educação em direitos humanos; l) balizar a elaboração, implementação, monitoramento, avaliação e atualização dos Planos de Educação em Direitos Humanos dos estados e municípios; m) incentivar formas de acesso às ações de educação em direitos humanos a pessoas com deficiência.

No ano de 2012, foi publicada a Resolução CNE/CP19 nº 1, a qual institui as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (DNEDH). Segundo Neves, (2018, p. 741), referida Resolução define uma série de normas pedagógicas a fim de materializar a educação em direitos humanos, as quais devem ser cumpridas pelos sistemas de ensino e suas instituições em todo país, da educação básica ao ensino superior, destacando-se três artigos da Resolução:

Art. 3º: A Educação em Direitos Humanos, com finalidade de promover a educação para a mudança e a transformação social, fundamenta-se nos seguintes princípios: I– dignidade humana; II– igualdade de direitos; III– reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades; IV– laicidade do Estado; V– democracia na educação; VI– transversalidade, vivência e globalidade; e VII– sustentabilidade socioambiental. [...] Art. 5º: A Educação em Direitos Humanos tem como objetivo central a formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetário. [...] Art. 9º: A Educação em Direitos Humanos deverá estar presente na formação inicial e continuada de todos(as) os(as) profissionais das diferentes áreas do conhecimento.

Foi um avanço para a concreta efetivação dos Direitos Humanos na educação nacional a entrada em vigor dessa Resolução. Nesse sentido, Ricardo Abreu (2015), pela necessidade de uma cultura de direitos humanos, aponta que na educação básica, a educação em direitos humanos se atinge através de suas várias modalidades e temas transversais, com ênfase em:

educação de jovens e adultos, educação especial, educação quilombola, educação indígena, educação no campo, educação ambiental e educação das relações étnico-raciais. Ao seu turno, no ensino superior ocorreu a atualização dos planos de desenvolvimento institucionais (PDI) e os projetos políticos pedagógicos (PPP) dos cursos de graduação, especialmente o dos cursos de formação inicial de professores de todas as áreas, incluindo ensino, pesquisa e extensão.

Um dos escopos da educação em direitos humanos, considerada sob o aspecto crítico no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, é proporcionar uma formação cidadã e emancipadora, a qual promova condições para que os indivíduos possam se manifestar criticamente diante da realidade, dialogar, questionar, aprender no conflito e na proximidade. Segundo Candau (2013, p. 313):

Trata-se, portanto, de transformar mentalidades, atitudes, comportamentos, dinâmicas organizacionais e práticas cotidianas dos diferentes atores, individuais e coletivos, e das organizações sociais e educativas. Para a construção de agentes multiplicadores é necessário favorecer processos que promovam um compromisso existencial com os direitos humanos. Para tal, é necessário educar em direitos humanos, isto é, propiciar experiências em que se vivenciem os direitos humanos.

Por fim, Neves (2018, p. 742-743, esclarece que quando se aborda os direitos humanos na educação utiliza-se a concepção mais contemporânea do termo, aquela da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em comum acordo com a ONU e a OEA. Com efeito, as DNEDH, em seu §1º do art. 2º, diferenciam os conceitos de “educação em direitos humanos” e “direitos humanos”. Sendo a primeira conceituada como um processo educacional constitutivo da cidadania, enquanto que os “direitos humanos” são um conjunto de direitos intrínsecos à condição humana, tendo como metaprincípios – conforme dispõe Abreu (2015) – a igualdade e a dignidade humana. Nessa senda, o Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos (CNEDH) dispõe que a educação é tanto um direito humano em si mesmo, como um meio indispensável para realizar outros direitos.

5 CONCLUSÃO

Os desafios da dialética da liberdade de expressão e do discurso de ódio mudam conforme o contexto sócio-político que se apresentam. Desta forma, não há que se falar em uma resolução em abstrato acerca dos limites da liberdade de expressão, tendo que se verificar os elementos concretos de cada embate que se apresenta e, em cada caso, irão preponderar uns ou outros elementos, a depender da capacidade de argumentação dos tomadores de decisão. Por esta razão, é necessário estabelecer bases sólidas para travar tal embate.

