

ANNA LAURA MANESCHY FADEL

**O DISCURSO DE ÓDIO É UM LIMITE LEGÍTIMO AO EXERCÍCIO DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO?: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE RONALD
DWORKIN E JEREMY WALDRON À LUZ DA HERANÇA DO LIBERALISMO DE
JOHN STUART MILL**

ANNA LAURA MANESCHY FADEL

**O DISCURSO DE ÓDIO É UM LIMITE LEGÍTIMO AO EXERCÍCIO DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO?: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE RONALD
DWORKIN E JEREMY WALDRON À LUZ DA HERANÇA DO LIBERALISMO DE
JOHN STUART MILL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Strictu
Sensu em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará –
CESUPA, como requisito para obtenção do título de Mestre em
Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e
Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos
Humanos.

Orientador: Prof. Dra. Loiane Prado Verbicaro.

Belém - PA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca do CESUPA, Belém – PA

F144d Fadel, Anna Laura Maneschky.

O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?: uma análise das teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron à luz da herança do liberalismo de John Stuart Mill / Anna Laura Maneschky Fadel. — Belém, 2017.

133 p.: il. color.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário do Estado do Pará, Mestrado Acadêmico em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional, Belém, 2017.

Orientadora: Profa. Dra. Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro.

1. Liberdade de expressão. 2. Discurso de ódio. 3. Liberalismo. 4. Waldron, Jeremy, 1953-. 5. Dworkin, Ronald, 1931-2013. 6. Mill, John Stuart, 1806-1873. I. Verbicaro, Loiane da Ponte Souza Prado (orient.). II. Título.

CDD 341.27

ANNA LAURA MANESCHY FADEL

**O DISCURSO DE ÓDIO É UM LIMITE LEGÍTIMO AO EXERCÍCIO DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO?: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE RONALD
DWORKIN E JEREMY WALDRON À LUZ DA HERANÇA DO LIBERALISMO DE
JOHN STUART MILL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Strictu
Sensu em Direito, do Centro Universitário do Estado do Pará –
CESUPA, como requisito para obtenção do título de Mestre em
Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e
Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos
Humanos.

Orientador: Prof. Dra. Loiane Prado Verbicaro.

Data de defesa: _____._____._____

Conceito: _____

Banca Examinadora

_____ - Orientador

Prof. Dra. Loiane Prado Verbicaro

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

_____ - Examinador

Prof. Dr. Sandro Alex Souza Simões

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

_____ - Examinador

Prof. Dr. André Luiz Coelho

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

AGRADECIMENTOS

À Loiane Prado Verbicaro, minha orientadora, dedicar-lhe um agradecimento é pouco, perto de sua importância para que esse trabalho fosse possível. Obrigada pelas orientações cuidadosas e precisas. Igualmente, por ter tido a oportunidade de ser sua professora assistente em Introdução ao Estudo do Direito, onde pude perceber que mais importante do que o saber, um professor deve desempenhar sua atividade com amor. Agradeço por ter me convidado a ministrar o minicurso sobre Dworkin, que teve um papel crucial nos estudos sobre o autor. O tamanho da minha admiração e carinho não cabe nessas linhas, é uma honra ter sido sua primeira orientanda. Esse trabalho é nosso!

Aos meus amados pais, Paulo e Rachel, pelo seu amor incondicional e pelo apoio à minha formação educacional. À minha irmã, Anna Paula, pessoa que eu mais amo na vida, por me ensinar que a vida só vale a pena ser vivida quando temos amor. À minha Hortência, companheira e confidente de todas as horas. Ao meu cunhado, Francisco, pela irmandade que construímos nesses 10 anos e por ser meu ouvinte mais atento e afetuoso.

Aos meus avós, Luiz Alberto, Conceição, Paulo e Joana pelo carinho e cuidado que sempre tiveram comigo. O agradecimento em especial, aqui, fica ao meu amado vovô Luiz que me incentivou a perseverar nos estudos e me influenciou a ter o hábito da leitura.

À Conceição e Eliete pela dedicação e afeto que ambas têm por mim e pela nossa casa.

Agradeço imensamente aos professores que compuseram a minha banca de qualificação, prof. André Coelho, prof. Catarina Barbieri e prof. Sandro, pelas críticas e sugestões feitas, as quais propiciaram que esse trabalho fosse finalizado.

Ao professor Sandro Alex, pela gentileza e elegância que lhes são inatas, agradeço por ter sido sua aluna tanto na graduação quanto no mestrado. Levarei seus ensinamentos para toda vida. Sou sua eterna admiradora!

Ao professor André Coelho, agradeço por ter dado uma nova luz ao meu trabalho e por ter me auxiliado na realização do mesmo. O senhor é fonte de inspiração para mim, pela sua clareza, inteligência e precisão. Agradeço pelas considerações feitas no momento da defesa deste trabalho.

Aos demais professores do PPGD do CESUPA que me fizeram ver o mundo com outros olhos. Sempre repito: o CESUPA foi transformador na minha vida.

À colega e amiga, Rafaela Neves, que desde a época da Clínica de Direitos Humanos foi meu modelo e sempre agiu como uma irmã mais velha. Obrigada pelos conselhos, pela ajuda a todo instante e pela cumplicidade.

Aos meus amigos do coração, Gabriel, Bárbara, Marina e Fernanda, agradeço-lhes pelos anos de amizade afetuosa e sincera (e os demais que estão por vir). O nosso encontro de almas.

À Carla que tanto escutou minhas lamúrias e sempre me ofereceu seu ombro amigo para me escutar, o meu eterno obrigado pela amizade e companheirismo.

À Camila e Ridivan, o que a Clínica de Direitos Humanos uniu, o mundo não separa, agradeço pela verdadeira amizade que construímos.

À Leonardo Rosa e Tarcísio Rocha, que apesar de não os conhecer pessoalmente, muito gentilmente me disponibilizaram suas dissertações de mestrado.

Às minhas amadas meninas do grupo de pesquisa (CNPQ): "Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos", ter conhecido vocês foi um dos mais felizes encontros que a vida já me proporcionou. Especialmente, à querida Ana Victória Machado que revisou esse texto com atenção e zelo. Meu eterno obrigado!

Aos meus queridos e amados alunos do curso da graduação em Direito do CESUPA, que me fazem querer ser a cada dia uma professora melhor.

Mas a liberdade de expressão foi, é e sempre será atacada – pela direita, pela esquerda, pelo centro. Virá debaixo dos seus pés, dos extremos da religião, bem como de ideologias não religiosas. Nunca é conveniente, especialmente para um poder arraigado, muita liberdade de expressão.

(Ian McEwan)

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a comparação das teorias estruturadas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, à luz da herança liberal de John Stuart Mill, em matéria de limitação à liberdade de expressão, especificamente, em casos de discurso de ódio. De antemão, vale a ressalva de que este debate se insere no contexto específico do liberalismo norte-americano. Por esse motivo, elegeu-se dois autores representativos do discurso liberal contemporâneo. Para cumprir com essa finalidade, no primeiro capítulo serão delineadas características do pensamento político liberal, principalmente, as contribuições que desenvolveu sobre os limites legítimos ao exercício da liberdade de expressão. Em seguida, será apresentada a proposta de Waldron quanto à possível regulação do discurso com base no conteúdo, em conexão a sua defesa em matéria de dignidade. Na oportunidade, será sustentado que esse autor amplia o conceito de dano, defendido por Mill, ampliando-o a hipóteses de danos morais e psíquicos. Por fim, serão expostos os argumentos de Dworkin em favor de uma liberdade em sentido forte, o que implica em afirmar que o Estado deverá tratar todas as opiniões e convicções com igual respeito e consideração, inclusive nos casos de discurso de ódio.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão. Discurso de ódio. Liberalismo Político

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO PRIMEIRO	18
1 O LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN STUART MILL E A DEFESA PELA MÁXIMA LIBERDADE: HERANÇA DO PENSAMENTO LIBERAL	18
1.1 PRESSUPOSTOS DO PENSAMENTO FILOSÓFICO LIBERAL: O PONTO DE PARTIDA	21
1.2 JOHN STUART MILL: PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTIDOS EM “ON LIBERTY”	22
1.2.1 O PRINCÍPIO DO DANO (<i>HARM PRINCIPLE</i>) E OS LIMITES LEGÍTIMOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	24
1.2.2. O DESENVOLVIMENTO PESSOAL, O PROGRESSO SOCIAL E O PAPEL DA LIBERDADE	32
1.3 CONCLUSÕES PARCIAIS I: ANTESSALA PARA O PRÓXIMO CAPÍTULO	35
CAPÍTULO SEGUNDO	37
2 A LIBERDADE E O DISCURSO DE ÓDIO: JEREMY WALDRON	37
2.1 A REGULAÇÃO (?) DO DISCURSO DE ÓDIO BASEADA EM UMA RESTRIÇÃO DE CONTEÚDO: JEREMY WALDRON	38
2.2 A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE	47
2.3 OFENSAS AO GRUPO, DIFAMAÇÃO ESCRITA E O CONCEITO DE DIGNIDADE	53
2.4 OS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ARGUMENTO DA VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA DOS INDIVÍDUOS	61
2.5 A CONCEPÇÃO DE DIREITOS EM WALDRON E OS DESACORDOS	65
2.6 CRÍTICAS DE JEREMY WALDRON AO ARGUMENTO DA LEGITIMIDADE POLÍTICA SUSTENTADO POR RONALD DWORKIN	69
2.7 CONCLUSÕES PARCIAIS II: ANTESSALA PARA O PRÓXIMO CAPÍTULO	72
CAPÍTULO TERCEIRO	74
3 IGUALDADE E LIBERDADE COMO CONDIÇÕES DA DIGNIDADE: RONALD DWORKIN	74
3.1 CONCEPÇÃO DE DIREITOS EM DWORKIN: A LIBERDADE COMO UM TRUNFO	75
3.2. LIBERDADE E IGUALDADE SÃO INCONCILIÁVEIS?	81
3.2.1 DIREITO À LIBERDADE OU LIBERDADES?	82
3.2.2 O CONCEITO DE IGUALDADE PARA DWORKIN: LIBERALISMO IGUALITÁR’ A IGUALDADE DE RECURSOS	87
3.2.3 O LUGAR DA LIBERDADE NA IGUALDADE DE RECURSOS	87
3.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CONCEITO DE DIGNIDADE EM DWORKIN: EXISTE UM DIREITO AO DISCURSO DE ÓDIO? – A INDEPENDÊNCIA ÉTICA COMO INTERPRETAÇÃO DA LIBERDADE	91

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS III:	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS	120
ANEXO	129

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a comparação das teorias estruturadas por Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, à luz da herança liberal de John Stuart Mill, em matéria de limitação à liberdade de expressão, especificamente, em casos de discurso de ódio. De antemão, vale a ressalva de que este debate se insere no contexto específico do liberalismo norte-americano. Por esse motivo, elegeu-se dois autores representativos do discurso liberal contemporâneo.

Almeja-se que este trabalho possa contribuir com a academia brasileira, notadamente, pela escolha bibliográfica que o fundamenta. Jeremy Waldron, um autor pouco estudado no Brasil e com apenas uma obra traduzida para o português, além de utilizar uma parte pouco explorada da teoria de Ronald Dworkin, a sua teoria política, afastando-se da tradicional abordagem do interpretativismo e da teoria do direito.

Ronaldo Porto Macêdo (2016) situa o debate travado entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, sobre a regulação do discurso de ódio, como um verdadeiro duelo entre pressupostos e valores distintos, assim como a metodologia eleita por cada um dos autores. De um lado, tratando-se dos valores a serem resguardados em uma democracia, o sentimento de confiança individual (*assurance*), cultivado entre os cidadãos e, também, para com o Estado e a dignidade, compreendida como categoria (*rank*), em Waldron, *versus* a autonomia da expressão e a liberdade como um requisito da dignidade, para Dworkin. Em caráter metodológico, Waldron aposta em um conceito de dignidade sociológico, enquanto Dworkin considera que a própria dignidade seja um conceito interpretativo normativo (2016, p. 25).

Após a Segunda Guerra Mundial, diversas democracias ocidentais, como Reino Unido, Alemanha e Nova Zelândia, passaram a proibir o discurso de ódio, em virtude das atrocidades cometidas pela Alemanha nazista, com a finalidade de impedir a disseminação de ideias consideradas perigosas. Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o termo significa “*el discurso destinado a intimidar, oprimir o incitar al odio o la violencia contra una persona o grupo en base a su raza, religión, nacionalidad, género, orientación sexual, discapacidad o otra característica grupal, que no conoce fronteras de tiempo ni espacio*”¹ (CIDH, 2004, p. 1).

¹ O discurso destinado a intimidar, oprimir, incitar o ódio ou a violência contra uma pessoa ou um grupo com base na sua raça, religião, nacionalidade, gênero, orientação sexual, incapacidade ou outra característica do grupo que não conhece fronteiras de tempo e espaço (tradução nossa).

Entretanto, ratifica-se que não se trata de um conceito objetivamente determinado. Assim como, apesar de se reconhecer que tenha uma intenção legítima, a diminuição da discriminação, a sua aplicação e os seus resultados podem não ser os almejados. Se uma democracia considera a todos igualmente, não estariam incluídas as mais diversas noções e visões de mundo? Mesmo aquelas que possam ser consideradas como desprezíveis, minoritárias ou ofensivas?

Uma legislação que viesse a regular esse discurso atentaria contra a autonomia individual ou, na verdade, protegeria a dignidade dos membros de grupos vulneráveis? A liberdade de expressão, enquanto um direito individual, poderia ser limitada mediante a vontade da maioria ou configuraria um trunfo frente às metas sociais coletivas? Estas são questões difíceis e ratificam a própria complexidade que circunda o tema. Não há uma saída fácil.

A hipótese levantada nesta obra é de apreender, à luz dos argumentos dos autores em questão, se o discurso de ódio se enquadra como uma possibilidade de restrição ao exercício da liberdade de expressão. Para tanto, parte-se da ideia de que ambos partilham da herança liberal do filósofo inglês, John Stuart Mill (1806-1873), e reinterpretam o argumento do “princípio do dano” (*harm principle*), delimitado pelo autor em “*On Liberty*”, como uma possível limitação ao exercício da liberdade.

Não é coincidência a escolha do nome da obra de Waldron, “*The Harm of Hate Speech*”, pois o autor busca ampliar a concepção de dano para casos mais subjetivos, contrariando a ideia original do autor de dano físico ou econômico.

A defesa do autor inglês de que os seres são moralmente responsáveis e de que a maioria não poderá impor suas convicções à minoria são, dentre outros, aspectos que se aproximam do pensamento dworkianiano sobre liberdade.

Para além disso, qualquer debate contemporâneo de liberdade de expressão deve passar necessariamente por Mill, suas ideias constituem um marco teórico na virada do liberalismo, especialmente pelo seu contexto histórico, expandindo as discussões a patamares mais complexos.

O primeiro capítulo dessa obra terá como objetivo principal discutir sobre o liberalismo de John Stuart Mill para que se possa compreender a influência que este exerce sobre as teorias de Waldron e Dworkin.

Para tanto, a primeira seção desse capítulo traçará quais as principais características do liberalismo enquanto pensamento filosófico, a fim de situar Mill como uma referência dessa corrente de pensamento dentro do liberalismo moderno. Alguns aspectos importantes são

remarcados nesse momento, como definir sobre qual tipo de liberdade o autor considera como relevante e que merece ser protegida.

Em seguida, serão exploradas as ideias trazidas pelo autor inglês na obra “On Liberty”, publicada em 1859, e ainda hoje considerada uma referência (ou ponto de partida) de uma discussão sobre liberdade de expressão no contexto liberal.

Nesse momento, será explicado no que consiste o princípio do dano (*harm principle*) e o motivo pelo qual é considerado um limite legítimo ao exercício da liberdade. Além disso, se adentrará na discussão da defesa de Mill pela máxima liberdade de expressão, perpassando pelos argumentos da falibilidade, da parcialidade, do mercado de ideais e o da não-dogmatização.

Por fim, busca-se explicar o porquê de Mill rejeitar uma interferência paternalista na vida dos cidadãos e, também, porque a liberdade e o estímulo ao debate fazem com que o indivíduo desenvolva racionalmente, o que impacta diretamente na sociedade em que convive.

O segundo capítulo buscará sistematizar os argumentos trazidos em “*The Harm of hate speech*”, que, ao contrário de “*Law and disagreement*”, não é um dos exemplares tradicionalmente estudados por aqueles que se debruçam sobre Waldron.

Em linhas gerais, se apresentará a proposta de Waldron de um modelo de regulação do discurso baseado no conteúdo, sob a justificativa de que o uso deliberado da liberdade de expressão pode ser abusivo, insultante, ameaçador ou capaz de diminuir os membros de grupos vulneráveis. Busca-se demonstrar como o autor discorda da frase, “eu odeio o que você diz, mas eu defendo, até a morte, o seu direito de dizê-lo”, frase comumente repetida por um pensamento liberal estadunidense que enaltece a ampla liberdade concedida pela Primeira Emenda da *Bill of rights*.

Será possível entender o porquê o discurso de ódio, segundo o autor, fere a dignidade dos indivíduos e viola o direito à inclusão (*public good of inclusiveness*), assim como polui o ambiente público. O *hate speech* não configura, portanto, mero desgosto por algo ou alguém, mas sim, remete a um desejo de exclusão ou/e inferiorização do outro. Além disso, apresenta-se a posição do autor em regular a difamação escrita (*libel*), por considerá-la mais danosa ao espaço público do que a expressão oral (*slander*).

Em seguida, será abordada a ideia de relativização da autonomia e proteção da dignidade. De acordo com o autor neozelandês, faz com que os indivíduos, pertencentes aos grupos minoritários, tenham dificuldade de viver as suas vidas de uma forma digna. Portanto, as leis que regulam o discurso de ódio não apenas asseguram que essa política de dignidade

seja mantida, como também impedem que um bem público rival, de racistas e islamofóbicos, por exemplo, construa-se socialmente.

Sobre o conceito de dignidade, desenvolvido por Waldron, pode-se comentar que o mesmo se conecta à ideia de *rank* (nível/posição), ou seja, ser titular de direitos humanos é ocupar um alto nível social, sendo esta posição dividida, igualmente, a todos os demais cidadãos. Nesse momento, será possível perceber a defesa do autor sobre essa proteção da dignidade e o *status* social (*equal moral status*) que cada indivíduo possui e devem ser resguardados tanto pelo Estado quanto pelos demais cidadãos.

Dessa forma, à luz da perspectiva do autor, as leis que regulam o discurso de ódio não são as de impedir que os indivíduos sejam vítimas de ofensas, mas de protegerem a sua dignidade e, para tanto, defendem que a dignidade possui um caractere objetivo.

Tal diferenciação é importante para que se possa compreender o motivo pelo qual leis de blasfêmia, por exemplo, não seriam compatíveis com a sua proposta. A dignidade que deve ser protegida é a do religioso e não a da religião. Nesse ponto, uma interessante argumentação é feita quanto ao caso dos *cartoons* dinamarqueses, que ofendiam o profeta Maomé, que não poderiam ser considerados como discurso de ódio.

Em seguida, se apresentará a observação de Waldron que grande parte da *jurisprudence* norte-americana, sobre liberdade de expressão, funda-se em um ideal de autonomia plena aos cidadãos, como no caso do autor Ed Baker. Contudo, observa-se que para atingir um bem maior: o de proteger a dignidade e o *social standing* daqueles que são atingidos pelo discurso de ódio, essa autonomia deve ser relativizada.

A regulação do discurso pelo conteúdo trata-se de um argumento propriamente político. A finalidade precípua é de que todas as vozes possam ser ouvidas e possam participar da vida pública. Nesse contexto, apresenta-se a crítica do autor ao “mercado de ideias”, tradicionalmente, defendido na doutrina norte-americana da Primeira Emenda.

Expõe-se, ainda, a concepção de direitos de Waldron, a qual autor interpreta a liberdade de expressão, objeto desta obra, como um direito-responsabilidade (*responsability-right*). Segundo a mesma, esse direito tem um sentido instrumental, ou seja, deve atingir uma determinada finalidade para que seu exercício seja considerado legítimo. Como será abordado, o fim da liberdade de expressão deve ser o de contribuir para a deliberação pública, como uma responsabilidade “parasitária” a ser atendida.

Em seguida, serão apontadas as críticas de Waldron ao argumento da legitimidade política de Ronald Dworkin. Na oportunidade, será discutido o fundamento que o autor neozelandês utiliza para se contrapor à defesa de direitos como trunfos. Nesse ponto, ficará

claro por que o autor compreende que a liberdade não deve ser interpretada como um direito de especial importância, mas sim, a dignidade dos indivíduos.

Nesse sentido, debaterá por que o autor discorda que este seja o preço que é pago pela legitimidade política de uma democracia, a dignidade não pode ficar à mercê de um “jogo político”. Tratando-se das leis antidiscriminação, o autor realiza uma importante distinção, ao interpretar a teoria dworkianiana, entre *upstream* e *downstream laws*, as quais serão devidamente trabalhadas.

No terceiro capítulo, o objetivo principal será o de discutir a sua teoria política, atribuindo um sentido ao conceito de liberdade, a fim de compreender a sua posição quanto à defesa do discurso de ódio. Reforça-se o verbo “compreender”, porque, ao longo da pesquisa, diversas experiências foram trocadas com demais alunos e pesquisadores, seja no grupo de pesquisa: “Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos”, em palestras sobre o tema, em sala de aula, como professora assistente, ou, até mesmo, em conversas informais, pode-se perceber a inconformidade de que logo Dworkin, reconhecido autor que defende a igualdade, pudesse defender a legitimidade de se proferir discursos considerados odiosos. Em síntese, a resposta era notadamente a mesma: nunca se esqueçam de onde Dworkin vem e para quem escreve.

Um problema recorrente ao ler Dworkin é o de fazê-lo às luzes do Brasil, assim como foi feito nunca se pode perder de vista que as tradições influenciam os posicionamentos dos autores. Isto não significa que não se pode utilizá-los, estudá-los ou se inspirar neles, porém se deve entender o que se passa por detrás, qual sua origem e em que contexto está inserido.

Então, em resposta a esta suposta “incoerência”, esse terceiro capítulo objetiva estruturar o porquê, dentro da teoria de Dworkin, do discurso de ódio ser plenamente compatível com a ideia de democracia – defendida pelo autor, bem como com a sua concepção de direitos e ao liberalismo igualitário, não havendo por que se falar em contradição, muito embora possam ser feitas críticas ao que foi sustentado. Ressalta-se, portanto, a impossibilidade de haver conflito entre igualdade e liberdade, se interpretados à luz de sua teoria.

A defesa generosa que Dworkin faz sobre a liberdade de expressão conecta-se a dois pontos que precisam ser compreendidos em sua teoria, o primeiro é que uma sociedade liberal-igualitária deve respeitar essa liberdade de forma abrangente, assim como uma democracia coparticipativa, pautada em uma cultura da liberdade, deve resguardá-la de forma contundente. Por esse motivo que o autor considera que algumas formas de pornografia, o negacionismo ao holocausto e o discurso de ódio, objeto dessa obra, são plenamente

compatíveis com o ambiente democrático. No entanto, faz-se imprescindível explicitar a sofisticação do argumento, mesmo que não se concorde com o seu teor.

Portanto, para que tal compreensão possa ser alcançada, o capítulo, em questão, divide-se em três eixos. Na primeira parte, será analisada a exposição argumentativa do autor quanto a defesa de direitos individuais como trunfos e objetivos políticos individuados – direitos em sentido forte - mecanismo capaz de barrar as metas sociais abrangentes. Deve-se ter em vista, igualmente, que, diante da concepção de direitos de Dworkin, esses direitos individuais são prévios, até mesmo, à existência do Estado. Além disso, como são “argumentos de princípio” podem ser salvaguardados, mesmo que não haja previsão expressa em lei, ou seja, podem ser identificados implicitamente. Ao trabalhar com o tema liberdade de expressão e seus possíveis limites, discute-se o caso trazido por Dworkin, chamado: “Os sete de Chicago”, no qual o autor busca estabelecer balizas para que uma intervenção a essa liberdade possa ser considerada legítima.

Em seguida, debate-se se há um direito geral à liberdade (*freedom*) ou, de forma distinta, direito a liberdades (*liberties*), importante diferenciação que se relaciona com a ideia de liberdade como independência. Nesse diapasão, revisita-se o célebre exemplo de Dworkin em “Levando os direitos a sério”, que justifica o motivo pelo qual o Estado não viola a liberdade quando determina o sentido de uma avenida, mas a viola quando censura a livre expressão. Assim, ter liberdade a algo é agir de uma determinada maneira, mesmo que uma maioria desaprove. Trabalha-se sob a égide da liberdade como um verdadeiro reflexo da autonomia dos indivíduos, crucial para entender, mais tarde, o que Dworkin defende como “cultura da liberdade”.

A discussão centra-se na política distributiva do autor, ou seja, na teoria de justiça pautada na igualdade de recursos. Em um primeiro momento, pode parecer curioso abordar essa passagem de sua teoria para discorrer sobre discurso de ódio, porém se entende que, ao assimilá-la, torna-se mais simples perceber o porquê da liberdade e da igualdade serem impassíveis de conflito.

De início, pode-se destacar, em linhas gerais, que a parte mais importante de ser apreendida nesse tópico é a seguinte: a liberdade não é um recurso a ser leiloado, mas sim, um pressuposto da própria existência desse leilão. As pessoas apenas podem traçar seus planos de vida, caso tenham poder de escolha. O exemplo mais ilustrativo dessa passagem é o caso do escultor que apenas adquirirá a argila – como recurso leiloado – se possuir liberdade de expressão plena para criar uma escultura satírica.

Na segunda parte, inicia-se com o seguinte questionamento: “existe um direito ao discurso de ódio?”, pergunta considerada forte, à primeira vista, mas a qual se esclarece que, na verdade, foi feita uma analogia ao título do artigo “Temos um direito à pornografia?”, que compõe a obra *Direito da Liberdade*, publicada em 1996. Nesse momento, busca-se concatenar a igualdade de recursos, a liberdade como um pressuposto dessa distribuição igualitária e a defesa de Dworkin ao discurso de ódio.

