

## Streck e Cattani: Levando a história do Direito a sério



**Lenio Luiz Streck**  
jurista e professor

Em [artigo](#) na **ConJur**, o nosso amigo professor Marcelo Galuppo nos

brinda com uma série de críticas acerca da [leitura que fizemos](#) sobre o direito de liberdade de expressão.

Agradecemos essas críticas e procuraremos respondê-las, em especial, quando Galuppo afirma que entraríamos em contradição performativa ao dizermos que *podemos* dizer o que queremos ou escrever o que queremos, mas também *podemos* ser responsabilizados e cobrados por tudo que expressarmos.

Segundo Galuppo, "Uma contradição performativa ocorre, por exemplo, quando se afirma (um discurso) que deveriam ser excluídos todos os discursos que excluem outros discursos (e, então, este discurso também está excluído)". De pronto, achamos meio forçada essa crítica. Mas, sigamos. Segundo Galuppo, talvez essa contradição performativa restaria na ambiguidade, em português, do verbo poder: *poder* no sentido de *dever* e *poder* no sentido de *possibilidade*, de algo *ser possível*. O que leva Galuppo à conclusão de que, diferentemente dele, nós estaríamos sugerindo "limitar-se o conteúdo de certos discursos". E isso, para Galuppo, teria implicações no modo com que, de forma diferente da dele, consideraríamos tanto os efeitos "lamentáveis", nas palavras dele, dos discursos no ouvinte (*mas quais ouvintes?*), quanto mesmo à história (*mas qual história?*)

Por óbvio, e nisso concordamos com Galuppo, o verbo poder é ambíguo em português. Porém, com isso, não estamos dizendo que certos discursos devam ser *previamente* censurados, por si sós, mediante um suposto privilégio de acesso a uma verdade ou correção transcendental. O que estamos falando é de *responsabilidade* pelo que foi expressado. Em outras palavras, devemos levar a história do Direito a sério.



Aqui é necessário que se esclareça um ponto. No que se refere à história estadunidense, a grande questão passa pela secular controvérsia sobre a interpretação da Primeira Emenda. Os pensadores citados por Galuppo refletiriam apenas o *establishment*, não aquelas e aqueles que com ele divergem. Mas, como afirma o próprio Dworkin, em *Freedom's Law*, o que era "heterodoxia" em Holmes, no início do século XX, passa a ser "ortodoxia" em Brandenburg, nos anos 60. Não há um só lado nessas controvérsias! É possível elencar várias e vários autores divergentes, inclusive entre si, como Richard Delgado, Mary Matsuda, Charles Lawrence, Catharine MacKinnon e mesmo Jeremy Waldron. Além disso, esses autores citados por Galuppo sequer constituiriam uma escola ou linha de pensamento única, porque suas posições se constituíram a partir de controvérsias concretas, não de teorias abstratas. Assim, elencar o que eles disseram sobre liberdade de expressão, fora das controvérsias e sem levar a sério a historicidade dos debates, é sempre correr o risco de reducionismo. Sem levar a história a sério, uma cruz pegando fogo no quintal de uma família afroamericana seria apenas uma madeira em chamas — e não é, de modo algum, apenas isso.

Já a questão da relação "falante" e "ouvinte", como colocada por Galuppo, reflete essa abstração da história, não levando a sério as "assimetrias" existentes, pois alguns não têm sequer, considerando o contexto, como "escolher" ou "contraditar". Dizermos que somos maiores de idade implica que somos "responsáveis" ou nos transformaria, contraditoriamente, em "inimputáveis"?

Como um afroamericano pode "dialogar" com uma placa que diz "whites only"? Ele pode "escolher"? Essa placa só "relata" (sentido locucionária) ou já levanta a pretensão de como o "mundo" deve ser (dimensão ilocucionária)? E o que é "perigo provável"? Se cabe averiguar quais "falantes" podem realmente produzir "dano", já estaremos admitindo, no mínimo, que "falas" são ações!

Assim, historicamente, quem tem arcado com o "custo" da liberdade de expressão, em meio ao excesso autoritário de liberalismo complacente com a violência? A "contradição performativa", portanto, é defender que haveria uma liberdade de expressão para segregar, silenciar e mesmo negar a própria história.

Essa visão ultraliberal de liberdade de expressão é a que leva, inclusive, os Estados Unidos a irem contra uma série de iniciativas internacionais, colocando-se na companhia de reconhecidas ditaduras, diferentemente de todas as demais democracias ocidentais.

Estariam os EUA certos por isso? Ou corretos estão, diferentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro ou a Corte Constitucional Federal alemã por considerarem que somos responsáveis pelo exercício da liberdade de expressão, sobre o pano de fundo de todas as disputas travadas pelo constitucionalismo que, inclusive, reconhece, como aprendizado histórico, o risco de pretensões abusivas e de suas consequências concretas.

Como vários pensadores que abordam a história da Primeira Emenda "fora das caixinhas", nos EUA, indagam: onde estão os "alvos" preferenciais dos discursos de ódio nas decisões da Suprema Corte? Nas minorias sociais e nos grupos mais vulneráveis!



Literalmente, eles não interessam, "lamentavelmente" (SIC!), para a Suprema Corte estadunidense, pois a liberdade de expressão é traduzida "em abstrato". "Lamentavelmente", também, já chegamos a milhares de mortos pela pandemia, mas por ausência de políticas públicas adequadas de saúde, não porque morrer seja um fato natural...

No fundo, a questão é hermenêutica e, por isso, profundamente política. Não podemos correr o risco de interpretarmos o Direito de modo kantianamente ingênuo. Como se a aplicação do Direito e mesmo da moral não devesse levar a sério a historicidade, os contextos de aplicação, as controvérsias interpretativas, os elementos do caso concreto.

**Date Created**

24/06/2020