A partir de uma análise teórica da liberdade de expressão e do discurso de ódio, e da análise dos argumentos propostos diante da Ação Civil Pública ajuizada pela Associação Escola Sem Partido, este trabalho buscou apresentar os argumentos pró e contra a possibilidade de se anular redações que violem direitos humanos no ENEM.

Dentre os diversos fundamentos levantados no âmbito da Ação Civil Pública, se percebe o realce a dois deles, quais sejam o direito fundamental da ampla liberdade de expressão, e por outro lado, a supremacia dos direitos humanos firmados em compromissos internacionais e domésticos pelo Brasil. O cerne deste conflito mostrou-se girar em torno da lição de Waldron sobre qual seria a função da liberdade de expressão: proteger o discurso ou a dignidade dos cidadãos. Apesar de em parte compreensível a decisão do STF que afastou o critério dos direitos humanos, diante dos compromissos constitucionais e internacionais no campo dos direitos humanos adotados pelo Brasil, tal decisão não se mostrou razoável. Portanto, o aparato teórico desenvolvido comprova o equívoco do Judiciário, e posteriormente da Administração, na suspensão do critério de “zerar” uma redação que viole os direitos humanos em provas de ingresso a instituições de ensino superior.

Assim, a liberdade de expressão não é um direito absoluto ou ilimitado, por não albergar os discursos de ódio. Logo, casos de abusos de rigor excessivo dos examinadores poderiam ser corrigidos por ações judiciais promovidas pelos diretamente. Conforme atual atuação do PSB, por exemplo, almeja-se que ENEM mantenha o critério para futuras avaliações. Essa decisão empresta validade a um mecanismo de dominação social elaborado pelo movimento Escola Sem Partido que agora vai ao judiciário para que eles interpretem normas jurídicas de acordo com os seus interesses específicos.

Evidenciou-se que o Estado liberal protege a liberdade de expressão dos indivíduos como um de seus fundamentos. Todavia, restrições são necessárias no seu exercício, visto que do contrário ela pode representar a queda desse Estado, caso exercida de forma absoluta e

irrestrita. Assim sendo, imprescindível que se resguarde a liberdade de expressão como fortalecimento do Estado, e ao mesmo tempo normas que punam abusos no seu exercício.

O estudo do Caso Ellwanger solidificou a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito brasileiro. Interessante pontuar que houve divergência naquele momento quanto ao voto dos ministros, e hoje tal colisão persiste na sociedade brasileira, principalmente no caso do ENEM em que vemos a Escola Sem Partido em conflito com o MEC, o INEP, a PGR, e o PSB. Se a maioria dos ministros pautou-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, bem como a não tolerância ou admissão às manifestações racistas e preconceituosas, observou-se que houveram ministro pró liberdade de expressão, com argumentos que também resguardariam as manifestações intolerantes no campo do ENEM. Desta forma, poderia se afirmar que a simples condenação de um paciente e a vedação da edição de um livro ou a anulação das redações que desrespeitem os direitos humanos no ENEM não seria a melhor solução. O caminhar da humanidade comprova que a proibição da divulgação de determinadas ideias jamais foi óbice eficaz para que elas desaparecessem. Portanto, requer-se um debate aberto, a discussão sobre os mais diversos aspectos e suscitando todos os pontos de vista, pois é por meio dele que pregações racistas e preconceituosas restarão restringidas na sociedade brasileira. Entretanto, diante da primazia da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, a anulação das redações abusivas se mostrou proporcional.

John Rawls sintetizou a razão pública como a forma pela qual uma sociedade democrática sistematiza e satisfaz suas finalidades e cujos objetos são os bens públicos, mostrando-se que a formação da opinião pública depende das informações postas à disposição dos cidadãos. Logo, numa sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto, corpo coletivo, desempenham um importante poder político último e coercitivo uns sobre os outros. Nessa linha, o MEC e o Governo podem tentar agir sobre aquilo que o candidato escreve, contudo dificilmente poderão mudar a forma como este realmente pensa. Logo, o indivíduo desempenha soberania absoluta, já que a aptidão de autoconsciência é qualidade e destino natural do homem como ser de razão. Assim, um ponto de fragilidade da política de zeramento das redações se confirmou. Desta forma, as diretrizes do ENEM podem impor que na escrita do aluno seja apontado um pensamento “correto” – ou como refere a Escola Sem Partido, “ideologicamente ou politicamente correto” – contudo, nada impede que o candidato, apesar de escrever teses sem violação aos direitos humanos, persista em alimentar pensamentos odiosos.