Para fortalecer o argumento, apresenta-se a defesa de Dworkin que a liberdade de expressão não pode ser concebida sob uma perspectiva unicamente instrumental. Por instrumental, o autor considera como se atendessem (ou devessem atender) a uma finalidade específica, como fortalecer a democracia ou, como defende Waldron, para o aperfeiçoamento da deliberação pública. A defesa mais calorosa dessa perspectiva, talvez a de Stuart Mill, o qual considera que a liberdade é importante para se alcançar algum tipo de verdade. No entanto, pontua que se assim o fosse, por que se defenderiam expressões artísticas, científicas e odiosas, como passeatas nazistas e cruzeiros em jardins? Em sentido contrário, entende-se por que desenvolve a ideia de que a Primeira Emenda possui um espeque de proteção amplo e, por conta disso, não poderá haver um controle sobre o conteúdo de uma expressão. Isto quer dizer que se deve proteger, em uma democracia, até mesmo, as expressões que odiamos.

Apresenta-se uma justificativa constitutiva da liberdade, que não se preocupa apenas com as consequências, mas com a capacidade de contribuir para a “boa vida”, fundamentada na ética liberal de Dworkin. Isto é, explicita-se o porquê de considerar que os indivíduos são moralmente responsáveis por suas escolhas e o motivo pelo qual elas devem tomar as suas próprias decisões a partir do que seja considerado bom ou mal na sua vida, seja esta moral ou política.

Dessa forma, apresenta-nos a sua concepção de individualismo ético e da importância desses argumentos para a opinião pública. Não é papel do Estado ditar o que é bom ou ruim em uma democracia, nem mesmo que esta decisão esteja chancelada pela vontade da maioria.

O fato de visões de mundo, gostos, ideais ou escolhas se chocarem não pode impedir que ninguém deixe de influenciar o espaço público; o “ambiente moral comum” é pensado para que todos possam se expressar. Em outros termos, mesmo que certas pessoas tenham gostos e opiniões diferentes (ou mesmo hostis), elas ainda têm o direito de influenciar os demais no ambiente público. A extensão do sentido de igualdade estará correlacionada com igual consideração e participação de todos os indivíduos, indistintamente, no espaço público.

Nessa mesma linha, discute-se acerca do individualismo ético, que necessita de uma cultura de independência por meio de atos de convicções individuais independentes. Assim, é diametralmente oposta à cultura da conformidade, do moralismo, da monopolítica ou da simples determinação da maioria, trabalhado pelo autor em “Direito da Liberdade”. A “cultura da liberdade” implica concluir que seja errado julgar o valor da liberdade à luz de políticas de custo-benefício, bem como que ideias, convicções, opiniões, informações sejam criadas, conservadas e disseminadas. Portanto, a liberdade será entendida como parte constitutiva da democracia e não uma forma de alcançá-la.

Nesse contexto, explica-se por que não há um pretensão direito de não ser ofendido, haja vista que, sucintamente, em uma sociedade que respeite a “cultura da liberdade”, a ofensa será um resultado, muito embora não deva ser confundida com discriminação, e isto é importante de se sublinhar. Na democracia coparticipativa, medidas que discriminem terceiros por raça, credo, sexo, religião etc. não devem ser toleradas, em função de, ao se estabelecer uma política dessa natureza, estar-se-ia impedindo que esse indivíduo acesse a um recurso no leilão e todos devem ser sujeitos de igual consideração.

Por isso, uma lei que proíba que negros sejam nomeados servidores públicos é incompatível com a defesa de Dworkin, mas se um terceiro chamá-lo de “crioulo”, em regra geral, é permitido – isto, entretanto, não significa que deva fazer. Outrossim, explica-se o fato do discurso de ódio ser incapaz, de acordo com esse autor norte-americano, de violar a igualdade.

Na terceira parte, dedica-se à explicação do conceito de dignidade, proposto por Dworkin. De imediato, ressalta-se que esta é uma breve apresentação, pois, caso fosse analisada de forma pormenorizada, fugiria ao objeto dessa obra.

Salienta-se que os princípios da igual consideração (princípio do valor intrínseco, em “A Democracia possível”) e da responsabilidade pessoal foram as denominações modificadas por Dworkin, posteriormente, em “Justiça para ouriços”. Logo, adota-se a sua última designação: “respeito por si mesmo” e “autenticidade”, respeitadas e feitas as devidas diferenciações. Nestes termos, serão destrinchados os princípios que compõem a dignidade, com a finalidade de se sustentar, conforme o autor, a justificativa de que, ao limitar a liberdade de expressão, no caso do discurso de ódio, fere-se a dignidade do indivíduo.

Portanto, além de um compromisso com a legitimidade política, essa proteção refere-se à proteção do próprio indivíduo enquanto ser moralmente responsável. Assim, busca-se explicar o motivo pelo qual o Estado não poderá restringi-la.

Por fim, para responder a pergunta-problema e cumprir com os objetivos fixados, será utilizado como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica-documental, a partir do estudo da literatura citada, a qual se coaduna aos objetivos elencados no presente projeto. Para cumprir tal finalidade, serão utilizadas algumas fontes de informação, destacando-se os livros, artigos, dissertações e teses sobre o assunto debatido.

CAPÍTULO PRIMEIRO

1 O LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN STUART MILL E A DEFESA PELA MÁXIMA LIBERDADE: HERANÇA DO PENSAMENTO LIBERAL

O objetivo deste capítulo é discutir as ideias trazidas pelo liberalismo de John Stuart Mill em matéria de liberdade de expressão. A finalidade é delimitar a herança de seu pensamento para as teorias de Waldron e Dworkin, a serem expostas nos capítulos subsequentes.

Não há como, em um debate contemporâneo sobre liberdade de expressão, não adotar como ponto de partida os argumentos desenvolvidos por Mill em “*On Liberty*” (1859). Essa obra é um marco na filosofia moderna e inaugura uma nova fase ao pensamento liberal, desde a forma como o autor enxerga o direito à liberdade aos limites legítimos que estipula ao seu exercício.

A primeira seção deste capítulo refletirá sobre os pressupostos do pensamento filosófico liberal, partindo do pensamento clássico e enquadrando as ideias millianas como modernas. Nesse ponto, reiterará a importância da reafirmação dos direitos individuais frente às injustiças e crises de uma sociedade pós-absolutista, onde o monarca não era mais o detentor do monopólio do poder político, mas sim a maioria dentro de um contexto democrático. Reafirmará, ainda, o compromisso do liberalismo com os valores da pluralidade e da tolerância, não assumindo, *a priori*, nenhum “bem comum” a ser seguido por todos.

A segunda seção objetiva examinar os argumentos sustentados por Mill no livro citado anteriormente. Para que isso fosse possível, divide-se a exposição em duas subseções distintas. A primeira subseção abordará o critério adotado pelo autor como limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão: o princípio do dano (*harm principle*).

Na oportunidade, remarcará a importância de se estabelecer um critério que fosse considerado objetivo, para que o exercício desse direito não ficasse condicionado à vontade do maior número. Ainda sobre esse assunto, será apresentada a defesa pela máxima liberdade de expressão, perpassando pelos argumentos da falibilidade, da parcialidade, do mercado de ideias e da não-dogmatização. Além disso, será explicado o motivo de Mill rejeitar uma atuação paternalista do Estado sobre os cidadãos.

A segunda subseção terá como objetivo esclarecer qual o papel da liberdade de expressão para o progresso tanto do indivíduo quanto da sociedade. Os cidadãos, enquanto seres racionais, apenas florescerão em uma sociedade que rejeite o conformismo. Por sua vez,

uma sociedade apenas progredirá, segundo Mill, quando esses indivíduos atenderem as suas potencialidades.

Por fim, serão feitas breves considerações sobre a temática proposta no presente capítulo, a fim de traçar um caminho para as ideias a serem apresentadas nos demais.

1.1 PRESSUPOSTOS DO PENSAMENTO FILOSÓFICO LIBERAL: O PONTO DE PARTIDA

O liberalismo, enquanto pensamento filosófico-político, teve como período decisivo para a sua ascensão as revoluções burguesas do século XIX, momento que a contenção do Estado absolutista e de afirmação dos direitos individuais eram algumas de suas preocupações mais marcantes. O valor da liberdade – e os limites ao seu exercício - possui, igualmente, papel central no debate.

Benjamin Costant em “A liberdade dos antigos comparada à dos modernos” (1819) afirma que a liberdade dos antigos é uma liberdade que enseja uma participação na condução da coisa pública sobre os vários assuntos da sociedade. É uma liberdade política e coletiva onde há submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Portanto, havia uma supremacia do corpo social sobre a vontade dos indivíduos. Por outro lado, a concepção moderna centra-se na ideia da liberdade enquanto exercício individual de um direito. O Estado existe para balizar as relações entre os cidadãos e permitir que essas garantias individuais sejam exercidas, nascendo, assim, a própria ideia contemporânea de Estado de Direito².

² “Perguntai-vos primeiro, Senhores, o que em nossos dias um inglês, um francês, um habitante dos Estados Unidos da América entendem pela palavra liberdade. É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não podar ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferirem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração. Comparai agora a esta a liberdade dos antigos. Esta última consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontrareis entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância. Nada é concedido a independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. A faculdade de escolher seu culto, faculdade que consideramos como um de nossos mais preciosos direitos, teria parecido um crime e um

O modelo liberal interpreta a liberdade como um direito individual, uma garantia contra o arbítrio do Estado e dos demais cidadãos, aliando-se a segunda concepção apresentada por Benjamin Constant.

O pensamento liberal não se centra na ideia da perfeição humana ou de alguma concepção de boa vida. Na realidade, algumas das convicções mais profundas do pensamento liberal é justamente a tolerância e a pluralidade de ideias. Não se deve estabelecer, portanto, um *summum bonum* (concepção de bem) único, pois isto acabaria por suprimir as diversas visões de mundo que cada indivíduo possui. Ao Estado caberia uma postura de neutralidade e de tolerância (DEVIGNE, 2006, p. 163). Nas palavras de Ripstein:

*Liberalism is fundamentally a doctrine about the legitimate uses of state power, and the sovereignty principle articulates the basis for those limits in terms of ideas of individuality and independence. It provides a narrow rationale for the legitimate use of state power, and precludes other proposed bases*³ (2006, p. 1).

Em “Carta sobre a tolerância” (1689), John Locke, representante do liberalismo clássico, já se inclinava a debater as dificuldades do pluralismo, em um contexto marcado pelas perseguições religiosas, e estruturou importantes argumentos em favor da liberdade de convicção. Em síntese, pode-se afirmar que ao Estado cabe a neutralidade e a imparcialidade diante das convicções de cada indivíduo.

O exercício da liberdade religiosa deve ser livre e espontâneo, não cabendo impor forçadamente a prática aos demais. Não se pode compelir alguém para salvar sua alma, pois a conversão interior não pode ser alcançada por meio da coação, apenas pela persuasão e pelo argumento racional.

A convivência entre diversas formas de enxergar o mundo mostra-se como um verdadeiro desafio para a modernidade, embora haja um compromisso com a pluralidade de ideias no liberalismo. O mundo cada vez menos homogêneo enfrenta dificuldades para compatibilizar opiniões e valores que comumente colidem entre si

Tratando-se do liberalismo, Hobbes estava preocupado com as relações econômicas e com o bem-estar individual. Por sua vez, Locke acrescentou à discussão a preocupação das

sacrilégio para os antigos. Nas coisas que nos parecem mais insignificantes, a autoridade do corpo social interpunha-se e restringia a vontade dos indivíduos. Em Esparta, Terpandro não pode acrescentar uma corda à sua lira sem ofender os Éforos. Mesmo nas relações domésticas a autoridade intervinha. O jovem lacedemônio não pode livremente visitar sua jovem esposa. Em Roma, os censores vigiam até no interior das famílias. As leis regulamentavam os costumes e, como tudo dependia dos costumes, não havia nada que as leis não regulamentassem” (CONSTANT, 1980, p. 2-3).

³ “Fundamentalmente o liberalismo é uma doutrina sobre os usos legítimos do poder do estado, e o princípio da soberania articula a base para os limites em termos de ideias de individualidade e independência. Assim, estabelece uma lógica para o uso legítimo do poder do estado e se opõe a outras propostas de limitação” (tradução nossa).

relações políticas do “*large-group*”, enquanto que Smith centrou-se, especialmente, na iniciativa privada. O liberalismo de John Stuart Mill retorna o foco ao indivíduo, tanto pelo bem deste quanto pela própria sociedade (HARDIN, 2003, p. 62). .

Isto porque os primeiros autores mencionados fazem parte da noção clássica do pensamento liberal, como uma forma de reafirmação dos direitos individuais. John Stuart Mill enquadra-se em uma segunda fase desse pensamento, denominado de liberalismo moderno⁴, no qual “*surge da percepção das crises e das injustiças produzidas pelos mecanismos livres do mercado e da necessidade de uma intervenção do Estado em alguns setores estratégicos da vida econômica e social a fim de assegurar, por um lado, o equilíbrio do mercado e, por outro, um acesso mais amplo e igualitário aos recursos sociais*” (COELHO, 2008, informação online).

No contexto do liberalismo moderno, a questão da pluralidade alcança patamares ainda mais complexos. Para o pensamento de Mill, a expansão do conhecimento científico e racional e os conflitos religiosos influenciaram o rumo de sua teoria, enquanto que para Dworkin e Waldron, em um contexto contemporâneo, novos problemas se demonstram latentes como os direitos das mulheres, dos negros, dos mulçumanos imigrantes, dos homoafetivos, dentre outros, que acabam por ampliar o debate ora travado.

Além disso, depois da queda do “Leviatã”, outras preocupações passam a emergir. A partir do momento que o povo chega ao poder e a democracia se funda como o modelo político no mundo ocidental, desenvolver mecanismos de contenção das paixões das maiorias que possam vir a ser formadas, passa a ser a inquietação dos autores modernos, como Mill.

Destaca-se que o cerne dessa obra é o exercício da liberdade, mais especificamente, se o discurso de ódio (*hate speech*) poderá ser interpretado como um limite à liberdade de expressão e, portanto, aprofundar na teoria de Mill sobre a liberdade mostra-se necessária para alcançar o objetivo estabelecido.

1.2 JOHN STUART MILL: PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTIDOS EM “ON LIBERTY”

Não se pode iniciar uma discussão contemporânea sobre liberdade de expressão, sem mencionar John Stuart Mill. O autor inglês foi um importante marco na filosofia liberal e

⁴ Isaiah Berlin (1986, p. 10) classifica Mill como o fundador do pensamento liberal moderno. Portanto, mesmo que tal classificação não seja pacífica, considerou-se, nessa obra, que Mill foi uma importante ponte intelectual entre o liberalismo clássico e o liberalismo moderno, ou da justiça social. Especialmente, pela mudança de como reinterpretar o conceito da liberdade à luz do papel que o Estado nas relações sociais.

ainda hoje suas reflexões sobre tanto a importância da liberdade quanto quais limites poderiam ser estabelecidos ao seu exercício, a partir do “*harm principle*”, possuem uma profunda influência nas discussões travadas ainda hoje.

Esta é justamente a hipótese levantada nessa obra, de que Dworkin e Waldron, dentre outras distinções, possuem concepções distintas daquilo que interpretam como “dano” (*harm*), o que influencia no que consideram como limites à liberdade.

Debater “Sobre a Liberdade”, originalmente intitulado de “*On liberty*” (1859), é estabelecer um marco teórico inicial sobre liberdade de expressão e o liberalismo político, trazendo argumentos do autor inglês John Stuart Mill acerca da possibilidade de se estabelecer limites ao exercício desse direito. O contexto histórico em que o livro foi escrito é de um período no qual vários pensadores foram perseguidos pelas suas opiniões conflitantes com a opinião dominante, espelho daquilo que a religião cristã afirmava. Trata-se de um período de verdadeiro embate de ideias, basta afirmar que no mesmo ano da publicação de “Sobre a Liberdade”, “A origem das espécies” de Charles Darwin, que desafiava o criacionismo, foi publicado.

Como supunha Mill, assim como diversos filósofos anteriores e posteriores a ele, o período histórico que vivera foi marcado por um período de transição do mundo, onde as instituições políticas não mais representavam os princípios daquela sociedade. A perda da autoridade da Igreja combinada com a destituição dos regimes monárquicos na Europa produziram dois efeitos: a tentativa de se estabelecer uma ciência social que fosse racional (COWLING, 1990, p. 3).

O liberalismo não mais representava a posição minoritária no caráter político. A preocupação volta-se para a proteção do indivíduo. Entretanto, mesmo após a queda do rei, ainda há um tirano: a maioria. Os pensamentos divergentes são incômodos e inoportunos, pois desafiam um modelo de vida que é considerado o certo ou o natural. Nesse sentido, “*the ‘tyranny of the majority’, is a phenomenon in which a majority of the voters within a democratic society institute draconian, prejudicial, or disenfranchising regulations upon a minority*”⁵ (MILL, 2001, p. 1).

Como aponta Cate (2011, p. 50), um dos temas centrais de “*On Liberty*” é o paradoxo entre a relação sociedade e indivíduo, em especial da tentativa do Estado em silenciar aqueles que pensam de forma distinta, como uma forma de instaurar uma política de conformidade

⁵ “a tirania da maioria”, é um fenômeno em que uma maioria dos eleitores dentro de uma sociedade democrática institui normas draconianas, prejudiciais ou privativas de direitos em cima de uma minoria” (tradução nossa).

sobre todos, a partir de ações paternalistas. A pergunta central que guiará a obra é: “Quando o Estado poderá intervir para limitar a liberdade de um cidadão?”

A nova ameaça à liberdade é um controle sobre as paixões, as convicções, hábitos, pensamentos e preocupações sobre cada indivíduo. É a perda da autodeterminação face à vontade do maior número. Como bem define Devigne (2006) nesta passagem: “*the new despotism is not characterized by “civil penalties” that limit the actions of individuals. Rather, it is a tyranny of opinion, feelings, and circumstances that penetrates “much more deeply in to the details of life, enslaving the soul itself”*”⁶ (2006, p. 108).

Pois bem, tratando sobre a questão da maioria, Mill considera que a lei possa servir de instrumento de supressão das opiniões e visões de mundo consideradas divergentes, já que as leis são criadas em consonância com a vontade do maior número. Apagar as diferenças seria, portanto, à luz da ideia de Mill, o intuito do regime democrático guiado pela maioria.

Sobre a compreensão do sentido desenvolvido por Mill de liberdade, Tarcísio Rocha (2016), pontua que:

Esta área compreende, primeiramente, o domínio interno da consciência; liberdade de pensamento e sentimento na área teológica, especulativa e moral, assim como a liberdade de opinião e de imprensa. Em seguida, essa área também abrange a liberdade de gostos, ou seja, a liberdade de construir os planos de nossa vida para que se adaptem ao nosso caráter, sem impedimentos dos nossos semelhantes, contando que não os prejudique. Em terceiro lugar, segue-se a liberdade de associação de indivíduos, para unir-se por qualquer propósito que não seja produzir danos aos outros (2016, p. 58).

Deve-se estabelecer que a preocupação com a liberdade de expressão à época de Mill é bastante diferente da contemporânea. O pluralismo de ideias ainda estava em processo de afirmação e, portanto, os seus argumentos buscam convencer àquela sociedade que era, até então, homogênea, abrir espaço a novos modos de enxergar o mundo. Por outro lado, os problemas enfrentados hoje não se tratam, especificamente, sobre a necessidade de expansão da ideia de pluralismo, mas sim o abuso, distorção, erro e dano que podem ocorrer pela própria existência desse pluralismo. Isto é, o problema atual é o excessivo uso dessa liberdade de expressão e não o contrário.

Os argumentos trazidos pelo autor têm três objetivos delineados para defender uma máxima liberdade de expressão. O primeiro, de que as pessoas que não comungam da religião

⁶ O novo despotismo não é caracterizado por "penalidades civis" que limitam as ações de indivíduos. Pelo contrário, é uma tirania de opinião, sentimentos, e circunstâncias que penetram ‘muito mais profundamente nos detalhes da vida’, escravizando a própria alma (tradução nossa).

dominante possam se expressar livremente e porque a maioria se beneficiaria disto⁷. O segundo, de que os discursos científicos que fossem contra essa religião dominante pudessem ser debatidos livremente. E, finalmente, sustentar o motivo pelo qual uma proibição de um determinado discurso, ideia ou convicção, por parte do Estado, pode ser uma estratégia para impedir crítica contra sua própria atuação. Portanto, mesmo os símbolos que representam essa Nação não deveriam ficar imunes ao escrutínio público, pois se deve abrir a oportunidade que essa sociedade de mudar os seus preconceitos sobre um determinado assunto. A partir disso, percebe-se a preocupação do autor com a possibilidade da maioria de criar um discurso dominante que silencie toda e qualquer opinião que seja considerada divergente⁸.

A configuração sobre a liberdade mudou e isso deve ser levado em conta. Atualmente, a preocupação sobre o exercício da liberdade de expressão volta-se para os efeitos de que esse discurso seja potencialmente ofensivo ou danoso tanto para as demais liberdades quanto para a individualidade de seus alvos em sua interpretação.

1.2.1 O PRINCÍPIO DO DANO (*HARM PRINCIPLE*) E OS LIMITES LEGÍTIMOS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como ressaltado em linhas anteriores, a preocupação do liberalismo estará centrada no indivíduo e na expressão dessa particularidade. Logo, ao se estabelecer critérios para as limitações do exercício da liberdade de expressão, os mesmos devem ser objetivos. O critério do dano é o critério moral de proteção do indivíduo, que impedirá a criminalização e a punição arbitrária daquele que dissente. Em outros termos, o Mill (2001) pontua que:

But there is a sphere of action in which society, as distinguished from the individual, has, if any, only an indirect interest; comprehending all that

⁷ Mill faz essa afirmação pois acredita que apenas em uma sociedade que pessoas sejam livres pode-se chegar a um progresso social, como será melhor abordado no final do capítulo.

⁸ Sobre o terceiro aspecto, Devigne (2006) afirma que: “*Legal persecution is now less warranted, Mill argues, because by prescribing a single notion of good character through the powerful instrument of public opinion, modern society manages, as effectively as any government policies, to limit human thought. The distinguishing feature of the modern world, he claims, is that societies are themselves shaped by public opinion. Once we in turn are socialized, our sense of our own existence, in which we take so much pride, is not in fact ours but depends on others. As most of us act thoughtlessly, unreflectively, or in mere conformity to prevailing conditions, we allow the direction of our life to be charted by others and in this way circumscribe the mind and limit human agency*” (2006, p. 114).

“Perseguição legal é agora menos garantida, Mill argumenta, porque por prescrever uma única noção de bom caráter através do instrumento poderoso da opinião pública, a sociedade moderna gerencia, efetivamente como quaisquer políticas de governo, para limitar o pensamento humano. A característica distintiva do mundo moderno, ele afirma, é que as sociedades são moldadas pela opinião pública. Uma vez que, por sua vez, são socializadas, nosso senso de nossa própria existência, em que nos orgulhamos tanto, não é na verdade nosso, mas depende de outros. Como a maioria de nós age sem pensar, irrefletidamente, ou em mera conformidade com condições prevaletentes, permitimos que a direção de nossa vida possa ser traçada por outros e desta forma circunscrever a mente e limitar a ação humana” (tradução nossa).

*portion of a person's life and conduct which affects only himself, or if it also affects others, only with their free, voluntary, and undeceived consent and participation*⁹ (2001, p. 10).

Para tanto, o dano sempre deverá ser exterior, ou seja, os indivíduos não poderão ser punidos por aquilo que eles são, creem, pensam ou querem, mas só por aquilo que fazem efetivamente. Contudo, deve-se ressaltar que Mill não defende uma ideia absoluta do exercício da liberdade de expressão (*free-speech absolutist*), como aponta Riley (2009, p. 63), mas sim uma política do *laissez-faire*. Isto implica em afirmar que toda expressão, *a priori*, é legítima, podendo ser limitada apenas em situações que cause dano a terceiros.

No entanto, o que o autor entende como dano é algo mensurável e perceptível empiricamente, não se trata de mero desconforto, constrangimento ou mera aversão. Riley tenta defini-lo da seguinte forma:

*The idea of "harm" which is most consistent with the text of On Liberty is a broad empirical one, to wit, any form of perceptible damage, including physical injury, financial loss, damage to reputation, loss of employment or social position, disappointment of contractual expectations, and so forth, but excluding "mere dislike" or emotional distress without any accompanying evidence of perceptible injury*¹⁰ (2009, p. 63).

Ademais, a lei apenas poderá proibir uma conduta que cause ou que seja capaz de incitar um dano à outra pessoa, nunca sobre si mesmo. Isto releva o tipo de visão que o autor tem sobre o papel de Estado, como um mediador de conflitos e estabelecedor de relações pacíficas de convivência, não instituindo um modo de vida que considera melhor ou mais virtuoso. Nesse sentido, Ten (2009) ressalta que:

*Mill readily concedes that self-regarding conduct has certain adverse effects on others. His argument is that a principled defence of individual liberty will lead us to discount these effects on others. For example, other people may be affected by my conduct because they dislike it, find it disgusting, or regard it as immoral. These effects, taken in themselves, are never good reasons for interfering with my conduct*¹¹ (2009, p. 6).

Em uma passagem notória da obra, o autor inglês considera que o princípio em questão seja:

⁹ “Aquele parte da vida e conduta de uma pessoa que afeta apenas a si própria; e se também afeta a outros, o faz apenas com seu consentimento e participação livre, voluntária e não ludibriada” (tradução nossa).