Contatou-se que inexistente sistema legal em que a liberdade de expressão seja entendida como absoluta e para isso restaram analisadas as Teorias Interna e Externa para possível

limitação ou restrição de direitos fundamentais. Por oportuno, verificou-se que tão somente serão legítimas as restrições que estejam compatíveis com a Constituição, sob pena de inadmissão pelo direito. Logo, caso de redação do ENEM remonta a noção de colisão de direitos fundamentais, pois existe a liberdade de expressão e escrita dos candidatos indo de encontro a dignidade da pessoa humana quando discursos odiosos são proferidos em seus textos diante de ofensas aos direitos humanos. Não obstante, deve estar claro que o aplicador do direito deve ser cauteloso, sopesando de forma atenta o caso concreto para não se afastar da real intenção do legislador quando for averiguar possíveis restrições. Portanto, nenhuma restrição pode ser definida ou concretizada a não ser por lei e as leis restritivas não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias.

Confirmou-se que a liberdade de expressão não foi arquitetada na ordem constitucional de 1988 como um direito absoluto. Diversos são os exemplos deste entendimento - a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V) e a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X). Logo, pelo sistema constitucional brasileiro não se permite concluir que a liberdade de expressão deva sempre prevalecer nestes conflitos. A Constituição de 1988 possui um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito, conforme verificado nos objetivos fundamentais da República. Desta forma, o constituinte não optou por atribuir ao Estado o papel de mero espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social, mas sim diante do fato notório de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, restou imposto aos três poderes do Estado tarefas ativas, ligadas à inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados.

Portanto, em sociedade justa, tão somente será legítimo restringir a liberdade do intolerante quando ela chegue ao ponto de ameaçar a segurança das próprias instituições que mantém esta sociedade. Nesse sentido, não há dúvidas de que discursos de ódio minam a dignidade da sociedade que vê sua dignidade em risco diante da normalização de discursos abusivos. Com efeito, mostrou-se complexo o desafio relacionado à noção de que liberdade de expressão não existe só para a proteção de opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aquelas que chocam e agridem. Nessa linha, tentou-se responder até que ponto deve-se restringir a liberdade de expressão para proteger direitos fundamentais de grupos estigmatizados, sem criar um contexto que pode levar à submissão do exercício deste direito às ortodoxias morais ou políticas de ocasião.

A partir de diversos conceitos de discurso de ódio, de uma maneira geral este se firmou pelo conteúdo segregacionista, discriminatório direcionado às pessoas que compartilham de

alguma característica que as tornam componentes de um grupo, o discurso de ódio estabelece a superioridade do emissor e a inferioridade do atingido. Instiga-se ainda os leitores/ouvintes a participar do discurso discriminatório, não somente com palavras, mas também praticando ações. Com efeito, conclui-se que a dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa Constituição, não permite que se abarque o discurso de ódio na cláusula geral da liberdade de expressão.

Observando-se estritamente o referencial teórico do liberalismo igualitário, entende-se que o direito de liberdade do cidadão requer dos cidadãos a tolerância para com os intolerantes sem privar as vítimas de posterior pleito de reparação de danos caso assim se sintam ofendidos. Logo, a liberdade de pensamento implica a tolerância com grupos intolerantes, a menos que exista um risco à estabilidade da sociedade, o que para Rawls exclusivamente ocorreria em casos extremos.

Desta forma, no caso do ENEM o liberalismo igualitário de Rawls seria possivelmente contra a anulação das redações que violam os direitos humanos, pois isso não geraria um risco extremo à estabilidade da sociedade e estaria dentro da liberdade dos candidatos do exame, sendo cada caso de excesso resolvido, se for o caso, de maneira particular. Não obstante, é forte o caráter simbólico de uma normativa em um edital como o do ENEM que determina ou não que um discurso odioso aos direitos humanos seja ou não tolerado. Nessa linha, é preciso salientar que ser a favor da liberdade de expressão, é ser a favor da limitação à liberdade de expressão.

Verificou-se que a postura do ESP se aproxima daquilo que defende Dworkin e a escola americana filiada ao teor de sua Primeira Emenda à Constituição, ou seja, na ampla defesa da liberdade de expressão dos alunos do ENEM. Assim, a associação dialoga com as ideias de tolerância para com os intolerantes, propugnando que o livre debate de pensamentos seria importante para o fortalecimento democrático. Contudo, viu-se apesar de parecer possuir uma postura benevolente e pautada por um viés de neutralidade, grande parte do pensamento crítico da academia vem rechaçando a atuação do ESP. O combate ao ESP é fundamental na atual conjuntura, bastante marcada pelo avanço ultraconservador e pelas contrarreformas do governo. Os sistemáticos ataques ao caráter público da educação (e de outros setores da vida pública) e, respectivamente, aos trabalhadores em educação, colocam em xeque a permanente e inevitável construção de uma educação pública laica e socialmente referendada, com liberdade e autonomia para ensinar.

Pelo exposto, a questão de obrigatório respeito aos direitos humanos não consegue ser simplesmente resolvida no âmbito do ENEM ou pelo INEP ou pelo judiciário, mas sim por políticas públicas educacionais sistemáticas que abordem a complexidade da questão, e prepare

os cidadãos para o convívio com a diferente. Logo, construir uma sociedade em que a dignidade das pessoas não seja violada deve estar na agenda diária do Brasil, buscando-se mais eficácia as diretrizes para a educação em direitos humanos. Não há dúvidas que restam específicas falhas no edital do ENEM ao cobrar o respeito aos direitos humanos. Apesar de muito bem-intencionado e com base em normativas como PNDH, o PNEDH e o DNEDH, não se pode ter certeza que o que realmente significa direitos humanos ou educação em direitos humanos alcança a totalidade dos estudantes no Brasil, logo a sua cobrança no certame resta neste ponto criticável. Ademais, os dados trazidos na pesquisa atestam de forma simplista e preconceituosa que são os pobres, portanto, estudantes de escolas públicas, quem mais desrespeita os direitos humanos no Brasil. Entretanto, tal tese não procede, pois, os alunos com melhor renda familiar (das classes A e B), deste modo aqueles que estudam em escolas particulares, são devidamente “treinados” pelos seus professores de ensino médio e cursinho a não cometerem “esse deslize” na prova, especialmente na elaboração da proposta de intervenção. São estudantes que possuem lições especiais de redação para o ENEM, têm seus textos corrigidos segundo a grade oficial do exame, e quando exprimem em suas redações argumentos fascistas, são imediatamente “corrigidos” e instruídos pelos seus professores-corretores a não escreverem nada parecido na situação real do exame. Portanto, os alunos de baixa renda (das classes C, D e E), portanto aqueles que estudam em escolas públicas, esses, na grande maioria, nem sequer possuem aulas de redação em suas escolas; sequer ouviram falar em grade de correção do ENEM; não receberam instrução ou treinamento pelos seus professores para não desrespeitarem os direitos humanos em seus textos, e assim, são os maiores prejudicados desta política educacional.

Finalmente, deve-se assumir com firmeza a luta contra o discurso de ódio, explicar à população o perigo que ele representa e propor pactos democráticos antifascistas àqueles que defendem a democracia e o respeito a igualdade e dignidade humana, denunciando, do mesmo modo, os que pisoteiam esses valores por razões eleitorais. Deve ser travada uma luta constante em face aos retrocessos sociais e políticos propagadores de discursos de ódio, pois a defesa da democracia, do bem-estar social, dos direitos, das liberdades e da dignidade da pessoa humana tem de ser permanente.