¹⁰ “A ideia de ‘dano’, que é mais coerente na obra “Sobre a Liberdade” inclui lesões físicas, perdas financeiras, danos à reputação, perda de emprego ou posição social, a decepção de expectativas contratuais e assim por diante, mas excluindo ‘mera antipatia’ ou sofrimento emocional, sem qualquer acompanhamento evidenciado de lesão perceptível” (tradução nossa).

¹¹ “Mill prontamente admite que a autoconduta tem determinados efeitos adversos sobre os outros. Seu argumento é que uma defesa baseada em princípios de liberdade individual nos conduzirá para descontar esses efeitos nos outros. Por exemplo, outras pessoas podem ser afetadas pelo meu comportamento, porque não gostam, acham-no nojento ou o consideram imoral. Estes efeitos, tomados em si mesmos, nunca são boas razões para interferir na minha conduta” (tradução nossa).

*That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others*¹² (MILL, 2001, p. 51).

De acordo com Schauer (2011), a preocupação de Mill é de uma possível coerção moral que imponha normas sociais e opiniões consideradas dominantes aos indivíduos. Segundo esse mesmo autor, a teoria de Mill pode ser dividida em duas dimensões:

*Mill's focus on protecting individual liberty has two dimensions. First, he would limit the power of society to —self-protection, which can be understood as an articulation of the —Harm Principle—the principle that society may proceed only against genuine harms and not against other forms of individual or social discomfort. And, second, the harms encompassed by the Harm Principle would include only those to individuals other than the actor*¹³ (2011, p. 4).

Um dos mais importantes compromissos do liberalismo é a tentativa de não estabelecer uma concepção de bem que seja imposta aos cidadãos. Na realidade, o Estado deverá ser neutro e imparcial diante das diferentes visões e convicções de mundo, cabendo a cada indivíduo estabelecer o que é melhor para si. Sobre o assunto, O'Rourke (2001), ao comentar a obra de Mill, salienta que:

*[...] the primary emphasis is on individuals pursuing their own good in their own way, rather than on the restrictions imposed on them by the possibility of their interfering with the good of others. This, it seems, is closer to what Mill means by the principle of liberty. It is not a 'harm' principle but a principle which holds that society cannot impose restrictions on people for their own good*¹⁴ (2001, p. 122).

Os tipos de dano que devem ser levados em consideração são os físicos e econômicos, excluindo, assim, os psíquicos e sociais, o que desencadeia uma forte crítica ao modelo estruturado por Mill, alguns autores liberais reformulam este posicionamento. Este é um ponto importante de ser suscitado em função de se relacionar com o que está sendo abordado

¹² “Este princípio reitera que a humanidade tem permissão, coletiva ou individualmente, de interferir com a liberdade de ação de qualquer um de seus membros com finalidade única de autoproteção. O único propósito para o qual o poder possa ser legalmente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, seja evitar de causar danos a outros” (tradução nossa).

¹³ “O foco de Mill sobre como proteger a liberdade individual tem duas dimensões. Primeiro, ele iria limitar o poder da sociedade para a auto-proteção que pode ser entendido como uma articulação do princípio do dano, princípio de que a sociedade pode utilizar apenas contra danos genuínos e não contra outras formas de desconforto individual ou social. E, em segundo lugar, os danos englobados pelo princípio do dano incluiriam apenas aqueles indivíduos que não fossem o próprio ator” (tradução nossa). Ora, isto quer dizer que o dano deve, necessariamente, atingir terceiros.

¹⁴ “[...] a principal ênfase é sobre indivíduos perseguindo o seu próprio bem, a sua própria maneira, em vez das restrições impostas a eles pela possibilidade de sua interferência com o bem dos outros. Isto, ao que parece, está mais próximo do que Mill chama de princípio da liberdade. Não é um princípio de 'mal', mas um princípio que mantém que a sociedade não pode impor restrições às pessoas para seu próprio bem” (tradução nossa).

nesta obra. No posicionamento de Dworkin, o dano claro e iminente remete a uma ideia bastante similar à trabalhada por Mill, ao considerar o dano físico e econômico como a única possibilidade de limitação à liberdade de expressão, apesar de aprofundar ainda mais sobre o papel da liberdade na formação da individualidade. Contudo, Waldron parece reformular o conceito de dano ao estabelecer a possibilidade do dano causado pela mácula à dignidade como “*rank*”, a ser melhor esplanada no próximo capítulo.

Há uma visível influência de Mill na escrita de ambos os autores que corrobora com a hipótese da presente pesquisa de que os autores reformularam as ideias trazidas pelo liberalismo do autor inglês ou, ao menos, partiram de seu referencial para estruturar suas próprias teorias. A escolha do título do Waldron “*The harm of hate speech*”, por exemplo, não foi em vão. Na verdade, entende-se essa escolha como uma reinterpretação do princípio do dano (*harm principle*), desenvolvido por Mill como um limite à liberdade.

Os danos físicos e econômicos são as únicas hipóteses, segundo Mill, de se restringir a liberdade de expressão, pois, como comentado em linhas anteriores, são objetivamente mensuráveis. Isto se relaciona com a ideia de conter que a maioria persiga, por meio da lei, os modos de vida diferentes. Então, não pode haver uma margem de dúvida e incerteza, senão esta será preenchida pelas convicções moralmente dominantes, prejudicando o indivíduo. Os danos psíquicos e sociais dependem necessariamente de uma opinião sobre o que foi dito. Portanto, quando interpretada, o parâmetro utilizado será a opinião majoritária. Nesse sentido:

It is generally thought that by applying this categorical approach to liberty and its permissible restrictions Mill is led to offer a fairly extensive defense of individual liberties against interference by the state and society. In particular, it is sometimes thought that Mill recognizes a large sphere of conduct that it is impermissible for the state to regulate. We might characterize this sphere of protected liberties as Mill’s conception of liberal rights¹⁵ (BRINK, 2007, p. 3).

O célebre exemplo do comerciante de milho (*corn dealer*) ilustrado por Mill no capítulo 3 de “*On Liberty*”, tenta diferenciar o que seria um “ato violento” de uma “expressão violenta”, devendo ser limitada apenas aquela ação que efetivamente causar um dano físico a terceiro.

On the contrary, even opinions lose their immunity, when the circumstances in which they are expressed are such as to constitute their expression a positive instigation to some mischievous act. Na opinion that that corn-

¹⁵ “Geralmente acredita-se que aplicando essa abordagem categórica à liberdade e suas consequentes restrições, admitidas por Mill, estaria se defendendo uma concepção demasiadamente extensa das liberdades individuais contra a interferência pelo Estado e da sociedade. Em particular, às vezes pensa-se que Mill reconhece uma grande esfera de conduta que é inadmissível para o Estado regular. Podemos caracterizar esta esfera de proteção como concepção milliana de direitos liberais” (tradução nossa).

*dealers are starvers of the poor, or that private property is robbery, ought to be unmolested when simply circulated through the press, but may justly incur punishment when delivered orally to an excited mob assembled before the house of a corn-dealer, or when handed about among the same mob in the form of a placard*¹⁶ (MILL, 2001, p. 52).

Deve-se notar que, a depender do contexto que são emitidas, as opiniões podem causar resultados considerados violentos e que incitem uma determinada conduta. Portanto, segundo Mill, “incitar” a prática de um ato de violência física não estaria acobertado sob a proteção da liberdade de expressar-se¹⁷.

O argumento da máxima liberdade de expressão é a forma de explicar por que, segundo Mill, a liberdade de expressão deve ser a maior possível, desde que não produza um argumento que cause danos físico e econômico a terceiros. Este argumento é dividido em quatro partes distintas: falibilidade, parcialidade, mercado de ideias e não-dogmatização.

O compromisso de Mill com a liberdade de pensamento e de expressão adquire um caráter instrumental quando este autor defende que apenas uma concepção ampla é capaz de se chegar à verdade. Mas a ideia de verdade, aqui, não deve ser entendida como um resultado empiricamente demonstrável como em experimentos científicos, mas como a capacidade do indivíduo, enquanto ser moralmente responsável e racional, de sustentar uma opinião e colocá-la a mesma a teste, seja para ratificar esse posicionamento seja para alterá-lo, caso queira¹⁸ (TEN, 2009, 15). Sobre o tema:

*The first two claims represent freedom of expression as instrumentally valuable; it is valuable, not in itself, but as the most reliable means of producing something else that Mill assumes is valuable (either extrinsically or intrinsically), namely, true belief. Though Mill seems to assume that true belief is valuable, it is not hard to see how true beliefs would possess at least instrumental value, if only because our actions, plans, and reasoning are likely to be more successful when based on true beliefs.*¹⁹ (BRINK, 2007, p. 5).

¹⁶ “Pelo contrário, opiniões até mesmo perdem sua imunidade, quando as circunstâncias em que forem expressas sejam maliciosas. A opinião de que traficantes de milho são inimigos dos pobres, ou que a propriedade privada é roubo, não devendo ser molestado quando simplesmente divulgado através da imprensa, mas justamente pode incorrer em punição quando expressa por via oral a uma multidão que está a frente da casa de um revendedor de milho, ou quando repassada esta mensagem por meio de um cartaz” (tradução nossa).

¹⁷ Diversos autores opõem-se à essa ideia, pois afirmam que esse tipo de proteção é insuficiente diante da complexidade que o assunto aborda. Podem ser citados, além de Waldron, o autor David Lyons em “*Liberty and Harm to Others*” e Arthur Ripstein em “*Beyond the Harm Principle*”.

¹⁸ Segundo o professor André Coelho, a concepção de verdade é pro-pragmatista, em função do autor aparentar utilizar argumentos que os pragmatistas desenvolvem, no final do século XIX e início do século XX, de que verdade é a opinião mais bem fundamentada, sendo provisória e hipoteticamente melhor sustentada (COELHO, 2017, informação oral).

¹⁹ “As duas primeiras declarações representam a liberdade de expressão como um instrumento valioso; valioso, não em si, mas como o meio mais confiável de produzir outra coisa que Mill assume ser inestimável (extrínseca ou intrinsecamente), a verdade. Embora Mill pareça supor que a opinião verdadeira é valiosa, as opiniões e

A falibilidade pode ser dividida de duas maneiras: “o prejuízo de silenciar uma opinião que pode ser verdadeira” ou “silenciar uma opinião que seja falsa” e explica porque em ambos os casos, a liberdade de expressão deve ser preservada ao máximo (MILL, 2001, p. 19).

Parte do problema é que os silenciadores fazem uma suposição injustificada de sua própria infalibilidade, todo o silenciamento da discussão é uma suposição de infalibilidade (MILL, 2001, p. 19), como o próprio Mill afirma. Eles não só negam a verdade da opinião para si mesmos; eles também presumem saber com certeza que a opinião é falsa, decidindo assim a pergunta para todos os outros. Mas ninguém pode realmente ter tão absoluta certeza em questões morais complexas. Ao agir como se ele tivesse, um silenciador simplesmente revela seu desejo de impor o seu julgamento sobre os outros, sem deixá-los fazer suas próprias mentes. Esse tipo de coerção moral indevida é o que se entende por pressuposto de infalibilidade (RILEY, 1998, p. 57-58).

Hume (2016, p. 246) reitera que Mill defende que se devem tolerar todas as ideias, até mesmo aquelas que possam ser consideradas como mentira, “pois essa seria a melhor maneira de botarmos a verdade à vista de todos”. Há duzentos anos, o autor inglês já alertava dos perigos de se permitir que aquele que pensa dizer a verdade silencie os demais, pois se impede que visões alternativas (e melhores) de se ver o mundo sejam postas ao debate.

A razão humana é incapaz de alcançar a verdade absoluta, ninguém poderá ter garantias de que está certo. Por conta disso, a liberdade de pensamento e discussão deve ser o mecanismo de contrastar as mais variadas convicções. Os exemplos trazidos por Mill (2001) são a condenação de Sócrates, acusado de ateísmo (já que não acreditava nos deuses gregos) e de corromper os jovens com a sua filosofia; a crucificação de Cristo, por propagar ideias que não eram dominantes à época e a perseguição do Cristianismo (2001, p. 25).

O segundo passo do argumento de Mill é considerar o "mal peculiar" do silenciamento de uma opinião que, por razões de argumento, pode ser totalmente falsa. Se uma verdade não é colocada à prova, ela é dogma, não uma verdade. Se a verdade não pode ser sustentada racionalmente, contrargumentada, ela não pode ser considerada verdadeira. Assim, a “utilidade” de uma opinião que seja considerada falsa é que ela possa auxiliar na construção dessa sustentação racional do argumento, não se trata da busca pela verdade, mas da construção de uma defesa plausível (RILEY, 2009, p. 60).

crenças ‘falsas’ possuem caráter instrumental, pois as nossas ações, planos e raciocínios apenas serão mais bem-sucedidos quando baseados em crenças verdadeiras” (tradução nossa).

O argumento da parcialidade é a hipótese de a opinião a ser silenciada não ser totalmente garantida nem completamente refutável. Em vez disso, ela compartilha a verdade com a opinião recebida. O "mal peculiar" do silenciamento de tal opinião é, portanto, uma conjunção dos males já considerados, a saber, as falhas em adquirir todos os lados da verdade, unidos com a falta de uma viva apreciação dos motivos e do significado da mesma parcela da verdade encontrada – assuntos complexos como política, moralidade. Na realidade, a confluência dessas ideias que será capaz de construir a verdade (RILEY, 1998, p. 57).

O argumento do mercado de ideais (*marketplace of ideas*), apesar de não estar literalmente expresso, pode ser interpretado a partir das ideias de embate defendidas pelo autor. O mercado é utilizado, por analogia do conceito econômico, como um instrumento de competitividade, um ambiente no qual todas as ideias deverão ser contrastadas, desafiadas a entrar em colisão, a fim de permitir que a ideia considerada superior, ou seja, a que for melhor racionalmente sustentada, sobreponha-se as demais²⁰.

Por fim, a não-dogmatização corresponde a não aceitar aquilo que nos é revelado e imposto como uma verdade pura e indubitável. Não se ganha nada quando uma posição é considerada sagrada. Isto porque se não puder ser desafiada por uma visão em contrário, os bons argumentos em favor dela param de ser levantados e, portanto, deixa de ser a verdade e passa a ser, tão-somente, a opinião dominante (BRINK, 2009, p. 48)²¹ e RILEY, 1998, p. 63)²².

Mill (2001) sintetiza o seu pensamento da primeira parte do livro, da seguinte forma:

Que os homens não são infalíveis; que as suas verdades, pela mor parte, são meias verdades; que a unidade de opinião, a não ser quando resulta de se compararem, da forma mais ampla e livre, opiniões opostas, não é desejável, nem a diversidade constitui mal, e sim um bem, até que a humanidade seja muito mais capaz do que no presente, de reconhecer todos os aspectos da verdade (2001, p. 103).

Se trazido esse último argumento para um problema mais contemporâneo sobre liberdade de expressão, como a possibilidade de um indivíduo defender o nazismo ou a

²⁰ Assim como se critica a competitividade "imparcial" do mercado na economia, ocorre o mesmo aqui. Nem todos acederão ao mercado de igual forma, nem mesmo terão suas vozes ouvidas de igual maneira. Essa é uma crítica realizada inclusive por Waldron, como se verá no capítulo segundo dessa dissertação.

²¹ No original: "*Mill's claim that the value of freedom of expression lies in keeping true beliefs from becoming dogmatic reflects his view that freedoms of thought and discussion are necessary for fulfilling our natures as progressive beings*" (BRINK, 2009, p. 48).

²² Sobre o que seria o dogma, Riley (1998) afirma que: "*Absence of free discussion facilitates the emergence of 'dead dogma', perhaps actively propagated by some influential minority, charged with the care and study of its ideas and maxims. Such a creed is received 'passively' by most people: it 'remains as it were outside the mind, incrusting and petrifying it against all other influences addressed to the higher parts of our nature*" (1998, p. 63).

instauração de uma ditadura, para Mill, seria a constatação de que a liberdade e a democracia transformaram-se em dogmas, pois não são mais colocadas a teste, não são mais racionalmente sustentadas no espaço público (COELHO, 2017, informação oral).

Proibir uma ideia ou convicção não a elimina, mas apenas faz com que estas sejam silenciadas. Portanto, se há a preocupação de que a sociedade seja menos preconceituosa, ela não o será quando ela é proibida de expor esse preconceito, mas quando deixa de carregá-lo. No entanto, o silêncio não incentiva que o indivíduo perca aquele preconceito, mas sim o de não vinculá-lo, o que Coelho (2017) intitula de “dano aparente”. O prejuízo correspondente é que essa convicção, quando presa à intimidade, torna-se, ainda mais, arraigada e perigosa. Trata-se do argumento da não-eliminação (COELHO, 2017, informação oral).

O preconceito e o erro florescem muito mais no ambiente privado do que no sol do debate público, pois o ambiente público servirá como um filtro para que esses sejam analisados, refutados, criticados e superados. Quando proibidos, serão reproduzidos na esfera privada, como na família, na igreja, por meio de piadas, ofensas e insultos, sem qualquer tipo de problematização (COELHO, 2017, informação oral).

O argumento da não-substituição da razão é de que a lei e a pena serão utilizadas como um substituto da razão e dos argumentos. Em vez de promover um espaço do diálogo e embate de ideias, espera-se que a lei impeça que o mesmo se desenvolva.

E, finalmente, o argumento do discurso não-paternalista. Sempre quando se considera uma ideia perigosa acredita-se que apenas aquele que a compreende como perigosa foi capaz de perceber, porém os demais não saberão. Isto é, que os outros serão facilmente convencidos de que esse argumento é o melhor e cabe à lei protegê-los daquilo que poderia contaminá-los. Logo, se permitido, a multidão irá seguir, necessariamente, essa posição.

Sobre o tema, C. L. Ten (2009, p. 9) explicita que, “*Mill’s anti-paternalism is opposed to intervention which overrides the person’s own judgment about how he wants his life to run, for such intervention would be a violation of individuality*”²³. Trata-se, igualmente, de uma restrição baseada em um moralismo, por acreditar que a intervenção na liberdade do indivíduo é “inteligente” ou mesmo “correta” (TEN, 2009, p. 9-10).

Deve-se preocupar com atitudes paternalistas, por dois motivos: o primeiro é de que o poder do Estado é suscetível ao abuso. Os políticos pensam em si mesmos e são corruptíveis e usaram desse poder para limitar a liberdade dos cidadãos a fim de promover seus próprios interesses e não os dos cidadãos cuja liberdade restringe. Segundo, que mesmo quando bem-

²³ “O antipaternalismo de Mill opõe-se a intervenção que anula o julgamento do indivíduo sobre a forma que ele próprio quer comandar a sua vida, violando, assim, a sua individualidade” (tradução nossa).

intencionados, os governantes jamais serão capazes de definir a concepção de “bem” que melhor se adequa a cada indivíduo (BRINK, 2007, p. 5).

Dessa forma, em síntese, o princípio do dano é o instrumento pelo qual não se restringe uma ideia ou convicção por ser potencialmente perigosa, mas que efetivamente cause dano objetivo a outrem.

Riley (2009, p. 73-74) comenta que há possibilidade de uma sociedade renunciar a autoridade de impor uma sanção legítima, decidindo por aplicar costumes que causem estigma social àqueles que não se adequem aos mesmos. O autor ressalta como este estigma pode ser mais forte e eficaz no processo de modificação social do que os instrumentos tradicionais do direito penal e civil. Exemplo destes são boicotes, manifestações, constrangimento e escrutínio público.

1.2.2. O DESENVOLVIMENTO PESSOAL, O PROGRESSO SOCIAL E O PAPEL DA LIBERDADE

Segundo Ten (2009, p. 16), há um ponto trazido por Mill na defesa da liberdade de expressão que necessita estar bem demarcado, qual seja, a importância dessa liberdade para cumprirmos nossas naturezas como seres progressistas. Os seres têm capacidades deliberativas e o exercício dessas capacidades é importante para se alcançar a felicidade humana. Felicidade, aqui, compreendida como o próprio sentido da existência. Eles incluem as capacidades para formar, revisar, avaliar, selecionar e implementar pontos de vista e plano de vida de cada um. Respeitar essas capacidades deliberativas é a forma de se reafirmar que os indivíduos são seres moralmente responsáveis e como agentes morais devem ser capazes de deliberar sobre a adequação dos seus desejos e regular suas ações de acordo com essas deliberações²⁴.

²⁴ Sobre o assunto: Cate (2011, p. 76) complementa que: “*On Liberty demonstrates the interaction between those two aspects of Mill's psychology: the possibility of individual determination, and the notion that individuals are to a large extent products of their environment. In part, Mill values free speech because we have the best chance of arriving at truths if alternatives that challenge the prevailing views are presented in the most persuasive fashion. This aspect of Mill's defense relies on the premise that individuals are free to choose their beliefs and, to some extent, decide whether or not to try to apply reason to evaluate our opinions. But On Liberty also argues explicitly that a culture in which dissent is prized, or at the very least not suppressed, helps sharpen the minds and develop the character of its citizens. Mill believes that "free and daring speculation on the highest subjects" serves to "strengthen and enlarge men's minds."*

“Sobre a Liberdade” demonstra a interação entre esses dois aspectos da psicologia de Mill: a possibilidade de determinação individual e a noção de que os indivíduos são produtos de uma grande medida de seu ambiente. Em parte, Mill valoriza a liberdade de expressão porque temos a melhor chance de chegar às verdades se alternativas que desafiam as opiniões predominantes são apresentadas da forma mais persuasiva. Este aspecto da defesa de Mill se baseia na premissa de que os indivíduos são livres para escolher suas crenças e, em certa medida, decidir se devem ou não tentar aplicar a razão para avaliar nossas opiniões. Mas na liberdade também

Isto deriva do fato de que os seres humanos, interpretados como seres progressistas (*progressive beings*) e racionais, necessitam de uma liberdade de pensamento e expressão amplos para cumprir sua natureza. Sobre isso, Brink (2007) sublinha que:

*Mill thinks that it is our deliberative capacities, especially our capacities for practical deliberation, that mark us as progressive creatures and that, as a result, the principal ingredients of our happiness or well-being must activities that exercise these deliberative capacities. At its most general, practical deliberation involves reflective decision-making*²⁵ (BRINK, 2007, p. 6).

Portanto, negar a alguém o direito de trocar opiniões com outro é impedir o seu desenvolvimento e, igualmente, impede que a sua individualidade floresça. O conhecimento exige a justificação de suas crenças e ações, e isso envolve a deliberação entre alternativas. As restrições específicas do conteúdo fazem com que seja mais difícil que certas mensagens sejam ouvidas e avaliadas e, assim, prejudicam as deliberações públicas e privadas (TEN, 2009, p 16). Mill reitera em “*On Liberty*” que:

*He who lets the world, or his own portion of it, choose his plan of life for him has no need of any other faculty than the ape-like one of imitation. He who chooses his plan for himself employs all his faculties. He must use observation to see, reasoning and judgment to foresee, activity to gather materials for decision, discrimination to decide, and when he has decided, firmness and self-control to hold his deliberate decision. And these qualities he requires and exercises exactly in proportion as the part of his conduct which he determines according to his own judgment and feelings is a large one. It is possible that he might be guided in some good path, and kept out of harm's way, without any of these things. But what will be his comparative worth as a human being?*²⁶ (MILL, 2001, p. 4).

As liberdades de pensamento e de discussão são essenciais para a justificação das crenças e ações de alguém, porque os indivíduos não são autossuficientes cognitivamente. Compartilhar pensamento e discussão com os outros, especialmente sobre assuntos importantes, fortalece a deliberação. Ampliando o *menu* de opções, identificando novas

afirma explicitamente que uma cultura na qual a dissidência é valorizada, ou a menos não suprimida, ajuda a aguçar a mente e desenvolver o caráter de seus cidadãos. Mill acredita que "livre e ousada a especulação sobre os assuntos mais altos" serve para "reforçar e alargar a mente dos homens" (tradução nossa).

²⁵ “Mill acredita que são nossas capacidades deliberativas, especialmente nossas capacidades para deliberação prática, que nos marcam como criaturas progressivas e que, como resultado, os ingredientes principais de nossa felicidade ou bem-estar devem exercitar estas capacidades de deliberativas. Na sua deliberação mais geral, prática, envolve a tomada de decisões reflexivas” (tradução nossa).

²⁶ “Ele que deixa o mundo, ou a própria parte dele, escolha seu plano de vida para ele, não tem necessidade de qualquer outra faculdade que o macaco de imitação. Quem escolhe o seu plano para si emprega todas as suas faculdades. Ele deve usar a observação para ver, raciocínio e julgamento de prever, atividade para reunir materiais para decisão, discriminação de decidir, e quando ele decidir, firmeza e auto-controle para segurar sua decisão deliberada. Estas qualidades exigem dele exercícios exatamente na proporção como a parte de sua conduta determina, de acordo com seu próprio julgamento e sentimentos. É possível que ele possa ser guiado em um bom caminho e mantido fora de perigo, sem nenhuma dessas coisas. Mas qual será o seu comparativo, válido, como ser humano?” (tradução nossa).

opções que valem a pena considerar e possibilita que o indivíduo reveja seus posicionamentos. Dessa forma, discussões abertas e vigorosas com diversos interlocutores melhoram a qualidade dessas deliberações (BRINK, 2014, informação online).

Entretanto, deve-se frisar que mais do que auxiliar o florescimento da individualidade do cidadão, a liberdade é o que possibilita o progresso da sociedade. A cultura do conformismo transforma a sociedade em medíocre, pois impede que os indivíduos, enquanto seres racionais e moralmente responsáveis, formem a sua própria concepção de vida (BELL, 2015, p. 6).

Dessa forma, a lei (que regule o pensamento ou o discurso) não deve ser utilizada como substituto da razão. Como já afirmava Locke no liberalismo clássico, a conversão pela coação, além de ser inútil e ilegítima, impede que os seres sejam tratados como moralmente responsáveis pelas suas escolhas. Isto coincide com o que Mill defende, pois os melhores argumentos são aqueles sustentados racionalmente pelos indivíduos que possibilita que os demais os aceitem ou refutem, no âmbito do mercado de ideias.