REFERÊNCIAS

- ABREU, R. N. (2015). Exercício da cidadania e direitos humanos: as funções da competência V na redação do ENEM. In: SILVA, L. R. da; FREITAS, R. M. K. (Org.). **Linguagem, interação e sociedade: diálogos sobre o ENEM**. João Pessoa: Editora do CCTA. pp. 97- 108.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.
- ALMEIDA, Sílvio Luiz de; MOREIRA, Adilson José; O ENEM, os direitos humanos, a liberdade de expressão e a lógica da dominação. **Justificando**. São Paulo, 07 nov. 2017. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2017/11/07/o-enem-os-direitos-humanos-liberdade-de-expressao-e-logica-da-dominacao/>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- ALMEIDA, C. N.; REIS, H. E.. A educação em direitos humanos como ferramenta de consolidação e expansão dos direitos humanos. **Revista interdisciplinar de direitos humanos**, v. 6, p. 45-59, 2018.
- ARENDT, Hannah. A Ação. In: ARENDT, H. **A Condição Humana**. (1958) Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARTIGO 19. **Princípios de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade**. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em:< <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4b5827292>>. Acesso em: 16 set. 2019.
- BARBOSA, Marcia Cristina Bernardes; SILVA, Roberto da; SILVEIRA, Fernando Lang da. Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM): Uma análise crítica. **Revista Brasileira de Ensino de Física** (Online), v. 37, 2015, p. 1101.
- BARROSO, Luís Roberto. Cigarro e liberdade de expressão. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 235, jan./mar. 2004.
- BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação em direitos humanos: de que se trata**. Formação de educadores: desafios e perspectivas. São Paulo: Editora UNESP, p. 309-318, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf. Acesso fev. 2019.

BRASIL. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)** / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Versão digital e atual. Brasília: SEDH/PR, 2010, 308p. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>. Acesso fev. 2019.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH)** / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/DIAGRMAOPNEDH.pdf>. Acesso em fev. 2019.

BRASIL. **Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais (DNEDH)**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. 76p. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conferenciasdh/12a-conferencia-nacional-de-direitoshumanos/educacao-em-direitos-humanos/caderno-de-educacao-em-direitoshumanos-diretrizes-nacionais>. Acesso em fev. 2019.

BRASIL. Redação do Enem 2016a: **Cartilha do participante**. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). Rev. Externa: Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Fundação Vunesp. Brasília, 2016

BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. **Ação Civil Pública nº 0064253-55.2016.4.01.3400** da 4ª Vara Federal de Brasília. Associação Escola Sem Partido. INEP. Brasília, DF, 03 de novembro de 2016b. Brasília.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Agravo de Instrumento nº 0072805-24.2016.4.01.0000**. Associação Escola sem Partido. INEP; Procuradoria Regional Federal da 1ª Região. Relator: Carlos Augusto Pires Brandão. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016c. Brasília,

BRASIL. Redação do Enem 2017: Cartilha do participante. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Rev. Externa**: Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Fundação Vunesp. Brasília, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1127**. Ministério público Federal. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 4 de novembro de 2017b. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 613**. Partido Socialista Brasileiro - PSB. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Rosa Weber. Brasília, DF, 19 de agosto de 2019. Brasília.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 05 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 05 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 05 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 05 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 05 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil [1967a]**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 05 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.250 [1967b]**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm>. Acesso em 10 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, Brasília, 1 out. 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm> Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-Corpus nº. 82424-RS**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrante: Werner Cantalício João Becker e outra. Relator: Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, julgado em 17/09/2003. Brasília.

BRASIL. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)** / Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Versão digital e atual. Brasília: SEDH/PR, 2010, 308p. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/direito-para-todos/programas/pdfs/programa-nacional-de-direitos-humanos-pndh-3>. Acesso fev. 2018.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH)** / Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007. 76 p. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-planonacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192. Acesso em fev. 2018.

BRASIL. **Educação em Direitos Humanos**: Diretrizes Nacionais (DNEDH). Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. 76p. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/conferenciasdh/12a-conferencia-nacional-de-direitoshumanos/educacao-em-direitos-humanos/caderno-de-educacao-em-direitoshumanos-diretrizes-nacionais>. Acesso em fev. 2018.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Tradução de Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira. *Revista de Direito Público*. **Brasília**: Instituto Brasiliense de Direito Público, ano 4, v. 15, n. 117, jan./mar. 2007.

CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos: desafios atuais. In: GODOY, Rosa et.al. *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2007.

CANDAU, Vera Maria; SCAVINO, Susana. Educação em direitos humanos: concepções e metodologias. In: Ferreira, Lúcia de F.G. et al. (Orgs.). **Direitos humanos na educação superior**: subsídios para a educação em direitos humanos na pedagogia. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2010.

CANDAU, Vera Maria. Professores/as: multiplicadores/as de educação em direitos humanos. **Sociedade e Cultura**. V. 16, n. 2, p. 309- 314, jul./dez. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2003

CASTILHO, Ricardo. **Educação e direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

CATTONI, Marcelo. **O Caso Ellwanger**: Uma Crítica à Ponderação de Valores na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Mimeo, 2006.

CHEQUER, Cláudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CONSANI, C. F. Democracia e os discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. **Ethic@** (UFSC), v. 14, p. 174-197, 2015.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos (1819)**. Tradução de Loura Silveira. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 1819. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em 10 nov. 2018.

DIAZ, Alvaro Paul. La penalización de la incitación al odio a la luz de la jurisprudencia comparada. **Revista Chilena de Derecho**, v. 38, n. 2, p. 503-609. 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. Uma decisão que ameaça à democracia. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson V. (Orgs.). **Direito à democracia**: ensaios transdisciplinares. São Paulo: Conceito, 2011, p. 41-56.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; IVANOFF, F. Do Caso Ellwanger à ADI 4.815: as restrições aos direitos fundamentais e o exemplo da liberdade de expressão. **ARGUMENTA JOURNAL LAW**, v. 23, p. 159, 2015.

FARIAS, Edmilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FARRIOR, Stephanie. Holding the Matrix: The Historical and Theoretical Foundations of International Law Concerning Hate Speech. **Berkeley Journal of International Law**, 14:1, 1996.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução e prefácio de Gustavo Binbenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio**. Rio de Janeiro: Difel, 2007.

GÓES, Joaci. **Anatomia do ódio**: na família, no trabalho, na sociedade. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros LTDA., 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Os direitos humanos no contexto da globalização**: três precisões conceituais. Lugar Comum, n. 25, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Sequência, v. 23, n. 44, 2002.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução. Luiz Reppa. São Paulo: Ed. 34, 2003

IOTTI, Paulo. ENEM, Direitos Humanos e Discursos de Ódio. Um lamentável mal entendido. **Justificando**. São Paulo, 13 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/11/13/enem-direitos-humanos-e-discursos-de-odio-um-lamentavel-mal-entendido/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**, tr. de Edson Bini, 3a. ed., São Paulo, Ícone, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel, “Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática”, in **A Paz Perpétua e outros opúsculos**, trad. de Artur Mourão, Lisboa, Edições 70, 2009.

KANT, Immanuel. **Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita**. São Paulo, Martins Fontes, 2011.

KIM, R. P. Separação de Poderes e as Teorias Interna e Externa dos Direitos fundamentais: Direitos Sociais e a inaplicabilidade da Teoria Externa. **Revista de Direito Brasileira**, v. 10, n. 5, p. 275, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2MpNKcp>>. Acesso em: 12 de jun. 2019.

LAFER, Celso. O Caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. In: **Revista de Informação Legislativa**. V. 41, n. 162 abr./jun. de 2004. Disponível em: www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/948 acesso em: 24 de abr. 2019.

LEIVAS, P.G.C; SANTOS, R. H.; SCHÄFER, G. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**, v. 207, p. 143, 2015.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do Governo Civil. São Paulo, Martin Claret, 2004.

MASTRODI, J. Ponderação de direitos e proporcionalidade das decisões judiciais. **Revista Direito GV**, v. 10, p. 577-595, 2014.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da liberdade de expressão**. Florianópolis: Insular, 2008.

MCCOWAN, Tristan. O direito humano à aprendizagem e a aprendizagem dos direitos humanos. **Educ. rev.**, Curitiba, n. 55, p. 25-46, mar. 2015 .

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedras. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, I. W. Liberdade de expressão! (Superando os limites do 'policitamente (in) correto'). **Revista da Ajuris**, v. 01, p. 39-62, 2012.

NAPOLITANO, Carlo José; STROPPA, Tatiana. O supremo tribunal federal e o discurso de ódio nas redes sociais: exercício de direito versus limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, p. 314-332, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos [1948a]**. Disponível em:

<[http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacão_dos_Estados_Americanos.htm)

41_Carta_da_Organizacão_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem [1948b]**. Disponível em:

<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em 11 fev. 2019.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 05 mar. 2019.

OEA. **Plano de Ação**. Segunda Cúpula das Américas. 18-19 de abril de 1998. Santiago, Chile. Em: Documentos Oficiais do Processo de Cúpulas de Miami a Santiago. Volume I. Escritório de Acompanhamento de Cúpulas.

OEA. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2019.