Na realidade, como aponta Riley, os indivíduos, desde que possuam plenas capacidades mentais, têm um direito moral de receber e trocar ideias e convicções com os demais cidadãos, como se denota do excerto a seguir:

[...] the mature individual has a basic right to receive from others any messages and ideas he consents to receive in the course of forming whatever opinions seem warranted to him in terms of his own judgment and inclinations, provided no form of perceptible damage is directly caused by his consumption to third parties without their consent. Note that there is no denial that a speaker directly and immediately harms his competitors. But the speech, once produced, can be consumed without direct and immediate harm to others. The act of consumption, unlike that of production, does not pose a risk of direct and immediate harm to any of the speakers²⁷ (RILEY, 2009, p. 72).

A proteção de direitos individuais, para Mill, como a liberdade de expressão, atende tanto uma particularidade (desenvolvimento progressivo individual) quanto produz efeitos positivos para a sociedade. Um dos motivos de protegê-lo, dentre outros, é de possibilitar que todos possam alcançar a verdade (HARDIN, 2003, p. 62). Segundo Riley (2009, p. 72), na realidade, a importância de exercer a liberdade de expressão centra-se na figura dos receptores

²⁷ “[...]O indivíduo maduro tem o direito de receber dos demais, mensagens e ideias, desde que este as consinta de receber, durante a formação de suas próprias opiniões que aparentem ser corretas, de acordo com o seu julgamento e inclinação e que não causem danos objetivos. Observe que não há nenhum impedimento de que aquele que fala, direta e imediatamente, prejudique seus concorrentes. Mas o discurso, uma vez produzido, pode ser consumido sem dano direto e imediato para os outros. O ato de consumo, ao contrário da produção, não representa um risco de dano direto e imediato a qualquer um dos ‘falantes’” (tradução nossa).

e não no emissor da mensagem. Isto quer dizer que mais do que um direito individual, o exercício dessa liberdade contribui para o próprio progresso da sociedade, pois possibilita que seus cidadãos se desenvolvam moral e racionalmente²⁸.

Dessa forma, a partir dessa contextualização teórica, pode-se apreender que na teoria de John Stuart Mill, o discurso de ódio poderia ser limitado legitimamente pelo Estado, desde que esse discurso gerasse (ou pudesse gerar) um dano físico ou econômico a terceiro. Esta seria uma tentativa de estabelecer parâmetros objetivos à intervenção da sociedade e do governo sobre a sua liberdade. Como dito acima, este parâmetro não ficou impassível a críticas e reformulações, tal como será apresentado nos capítulos posteriores.

1.3 CONCLUSÕES PARCIAIS I: ANTESSALA PARA O PRÓXIMO CAPÍTULO

Este capítulo teve como preocupação expor as principais ideias sustentadas no pensamento liberal moderno, em especial o legado de John Stuart Mill, sobre o papel da liberdade, para servir como base ao que será abordado nos capítulos posteriores.

A primeira seção buscou apresentar as principais características do pensamento liberal. Partiu-se, primeiramente, dos ideais de um panorama geral sobre o liberalismo clássico e de sua nova roupagem, inaugurada a partir da queda do poder absolutista e do florescimento da democracia nas sociedades ocidentais.

O liberalismo moderno, que se enquadra Mill, tem como preocupação a contenção do poder do “povo” e das maiorias que poderiam a ser formadas em sociedades democráticas. Nesse aspecto, o liberalismo confirma-se como uma teoria que se fundamenta nos princípios da pluralidade, tolerância e aceitação à diferença.

Na segunda seção, foram apresentados alguns pontos trabalhados pelo autor em “*On Liberty*”, que delineiam a sua defesa em matéria de liberdade de expressão. Como principal destaque ao princípio do dano (*harm principle*), hipótese de limite legítimo ao exercício da liberdade.

Com o intuito de estabelecer parâmetros objetivos, os danos devem ser físicos ou econômicos, excluindo os psíquicos e sociais. Tal escolha se justifica pelo fato de querer afastar a incidência de moralismos que poderiam ser impostos no momento da interpretação

²⁸ Não se pode perder de vista que a defesa de Mill parte de um pressuposto de civilização e de consequente “ocidentalização” do mundo. Isto fica bastante claro na passagem em que o autor afirma que o conceito de liberdade que ele está trabalhando não se aplica a sociedades bárbaras, apenas em sociedades racionais (MILL, 2001, p. 12). Deve-se ter em mente de que o período no qual Mill está inserido é o vitoriano, de expansão do colonialismo britânico, em especial na Índia.

ou de elaboração das leis pela maioria. Esta defesa se assemelha ao que Dworkin sustenta em “Levando os direitos a sério”, muito embora deva-se sublinhar a oposição ferrenha que o autor norte-americano faz às políticas utilitaristas.

No entanto, embora relevante, essa defesa não foi impassível a críticas. Waldron, por exemplo, ao reinterpretar o sentido de dano, amplia seu conceito e passa a considerar que danos psíquicos e sociais são tão prejudiciais quanto a violência física ou econômica, como se verá no capítulo seguinte.

Por fim, ao estabelecer a ideia de que os seres são moralmente racionais e que a liberdade os auxilia a progredirem, apresentada na última seção desse capítulo, pode-se perceber uma similitude com o que Dworkin viria a desenvolver mais tarde sobre a responsabilidade pessoal, a ser exposta no terceiro capítulo, que cada indivíduo tem de traçar os seus planos de vida e viver de acordo com eles.

De igual maneira, a aversão ao paternalismo do Estado, em casos que violam a individualidade, é uma preocupação retomada por Dworkin em dois momentos, em “Levando os direitos a sério” (1977) e “A Virtude Soberana” (2000).

Iniciar essa obra por John Stuart Mill é situar o debate em um contexto específico, o do liberalismo político e as implicações teóricas que essa escolha resulta. O valor da liberdade, tão caro para essa corrente, poderá ser interpretado de uma forma específica. Espera-se externar a defesa que Waldron e Dworkin fazem sobre a liberdade (e de quais limites ao seu exercício são legítimos), a fim de apresentar qual argumentação é mais convincente e persuasiva.

CAPÍTULO SEGUNDO

2 A LIBERDADE E O DISCURSO DE ÓDIO: JEREMY WALDRON

O objetivo deste capítulo é reconstruir os argumentos sustentados por Waldron em *The harm of hate speech* (2012), especialmente, a crítica feita a Ronald Dworkin, articulando-os com as demais publicações do autor neozelandês, a fim de compreender, crítica e logicamente, as propostas apresentadas pelo autor.

No primeiro capítulo da presente obra, foram apresentados os argumentos de John Stuart Mill em prol de uma máxima liberdade de expressão, em um contexto do liberalismo moderno. Na oportunidade, foi citado que a exceção a essa máxima é a hipótese do “princípio do dano” (*harm principle*), quando for cometido um dano objetivamente mensurável (físico e econômico) a terceiro. Como apontado anteriormente, defende-se que tanto Waldron quanto Dworkin partem dos ensinamentos de Mill e compartilham a mesma herança liberal de seu legado. Não é coincidência a escolha do título de sua obra, “*The harm of hate speech*”. Trata-se de uma ampliação daquilo que Mill defendia como hipótese de limite à liberdade de expressão.

Na primeira seção, apresenta-se a proposta de Waldron, uma restrição à liberdade de expressão, com base no conteúdo desse discurso. Nesse momento, comenta-se a diferença entre os tipos jurídicos: *slander* e *libel*, ambos de tradição norte-americana, que distinguem a difamação por meio oral e por meio escrito. A partir disso, esclarece-se o motivo de Waldron preocupar-se com a regulação do tipo específico da difamação escrita.

Na segunda seção, aborda-se como Waldron imagina que uma sociedade bem-ordenada seria, que deve se preocupar com o bem público (*public good*) da dignidade (*dignity-based assurance*), a qual compartilha um aspecto coletivo de tolerância entre os cidadãos. Além de abordar como um perigo difuso (*diffuse harm*) deve ser considerado tão perigoso quanto um prejuízo particular (*particular harm*). Isto é, que as causas que alimentam a discriminação, como os discursos odiosos, devem ser levadas em conta, não apenas os atos de discriminação em si.

Na terceira seção, discute-se a diferenciação entre “ofensa” e “proteção da dignidade”. Este é o ponto-chave do capítulo, a compreensão do sentido de “dignidade”, que Waldron desenvolve, sendo esta entendida como *rank* (categoria/nível) e universalizada por meio de uma metodologia sociológica. Assim, ter dignidade significa possuir um *status* social que lhe

atribui garantia de respeito pelos demais membros e igualdade. À luz dessa fundamentação, justifica-se o porquê da teoria de Waldron preocupar-se em afirmar que as leis de regulação do discurso de ódio resguardam a dignidade (enquanto caráter objetivo) e não a mera ofensa (que possui caráter subjetivo). Isto possibilita que o autor se afaste das críticas quanto à subjetividade de se atribuir danos considerados “psíquicos” ou “sociais”, como hipótese de limitação à liberdade de expressão.

Nesta seção, ainda, debate-se sobre o discurso de ódio e a religião, em que se busca distinguir a dignidade de um religioso da suposta proteção à dignidade da religião. Nesse momento, discute-se sobre a censura da fotografia “*piss on the Christ*” (Anexo 3) e o caso dos *cartoons* dinamarqueses (Anexo 4) que satirizavam o profeta Maomé.

Na quarta seção, o tema central são os limites da liberdade de expressão e uma possível relativização da autonomia dos indivíduos, especialmente sob a fundamentação argumentativa de Edward Baker, de que a restrição à liberdade de expressão fere a autonomia individual, em função do Estado não poder realizar restrições de conteúdo ao discurso. A partir disso, apresenta-se os argumentos de Waldron de que a autonomia realmente será relativizada, mas que o Estado possui uma responsabilidade de prover o sentimento de segurança e igualdade a todos os indivíduos.

Na quinta seção, discute-se sobre o embate entre Waldron e Dworkin e a restrição do discurso de ódio como uma forma de violação ao princípio da legitimidade política, ou seja, o dever de obediência a uma determinação por parte do Estado. Podem-se perceber diferenças entre as propostas, principalmente, a concepção que cada um dos autores possui sobre direitos individuais e legitimidade da maioria para tomar decisões.

Na sexta seção, serão recapitulados alguns conceitos expostos ao longo do capítulo, com a finalidade de ingressar no capítulo seguinte, que versará sobre a defesa de Dworkin contra a proibição de discurso de ódio, visto que tal regulação, violaria a dignidade das pessoas. Para tanto, reforça-se como os autores interpretam a igualdade, a liberdade e a dignidade (além daquelas abordadas no primeiro capítulo), de forma diferente.

2.1 A REGULAÇÃO (?) DO DISCURSO DE ÓDIO BASEADA EM UMA RESTRIÇÃO DE CONTEÚDO: JEREMY WALDRON

Na introdução da obra “*The harm of hate speech*”, escrita em 2012, Waldron esclarece que o livro é fruto de duas resenhas críticas feitas pelo autor na *New York Review of books* e

*London Review of books*²⁹, as quais renderam um “embate acadêmico” com Anthony Lewis, defensor ferrenho da tradição liberal da primeira emenda e autor do livro “*Freedom for the thought that we hate*”, obra resenhada por Waldron, em 2007. A partir disso, em 2009, o autor foi convidado para dar palestras em *Harvard (Holmes Lectures)* sobre o tema “*Dignity and Defamation*”, que culminou na publicação de um artigo na *Harvard Law Review*. Em 2010, o autor também apresentou na *Amnesty International Lecture*, em *Oxford*, o tema “*Toleration and Calumny*”, que compõe, na íntegra, o capítulo 8 de “*The harm of hate speech*”.

A proposta de Waldron (2012) é de defender uma regulação do discurso de ódio (*hate speech regulation*) semelhante a países, como: Canadá, Reino Unido, Dinamarca, Nova Zelândia e Alemanha, que defendem, cada qual de uma forma particular, que o uso das palavras, de maneira deliberada, pode ser abusivo, insultante, ameaçador ou capaz de diminuir os membros de grupos vulneráveis³⁰ (2012, p. 8-9).

Dessa forma, Waldron (2012) pretende reascender o debate sobre a possibilidade de controle do discurso, como uma maneira de limitação da liberdade de expressão, nos Estados Unidos, com base em razoáveis justificativas que sejam fundamentados em uma sociedade livre e democrática (2012, p. 11-13).

No primeiro capítulo, Waldron (2012) inicia a sua exposição explicando o motivo de defender uma legislação que regule o discurso de ódio. O caso narrado relata um pai, mulçumano, que caminha com seus dois filhos – um de sete e outra de dez anos – por uma rua, em *New Jersey*, Estados Unidos, e se depara com uma placa: “Mulçumanos e o 11/09! Não sirvam a eles, não falem com eles e não deixem eles entrarem!”. A filha, então, pergunta ao pai o que a placa significa, e o mesmo simplesmente não sabe o que responder. Em outro momento, confronta-se com outra placa que afirma: “Eles se chamam Osama!”. E, pregada na parede de fora de sua mesquita, um pôster: “Central da *Jirad*”. A partir dessas elucidações, Waldron (2012) questiona-se se esse tipo de “propaganda” poderia ser considerado como “discurso de ódio”, ao lado de grafites racistas, queima de cruzeiros e de placas espalhadas pela Flórida, que diziam: “Cachorros e judeus proibidos nesse local” (2012, p. 1-2).

Além dessas mensagens possuírem um sentido expresso, representado pelo puro ódio (*venting the hatred that is boiling up inside*), apresentam também uma mensagem subliminar: de aquelas pessoas (na verdade, que aquele grupo, membros de uma minoria) não são bem-

²⁹ Waldron, em 2006, escreveu a resenha ao livro “*Courting the abyss: free speech and the liberal tradition*”, de John Durham’s.

³⁰ Waldron (2012) afirma que algumas dessas regulamentações podem ter como vítimas, grupos “majoritários”, como no caso da legislação da África do Sul que protege, também, a discriminação contra a população branca (2012, p. 9).

vindas ali e de que as mesmas estarão “sob ataque”, independentemente do que o governo diga. Para reforçar essa ideia, Waldron (2012) afirma que:

*That’s the point of these signs – that’s the point of hate speech – to send these messages part of the permanent visible fabric of society so that, the father walking with his children in our example, there will be no knowing when they will be confronted by one of these signs, and the children will ask him, “Papa, what does it mean?”*³¹ (2012, p. 3).

Waldron (2012) questiona a defesa do “eu odeio o que você diz, mas eu defendo, até a morte, o seu direito de dizê-lo”, frase comumente repetida por um pensamento liberal estadunidense, que enaltece a ampla liberdade concedida pela Primeira Emenda da *Bill of rights*. Nesse sentido, de acordo com essa tradição, o direito não deve se preocupar que esse tipo de mensagem “polua” o ambiente com ódio, pois aqueles que produzem essas mensagens apenas agem de acordo com um direito constitucionalmente garantido. O autor discorda de tal posicionamento e considera que há interesse tanto social quanto legal em se regular esse tipo de discurso.

Primeiro, o direito à inclusão (*public good of inclusiveness*), que toda sociedade deve estar comprometida a assegurar, em razão da multiplicidade étnica, religiosa ou racial que marca as sociedades ocidentais contemporâneas, que nenhum indivíduo ou membro de um grupo seja discriminado, excluído, hostilizado ou violentado. Trata-se de um sentido de segurança que deve ser garantido no espaço público e todos devem assegurar de que isso seja respeitado.

Contudo, uma sociedade que permita o discurso de ódio faz com que a paz social seja ameaçada ao, constantemente, lembrar os pesadelos mais obscuros da história. Em segundo lugar, Waldron (2012) sublinha que a dignidade do indivíduo é maculada pelo discurso de ódio. Nesse ponto, é interessante destacar, mesmo que de maneira inicial, o que o autor entende como dignidade³²: “*it is not just some kantian aura. It is their social standing, the fundamentals of basic reputation that entitle them to be treated as equals in the ordinary operations of society*”³³ (2012, p. 5).

³¹ Esse é o sentido dessas placas – esse é o sentido do discurso de ódio – mandar mensagens permanentemente visíveis socialmente, para que um pai, andando com seus filhos pela rua, como no exemplo, não será o que responder aos seus filhos quando se deparar com uma dessas placas, e seus filhos irão lhe perguntar: “Papai, o que isso significa?” (tradução nossa).

³² Waldron retomará o sentido de dignidade no capítulo 5 da obra, especificamente, nas páginas 136-143. Na seção seguinte, explica-se, de maneira mais pormenorizada, o que é dignidade para Waldron.

³³ Não é apenas uma aura kantiana. Trata-se da sua posição social, o fundamento de sua reputação, que faz com que sejam tratados como iguais nas operações sociais básicas (tradução nossa).

Waldron (2012) alerta que a história da Primeira Emenda não foi sempre interpretada da maneira “irrestrita” como atualmente. Pelo contrário, no início dos anos 1800, havia supressões a discursos e publicações, os quais poderiam desencadear acusações por *sedition libel*, em virtude do diploma legal: *Sedition Act*. Portanto, de acordo com o autor, a forma como se interpreta a Primeira Emenda, atualmente, é um reflexo das decisões judiciais tomadas pela Suprema Corte Americana, a partir do Século XX.

Assim, a teoria do *clear-and-present-danger test*³⁴ foi apresentada, pela primeira vez, no caso *Schenk v. United States*, em 1919, no qual o sr. Schenk teve a pena mantida por divulgar panfletos contra a inscrição forçada de cidadãos americanos na Primeira Guerra Mundial. Como afirma Costa Ribeiro, o resultado do caso aparenta ser estranho, à luz desse precedente que foi tão utilizado em favor da liberdade de expressão no histórico da Suprema Corte norte-americana³⁵ (2014, p. 61).

Outro caso importante para a história da liberdade de expressão foi o caso *Abrams v. United States*, em 1919, o qual, apesar de ter sido, também, mantida a condenação do acusado por distribuir panfletos contra o Presidente Wilson (além de haver ratificado a constitucionalidade do *Sedition Act*), houve importantes dissidências da Corte, em especial, a realizada pelo juiz Wendell Holmes. Em seu voto dissidente, alertou para a necessidade de se estabelecer um *marketplace ideas*³⁶ (mercado de ideias) em uma democracia.

Entretanto, para Waldron (2012), um dos temas mais difíceis e controversos que trata da liberdade de expressão é o discurso de ódio – “*publications which express profound disrespect, hatred and vilification for the members of minority groups*”³⁷ (2012, p. 27). Como no caso *R.A.V. v. City of St. Paul*, de 1992, o qual considerou que a legislação municipal da cidade de *St. Paul* que proibia o ato de pregar cruzeiros em gramados de famílias afrodescendentes era inconstitucional, pois violava a Primeira Emenda. Vale ressaltar,

³⁴ Essa teoria utilizada pela Suprema Corte, em diversos casos no Século XX, consiste em determinar um limite à liberdade de expressão quando alguém, por exemplo, grita: “Fogo!” em um ambiente lotado. Trata-se, portanto, de um risco iminente (STRAUSS, 2010, p. 87) e (RIBEIRO NETO, 2014, p. 60)

³⁵ [...] “Whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent”. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)

³⁶ O mercado de ideias é uma expressão que remete a um espaço livre de circulação de opiniões e das mais variadas ideias em uma sociedade, propiciando um ambiente de troca, deliberação e competição. Possui relação com o que foi defendido por John Stuart Mill em: “Sobre a liberdade”, de que essa interação entre seres racionais seria um instrumento para se alcançar a verdade. Dessa forma, Mill (2006) compreende a liberdade em uma perspectiva instrumental, como uma forma de se alcançar a “verdade” por meio da liberdade e que esta liberdade é querida e almejada por todos.

³⁷ Publicações que expressam profundo desrespeito, ódio e difamação de membros de minorias (tradução nossa).

igualmente, que a Suprema Corte compreendeu que não se tratava de uma hipótese de *fighting words*³⁸, ou seja, palavras que poderiam incitar em um ato de dano iminente.

Os primeiros casos possuem uma relação comum: todos dizem respeito à relação vertical, entre cidadãos e Estado. Por conta disso, Waldron (2012) defende que, em um determinado momento, o Estado tornou-se tão poderoso, que não fazia mais sentido dar-lhe mais poder por meio de uma legislação que o protegesse, porém o mesmo não se aplica a membros de minorias. Isto é, o seu *status* social não é igualmente protegido racial, étnica e religiosamente como o dos demais cidadãos. Portanto, é dever do Estado assegurar que todos tenham a sua dignidade garantida. Waldron (2012) esclarece que a verdadeira questão que deve ser feita é a seguinte: “*can their lives be led, can their children be brought up, can their hopes be maintained and their worst fears dispelled, in a social environment polluted by these materials?*”³⁹ (2012, p. 33).

O capítulo 3 da obra, intitulado “*Why call hate speech libel?*”, merece alguns esclarecimentos iniciais. Na dogmática jurídica norte-americana, há duas modalidades para o que, no Brasil, denominamos de difamação. *Slander*⁴⁰ é como se chama a difamação feita de forma verbal, enquanto *Libel*⁴¹ é a difamação realizada pelo meio escrito/impresso. Nesse contexto, é válido ressaltar que Waldron (2012) trabalha com o tipo jurídico *libel*.

A defesa de Waldron (2012) sobre uma regulamentação que puna o discurso de ódio não tem, segundo o autor, como finalidade criminalizar atitudes ou controlar os pensamentos dos indivíduos. O autor desenvolve duas críticas sobre a própria denominação *hate speech*. De início, a palavra “ódio” (*hate/hatred*), presente em boa parte das legislações desse tipo, não é relevante apenas como uma motivação para a prática do ato, mas também de um possível efeito de certas formas de discurso. Assim, ao citar Robert Post⁴², deve-se ter em mente que “odiar” não pode estar associado ao sentido de que um indivíduo tenha um profundo desgosto por algo (*an extreme form of dislike*), pois implicaria uma linha arbitrária entre o que é sentir

³⁸ Cria possibilidade de limitação da liberdade de expressão, segundo o caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, decidido em 1940.

³⁹ Suas vidas podem ser conduzidas, seus filhos podem ser criados, suas esperanças podem ser mantidas e seus piores temores dissipados, num ambiente social poluído por esses discursos? (tradução nossa).

⁴⁰ “Defamation of a person by unprivileged oral communication made to a third party”. Informação coletada do site merriamwebster.com. “Difamação de uma pessoa por meio de comunicação oral a um terceiro” (tradução nossa).

⁴¹ “Defamatory statement of a representation especially in the form of written or printed words; specially a false published statement that injures individual’s reputation”. Informação coletada do site merriamwebster.com. “difamação por meio de palavras escritas ou impressas, especialmente, um falso ato publicado com a intenção de ferir a reputação individual de uma pessoa” (tradução nossa).

⁴² Robert C. Post é professor de direito constitucional da Universidade de Yale, Estados Unidos, e um estudioso da Primeira Emenda.

ódio e ter um desgosto ou um desacordo ordinário (*how do we distinguish hatred from ordinary dislike or disagreement?*). Por consequência, a preocupação dos defensores da regulação do discurso de ódio não deve ser, especificamente, com o sentimento “ódio”, mas com os resultados do mesmo para os membros dos grupos vulneráveis (2012, p. 35-37).

Em segundo lugar, a palavra “discurso” (*speech*) pode levar à falsa conclusão de que a regulação se restringe à *spoken word* (discurso oral), como, necessariamente, uma conversa *out loud* e que, também, interfira, obrigatoriamente, no vocabulário dessa sociedade (como no caso do politicamente correto). Isto, de acordo com Waldron (2012), cria uma falsa impressão sobre o assunto. O discurso oral tem a capacidade de ferir, isto não há dúvida. No entanto, o tipo de ataque que os grupos minoritários sofrem e que necessitam de uma regulação mais urgente, diz respeito àqueles os quais “poluem o ambiente público” em que vivem. Logo, podem assumir diversas formas, como: impressões, publicações, gravuras ou postagens na internet. Portanto, apreende-se que a preocupação de Waldron está relacionada à manifestação livre da palavra escrita (2012, p. 37-39). À luz disso, o autor declara que:

*The restrictions on hate speech that I am interested in are not restrictions on thinking; they are restrictions on more tangible forms of message. The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring our social environment by visible, public and semipermanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority members of another group are not worthy of equal citizenship*⁴³ (WALDRON, 2012, p. 39).

Alguns países, como a Alemanha, utilizam a terminologia *group libel* ou *group defamation* para denominar o discurso de ódio. Entretanto, não se deve sustentar que esta seja uma forma de extensão da difamação individual, isto, segundo o autor, seria simplificar demais a questão. A ocorrência da difamação individual é perfeitamente aceita nos Estados Unidos, no âmbito do direito privado, por: “*insult any person or likely to injure his reputation by exposing him to hatred, contempt, or ridicule*⁴⁴” (WALDRON, 2012, p. 46), mas por qual motivo não se estende aos grupos? Waldron (2012) afirma que leis que regulamentam o discurso de ódio protegem a ordem pública, “*not just for preempting violence, but by*

⁴³ “As restrições ao discurso de ódio que me interessam não são restrições ao pensamento; são restrições a formas mais tangíveis de mensagem. A questão é a publicação e o dano causado aos indivíduos e aos grupos através da desfiguração do nosso ambiente social por meio de anúncios visíveis, públicos e semipermanentes, no sentido de que, na opinião de um grupo da comunidade, talvez os membros majoritários de outro grupo não sejam dignos de Igualdade de cidadania” (tradução nossa).

⁴⁴ “Insultar qualquer pessoa ou propenso a ferir a reputação de um terceiro ao expor a ele ao ódio, desprezo ou ridículo” (tradução nossa).

*upholding against attack a shared sense of the basic elements of each person's status, dignity and reputation as a citizen or member of society in good standing*⁴⁵” (2012, p. 47).