OEA. **Opinión Consultiva n. 05/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos). Disponível em:

<or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019-03-21

OEA. **Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão**. 2009.

Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>.

Acesso em 15 mar. 2019.

OLIVA, Thiago Dias. **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950. Acesso em: 2019-12-23.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

ONU. **Pacto Internacional de direitos civis e políticos de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 18 fev. 2019.

ONU. **Freedom of Opinion and Expression**. [E/CN.4/1995/32]. 1995. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/Annual.aspx>>. Acesso em: 8 mar. 2019.

PASKIN NETO, Max. **O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa**. Curitiba: Bonijuris, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 12. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

POPPER, Karl. **The Open Society and its Enemies**. 5ª. ed., Princeton: Princeton University Press, 1966, p. 266.

POZZATTI JUNIOR, Ademar. Existe um fundamento para afirmar um dever de cooperação internacional? Ensaio sobre o direito internacional no quadro da ética prática kantiana. **Anu. Mex. Der. Inter**, México, v. 17, p. 591-622, dic. 2017. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542017000100591&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 14 abr. 2019.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; HAAG, Valentina Tâmara. Da transcendência à imanência: a teoria crítica como alternativa epistemológica à ineficácia dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

PRATA, Ana Rita Souza; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. Apesar de Você, Amanhã Há de Ser Outro Dia Análise das consequências da efetivação de programas como “Escola sem Partido”. In: **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo** / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. – Ano 03, v. 3, n. 8 (2016 -). – São Paulo: EDEPE, 2018, p. 83. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cad-Def-Pub-SP_n.8.pdf>. Acesso em: 19 de jun. 2019.

RAITZ, Tânia Regina; ZLUHAN, Mara Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos no cotidiano das escolas. **Rev. Bras. Estud. Pedagog.**, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, Abr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-66812014000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 set. 2019.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e de Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Instituto Teotônio Vilela; São Paulo: Editora Ática, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Revista Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 11, n. 2, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

RIBEIRO, Vera Masagão. Apresentação. In: SOUZA, Ana Lúcia Silva et.al. **A ideologia do Movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso**. São Paulo: Ação Educativa, 2016, p. 6.

RODOVALHO, Thiago; SIMÃO, José Luiz de Almeida. A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: As Justificativas Instrumental e Constitutiva para a Inclusão no Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Cadernos do programa de pós-graduação em direito - ppgdir./ufrgs**, v. 12, p. 203-229, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato Social**. São Paulo Martin Claret, 2001.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa? Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Civilização Brasileira. 3ª ed. Rio de Janeiro: 2011.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007.

SCANLON, T. M. **A theory of freedom of expression**. The difficulty of tolerance: essays in political philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SHECAIRA, Fábio. Jeremy Waldron, The Harm in Hate Speech. Cambridge: Harvard University Press, 2012. **Teoria Jurídica Contemporânea**, [s.l.], v. 3, n. 1, p.230-237, 26 dez. 2018. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.21875/tjc.v3i1.22486>. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/22486/12574>>. Acesso em: 19 jul. 2019.

SILVA, V. A. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 2, p.445-468, dez. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 167- 170.

_____. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, M. Os eliminados na redação do Enem não são quem você imagina. In: **O homem que conversa com os dados**. Disponível em: <<https://medium.com/numeralha/oseliminados-na-reda%C3%A7%C3%A3o-do-enem-n%C3%A3o-s%C3%A3o-quemv%C3%AA-imagina-7bc2acaa9e>>. Acesso em 10 out. 2019.

SOUZA, E. B.; PINHEIRO, V. S. Democracia e liberdade de expressão: o pluralismo julgado pelo utilitarismo de Mill e pelo liberalismo de Rawls. *Revista Thesis Juris*, v. 5, p. 119-144, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463/pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VYGOTSKY, L.S. **A formação social da mente**. São Paulo: Martins Fontes, 1984.

WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. In: *Harvard Law Review*, v. 123, p. 1596-1657, 2010.

_____. **The harm in the hate speech**. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2012.

ZLUHAN, Mara Regina; RAITZ, Tânia Regina. A educação em direitos humanos para amenizar os conflitos no cotidiano das escolas. *Rev. Bras. Estud. Pedagog.*, Brasília, v. 95, n. 239, p. 31-54, Apr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-66812014000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 dez. 2019.