A exposição dos argumentos de Waldron (2012) segue da seguinte forma: as leis que regulamentam a difamação de grupos não estarão preocupadas com as reputações particulares dos indivíduos, mas estarão preocupadas com o *social standing* e da associação que é feita no discurso de ódio, na difamação escrita (*libel*), nos panfletos, pôsteres ou blogs difamatórios com algo que pode estar associado a uma característica de um grupo. Esta ideia de associação pode estar conexas a uma alegação de fato (*factual claim*). O exemplo utilizado por Waldron (2012) é o caso *Beauharnais v. Illinois* (1952), decidido pela Suprema Corte, no qual se considerou que a proibição da distribuição de panfletos discriminatórios por um senhor, Testemunha de Jeová, que convocava a população branca para que se protegesse dos negros de Chicago, pois imputava a eles a responsabilidade pelo aumento da criminalidade, do porte de armas e de maconha, era constitucional.

Isto porque foi considerada a ocorrência do chamado: *criminal libel*⁴⁶. O que o autor busca mostrar é a falsa imputação de uma conexão entre “ser negro” e, por conta disso, ser considerado um criminoso ou por ser mulçumano, acreditar-se se tratar de um terrorista. Essa imputação generalizada de perversidade ou perigo tem um impacto direto no *status* social e nas relações sociais dos membros desses grupos (2012, p. 57).

Demais disso, o *group libel*, em regra, envolve uma caracterização que denigre as pessoas. Essa imputação factual causa danos sociais e culturais para a reputação do indivíduo. Assim como, o *group libel* pode atingir diretamente a base normativa de igualdade entre os indivíduos, quando caracteriza uma determinada pessoa ou grupo como um animal ou um inseto, por exemplo, essa caracterização “desumaniza” e busca ratificar um sentido de inferioridade de um indivíduo, como chamar uma pessoa negra de “primata” (WALDRON, 2012, p. 58).

Nessa passagem, é possível fazer uma conexão com a defesa de democracia procedimental que o autor defende em “*Law and disagreement*”. Percebe-se que uma sociedade, devidamente representada por seu Parlamento, é legítima para criar uma legislação que impeça que essas ofensas se perpetuem. Isto é, os cidadãos podem considerar que tais

⁴⁵ “Não apenas evitando a violência, mas defendendo contra o ataque ao status, dignidade e reputação, o qual todos compartilham, como cidadão ou membro de uma sociedade em uma situação de normalidade” (tradução nossa).

⁴⁶ Esse caso já foi superado por *Sullivan v. New York Times* (1962). Waldron (2012) também afirma que dificilmente outra decisão como esta poderia ser tomada (2012, p. 61).

expressões violem a dignidade desses indivíduos pertencentes a esse grupo e a liberdade de expressão poderá ser relativizada⁴⁷.

Não se pode permitir, em uma sociedade multicultural, que um cidadão utilize termos bestiais para denominar outro ser humano, igual em direito. Isto é, há *libels* que vão além da opinião ou de uma posição moral conflitante, mas que têm como finalidade expressar o seu sentimento de aversão contra o outro, como placas que afirmam: “Mulçumanos fora!” ou “Pessoas negras não permitidas” ou, também, “Apenas cristãos”. Todas essas são formas de atacar a reputação e a dignidade dessas pessoas. Por dignidade, Waldron defende que seja o reconhecimento dessas pessoas como iguais e titulares de direitos humanos. Trata-se da própria ideia desse indivíduo ser portador de um *status* social (WALDRON, 2012, p. 59-60). Em momento posterior, será abordado, de maneira mais específica, o sentido de dignidade em Waldron.

Contudo, a teoria do autor acredita-se que falha ao tentar determinar quais seriam os grupos considerados vulneráveis. Isto porque não está bem delimitado o que seria o conceito de vulnerabilidade empregado. Não se sabe ao certo se algumas categorias estariam incluídas, como os idosos e as pessoas com necessidades especiais. Outro ponto a ser levantado, é o fato de Waldron não ter explicado o motivo de ter eleito o Direito Penal como forma de controle do discurso e não o Direito Civil. Seria a criminalização a pedagogia mais adequada? Transformar uma conduta em crime é capaz de extingui-la ou limitá-la? Essas são perguntas não respondidas.

2.2 A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE

Waldron (2012) indaga como seria uma “sociedade bem-ordenada”, expressão rawlsiana, se esta permitisse que o ambiente público fosse infestado por *slogans* fundados em ódio e desprezo entre os cidadãos. Ressalta-se, no entanto, que Waldron (2012) não concorda com os posicionamentos de John Rawls, especialmente, no que tange à liberdade de expressão, em função deste último defender em “Uma teoria da justiça” (1971), a tolerância para com os intolerantes. Todavia, faz uso dessa tipologia para pensar como uma sociedade ideal seria (2012, p. 65-70).

⁴⁷ Sobre o assunto, sugere-se a leitura do artigo: “Direito, Controle Judicial e Democracia: O debate entre as Teorias Democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin” (VERBICARO; CASTRO, 2017).

O discurso de ódio, segundo Waldron (2012), faz com que os indivíduos, pertencentes aos grupos minoritários, tenham dificuldade de viver as suas vidas de uma forma digna. Em uma sociedade bem-ordenada, não se elimina a legislação de sua estrutura básica, pois o poder coercivo do Estado é necessário para manter a estabilidade e a cooperação social. Seria uma espécie de garantia de que os indivíduos esperam ser tratados com igualdade, tanto pelo Estado, quanto pelos demais cidadãos. Por esse motivo, leis que punam o homicídio, a título de exemplificação, ainda seriam necessárias, independentemente de se tratar de uma sociedade bem-organizada. Além disso, uma sociedade bem-ordenada deve cultivar e prezar por um sentimento de segurança e de garantia de igual consideração (WALDRON, 2012, p. 81-82). Nesse sentido, o autor reitera que:

*Hate speech or group defamation involves the expressed denial of these fundamentals with respect to some group in society. And it seems to me that if we are imagining a society on the way of becoming well-ordered, we must imagine ways in which these basic assurances are given, even if we are not yet in a position to secure a more detailed consensus of justice*⁴⁸ (WALDRON, 2012, p. 83).

Uma sociedade bem-ordenada, no sentido empregado por Waldron (2012), na qual os cidadãos possuem a garantia de que todos os demais se comprometem com os princípios de justiça (igualdade e liberdade), assegura que os indivíduos saiam de suas casas, todos os dias, com a certeza de que não serão discriminados ou humilhados. Entretanto, quando uma sociedade permite que propaganda antissemita, cruze flamejantes ou panfletos racistas no ambiente público, esse tipo de garantia simplesmente evapora. Esse sentimento individual de segurança (*assurance*) faz parte, intrinsecamente, do que a dignidade exige, uma das perspectivas fundamentais da reputação social de um indivíduo (2012, p. 84-85).

O princípio do “igual respeito” (*equal respect*) possui uma natureza de *recognition respect*, ou seja, é invariável e independe de qualquer situação prática. Por sua vez, o discurso considerado intolerante não é apenas uma expressão autônoma daquilo que um determinado indivíduo pensa, mas sim, possui uma finalidade específica, a de enfraquecer o senso de segurança que os membros de minorias vulneráveis possuem. A finalidade desses discursos sempre será a exclusão (WALDRON, 88-90).

Destarte, uma sociedade bem-ordenada interessa-se pelo bem público (*public good*) da dignidade (*dignity-based assurance*), o qual compartilha um aspecto coletivo de tolerância

⁴⁸ “Discurso de ódio ou difamação de grupo envolve a negação expressa desses fundamentos com respeito a algum grupo na sociedade. E parece-me que, se estamos imaginando uma sociedade em vias de se ordenar, devemos imaginar maneiras de dar essas garantias básicas (sentimento individual de confiança), mesmo que ainda não estejamos em condições de obter um consenso mais detalhado de justiça” (tradução nossa).

entre os cidadãos. Portanto, as leis que regulam o discurso de ódio não apenas asseguram que essa política de dignidade seja mantida, como também impedem que um bem público rival, de racistas e islamofóbicos, por exemplo, construa-se socialmente. Waldron (2012) defende que leis desse tipo não “colocam o ódio para debaixo do tapete”, como alguns defendem, o seu objetivo é isolar os intolerantes, ao não permitir que eles contatem ou coordenem-se com outros que pensem como eles ou com demais cidadãos. Nesse aspecto, Waldron (2012) faz um comentário, no mínimo, curioso, de que um nazista e um liberal não teriam nada a debater. O mercado de ideias não tem nada a ganhar (2012, p. 92-96).

Contudo, Waldron parece ter um posicionamento otimista a respeito do poder pedagógico que a legislação venha a ter para mudar comportamentos, preconceitos e convicções arraigadas na sociedade, além de não levar em consideração que se não desconstituídas no plano da argumentação racional, essas ideias consideradas odiosas possam vir a se tornar clandestinas. Resgata-se a ideia de Locke apresentada no primeiro capítulo desta obra, de que não há conversão por meio da coação.

Além disso, o autor não leva em consideração o aspecto científico que conteúdos considerados “odiosos” possam ter. O conhecimento deve ser questionado constantemente, caso contrário, se considerado como dogma absoluto, jamais poderá ser considerado como verdade, utilizando aqui ideias millianas⁴⁹. Não há dúvidas de que as ideias propagadas pelo

⁴⁹ No caso brasileiro, a decisão da 33ª vara criminal do Rio de Janeiro que impediu a comercialização do livro: *Mein Kampf* – minha luta, de Adolf Hitler, pode ser citado. O processo de busca e apreensão foi ajuizado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, sob a argumentação de que a comercialização do livro seria uma forma de “incitar” o racismo, segundo a previsão do art. 20 da Lei 7.716/89. De acordo com o juiz que concedeu a liminar: “A publicação que deu ensejo à presente ação cautelar, tem o condão de violar a lei penal, pois fomenta a prática nefasta da intolerância a parcela determinável de pessoas humanas. Neste particular, não se pode olvidar, o que é fato notório e, portanto, independe de produção de prova específica sobre a existência do fato, que o líder nazista, autor da obra intitulada “Minha Luta”, pregava e incitava a prática do ódio contra judeus, negros, homossexuais, ciganos etc. Diante do evidente conflito existente entre os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, especificamente, a defesa da pessoa humana, evidenciado está que qualquer manifestação de pensamento apto a ensejar o fomento a qualquer forma de discriminação à pessoa humana, contraria os mais basilares valores humanos e jurídicos tutelados pela República Federativa do Brasil. Registre-se que a questão relevante a ser conhecida por este juízo é a proteção dos direitos humanos de pessoas que possam vir a ser vítimas do nazismo, bem como a memória daqueles que já foram vitimados (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Medida cautelar: 0030603-92.2016.8.19.0001, p. 2)”. O caso Ellwanger foi utilizado como paradigma para a fundamentação da decisão, haja vista que o juiz responsável afirmou que o Supremo se posicionou pela garantia e tutela dos indivíduos, “em detrimento de atos discriminatórios e incentivadores de ódio e violência” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Medida cautelar: 0030603-92.2016.8.19.0001, p. 3). Em complemento a isto, a decisão ratifica que há sequer conflito entre direitos fundamentais, pois o livro em questão não possui caráter informativo, então não está protegido pelo direito à informação. Portanto, a sua publicação e comercialização apenas servirá para atacar a proteção aos direitos humanos. Caso se entenda que há conflito entre direitos, “dúvida inexistente que se houver um confronto entre os interesses jurídicos em comento, vai prevalecer a tutela dos direitos humanos, seja se utilizando da técnica de solução de conflitos consistente na preponderância de interesses, seja pela técnica da harmonização”, em função dos direitos humanos prevalecerem sobre este suposto interesse (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Medida cautelar: 0030603-92.2016.8.19.0001, p. 3).

nazismo são abomináveis, discriminatórias e ultrajantes, porém não é isto que deve estar em análise e, sim, se estas ideias são capazes de incitar a discriminação para com os judeus. Alguns autores, inclusive, ressaltam a importância histórica do livro “*Mein Kampf*”, de autoria de Adolf Hitler, à compreensão dos fatos que levaram as barbaridades cometidas pelo regime nazista na Segunda Guerra Mundial (LIMA, 2016, informação online).

Ao continuar a explorar como seria uma sociedade bem-ordenada, salienta que há um *environmental good* (bem do meio-ambiente) a ser desejado, como um direito a um meio ambiente sadio. Isto quer dizer que se deve prezar por uma “ecologia” de respeito, dignidade e garantidora de segurança. Waldron (2012) cria uma analogia referente ao uso de filtros no exaustor dos automóveis para o controle de emissão de gases. Ele relata que se é de comum conhecimento que os automóveis são poluentes, é obrigação de todo proprietário de veículos utilizar o filtro no exaustor.

Essa obrigação não decorre do fato de que a emissão de gases de apenas um carro cause a morte de alguém, mas porque a acumulação de milhões de carros (e a emissão que eles todos produzem) vai contribuir para a atmosfera se transformar, cada vez mais, em tóxica. De acordo com Waldron (2012), a preocupação é com um prejuízo difuso (*diffuse harm*), não com um prejuízo em particular (*particular harm*), e com as consequências geradas pelo seu acúmulo, lento e gradual, de ações poluentes. Isto é, o Estado deverá intervir para impedir que ideias consideradas odiosas possam se propagar no ambiente público.

Segundo o autor, defende-se, comumente, que a intervenção do Direito apenas é legítima quando há um perigo claro e iminente. No entanto, uma visão consequencialista pode ser necessária para que seja protegida a dignidade dos indivíduos. Portanto, mesmo que, empiricamente, não se possa comprovar os prejuízos causados por uma regulação da liberdade de expressão, esta deve ser feita.

A intenção de Waldron é criticar a teoria do dano iminente (*fighting words*), como um dos únicos limites à liberdade de expressão presentes na doutrina norte-americana. Segundo a mesma, tão-somente, quando houver incitação, iminente e real, de violência (ato) poderá haver uma restrição a essa liberdade. No entanto, o autor entende que deveriam ser levadas em consideração as causas que alimentam a discriminação (como expressões de ódio), do que, exclusivamente, um ato de discriminação.

Entretanto, trata-se de uma análise baseada no aspecto do risco especulativo de utilidade geral, do que a ocorrência de um verdadeiro dano, qual seja: o ato discriminatório. A sustentação de Waldron é de mera causa e consequência. Não é possível controlar o âmbito subjetivo da mente das pessoas, para saber se estas irão ou não ser influenciadas, ou melhor,

incitadas a praticar atos discriminatórios com judeus apenas porque leram um livro escrito por Hitler, por exemplo. Da mesma forma, não se pode controlar que um grupo, se os judeus se sentirão ofendidos ou não pelo teor da publicação. O que pode (e deve) ser feito é não permitir que atos discriminatórios sejam perpetrados socialmente, como o impedimento de membros desses grupos de ocuparem cargos públicos ou frequentarem estabelecimentos comerciais, como será sustentado por Dworkin no capítulo subsequente (RAMALHO, 2016, p. 151).

Por óbvio, que conviver com ideias absurdas, como alguém sustentar o racismo, a eugenia, a superioridade de uma raça no século XXI, é uma tarefa árdua. É plenamente compreensível o ímpeto de tentar afastar essas convicções nefastas por meio da censura, a fim de se promover a igualdade. Contudo, questiona-se se o Estado, por meio do Direito Penal ou da censura, administrativa ou judicial, deve ser o responsável por controlá-las. Seria possível criar uma cultura da tolerância por meio do silenciamento? A censura jamais foi amiga da liberdade.

Para que o ambiente público seja protegido, além da participação do Estado, deve haver um engajamento dos indivíduos em cumprir com a determinação legal, o que Waldron (2012) chama de: *self-application by ordinary citizens*. Isto implica, segundo o autor, dizer que: “*any citizen who relies upon the law is, in the last analysis, relying indirectly on the voluntary cooperation of his or her fellow citizens*”⁵⁰ (2012, p. 99).

Este é o aspecto visível da garantia de segurança (*assurance*) que deve ser mantido socialmente. Logo, para Waldron (2012), o governo não está separado do povo, nem na formação de políticas/leis e, certamente, nem nas distribuições de responsabilidades (2012, p. 100). Nesse ponto, Waldron diz que a sua perspectiva difere da de Dworkin pelo simples fato do autor norte-americano não estabelecer um sentido de responsabilidade compartilhado entre os indivíduos de uma comunidade⁵¹. Essas obrigações destinam-se tanto ao grupo como um todo, mas a sua atuação é realizada por cada membro dessa comunidade política. Todos devem agir preocupados com o bem-estar dos demais e devem demonstrar igual consideração por todos os membros (2012, p. 108).

Em “*Law and disagreement*” (1999), o autor expressa que a liberdade de expressão e de pensamento pode ser positiva, ao significar a prevalência de um sentimento de liberdade

⁵⁰ “Qualquer cidadão que confia no Direito está, em última análise, apoiando-se indiretamente na cooperação voluntária dos demais cidadãos” (tradução nossa).

⁵¹ Na verdade, Dworkin desenvolve, sim, uma ideia de responsabilidade entre os indivíduos, por meio do que ele chama de “comunidade de princípios”, em “Justiça para ouriços”. Stephen Guest (2012) considera que a obrigação política de Dworkin emerge da “natureza fraternal” das obrigações.

(*liberty*) entre os cidadãos e os seus representantes, em uma cultura de respeito mútuo (*mutual respect*) (WALDRON, 1999, p. 310). Por consequência, alguns tipos de “ofensas” são absolutamente protegidos, porém o poder coercitivo do Estado pode agir para prevenir ataques à dignidade das pessoas.

Nesse sentido, como expressa no artigo “*Dignity and Defamation: the visibly of hate*” (2010), os discursos, como os citados acima, necessitam de regulação, visto que o sentimento de segurança (*assurance*) que o Estado deve prestar a todos os membros da sociedade não é garantido quando um indivíduo é vítima de abuso, difamação, humilhação, discriminação e violência com base na sua etnia, religião, gênero ou orientação sexual (WALDRON, 2010, p. 1596-1599). Assim, qualquer cidadão, em uma sociedade bem-ordenada, deve ter a segurança de que sairá de suas casas pela manhã, com a certeza de que não será discriminado, humilhado e aterrorizado (WALDRON, 2010, p. 1627).

Percebe-se, portanto, que a estruturação do argumento de Waldron busca ampliar a concepção de “dano” defendida por Mill e exposta no primeiro capítulo desta obra. Os danos, interpretados como hipóteses de limite à liberdade, não podem ser apenas físicos e econômicos. A vida humana exige maior complexidade que isso. Tão doloroso quanto apanhar fisicamente é sofrer repetidas humilhações e ameaças que destituem a sua dignidade.

Dessa maneira, se o discurso de ódio e a difamação de grupos são ações realizadas em público, com orientação pública e com o intuito de enfraquecer bens públicos, não se pode esperar, de acordo com Waldron, que o controle dessas ações seja realizado, exclusivamente, no âmbito privado (WALDRON, 2012, p. 100-102). Por esse motivo, o autor (2012) sustenta que:

*As I say, it is not just a matter of protecting people from sporadic insult, offense, and wounding words. It is a matter of securing in a systematic fashion, a particular aspect of social peace and civic order under justice: the dignity of inclusion and the public good of mutual assurance concerning the fundamentals of justice. It is important to secure this in any community, but it is particularly important for a community burdened by a history like ours that aspires now to become a just and well-ordered society*⁵² (2012, p. 103-104)

Nessa passagem, é possível perceber a intenção do autor em punir criminalmente as condutas que firam a fictícia sociedade bem-ordenada, que não passa de uma construção

⁵² “Como eu disse, não é apenas uma questão de proteger as pessoas de um insulto esporádico, ofensa e palavras que machuquem. Trata-se de assegurar, de forma sistemática, um aspecto particular da paz social e da ordem cívica sob justiça: a dignidade da inclusão e o bem público da segurança mútua em relação aos fundamentos da justiça. É importante assegurar isto em qualquer comunidade, mas é particularmente importante para uma comunidade carregada por uma história como a nossa que aspira, agora, a se tornar uma sociedade justa e bem ordenada” (tradução nossa).

idealizada. Por óbvio que os exemplos trazidos pelo autor causam desconforto e parecem verdadeiramente absurdos. Contudo, nem sempre a realidade é tão cristalina quanto aparenta ser.

Definir o que seria discurso de ódio não é uma tarefa simples. Os conflitos, os desentendimentos e as diferentes formas de ver o mundo não serão atenuadas pela força da lei. E, mais do que isso, será necessário que haja um intermediador capaz de determinar o que é aceitável e o que não é. Portanto, no contexto da judicialização dos conflitos, esse papel caberia ao Judiciário. Eis aqui um novo obstáculo.

2.3 OFENSAS AO GRUPO, DIFAMAÇÃO ESCRITA E O CONCEITO DE DIGNIDADE

O sentido de dignidade, desenvolvido por Waldron, conecta-se à ideia de *rank*⁵³ (nível/posição), ou seja, ser titular de direitos humanos é ocupar um alto nível social, sendo esta posição dividida, igualmente, a todos os demais cidadãos. Nesse ponto, o autor considera que:

The idea of rank is here used to articulate an aggressively egalitarian position. Humans are basically one another's equals, because denial of equality in this fundamental sense would relegate some to the status of animals or elevate some to the status of angels. And so when we refer to human dignity, it is that rank that we have in mind, a high rank, which carries its very great privileges and responsibilities. But within that high rank we are all one another's equals and bear all the same worth, the same rights and the same responsibilities. I believe very strongly that the foundational concept of dignity, in human rights discourse, is meant to convey these ideas⁵⁴ (WALDRON, 2008, p. 8-9).

A compreensão do sentido de dignidade, para Waldron (2009), relaciona-se com a de que o ser humano, por ser digno, recebe um privilégio, um *status* social que o iguala aos demais (*a high and equal rank*). Isto é, a dignidade propicia um ambiente igualitário para todos os indivíduos, em função de criar uma expectativa de que haverá respeito mútuo entre os indivíduos (2009, p. 22). Essa estratégia de abordagem do princípio da dignidade é

⁵³ O autor explica em: *Dignity of groups* (2008) que ao procurar sobre o significado de “dignidade” encontrou que, antigamente, o mesmo se relacionava à palavra “hierarquia” e que, assim, realizou essa associação entre ser um titular de direitos humanos e ocupar uma posição mais elevada por conta disso. Dessa maneira, estava ligada a uma ideia de que remetia à aristocracia, como uma forma de privilégio. (WALDRON, 2008, p. 5-6)

⁵⁴ “A ideia de rank (posição/nível) é usada aqui para articular uma posição agressivamente igualitária. Os seres humanos são basicamente iguais uns aos outros, porque a negação da igualdade, neste sentido fundamental, relegaria alguns ao status de animais ou elevaria alguns ao status de anjos. E assim, quando nos referimos à dignidade humana, é esse grau que temos em mente, um alto escalão, que carrega seus grandes privilégios e responsabilidades. Mas, dentro desse alto escalão, somos todos iguais uns aos outros e temos o mesmo valor, os mesmos direitos e as mesmas responsabilidades. Creio firmemente que o conceito fundacional de dignidade, no discurso dos direitos humanos, pretende transmitir estas ideias” (tradução nossa).

reforçada em diversos momentos⁵⁵ pelo autor ao longo de sua produção acadêmica, porém em seu livro “*Dignity, Rank and Rights*”, publicado em 2012, condensa seu pensamento.

Waldron (2011a) afirma que aqueles que estudam o conceito de dignidade, sabem que esta estava associada a uma ideia de nível e hierarquia. Então, o uso da expressão estava ligado à dignidade que era concedida ao monarca, à nobreza, aos embaixadores, ao clero, ou seja, ao ocupar um determinado “cargo” concedia-lhe um *status* de distinção, chamado de dignidade. À primeira vista, esse conceito hierárquico poderia ter sido entendido como superado pela ideia de dignidade judaica-cristã, por exemplo, porém, o autor acredita que não houve uma superação, mas uma adequação do conceito (2011a, p. 11-12).

O autor explica que a ideia de *high rank* foi generalizada, em vez de repudiada. Isto é, ser da espécie humana confere uma vocação tão elevada, que a cada indivíduo é distribuído certo tipo de nobreza. Todo homem é um rei, um duque, um marquês e, por conta disso, possui expectativa de ser respeitado pelos demais. O autor considera que essa dignidade como categoria não foi superada pela noção kantiana ou pela noção de dignidade do cristianismo, mas adaptada, como se apreende de:

There is something to that, but I believe the connection between dignity and rank was not lost with the triumph of the more egalitarian idea. What happened was that the idea of general human dignity associated itself the notion that humans as such were a high-ranking species, called to a special vocation in the world, and that in a sense each of us was to be regarded as endowed with a certain nobility or royalty, each of us was to be regarded as a creature of a high rank. High rank was generalized rather than being simply repudiated⁵⁶ (WALDRON, 2010, p. 12).

Dessa forma, *rank* é compreendido como um conceito sociológico, visto que se trata de um reflexo de uma estrutura social específica, não deriva da natureza do homem. Trata-se de um conceito construído no seio de uma sociedade. Nesse sentido, Waldron (2011a) sublinha que: “*When I emphasized the rank and honor aspect of traditional notion of dignity, I had in mind the idea that as a matter of social and ethical decision⁵⁷*” (2011a, p. 13-14).

⁵⁵ The Dignity of Groups," (2009); (2010); Dignity, Rights, and Responsibilities," 43 *Ariz. St. L.J.* 1107 (2011); "Does equal moral status add anything to right reason?" (2011); How Law Protects Dignity" (2012); The Paradoxes of Dignity," (2013); "Citizenship and dignity (2013); "Is dignity the foundation of human rights?" (2013); What do the philosophers have against dignity? (2014).

⁵⁶ “Há algo a isso, mas acredito que a ligação entre dignidade e posição não foi perdida com o triunfo da ideia mais igualitária. O que aconteceu foi que a ideia de dignidade humana geral se associou à noção de que os seres humanos como tais eram uma espécie de alto escalão, chamada a uma vocação especial no mundo e que, em certo sentido, cada um de nós deveria ser considerado como dotado de uma certa nobreza ou realeza, cada um de nós devia ser considerado uma criatura de alto escalão. O alto escalão foi generalizado em vez de ser simplesmente repudiado” (tradução nossa).

⁵⁷ “Quando eu enfatizo o aspecto da honra ou da categoria da noção tradicional de dignidade, eu tenho em mente a ideia como um assunto de decisão social e ética” (tradução nossa).

No entanto, Waldron (2011a) aprofunda-se, ainda mais, nesse conceito e relaciona esta generalização da dignidade a todos os indivíduos, com o papel (*role*) que cada um exerce na sociedade. Nesse quesito, pontua que os direitos políticos, distribuídos indistintamente, são um forte indicativo dessa universalização. A cidadania (*citizenship*) confere ao indivíduo dignidade, por reconhecê-lo como parte daquela comunidade, como ser racionalmente autônomo e responsável para decidir os rumos de sua própria vida e da vida política (2011a, p. 14-15).

Em “*The harm of hate speech*”, Waldron (2012) aponta que existem diversos tipos de teorias sobre a dignidade, tal qual a que a relaciona como capacidade moral (Kant); a que considera que os homens e as mulheres são a imagem e a semelhança de Deus (Igreja católica apostólica romana); a que atribui uma responsabilidade que cada pessoa possui para viver a sua vida da forma que achar adequada (Ronald Dworkin), enquanto há teorias que se pautam no elevado *status* que cada pessoa tem nas interações sociais e legais. Esta última é a com a que Waldron (2012) se identifica (2012, p. 137-138).

Dessa forma, a dignidade significa um *status* social (*single-status moral community*) que, por sua vez, é o que confere igualdade entre os cidadãos, como Waldron (2011b) afirma em: “*Does ‘equal moral status’ add anything to right reason*”: “*the idea of single moral status conveys that we all have the same basic moral rights and labor under the same array of basic duties*”⁵⁸ (2011b, p. 2). Nesse sentido, ao relacionar dignidade e status social, em: “*How Law protects dignity?*”⁵⁹, Waldron (2011c) complementa que:

*Dignity is the status of a person predicated on the fact that she is recognized as having the ability to control and regulate her actions in accordance with her own apprehension of norms and reasons that apply to her; it assumes she is capable of giving and entitled to give an account of herself (and of the way in which she is regulating her actions and organizing her life), an account that others are to pay attention to; and it means finally that she has the wherewithal to demand that her agency and her presence among us as human being be taken seriously and accommodated in the lives of others, in others’ attitudes and actions towards her, and in social life generally*⁶⁰ (2011c, p. 2-3).

⁵⁸ “A ideia de um status moral singular transmite que todos nós possuímos os mesmos direitos morais básicos e trabalhamos sob a mesma série de deveres básicos” (tradução nossa).

⁵⁹ Nesse artigo, Waldron (2011c) comenta como “a lei pode proteger a dignidade das pessoas. Um de seus argumentos é o de que a lei presume que os cidadãos são capazes de respeitar as normas, por serem participantes, morais e indiretos, da sua criação. Além disso, os cidadãos são capazes de agir como oficiais, reconhecendo a norma, apreendendo seu funcionamento e agindo de acordo com essas determinações” (2011c, p. 10) (tradução nossa). De acordo com isto, pode-se compreender o argumento de Waldron de que uma regulamentação sobre o discurso de ódio seria capaz de proteger a dignidade dos grupos vulneráveis, especialmente porque os demais cidadãos respeitariam e seguiriam as determinações estipuladas pela lei, a fim de preservar um ambiente de respeito mútuo.

⁶⁰ “A dignidade é o status de uma pessoa baseada no fato de que ela é reconhecida como tendo a capacidade de controlar e regular suas ações de acordo com sua própria apreensão de normas e razões que se aplicam a ela; Ela

Em uma publicação mais recente, intitulada: “*What do the Philosophers Have against Dignity?*” (2014), Waldron caracteriza a dignidade humana, segundo o seu conceito, baseado em *status* social, de quatro formas: a) o status social será fundamentado em uma ideia de categoria (*sortal*), não de condição (*conditional*)⁶¹; b) o status como categoria implica dizer que apenas haverá um tipo de ser humano aos olhos do Direito, não havendo distinção entre homem/mulher, negro/branco, livre/escravo e, assim, sucessivamente; c) a dignidade é um status de igualdade entre os seres humanos e; d) trata-se de um alto status concedido a todos, indistintamente (*high status*) (2014, p. 20-21).

A dignidade não é uma *happy talk*, nem mesmo um princípio legal que deve ser legislado, mas sim, um valor que fundamenta o próprio argumento político. Um argumento sobre a reputação, o *status* social e os possíveis danos que podem ser causados pelo discurso de ódio (WALDRON, 2012, p. 136-139).

Waldron (2012) deixa claro que a finalidade das leis as quais regulam o discurso de ódio não é a de impedir que os indivíduos sejam vítimas de ofensas, mas de proteger a sua dignidade. Proteger o sentimento das pessoas não é um objetivo apropriado para o Direito. Logo, a regulação não protege a “honra” ou a “autoestima”, busca proteger, na realidade, a condição/posição social (*social standing*) dos membros de grupos minoritários, “*should aim to protect people’s dignity against assault*”⁶² (2012, p. 105). Isto é, a condição de ser tratado como igual, pelo Estado e pelos demais indivíduos, este é um dos princípios básicos de justiça, que uma comunidade deve atentar.

A dignidade possui uma característica objetiva, fundada em aspectos sociais da condição social (*social standing*) do indivíduo em sociedade, enquanto que a ofensa se relaciona com aspectos subjetivos dos sentimentos dos indivíduos, como: choque, raiva, descontentamento, dor. Dessa forma, a proposta de Waldron (2012) é de traçar uma distinção, não muitas vezes clara, entre ferir “os sentimentos de um indivíduo” (*hurt feelings*) e de denegrir a sua dignidade.

Perceba que não significa que o autor desconsidere a ofensa, porém defende que não é responsabilidade da legislação tutelá-la. Muito embora, Waldron (2012) também pontue que

assume que ela é capaz de dar e tem o direito de dar conta de si mesma (e da forma como ela está regulando seus atos e organizando sua vida), uma conta que outros devem prestar atenção; E significa finalmente que ela tem os meios para exigir que sua agência e sua presença entre nós como ser humanos sejam levados a sério e acomodados na vida dos outros, nas atitudes e ações dos outros em relação a ela e na vida social em geral” (tradução nossa).

⁶¹ De acordo com Waldron (2014), não são condições que implicam dizer que tipo de pessoa se é, mas condições que todos os seres humanos podem passar, como: menoridade, falta de lucidez etc (2014, p. 20).

⁶² “Deve visar a proteger a dignidade das pessoas contra agressões” (tradução nossa).

essa distinção, muitas vezes, não é tão clara. Se um indivíduo tem a sua dignidade atingida, será provável que se sinta ferido e debilitado, visto que efeitos psicológicos são esperados quando alguém é constantemente humilhado, discriminado e excluído. Esse tipo de sentimento é esperado (e poderá ser protegido, indiretamente, pelas legislações), porém não é a “raiz” do problema (2012, p. 106-107).

Proteger os indivíduos contra a ofensa é protegê-los contra os efeitos que podem impactar nos seus sentimentos, como: desgosto, raiva, desagrado, vexame e assim por diante. Contudo, proteger a sua dignidade é assegurar que eles recebam um tratamento decente pela sociedade. Para compreender essa distinção, Waldron (2012) faz uma analogia com uma possível agressão à dignidade de um juiz, o qual possui um *status* social conferido pelo cargo que assume. Não se trata de proteger os sentimentos do juiz, porque eles foram atingidos, mas de resguardar a sua dignidade, socialmente necessária, e impactada por ato de desrespeito, por exemplo (2012, p. 108).

Percebe-se aqui a clara intenção de Waldron de rechaçar as críticas de que os danos sociais e psíquicos são subjetivos, como apontado no capítulo primeiro. Ao defender uma ideia de dignidade que possa ser, segundo o autor, objetivamente aferível, a partir de características ou *status*, como o autor se refere, que são conferidos a todos.

Dessa maneira, uma democracia não pode funcionar, política ou socialmente, caso os membros que a compõem não sejam respeitados e tratados como iguais, como a autoridade de seus votos e direitos exige. Por conta disso, uma agressão (*assault*) ao *status* social de um indivíduo macula a sua dignidade, mesmo que produza ou não um sentimento de dor ou sofrimento (mesmo que, em regra, produza). O mesmo ocorre, a título de exemplo, no caso de tratamento degradante, previsto na Convenção de direitos civis e políticos. O tratamento degradante é aquele que diminui o *status* elementar do ser humano. Contudo, o sentimento de humilhação, constrangimento ou dor não são necessários para configurar que houve violação. Aceita-se, até mesmo, a sua ocorrência quando, nem mesmo, o indivíduo que é vítima, saiba que está recebendo esse tipo de tratamento (WALDRON, 2012, p. 108-110).

Como fazer essas distinções na vida real, não é uma tarefa fácil. A sugestão de Waldron (2012) é de que as legislações não se foquem em identificar sentimentos que possam recair sobre as vítimas, mas sim, de garantir o *public good of assurance* dos grupos vulneráveis. O que o autor defende é que se os sentimentos das pessoas fossem preocupação das legislações, leis que regulam a blasfêmia, por exemplo, deveriam ser aceitas pelo mesmo argumento. Isto porque aqueles que se identificam com uma determinada religião, ao se

depararem com uma imagem ofensiva a Jesus Cristo, como a fotografia “*Piss Christ*”⁶³ (anexo 3), experimentariam sentimentos de sofrimento, ofensa, insulto, assim como a vítima de racismo (2012, p. 113-116).

Portanto, uma conclusão que pode ser apreendida é de que a preocupação de Waldron (2012) é a de proteger a dignidade e reputação das pessoas (*dignity-and-reputation*) nos espaços públicos (*social environment*), onde as pessoas irão viver as suas vidas. Trata-se, portanto, de uma questão visual. No caso de racismo, o autor reconhece a importância dos “*speech codes*” nos ambientes de trabalho e nas universidades, como forma de proteger empregados e alunos contra discriminações em seus ambientes de trabalho e estudo. Contudo, Waldron (2012) demonstra a sua indignação pelo fato das legislações que protegem a dignidade dos indivíduos, em sentido macro, como as regulações contra o discurso de ódio, não sejam permitidas nos ambientes públicos, nos Estados Unidos (2012, p. 116-118).

Distinguir entre ofender uma pessoa e atingir a sua dignidade, com base na religião, é, segundo o autor, mais complexo do que no caso do racismo. As leis de blasfêmia, geralmente, não protegiam os cristãos, mas o Cristianismo, seus santos, a Bíblia Sagrada e Santíssima Trindade. Por esse motivo, religiões como o Islamismo e o Judaísmo não se enquadravam no seu *hall* de proteção. Waldron (2012) pontua que deve haver uma distinção entre proteger os *belivers*⁶⁴ dos *beliefs*⁶⁵. Nesse sentido, considera que:

*But the basic distinction between an attack on a body of beliefs and an attack on the basic social standing and reputation of a group of people is clear. In every aspect of democratic society, we distinguish between the respect accorded to a citizen and the disagreement we might have concerning his or her social and political convictions*⁶⁶ (WALDRON, 2012, p. 120).

Waldron (2012) faz uso de outra analogia, para elucidar como a convivência da vida política pode gerar rivalidades entre ideias, mas sem que haja uma negação da participação do outro. O *Tea Party*, ala radical do partido republicano, representa ideias que o autor considera “socialmente perigosas”, porém reconhece que eles têm direito ao voto e de manifestar as suas ideias econômicas. Negá-los seria errado, mas atacar, desgostar ou ridicularizar os seus

⁶³ Trata-se de uma fotografia em que Jesus Cristo crucificado estaria imerso em um líquido amarelado, que segundo o fotógrafo, representa a urina. Houve uma grande repercussão sobre a obra, em 2012, após sua exposição nos Estados Unidos. Informações retiradas do site: https://en.wikipedia.org/wiki/Piss_Christ

⁶⁴ Dos que acreditam (tradução nossa).

⁶⁵ Do que acreditam (tradução nossa).

⁶⁶ “Mas a distinção básica entre um ataque a um corpo de crenças e um ataque à posição social básica e à reputação de um grupo de pessoas é clara. Em todos os aspectos da sociedade democrática, distinguimos entre o respeito concedido a um cidadão e o desacordo que podemos ter em relação às suas convicções sociais e políticas” (tradução nossa).

pensamentos é comum (*business as usual*) na vida política. Todavia, por desgostar de suas ideias, retirar-lhes financiamentos públicos (*public funds*), distribuídos a todos, por exemplo, seria uma afronta à própria ideia de dignidade (e de *status*). Com isso, pode-se apreender que, trazendo o exemplo para a questão religiosa, é compreensível que as pessoas tenham ideias e concepções de vida distintas, mas não se pode, a partir disso, negar o outro e denegrir seu *status* social (2012, p. 121-122).

A proteção da legislação contra o discurso de ódio, em matéria de religião, trata da difamação pelas características do grupo, não, propriamente, do grupo enquanto credo. Por isso, não se deve proteger a reputação de Jesus Cristo, do Papa, de Maomé, da Bíblia, do Alcorão, do Torá, dos santos, mas a difamação feita por meio das características do grupo, as quais violam a dignidade do indivíduo enquanto ser. A dignidade cívica dos membros dos grupos é separada dos seus credos, mesmo que uma ofensa a um símbolo religioso seja significativa àquele que crê (WALDRON, 2012, p. 123-124).

O autor inicia uma discussão sobre os *cartoons* dinamarqueses (*danish cartoons*), publicados na Dinamarca, em 2005, e, após, republicados em diferentes países ocidentais, nos quais se satiriza o profeta Maomé (anexo 4). Tais publicações geraram uma onda de protestos pelo mundo e reacenderam a discussão sobre os limites à liberdade de expressão. Posicionando-se acerca do tema, Waldron (2012) considera que as mesmas eram mais críticas destinadas à reputação de Maomé, do que, propriamente, contra os muçulmanos. E, complementa que:

I do not mean that the newspaper's actions—or the actions of the publications in the West that also reproduced the cartoons— were admirable. In my view, there was something foul in the self-righteousness with which Western liberals clamored for the publication and republication of the Danish cartoons in country after country and forum after forum. Often, the best they could say for this was that they were upholding their right to publish them. But a right does not give the right-bearer a reason to exercise the right one way or another, nor should it insulate him against moral criticism. My view is that the exercise of this right was unnecessary and offensive; but as I have now said several times, offensiveness by itself is not a good reason for legal regulation⁶⁷ (2012, p. 126).

⁶⁷ “Não quero dizer que as ações do jornal - ou as ações das publicações no Ocidente que também reproduziram as caricaturas - fossem admiráveis. Na minha opinião, havia algo de grosseiro na justiça com que os liberais ocidentais clamavam pela publicação e reedição dos desenhos animados dinamarqueses, país após país e fórum após fórum. Muitas vezes, o melhor que podiam dizer para isso era que eles estavam defendendo seu direito de publicá-los. Mas um direito não dá ao portador de direito uma razão para exercer o direito de uma maneira ou de outra, nem deve isolá-lo contra a crítica moral. A minha opinião é que o exercício deste direito era desnecessário e ofensivo; Mas como já disse várias vezes, a ofensividade por si só não é uma boa razão para a regulamentação legal” (tradução nossa).

Waldron (2012) afirma que os editores e os cartunistas tinham o direito de realizar tais publicações, direito no sentido de que restrições legais não poderiam ser impostas, porém, isso não quer dizer que o que tenham feito seja correto. Leonardo Rosa (2014), em excelente análise, relaciona essa posição com outro artigo publicado por Waldron, chamado: “*A right to do wrong*” (1981), no qual defende que:

[...] a existência de um direito moral, segundo ele, justifica-se precisamente pela importância que o poder de escolha adquire em certos casos. Poder escolher entre o certo e o errado é uma condição para a autoconstituição da personalidade individual e para a integridade pessoal (2014, p. 23).

De igual maneira, tal posicionamento, defendido por Waldron (2012), assemelha-se ao de Dworkin (2006) em “*The right to ridicule*”, no qual o autor norte-americano reconhece o direito da imprensa em republicar as charges do jornal dinamarquês, mas considera que a decisão da imprensa norte-americana em não os republicar foi correta – em uma espécie de autocensura (ROSA, 2014, p. 23, nota de rodapé 36).

O debate sobre os limites da liberdade de expressão, após o atentado ao jornal francês, *Charlie Hebdo*, em 2015, parece se encaixar, também, nessa mesma análise. As charges satirizavam o profeta Maomé (a retratação de Maomé é proibida no Islã, mesmo que não esteja expresso no Alcorão, a fim de evitar a idolatria⁶⁸) ridicularizando-o (e alguns de seus ensinamentos), mas não atentavam contra a dignidade dos muçulmanos enquanto grupo e, sim, ao Islã (Anexo 5). Assim, compreende-se que, à luz do pensamento de Waldron (2012), não se trata de discurso de ódio.

Por conta disso, apesar da religião ter um papel importante na história, na cultura e na formação pessoal de um indivíduo, não se pode impor que o que seja sagrado para um, seja também para os demais (2012, p. 126-129).

Entretanto, Waldron (2012) reitera que pelo fato dessas diferenças religiosas poderem ser ofensivas, há um perigo (*harm*) permanente de que algumas possam ser atacadas, feridas, discriminadas ou denegridas, pelas suas formas de culto ou, mesmo, pelo que acreditam. A proteção quanto a esse tipo de dano é importante, como leis que punam a violência ou o ataque a propriedades religiosas, porém se deve ter em mente, segundo o autor, que esta não deve ser a única medida a ser tomada. Aqueles que causam essas violências agem, com igual força, para excluir e privar esses indivíduos da vida pública, com o fundamento no “exercício de seus direitos”. Por esse motivo, deve-se proibir, por força de lei, a mobilização das forças sociais para excluí-los (2012, p. 130).

⁶⁸ Sobre o assunto: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150115_retrato_maome_historia_pai.

As complexidades parecem se tornar maiores quando algumas pessoas afirmam que a sua religião é a forma de se identificarem enquanto indivíduos, o que torna dificultoso diferenciar um ataque a uma crença de um ataque à pessoa. Essa política de identidade, de acordo com Waldron (2012), é uma tentativa irresponsável de alguns grupos, indivíduos e comunidades de reivindicar uma maior influência e proteção de suas opiniões no espaço público. Para tanto, sublinha que, na política, todos devem estar dispostos a aceitar, de vez em quando, ser derrotados.

Há uma pluralidade de opiniões e de visões de mundo e que, por consequência, algumas destas irão prevalecer sobre as outras, na busca do bem-comum. Assim, em algum momento, será necessário abrir mão do seu “ser” (*being*) para alcançar um bem maior, e o que irá proteger os indivíduos são os direitos fundamentais (*rights*), que marcam a inviolabilidade do indivíduo. Dessa maneira, Waldron (2012) considera que elevar a minha identidade a um direito fundamental é o mesmo que afirmar que esta é inegociável e que está acima da política ordinária, ou seja, do voto da maioria e do bem comum (2012, p. 131-133).

Waldron (2012) sublinha que há necessidades e preferências ligadas à religião que devem receber uma proteção do Estado liberal, como: o exercício livre da religião e da manifestação de culto, por exemplo. Entretanto, não é porque uma determinada pessoa acredita que Jesus Cristo seja o salvador e se identifique com o Cristianismo, que possa impor que ninguém poderá ridicularizar ou satirizar a sua imagem (2012, p. 134-136).

2.4 OS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ARGUMENTO DA VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA DOS INDIVÍDUOS

O princípio da liberdade de expressão, na tradição da *jurisprudence* norte-americana, reconhece que haja limites os quais possam ser impostos ao seu exercício. O exemplo clássico, elaborado por Oliver Wendell Holmes, da proibição de gritar “Fogo!” em um teatro lotado, quando não haja motivo para tanto, é um destes. No entanto, outros exemplos podem ser citados, como: a proibição da pornografia infantil, a incitação à violência, obscenidade extrema e, também, difamação envolvendo indivíduos na esfera privada. Por óbvio, ressalta Waldron (2012), que nem todas essas exceções são reconhecidas pelos juízes e acadêmicos. Todavia, a proposta do autor é a de inserir a difamação de grupo, com base em religião e raça, nesse rol de exceções (2012, p. 144-145).

Ao explicar que tipo de abordagem adota, Waldron (2012) reconhece que autores que apoiam a regulação do discurso de ódio, devem estar cientes dos custos morais (*moral costs*)

das propostas defendidas. E, ainda, sublinha que essa forma de regulação é produzida para impedir que as pessoas publiquem, escrevam, postem e divulguem assuntos e opiniões sobre quem elas gostariam de dizer, ouvir ou compartilhar. Então, como o autor complementa, não se trata apenas de um epíteto racista dito em um momento de raiva ou de uma conversa homofóbica em um restaurante, esse tipo de regulação de discurso repercute, muitas vezes, na própria liberdade de imprensa e na liberdade vivenciada pelas pessoas na *internet*. A proposta é a de retirar do espaço público, audível e visual, esse tipo de publicidade (2012, p. 148-149).

Contudo, Waldron (2012) não considera que os racistas e os islamofóbicos sejam silenciados politicamente em função disso, mas reconhece que a sua autonomia é atingida, mesmo que não fatalmente. Dessa forma, deve-se compreender como essa autonomia é relativizada para atingir um bem maior: o de proteger a dignidade e o *social standing* daqueles que são atingidos pelo discurso de ódio (2012, p. 150).

Nesse sentido, a proposta de Waldron (2012) é baseada em uma restrição de conteúdo, o que vai de encontro, diretamente, com a doutrina da Primeira Emenda, que impede o controle das ideias, das mensagens, dos assuntos, baseado em seu conteúdo. O que se permite são restrições que afetem o exercício ou resultado do discurso. Portanto, ao proibir que se grite “Fogo!” em um teatro lotado, não é proibido o conteúdo em si, mas os efeitos gerados por ele. Waldron (2012) tenta se afastar desse tipo de argumento. O autor afirma que o conteúdo explica o motivo da restrição (2012, p. 151-153).

Segundo Waldron, os legisladores não devem ser indiferentes em como as pessoas tratam-se entre si, devem-se prezar, ao menos, pelo reconhecimento fundamental da dignidade do outro. Isto porque a dignidade e a garantia de segurança são bens públicos e, por conta disso, a sociedade deve agir para prover esses bens a todos. E o discurso de ódio, de acordo com Waldron (2012), destrói esse sentimento de segurança (2012, p. 154).

Entretanto, o que Waldron não delimita é qual seria a diferença entre a sua proposta de “regulação” do discurso para um ato de censura. Censurar significa retirar do espaço público qualquer ideia que vá de encontro com convicções morais, políticas e sociais – sem entrar no mérito se seriam boas ou ruins. Isto quer dizer que algum padrão dominante deverá ser utilizado para ser a baliza do exercício dessa restrição.

Em uma sociedade complexa e marcada por “desacordos” morais, políticos, teóricos, religiosos, como o próprio Waldron afirmou em outra oportunidade, esse controle fica ainda mais complicado. A Bíblia, em certas passagens – e a depender da interpretação -, pode apoiar a subjugação da mulher e discriminação contra homoafetivos, nem por isso se deve censurá-la.

Waldron (2012) enuncia uma crítica, feita por Geoffrey Stone, de que o discurso de ódio modifica (ou tenta modificar) o debate público. E Waldron concorda com isso. Realmente, a sua intenção é a de modificá-lo, a fim de torná-lo menos grosseiro, intimidante e desmoralizante aos membros dos grupos vulneráveis. Tornando-o mais aberto para que todos participem igualmente da vida pública (2012, p. 154-155).

O “mercado das ideias”⁶⁹ seria, portanto, mais uma superstição do que uma analogia. Waldron (2012) rejeita a ideia de que esse suposto mercado seja capaz de produzir alguma verdade e, igualmente, opõe-se à defesa de que uma restrição de conteúdo sempre resultará em um efeito negativo no mercado. Sobre isso, cita, como exemplo, a proibição da pornografia infantil, a qual, para o autor, é uma restrição do conteúdo, não do efeito causado na sociedade. Sobre isso, entende que:

So without further evidence, I am not convinced by the usual objection on content-based restrictions that they “distort” public debate. They are designed to have an effect on public debate in circumstances where it is reasonable to believe that, without some sort of restriction, public debate will have effects on people’s lives that government has an obligation to be concerned about. We design and enforce restrictions on the economic market for this sort of reason, prohibiting certain transactions and regulating others, and we do so in other respects in the marketplace of ideas, too—in the restriction of child pornography, for example⁷⁰ (WALDRON, 2012, p. 156).

Dessa maneira, a regulação do discurso de ódio é vista, em diversas partes do mundo ocidental (Canadá, Dinamarca, Reino Unido), como uma medida legislativa razoável, que visa a combater diversos males. Ademais, além de respeitar o próprio sentido da liberdade de expressão, de acordo com o autor, concede um grau de importância aos indivíduos. Além disso, críticas podem ser feitas quanto à efetiva participação dos indivíduos nesse mercado, assim como se tecem críticas ao mercado capitalista que impede a competitividade. Nem todos os indivíduos são iguais e, por conta disso, não influenciarão de igual maneira nesse mercado hipotético (p. 156-157).

Um ponto interessante na argumentação de Waldron (2012) é de se questionar se a regulação do discurso de ódio é capaz de reduzir a autonomia humana. Contrapondo-se, por

⁶⁹ No capítulo primeiro dessa dissertação foi exposto o que Mill interpretava como mercado de ideias.

⁷⁰ “Por isso, não estou convencido pelo argumento habitual sobre as restrições baseadas em conteúdo e de que elas “distorcem” o debate público. Elas são projetadas para ter um efeito no debate público em circunstâncias nas quais é razoável acreditar que, sem qualquer tipo de restrição, o debate público terá efeitos sobre a vida das pessoas e que o governo tem a obrigação de se preocupar sobre isso. Nós projetamos e impomos restrições no mercado econômico por esse tipo de razão, proibindo certas transações e regulando outras, e nós o fazemos em outros aspectos no mercado de ideias também - na restrição da pornografia infantil, por exemplo” (tradução nossa).

sua vez, ao autor, C. Edwin Baker⁷¹, em “*Autonomy and Free Speech*” (2011), defende que o exercício da liberdade de expressão é uma forma de autorrevelação do ser humano. Waldron (2012) o classifica como um “absolutista da liberdade de expressão” (2012, p. 161).

O argumento de Baker é o de que a autonomia do indivíduo é promovida pela liberdade de se expressar. Toda pessoa deve ser livre para ser ela mesma e se apresentar aos demais dessa forma. Portanto, o papel do governo é o de garantir que cada pessoa possa expressar as suas opiniões e os seus valores aos demais, independentemente do seu conteúdo – o seu conteúdo é imaterial. Logo, todas as formas de discursos devem ser protegidas, mesmo as que provem um discurso de ódio. Dessa forma, o que deve importar é a autonomia do indivíduo, não a audiência (WALDRON, 2012, p. 162-165).

Waldron (2012) discorda da posição defendida por Baker e retoma argumentos que já foram trabalhados em linhas anteriores, de que o discurso de ódio danifica a dignidade e a reputação dos indivíduos de grupos vulneráveis, bem como prejudica a sua garantia de segurança. Além disso, a divulgação de ideias odiosas polui e desfigura o ambiente público, local, onde os indivíduos viverão suas vidas e criarão os seus filhos.

Demais disso, Waldron (2012) reitera seu posicionamento de que os preconceituosos estão tentando construir um bem público (*public good*) alternativo, por meio de uma rede de pessoas que compartilhem a mesma opinião, e o Estado não pode permitir que isso aconteça. Esses indivíduos devem se sentir, segundo o autor, cada vez mais, isolados. Por isso, é dever do Legislativo preocupar-se com esses valores e assegurá-los, por intermédio de legislações que regulem os discursos “odiosos” (*hateful*) (2012, p. 165-172).

Nesse aspecto, o autor retorna a uma defesa de uma restrição consequencialista de conteúdo, de que algumas ideias podem ser potencialmente perigosas e, por conta disso, devem se restringidas. No entanto, essa defesa tanto pode ser considerada como uma política paternalista no sentido forte, ou seja, de que o Estado deve ser o filtro moral sobre quais ideias ser propagadas no espaço público, quanto limita o direito à liberdade de expressão com base em risco especulativo.

Como apontado em linhas anteriores, a psiquê humana é complexa, não se pode afirmar que porque alguém teve contato com uma ideia, este irá automaticamente reproduzi-la. A limitação de um direito tão caro como a liberdade, não pode ficar à mercê de um arbítrio, nos moldes de que Waldron propõe.

⁷¹ Professor de Direito da Universidade da Pensilvânia.

2.5 A CONCEPÇÃO DE DIREITOS EM WALDRON E OS DESACORDOS

Em “Law and Disagreement”, Waldron (2005) afirma que o direito à participação seja o “direito dos direitos” e essencial para a ideia de democracia, sem que, com isso, negue a existência de direitos individuais. Na verdade, o direito à participação é o que asseguraria a proteção dos demais direitos. No entanto, deve-se acrescentar que o autor faz uma crítica ao constitucionalismo contemporâneo, em especial às Cartas de Direito (*Bill of Rights*) e ao *judicial review*. Se há desacordo sobre quais direitos os indivíduos têm, eles mesmos devem decidir quais direitos devem possuir, por meio de um mecanismo político. Os indivíduos, em uma democracia, são responsáveis e autônomos pelas decisões que lhes concernem, essa é a principal característica do autogoverno (2005, p. 251).

No artigo, “*Rights in conflict*”, de 1989, Waldron (1989) inicia sua exposição afirmando que há desacordos entre os filósofos sobre qual concepção de direitos é a mais adequada. Essas diferenças refletem os conflitos – desacordos- morais existentes entre essas concepções (1989, p. 505-506).

Assim, se há desacordos sobre os direitos que os indivíduos têm e qual concepção de direitos é mais adequada, apenas uma teoria da autoridade seria capaz de dar conta desse impasse. Para enfatizar o argumento, Waldron (1998) cita uma passagem de Thomas Hobbes:

*This is one of Thomas Hobbes's contributions to political philosophy: any theory that makes authority depend on the goodness of political outcomes is self-defeating, for it is precisely because people disagree about the goodness of outcomes that they need to set up and recognize an authority*⁷² (1998, p. 323).

Nesse contexto, destaca-se que o princípio majoritário é o que confere legitimidade e autoridade ao Direito. Portanto, o procedimento imparcial e igualitário do voto da maioria é o responsável por criar os direitos e deveres que os indivíduos possuem em sociedade (WALDRON, 2005, p. 251). Dessa forma, o Parlamento é a autoridade incumbida a determinar esses direitos.

Dessa forma, resta evidente que a teoria democrática de Waldron exige uma representatividade dos mais diversos grupos no processo político, com a finalidade de que todos possam participar ativamente do mesmo. Entretanto, acredita-se que Waldron não realizou um processo de reavaliação dos instrumentos participativos, não há, em seus escritos,

⁷² “Esta é uma das contribuições de Thomas Hobbes para a filosofia política: qualquer teoria que torne a autoridade, dependente da bondade dos resultados políticos, é autodestrutiva, porque pelo fato das pessoas discordarem da bondade dos resultados que precisam estabelecer e reconhecer uma autoridade” (tradução nossa).

uma teoria da representação política, em função do autor pressupor que exista uma participação igualitária na política.

Além disso, Waldron não estabelece como essa representação indireta será efetuada na prática. Cécile Fabre (2000) considera este um dos pontos fracos da teoria de Waldron: a falta de aprofundamento em uma teoria de participação política. Um exemplo trazido pela autora é: se as mulheres e membros de grupos étnicos marginalizados deveriam receber uma representação especial, dado seu histórico de exclusão social ou se a forma ordinária de representação seria capaz de lidar com esses obstáculos. (2000, p. 275).

Questiona-se se esse modelo de proteção dos direitos individuais não estaria suscetível à vontade do Estado e de uma maioria, eis que rompe com a ideia do constitucionalismo e proteção dos indivíduos contra meta-sociais? Sabe-se que Waldron não renega a ideia de direitos individuais, sua teoria é perfeitamente compatível com a existência dos mesmos. O argumento principal de Waldron (2005) é de que a sua teoria democrática é *right-based* (portador de direitos), ou seja, a participação majoritária está fundada em valores que coadunam com a importância dos direitos (*rights*), em especial, os valores da autonomia e da responsabilidade. Nesse ponto, Waldron (1999) entende que:

The identification of someone as a right-bearer expresses a measure of confidence in that person's moral capacities - in particular his capacity to think responsibly about the moral relation between his interests and the interests of others. The possession of this capacity - a sense of justice, if you like - is the primary basis of democratic competence. Our conviction, that ordinary men and women have what it takes to participate responsibly in the government of their society is, in fact, the same conviction as that on which the attribution of rights is based⁷³ (1999, p.337)

Uma interessante contribuição para a concepção de direitos é a ideia da interligação entre direitos individuais e responsabilidades. Waldron (2011a) alerta que há uma pluralidade nas formas de se compreender os direitos e, talvez, a mais comum é de entendê-los como uma expressão da vontade do indivíduo ou de limitação ao poder do Estado.

No entanto, a análise das responsabilidades é útil, porque não as considera como um revés do direito, o que impediria o seu exercício pleno, mas sim, uma parte integrante do próprio conceito do que é um direito. Isto é, o exercício de um direito está condicionado a

⁷³ “A identificação de alguém como portador de direitos expressa uma certa confiança nas capacidades morais dessa pessoa - em particular a sua capacidade de pensar com responsabilidade sobre a relação moral entre os seus interesses e os interesses dos outros. A posse dessa capacidade - um senso de justiça, se você quiser - é a base primária da competência democrática. Nossa convicção de que homens e mulheres comuns têm o que é necessário para participar, de forma responsável, no governo de sua sociedade é, de fato, a mesma convicção daquela em que a atribuição de direitos se baseia” (tradução nossa).

cumprir com a responsabilidade parasitária a ele. Cria-se, portanto, uma esfera de mútua cooperação dos indivíduos na comunidade (2011a, p. 1-3).

A distribuição dessas responsabilidades já havia sido trabalhada pelo autor em artigos anteriores, como, mais especificamente, no intitulado: “*Dignity, rights e responsibilities*”, publicado, em 2011. Waldron (2011b) argumenta que certos direitos (*rights*) são constituídos por responsabilidades, ou seja, como sintetiza Koppelman (2011), os *responsability-rights* implicam que os direitos sejam, de alguma forma, parasitários das responsabilidades que possuímos (2011b, p. 15).

Portanto, de acordo com Waldron (2011b), os direitos inalienáveis seriam considerados vulneráveis, caso não houvesse responsabilidades que não afetassem ao agente (2011b, p. 1117-1118).

Vale destacar que nem todos os direitos possuem responsabilidades, como o caso do direito de não ser torturado, não há nenhuma contraprestação a ser praticada para que o direito seja garantido. Além disso, há direitos que são, por natureza, uma responsabilidade como o dever de criação dos filhos (*parenthood*).

Outrossim, são essas responsabilidades, compartilhadas por todos os cidadãos, que possibilitam que uma sociedade interaja na base do respeito mútuo e a qual permite que certas limitações a direitos sejam toleráveis (KOPPELMAN, 2011, p. 15-16).

Os “direitos-responsabilidade” preocupam-se com as consequências do exercício de um direito. Dessa maneira, Waldron (2011b) considera que a liberdade de expressão, por sua vez, seja um direito-responsabilidade. Para tanto, esse direito deve contribuir para a deliberação pública e minimizaria a ideia de que a liberdade de expressão está, necessariamente, associada a qualquer forma de autoexpressão, sem levar em consideração o quão perigoso, odioso ou ofensivo pode ser esse discurso (2011b, p. 1224).

Waldron (1989) formula um exemplo de restrição ao discurso de um indivíduo que seja nazista e propaga as suas ideias no ambiente público, e explica o motivo pelo qual essa restrição é necessária:

*We ban their speeches, therefore, not because we think we can necessarily safeguard more rights by doing so, but because in their content and tendency the Nazis' speeches are incompatible with the very idea of the right they are asserting. What looked like a brute confrontation between two rival interests, independently understood, turns out to be resolved by considering the internal relation that obtains between our understanding of the respective rights claims*⁷⁴ (1989, p. 518).

⁷⁴ “Proibimos seus discursos, portanto, não porque pensemos que podemos necessariamente salvaguardar mais direitos ao fazê-lo, mas porque, em seu conteúdo e tendência, os discursos dos nazistas são incompatíveis com a própria ideia do direito que eles estão afirmando. O que parecia ser um confronto brutal entre dois interesses

O que se compreende do excerto acima é que, ao propagar ideias consideradas odiosas, perde-se o próprio sentido do direito à liberdade de expressão. Isto porque se o fundamento da liberdade de expressão é, como dito acima, fortalecer a deliberação pública, não se pode sustentar defender um tipo de discurso que quebre a harmonia entre a comunidade.

Por óbvio que esse exemplo, formulado por Waldron (1989), foi anterior a sua concepção de direitos como responsabilidade, porém se pode apreender que o indivíduo nazista, o qual, com suas declarações, atenta a dignidade de terceiros, descumpra com a responsabilidade parasitária ao seu direito à liberdade de expressão. E, por esse motivo, a restrição por parte do Estado é legítima e justificável.

Embora a noção apresentada alhures seja interessante e importante de ser trabalhada, talvez o tópico mais relevante de ser frisado, nesse momento, é o seguinte: se os profundos desacordos são expressões da própria dissonância entre os indivíduos de que direitos eles têm, não faz sentido, até mesmo, proteger direitos individuais em uma Carta de Direitos, por exemplo, mas sim, propiciar que os indivíduos tenham mecanismos capazes de participar e influenciar no momento da deliberação.

Não há, portanto, como avaliar que, ao se garantir um direito, por meio de uma interpretação judicial no caso concreto, esteja se afirmando um caráter de justiça, dado que não há uma objetividade sobre o que é justo, o que é correto, mas apenas sobre o que é legítimo. Por esse fato, é muito explícita a intenção de Waldron (2005) em estabelecer que o “direito dos direitos” seja o da participação, porque os demais direitos serão determinados na perspectiva de autogoverno. Uma democracia legítima é aquela que respeita a vontade do povo.

Esse posicionamento contrasta-se com aquilo que Dworkin entende como democracia e a consequente proteção dos direitos individuais. Para o autor norte-americano, como será melhor abordado no capítulo posterior, os direitos são prévios à própria existência do Estado e independem de positividade. Logo, podem ser invocados, mesmo que implicitamente, além de serem garantias contra a vontade do maior número. A legitimidade democrática emerge da igual consideração que o Estado tem para com todos os indivíduos, indistintamente, e a maioria não é legítima para deliberar sobre tudo. Há, então, um sentido de justiça a ser atendido.

rivais, entendidos independentemente, resulta ser resolvido considerando a relação interna que se obtém entre nossa compreensão das reivindicações de seus respectivos direitos” (tradução nossa).

2.6 CRÍTICAS DE JEREMY WALDRON AO ARGUMENTO DA LEGITIMIDADE POLÍTICA SUSTENTADO POR RONALD DWORKIN

De acordo com Waldron (2012), as restrições ao discurso de ódio têm como intenção evitar que certos maus - danos a indivíduos e à ordem pública - sejam cometidos, mas se sabe que tais restrições limitam a liberdade de expressão. Saber o que “está em jogo” é importante, segundo o autor.

A ideia de direitos como trunfos, de Ronald Dworkin, implica dizer que quando um indivíduo possui um direito, é errado impedir que o mesmo exercite esse direito em face de uma utilidade pública. Ao interpretar Dworkin, Waldron (2012) afirma que os direitos individuais sempre prevalecerão, independentemente dos motivos, mesmo quando se tratar de uma prevenção a um dano, como na hipótese do discurso de ódio. A única exceção seria quando estiver em conflito com outro direito ou para impedir uma catástrofe moral (2012, p. 157-159).

Por óbvio, de acordo com Waldron (2012), que a autonomia daqueles que terão o discurso restringido será limitada, mas viver em sociedade significa não ser livre plenamente para agir da forma desejada. O exemplo utilizado pelo autor para ilustrar isto, é o seguinte: quando a organização do tráfego é feita em uma avenida, o indivíduo é proibido de andar na mão contrária à estabelecida. Sua autonomia foi restringida, porém, a sociedade exige que haja um controle sobre a vida cotidiana, e todos devem respeitar essas limitações.

Entretanto, pontua-se que talvez a escolha do exemplo de Waldron não tenha sido a melhor. O controle do funcionamento de uma via é um tipo de medida que pode se denominar de *soft paternalism*, ou seja, o Estado deverá regular a vida cotidiana, porém não poderá invadir a esfera moral do indivíduo, em consonância ao que Dworkin chama de individualismo ético.

Como será abordado no capítulo posterior, a liberdade, para Dworkin, não pode ser compreendida como uma “liberdade como licença”, ou seja, como uma permissão, tal qual interpreta Waldron. Nesse exemplo, a liberdade é entendida como “independência”, que estipula que todos devem ser livres para se manifestarem da forma que entenderem independentemente de uma intervenção do Estado. Exercer um direito, como o da liberdade, não exige que os demais cidadãos ou o Estado aprovem essa conduta.

Tratando-se do discurso de ódio, Waldron afirma que o tipo de dano que essa pessoa (a qual proferiu o discurso) sofrerá não se compara ao dano (imediato, segundo o autor) que estará sendo feito. A liberdade de expressão não pode ser defendida como um tipo especial de importância aos indivíduos⁷⁵ (2012, p. 160-161).

Um argumento poderoso, segundo Waldron (2012), é o defendido por Ronald Dworkin: o da imprescindibilidade da liberdade de expressão não apenas para garantir o processo democrático, mas para prover legitimidade política a esse modelo de governo. Não importa qual será o tipo de contribuição para o debate público, seja esta odiosa, discriminadora ou ofensiva. A maioria não tem o direito de impor uma restrição ao exercício desse direito (2012, p. 174-175).

Este é o preço que é pago pela legitimidade política de uma democracia, se leis contra a discriminação são bem-vindas e legítimas, é pelo simples fato de que se permita a todos de participarem e terem voz no “jogo político”. Dworkin acredita, segundo Waldron (2012), que permitir um amplo debate possui um compromisso com a justiça (*fairness*) de um sistema político. No entanto, o autor neozelandês posiciona-se contrariamente a esta ideia (2012, p. 176-177).

Para Dworkin, todos os indivíduos podem e devem participar da formação da opinião pública. A democracia coparticipativa exige que todos os indivíduos contribuam para as decisões de governo e isto requer que a liberdade de expressão seja a mais plena possível. Esta é a condição que atribui legitimidade política às imposições do Estado, pois os cidadãos tiveram oportunidade de contribuir em sua criação. É o reflexo de um sistema fundado no autogoverno.

Diante disso, Waldron (2012) entende que Dworkin, em sua argumentação, divide legislações que protegem contra condutas discriminatórias e expressões discriminatórias. As primeiras são denominadas de *downstream* e as segundas, de *upstream*. As *downstream laws* são leis que protegem contra a discriminação; a violência; leis que proíbem o livre acesso aos espaços públicos; leis que garantem igual oportunidade; como a da política de cotas etc. As *upstream laws* são leis que regulam o discurso de ódio, ou seja, que limitam a liberdade de expressar-se. Os defensores das leis de regulação do discurso, como Waldron (2012), consideram que não se devem proteger, tão-somente, os resultados (atos físicos), mas as causas da discriminação (2012, p. 178 e 179).

⁷⁵ Para Dworkin, a liberdade de expressão possui um papel central na ideia de liberdades.

Waldron (2012), ao interpretar a postura de Dworkin, afirma que o autor norte-americano defende que o Estado não pode interferir coercivamente no exercício de participação dos indivíduos, restringindo a liberdade de expressão, por meio das *upstream laws*, pois isto enfraquece a legitimidade política das leis contra discriminação. Entretanto, Waldron (2012) diz que esta é uma postura errada, em função de ser dever do Estado assegurar a dignidade ou a reputação dos membros de grupos vulneráveis, atacando as motivações que poderiam levar a atos de discriminação (2012, p, 180-181).

Demais disso, Waldron (2012) reitera que esse argumento de Dworkin, da legitimidade política e da ampla participação de todos os indivíduos com suas convicções e opiniões (não importa o quão odiosas), impediria que se sustentassem limitações à liberdade de expressão, concedendo-lhe caráter absoluto, mesmo àquelas aceitas juridicamente, como *fighting words* e pornografia infantil (2012, p. 182-183).

Nesse ponto, com fundamento no que foi trabalhado no capítulo anterior, já é possível responder a esta crítica. Os direitos individuais são trunfos contra a vontade da maioria, isto é certo, porém não há um direito de causar violência, como na hipótese do *fighting words*, assim como não há o direito de violar direito de terceiro, como no caso da pornografia infantil. No caso do discurso de ódio, como será melhor explorado no capítulo seguinte, não há violação de direito de terceiro, visto que, apesar do que muitos autores sustentam, Dworkin considera que o direito da igualdade não é violado. A complexidade desse argumento perpassa pela interpretação particular que o autor faz desses direitos, à luz do liberalismo igualitário.

A argumentação de Waldron segundo a qual se o Estado não controlar os atos “venenosos” dos discursos de ódio, os mesmos desencadearão em ações de violência e exclusão aparenta ser demasiadamente pessimista. Além disso, Waldron (2012) parece tentar levar o argumento de Dworkin até as últimas consequências, apreendendo conclusões que são incompatíveis com a teoria liberal igualitária desse autor norte-americano.

Um exemplo citado pelo autor de que a visão de Dworkin contribuiria (indiretamente) para impedir que a polícia londrina condenasse os ataques de certos *skinheads* londrinos os quais bateram em um taxista mulçumano, em 2005, com base na lei contra discurso de ódio religioso é incabível. Primeiro, porque se acredita que nem mesmo se trate de discurso de ódio e, além disso, como dito em algumas linhas anteriores, ter um direito individual, segundo a teoria dworkiniana, não concede o direito de praticar atos de violência ou de violar direito de terceiro (nesse caso, a integridade física).

Por conta disso, mesmo que Dworkin defenda que as leis não possam regular o discurso, jamais toleraria que um ato de violência pudesse ser praticado, pois este não pode ser considerado como expressão (2012, p. 184-185). Estabelece, portanto, um importante limite ao exercício à liberdade, o dano físico, tal como Mill defendia em “*On Liberty*”.

Waldron (2012) está correto em afirmar que a lei contra ódio racial, quando manejado para restringir um discurso, não seria aceito por Dworkin, por este acreditar que a legitimidade política estaria sendo violada. No entanto, legitimar atos de violência com base na expressão é, completamente, incompatível com o posicionamento de Dworkin. Como se verá no capítulo seguinte, a dignidade possui um sentido distinto para Dworkin e possui uma relação direta entre a ideia de democracia e dos conceitos de liberdade e de igualdade, o que leva este autor a concluir de forma distinta a Waldron, em matéria de regulação do discurso de ódio.

2.7 CONCLUSÕES PARCIAIS II: ANTESSALA PARA O PRÓXIMO CAPÍTULO

Este capítulo segundo centrou-se em expor os argumentos utilizados por Jeremy Waldron, em “*The Harm of Hate Speech*”, para defender um modelo de regulação do discurso de ódio, conectando às demais publicações do autor, a fim de compreender quais os fundamentos teóricos que sustentam seus argumentos.

Nesse sentido, pode-se dizer que os argumentos de Waldron (2012), apresentados na obra supramencionada, podem ser sumarizados da seguinte forma: o prejuízo do discurso de ódio é resultado, primordialmente, por uma expressão escrita e não falada. O autor preocupava-se com o tipo jurídico *libel* (difamação escrita). A justificativa é a de que a escrita tem o poder de se perpetuar no espaço público e poluir o ambiente com ódio.

Portanto, Waldron (2012) afirma que impressões, publicações, gravuras no espaço público e postagens na internet são os principais meios que devem ser regulados. Nesse ponto, Waldron (2012) diz que a *spoken word* tem capacidade de ferir e de ofender, mas que as publicações escritas⁷⁶ são as capazes de repetir as mensagens socialmente.

O prejuízo em questão é um dano à dignidade dos indivíduos, a partir de uma difamação baseada em características de um determinado grupo, que os priva de nutrirem um sentimento de segurança (*assurance*) e de igual cidadania. Segundo Waldron (2012), o direito

⁷⁶ Uma questão que poderia ser contestada seria se um vídeo, postado *online* em uma rede social como o *youtube*, por exemplo, no qual o emissor realizasse declarações racistas, estaria incluído na hipótese de restrição por não ser uma difamação escrita? Waldron não responde a esse questionamento.

à inclusão (*public good of inclusiveness*) com o qual toda sociedade deve estar comprometida a assegurar, em razão da multiplicidade étnica, religiosa ou racial que marca as sociedades ocidentais contemporâneas, através da qual nenhum indivíduo ou membro de um grupo seja discriminado, excluído, hostilizado ou violentado. Trata-se de um sentido de segurança que deve ser garantido no espaço público e todos devem assegurar que isso seja respeitado.

A dignidade é entendida como *rank* que significa nível/categoria. Waldron (2012) elucida que, anteriormente, esse conceito era entendido como um *status* de distinção, que era concedido a alguém, por ocupar um determinado ofício, como um embaixador, ou por pertencer à realeza ou nobreza. O autor diz que, em vez de ter sido repudiada, essa ideia foi generalizada. Isto é, ser da espécie humana confere uma vocação tão elevada, que a cada indivíduo é distribuído certo tipo de nobreza. Todo homem é um rei, um duque, um marquês e, por conta disso, possui expectativa de ser respeitado pelos demais. O aspecto de dignidade é considerado sociológico, porque se trata de um reflexo de uma estrutura social específica, não deriva da natureza do homem. Trata-se de um conceito construído no seio de uma sociedade.

Além disso, a discriminação a que o autor se refere é a racial e por motivos religiosos, principalmente, destinada a grupos islâmicos e judaicos. Apesar de utilizar, por analogia, argumentos contra a pornografia, não envolve a discriminação por gênero e por orientação sexual. Portanto, pode-se compreender que esses grupos não estão incluídos na sua proposta. Bem como, esse prejuízo é referente à ordem de uma sociedade digna e, por isso, diferencia-se de uma ofensa individual. Segundo Waldron (2012), trata-se de um aspecto objetivo, mesmo que aquele que tenha sua dignidade maculada possa sentir-se ofendido. Contudo, não é responsabilidade da lei preocupar-se com isso.

Como mencionado, a tentativa de Waldron é de reinterpretar o sentido de dano de John Stuart Mill, a fim de acrescentar a hipótese de dano “psíquico” e “social” como limite à liberdade de expressão. Para escapar da crítica da subjetividade, o autor neozelandês tenta estabelecer um padrão objetivamente aferível, o sentido de dignidade mencionado no parágrafo anterior. Portanto, quando for violado o *status* de um indivíduo, haverá ocorrência de um tipo de dano que não será necessariamente físico ou econômico.

Como mencionado em linhas anteriores, a intenção de Waldron era de estabelecer padrão objetivo que pudesse ser utilizado para definir o que seria o “dano”, como uma forma de escapar das críticas da subjetividade dos danos “psíquicos” e “sociais”. Para tentar cumprir tal tarefa, o conceito de dignidade como *rank* é criado e concede um caráter de *status* a todos os indivíduos. Entretanto, considera-se que o autor não se desincumbiu a executá-la, pois

apesar de conceder esse *status* moral de forma indistinta, definir quando é ameaçado ou violado, ainda será uma interpretação discricionária.

Ademais, quando se tratar de aspectos religiosos, segundo Waldron, deve-se traçar uma clara distinção entre *belivers* e *beliefs*. Ou seja, discriminar um cristão é diferente de ofender o Cristianismo. Logo, o autor não aceita o argumento de que um indivíduo se identifique com a sua religião e que, por esse motivo, tenha sua dignidade violada quando se depara com um ato que ofenda Jesus Cristo, por exemplo. Isto não é aceitável na perspectiva de Waldron e vale, igualmente, às demais religiões. Assim, no caso dos *cartoons* dinamarqueses, apesar de considerá-los de mau gosto, não acredita que seja uma hipótese de restrição, em função da ofensa ser destinada a Maomé, não aos mulçumanos enquanto grupo.

Por fim, mesmo que a regulação desse tipo de discurso tenha alguns custos, e isto é inegável, os benefícios decorrentes do mesmo são maiores, pois protege a dignidade e o sentimento de segurança aos membros de grupos vulneráveis. O autor reconhece que a autonomia dos indivíduos será relativizada, mas que o bem social é mais significativo. Sobre as críticas destinadas a Dworkin, considera que o argumento do autor norte-americano de que a legitimidade política seria enfraquecida se esse modelo de regulação fosse criado nos Estados Unidos, não merece prosperar. O que estaria enfraquecido era o sentimento de pertencimento e segurança dos grupos vulneráveis. Demais disso, não considera os intolerantes (*bigots*) como minoria, tal qual afirma Dworkin, nem mesmo que seus direitos seriam violados, visto que não considera que direitos sejam trunfos absolutos contra a vontade de uma maioria. Então, se uma legislação fosse criada, respeitando os trâmites procedimentais, com vistas a proteger os membros de grupos vulneráveis, esta seria considerada absolutamente legítima. De acordo com Waldron, a maioria nem sempre legisla para submeter-se à minoria.

Questiona-se, no entanto, em que medida a proposta de Waldron não propicia uma política de censura ao pensamento e à expressão em vez de uma regulação. Isto porque, diferente de balizar o exercício, a proposição do autor visa retirar do espaço público alguns tipos de concepções.

Nessa perspectiva, ficam marcantes as distinções que cada autor possui sobre democracia. A perspectiva da legitimidade democrática, sustentada por Dworkin, significa que nenhum indivíduo pode ser excluído de participar da condução dos rumos da democracia, em razão dela ser coparticipativa, o que implica serem todos os indivíduos moral e socialmente responsáveis a contribuir com a sua formação, mesmo que suas opiniões sejam ofensivas, de mau gosto, ou discriminatórias. Bem como, os direitos em sentido forte, direitos

como trunfos, jamais poderão sucumbir frente às metas sociais abrangentes. O que quer dizer que a maioria não é legítima para determinar restrições à liberdade de expressão. Isto vai ser abordado, com maior profundidade, no capítulo seguinte. Ademais, esclarece-se o porquê, para Dworkin, do discurso de ódio não violar o direito à igualdade.

Acerca da proposta de Waldron, pode-se perceber a forte influência do seu modelo de democracia procedimental, haja vista que, ao contrário de Dworkin, não considera a liberdade de expressão como um direito individual que freie a vontade do maior número. O que concede a legitimidade às legislações é o procedimento e, portanto, se o mesmo for cumprido integralmente, não há o que se falar em ilegitimidade.

Além deste ponto, faz-se imprescindível comentar alguns aspectos da proposta de regulação de Waldron. Primeiro, acredita-se que a falta de exposição de um modelo propositivo, enfraquece, em certa medida, a sua argumentação. Isto é relevante, porque os impactos que uma legislação desse tipo teria são alarmantes, como se questionar, até mesmo, qual o papel do Direito Penal na criminalização do discurso e o porquê de instaurar um Estado de polícia para criminalizar uma ideia. Adotar um método altamente repressivo ajudaria a fortalecer uma democracia? Esta é uma pergunta não respondida.

Outro aspecto a ser comentado é como, objetivamente, uma legislação poderia fazer diferença entre “ofensa” e “violação de dignidade”, no caso concreto. Apesar de considerar-se uma proposta interessante, pois foge do senso comum, não se demonstra como se dará essa distinção. Na verdade, essa distinção não passará de uma decisão do juiz no caso concreto, que acarretará em um alto grau de discricionariedade para determinar o que é ofensa e o que seria uma mácula à dignidade.

CAPÍTULO TERCEIRO

3 IGUALDADE E LIBERDADE COMO CONDIÇÕES DA DIGNIDADE: RONALD DWORKIN

Esse capítulo tem como objetivo explorar a complexa teoria política e moral de Dworkin, com a finalidade de argumentar o motivo pelo qual Dworkin não compreende que haja violação ao princípio da igualdade e da consequente dignidade, como Waldron, no caso do discurso de ódio. Para tanto, uma imersão na teoria política do autor norte-americano torna-se imprescindível para que se alcance a fundamentação necessária.

Na primeira seção deste capítulo, aborda-se uma discussão crucial para situar a problemática: se a liberdade e a igualdade são conceitos inconciliáveis, ou seja, se se conflitam entre si. Isto é importante, porque, caso conflitem, como os defensores da regulação do discurso de ódio, um desses direitos, necessariamente, sucumbirá. Entretanto, como se verá, a argumentação de Dworkin é distinta. Esses valores não podem conflitar, pois a liberdade é um pressuposto da própria igualdade. E se explicará o por quê.

No primeiro tópico desta seção, apresenta-se a concepção de direitos em Dworkin, denominada de “direitos como trunfos”, frente a vontade da maioria. Nesse tópico específico, serão feitas comparações e distinções entre o que Dworkin defende e o que Mill e Waldron contribuem ou se distingue da mesma.

No segundo tópico, discute-se se, para Dworkin, existe um direito à liberdade (*freedom*) ou se, na verdade, existem direitos a liberdades (*liberties*), o que perpassará pelo debate se a liberdade deve ser interpretada como ausência de restrição (liberdade negativa) ou se a liberdade deve ser interpretada como independência, isto é, de que o Estado trate a todos com igual respeito.

No terceiro tópico, explica-se sobre a igualdade de recursos, política distributiva dos bens e recursos em uma sociedade, desenvolvida por Dworkin. Nesse ponto, esclarece-se que não se trata de igualdade de bem-estar, mas de uma igualdade em sentido objetivo. Assim como, ilustrar-se, a partir do leilão hipotético, como esses recursos seriam fielmente distribuídos aos indivíduos.

Em seguida, aborda-se qual o papel da liberdade na igualdade de recursos, a fim de esclarecer qual a importância da liberdade para a consagração da política distributiva de recursos. Nesse sentido, discute-se se a liberdade deve (ou não) ser compreendida como um recurso a ser distribuído no leilão hipotético ou se, na realidade, a sua existência deve ser prévia a sua consecução.

Na segunda seção, o tema a ser abordado é se existe, dentro da teoria política de Dworkin, um direito ao discurso de ódio. O título, na verdade, é uma analogia ao artigo publicado pelo autor intitulado “Nós temos direito à pornografia?”, que compõe o livro “O direito da liberdade”. Nesse momento, busca-se estabelecer como um autor, liberal igualitário, pode defender a compatibilidade entre discursos odiosos e a democracia, relação que, à primeira vista, aparenta ser contraditória.

Na terceira seção, delimita-se o princípio da dignidade para Dworkin, especialmente o que o autor desenvolveu em “Justiça para ouriços”, nos princípios do “respeito por si mesmo” e da “autenticidade”, os quais exigem que o Estado trate a todos com “igual consideração”. Sobre o princípio do “respeito por si mesmo”, explica-se o reconhecimento do indivíduo sobre a importância de sua própria vida, enquanto que o princípio da autenticidade será explicado a partir de suas dimensões de responsabilidade e independência ética.

Na quarta seção, condensam-se as explicações feitas nesse capítulo, a fim de colaborar na compreensão das questões suscitadas ao longo dessa obra.

3.1 CONCEPÇÃO DE DIREITOS EM DWORKIN: A LIBERDADE COMO UM TRUNFO

Ronald Dworkin é um dos principais juristas estudados na academia brasileira. Apesar de conhecido, principalmente, pela sua teoria interpretativa do direito, que se opõe ao Positivismo Jurídico, possui igualmente uma generosa contribuição em outros campos do pensamento.

Desde a publicação de “Levando os Direitos a sério”, em 1977, uma de suas preocupações era de estabelecer uma teoria antiutilitarista dos direitos, que seria, segundo sua análise, juntamente com o Positivismo Jurídico, a “teoria dominante do Direito” (*ruling*

theory). Nesse contexto, desenvolve a “tese dos direitos” (direito em sentido forte), de extrema relevância para a primeira fase de seu pensamento.

A noção de “direito em sentido forte” remete a direitos políticos, interpretados como direitos cuja titularidade pertence aos indivíduos e são oponíveis ao Estado e contra terceiros.⁷⁷ E, também, são preexistentes ao Estado. Demais disso, ao estabelecer que uma pessoa tem um direito, duas conclusões podem ser apreendidas: a primeira é a de que não poderá haver restrição ao exercício desse direito, exceto quando houver razões especiais (*special grounds*) que justifiquem essa intervenção, e a segunda, implica afirmar que ao exercitar esse direito não significa que deva agir de uma forma correta, boa ou que melhor agrada a todos. Isto quer dizer que “alguém pode ter o direito de fazer algo que seja a coisa errada a fazer, como no caso do jogo”. Os direitos serão trunfos com a atuação ilegítima do Estado e estabelece obrigações de respeito entre os demais indivíduos da comunidade⁷⁸ (2016b, p. 290).

Nesse sentido, Leonardo Rosa (2014) considera que “falar de direitos em sentido forte não é simplesmente falar do que é certo ou errado: é falar de algo diferente, a saber, de uma prerrogativa de fazer algo independentemente de ser certo ou errado” (2014, p. 24). Isto, segundo esse autor, justifica o posicionamento de Dworkin sobre a liberdade de expressão, de que se entende que o discurso de ódio não deveria ser praticado, por não ser “bom” ou “correto” para a harmonia da vida em sociedade, mas que a sua restrição também não pode ser considerada legítima.

Nesse momento, cabe comentar a distinção entre princípios e políticas, o que ajuda a determinar quais restrições são legítimas em um Estado que leve os direitos a sério. Uma concepção política é formada por objetivos políticos a serem alcançados, e estes podem ser de dois tipos: individuados (*individuated political aim*) e não-individuados (*non-individuated political aim*). Um objetivo não-individuado é aquele que preza o bem da coletividade (*collective welfare*), como o crescimento econômico, o qual beneficia cada um dos indivíduos de maneira distinta. Isto é, alguns indivíduos se beneficiarão mais, outros menos e alguns nada. A perspectiva, enquanto indivíduo, não é relevante (DWORKIN, 2016b, p. 142-144).

⁷⁷ Veja a observação feita por Leonardo Rosa (2014) de que “direitos políticos” significam direitos de titularidade dos cidadãos e que são dirigidos contra o Estado (2014, p. 22, nota de rodapé 33).

⁷⁸ Sobre o assunto: “Isso quer dizer basicamente que indivíduos têm direitos quando um fim coletivo não é suficiente para negar o que eles querem, têm ou fazem. Aceita essa premissa, institucionalizam-se deveres, pois, se algum indivíduo tem um direito, então outros terão deveres em relação a ele. O Direito poderia ser, então, visto como uma tentativa de sistematização dos direitos e dos deveres e sua efetiva implementação na sociedade (DALL’AGNOL, 2005, informação online).

Os objetivos individuados têm como preocupação o indivíduo, como no caso da liberdade de expressão⁷⁹. Em regra, não se assegura que a sociedade seja beneficiada por essa liberdade, mas sim, o indivíduo. Dessa forma, entende-se que os objetivos não-individuados são típicos do utilitarismo, e os objetivos individuados são característicos da tese dos direitos. Dessa maneira, os direitos não-individuados são chamados de “metas”, e os individuados, de “direitos”. Conferir o caráter de direito a esses objetivos-individuados significa que os mesmos devem ser protegidos, mesmo quando o seu exercício não beneficie o bem geral da comunidade (DWORKIN, 2016b, p. 144-145).

Em regra geral, os direitos prevalecem sobre as políticas, mesmo que não sejam considerados como absolutos⁸⁰. Os direitos são trunfos contra metas sociais abrangentes, entendidas como o bem geral da comunidade. Ao tratar sobre a liberdade de expressão, Dworkin (2016b) pontua que:

Suponhamos, por exemplo, que um homem diga que reconhece o direito à liberdade de expressão, mas acrescente que tal liberdade deve ficar em segundo plano sempre que seu exercício possa ser inconveniente para o público. Ele quer dizer, imagino, que reconhece a meta amplamente disseminada do bem-estar coletivo, mas reconhece a distribuição da liberdade de expressão apenas nos termos recomendados por essa meta coletiva para circunstâncias específicas. Sua posição política é exaurida pela meta coletiva; o direito putativo nada acrescenta e não há nenhuma razão para reconhecê-lo como um direito (2016b, p. 145).

Percebe-se que quando se concede um *status* de direito à liberdade de expressão, como Dworkin (2016b), não se pode impedir que os indivíduos expressem suas opiniões, mesmo quando se acreditar que isso causará um bem comum. Esta relação não pode ser baseada na conveniência, um direito deverá ser exercido mesmo quando prejudicar uma meta social abrangente (2016b, p. 145). Deve-se esclarecer que a maioria não possui direitos enquanto grupo, apenas os membros que a compõem, de forma individuada.

Os direitos apenas poderão ser restringidos para prevenir um dano grave, “claro e iminente” (2016b, p. 199). Acrescenta-se, também, que Dworkin se opõe ao chamado

⁷⁹ A liberdade de expressão também pode ser considerada uma *policy*, visto que a sua proteção também poderá ser assegurada com a finalidade de proteger uma meta coletiva, como no caso da liberdade de imprensa, em “Uma questão de princípio” e “Direito da Liberdade” (ROSA, 2014, p. 26-27). Isto é, existem liberdades que podem estar fundamentadas em *policies*.

⁸⁰ Nesse sentido: “[...] um princípio pode ter de capitular diante de outro, ou mesmo diante de uma política urgente com a qual esteja em competição a propósito de determinados fatos. Podemos definir o peso de um direito, admitindo que ele não é absoluto, como sua capacidade de suportar tal competição. Segue-se, da definição de um direito, que ele não pode ser menos importante que todas as metas sociais. Para simplificar, podemos estipular que não chamaremos de direito qualquer objetivo político, a menos que ele tenha um certo peso contra as metas coletivas em geral; a menos que, por exemplo, que ele não possa ser derrotado mediante o apelo a qualquer das metas rotineiras da administração política, mas somente por uma meta de urgência especial (DWORKIN, 2016b, p. 144-145).

“*balancing model*” como uma forma de avaliação de restrição de um determinado direito. Isto porque esse modelo de “balanceamento” analisa os “custos” de uma medida, o que não é legítimo para lidar com objetivos não-individuados, eis que os mesmos não sucumbem diante da vontade geral da maioria.

Nessa passagem, fica perceptível a influência da teoria milliana para o pensamento de Dworkin. Os danos causados – e que serviriam de argumento para a restrição ao exercício da liberdade de expressão – devem ser, necessariamente, objetivos. Refuta-se, portanto, qualquer possibilidade de “violação em potencial”, um ato potencialmente lesivo. Além disso, os mesmos devem ser físicos ou econômicos, não se vislumbra a possibilidade de danos psíquicos ou sociais tal como Waldron.

Dworkin (1989) defende, no artigo “*Devaluing Liberty*”, publicado no *Index Censorship*, que as democracias devem reforçar uma “cultura de liberdade”, que implica concluir que seja errado julgar o valor da liberdade à luz de políticas de custo-benefício. Além disso, comprometer-se com um ambiente de liberdade é permitir que ideias, convicções, opiniões, informações sejam criadas, conservadas e disseminadas. As instituições públicas e políticas apenas poderão intervir nesse processo, de maneira mínima, para proteger contra danos claros e iminentes. Como dito acima, a defesa de Dworkin (1989) não é propriamente de um “mercado de ideias”, em função de não estar preocupado com um valor instrumental de liberdade – como se essa propiciasse a chegada a uma verdade –, mas sim, de que a liberdade é constitutiva da própria defesa de uma democracia (1989, p. 7-8).

Dessa maneira, sublinha Dworkin (2016b) que se um indivíduo tem um direito moral contra o governo, esse direito deve prevalecer sobre a legislação e sobre as decisões judiciais.

Nesse sentido:

Há ampla concordância quanto a certos casos cristalinos. Quase todos os que acreditam nos direitos admitiriam, por exemplo, que um homem tem o direito moral de expressar suas ideias, de modo não provocativo, sobre questões relativas à política e que esse é um direito importante que o Estado deve empenhar-se ao máximo em proteger. Mas há grande controvérsia quanto aos limites de tais direitos paradigmáticos (DWORKIN, 2016b, p. 302).

Como exemplo de um caso controverso, Dworkin (2016b) cita o caso dos “Sete de Chicago”, que envolvia a “lei de distúrbios públicos”, na década de 60. Os réus foram acusados de provocarem “distúrbios públicos”. No texto legal, afirmava-se que os discursos emocionais que defendiam a violência deveriam ser punidos criminalmente, com o objetivo de se garantir a igualdade política, além de considerar crime atravessar a fronteira estadual para provocar desordem.

Os fatos sucederam na Convenção do Partido Democrata, em 1968, nos quais os sete réus, representantes da esquerda norte-americana, defensores dos direitos civis e fortes opositores à Guerra do Vietnã, “os ‘Chicago Seven’ foram indiciados por violação da lei Rap Brown, aprovada mais cedo naquele ano pelos senadores conservadores, com o sentido de limitar a ação em favor da Lei de Direitos Civis. A lei Rap Brown tornou ilegal cruzar a divisa dos estados com o propósito de incitar a desordem” (ALTMAN, 2009, informação online).

À luz disso, ao comentar o caso, Dworkin (2016b) cita dois modelos distintos para proteger o direito moral à liberdade de expressão. O primeiro recomendava que se buscasse um “equilíbrio” entre os direitos do indivíduo e as exigências da sociedade, uma justaposição (“um meio-termo”) entre a liberdade de expressão e o benefício geral da sociedade, como a segurança nas ruas, perspectiva que remete a uma concepção utilitarista dos direitos (2016b, p. 302-303).

Assim, à luz desse primeiro modelo, devem-se avaliar os custos sociais de cada uma das propostas. Se uma manifestação for mais ruidosa, não se deve conceder a mesma liberdade daquelas que forem pacíficas. O exercício do direito estará condicionado aos limites impostos pelo próprio governo, não devendo extrapolá-los. No entanto, Dworkin (2016) alerta que modelos desse tipo são aqueles que não levam os direitos a sério e são, absolutamente, indefensáveis. Ao considerar um homem como um membro pleno da comunidade, os direitos contra o governo não são um presente divino, mas instrumentos da própria cidadania (2016b, p. 304-305).

O segundo modelo pressupõe que todos os membros da comunidade terão o mesmo respeito e consideração, de forma indistinta, qualquer que seja o efeito sobre o bem-estar geral. Se um indivíduo tem um direito em sentido forte, contra o Estado, esse direito é necessário para proteger a sua dignidade ou a sua posição enquanto detentor da mesma consideração que os demais indivíduos (DWORKIN, 2016b, p. 305-306).

A eficiência social jamais poderá se sobrepor, de acordo com Dworkin (2016), a um direito individual, e isto pressupõe que exista um direito da maioria que esteja concorrendo com o direito de um grupo de indivíduos. O alto custo social tem relevância para proteger o direito original. Isto implica em afirmar que o argumento da igualdade, se fundado em ideais utilitaristas, não passa de uma ilusão.

O autor norte-americano deixa claro que atos de violência não são toleráveis, uma pessoa não tem o direito de incendiar a casa da outra ou de apedrejar o seu carro, sob o fundamento disto ser uma forma de expressão. Além disso, considera que gritar: “Fogo!” em um local lotado também não pode ser entendido como expressão. Entretanto, o Estado não

pode limitar um direito sob um argumento especulativo, “se o homem tem o direito de falar, se as razões se sustentam esse direito entendem-se discurso político provocativo e se os efeitos de tal discurso sobre violência são obscuros” o Estado não é legítimo para negar a existência desse direito. Limitá-lo, em tais hipóteses, seria um insulto profundo e incontestável (2016b, p. 311).

Percebe-se a dissonância entre as defesas apresentadas por Waldron e Dworkin neste ponto. Como visto no capítulo anterior, o direito dos direitos para Waldron é o da participação, já que jamais se chegará a um consenso sobre que direitos os cidadãos possuem. Os demais direitos, como a liberdade de expressão, só cumprem o seu papel se atingirem uma determinada responsabilidade parasitária, intrínseca a sua existência. *In casu*, o indivíduo apenas poderá se expressar livremente se este exercício possibilitar a deliberação pública. Logo, segundo essa análise, a liberdade é instrumental.

No caso de Dworkin, além da liberdade representar a expressão da individualidade de cada cidadão, é uma garantia que não possui restrição, *a priori*, quanto ao seu exercício. Em outros termos, não exige que cumpra uma determinada finalidade para que seu exercício seja considerado legítimo.

A preocupação de Dworkin com igual respeito e consideração guia a produção acadêmica do autor de maneira marcante. Em “O Império do Direito”, publicado em 1996, o autor busca entender o que fornece legitimidade à atuação coercitiva do Estado. Para que haja coerência na atuação do Estado, suas ações devem estar pautadas na igualdade, que conferirá integridade ao sistema (2014b, p. 208). Para tanto, a comunidade política, compreendida como um ente portador de responsabilidade moral, guiada por princípios gerais compartilhados. Agir com igual respeito e consideração pelo indivíduo é mais do que tratar casos semelhantes da mesma forma, pressupõe a necessidade de se respeitar as mais variadas formas de vida.

No capítulo 15 de “A raposa e o porco-espinho”, Dworkin comenta a necessidade de se proteger certos direitos individuais, mesmo quando a limitação dos mesmos possa gerar um “bem” para a comunidade (2014a, p. 501). Retoma-se, aqui, a tese do direito como trunfos, rejeitando uma concepção “agregadora” do Direito – “de aperfeiçoar o bem-estar geral da comunidade como um todo” – como fazem as teorias consequencialistas e utilitaristas, de que “uma comunidade política não tem poder moral para criar e impor obrigações contra seus membros a menos que os trate com igual consideração e respeito [...], ou seja, que considere todos os destinos como igualmente importantes e respeite a responsabilidade individual de cada um deles pela sua própria vida” (2014a, p. 503).

Para tanto, o Estado deve tratar a todos os cidadãos com igual consideração e, ainda, deve conceder as liberdades necessárias para que cada um possa “definir uma vida bem-sucedida para si próprios” (2014a, p. 504).

Contudo, como Dworkin aponta, jamais seremos capazes, mesmo dentro de uma mesma cultura de valores políticos, de entrar em um consenso sobre quais seriam esses “direitos concretos que decorrem desses direitos abstratos” (2014a, p. 504). Haverá discordância sobre os mais variados assuntos, desde a discussão sobre o aborto e a pornografia ou da obrigatoriedade do uso do cinto de segurança gerará conflito. Por isso, deve-se estruturar uma teoria substantiva dos direitos políticos, por meio de conceitos interpretativos. Na visão de Dworkin, como será observado, essa construção interpretativa passará, necessariamente, pela definição de que igualdade e liberdade não são apenas valores compatíveis, mas intimamente ligados. E esta é uma afirmação que Dworkin tenta construir desde *Levando os Direitos a sério*, na década de 70.

Referida análise é necessária, pois comumente se sustenta que o direito à igualdade é violado quando um indivíduo sofre com o *hate speech*, enquanto que para a teoria dworkiniana, esse direito é violado, na verdade, quando há censura ao direito de autoexpressar-se. Por esse motivo, será apresentado um breve panorama de seus argumentos que busca explicar porque a igualdade e a liberdade não são inconciliáveis, mas interdependentes.

3.2. LIBERDADE E IGUALDADE SÃO INCONCILIÁVEIS?

A liberdade e a igualdade são compreendidas, comumente, como direitos antagônicos. Defende-se, por exemplo, que em um país com maior liberdade, necessariamente, a igualdade padecerá. E o inverso também é defendido. Se uma sociedade quiser alcançar um maior patamar de igualdade, obrigatoriamente, interferirá na liberdade dos indivíduos. Assim, parece que não há uma justa-medida nessa relação.

No entanto, Dworkin, como afirma Guest (2013), tem preocupação em mostrar a interrelação entre os ideais liberais da liberdade e da igualdade, em uma forma de reconciliar metas políticas que, aparentemente, são inconciliáveis (2013, p. 182-183).

Como afirma Dworkin (2016a), a meta da igualdade não deve sobrepujar o exercício da liberdade dos indivíduos, algo como a “velha esquerda” fazia (2016a, p. 1-2), mas, igualmente, o *laissez-faire*, o qual presume que todos os indivíduos possuem o mesmo status

de igualdade, por receberem a mesma parcela de liberdade, não parece uma alternativa satisfatória.

A resposta de Dworkin para esse impasse é a seguinte: compreender a liberdade como um pressuposto indispensável para a concretização da igualdade, denominada pelo autor de igualdade de recursos. Os indivíduos devem ser livres para escolher os seus planos de vida, bem como decidir como utilizarão esses recursos para alcançar, exatamente, essas metas individuais.

Entender isto é crucial para compreender, integralmente, a sustentação de Dworkin quanto à defesa do discurso de ódio em uma sociedade liberal igualitária. Isto porque, em regra, defende-se que esse tipo de discurso viola a igualdade de um terceiro, porém, à luz dos pressupostos dworkinianos, proibir o discurso de ódio implica, na verdade, em uma violação à igualdade e à própria dignidade do locutor.

Entretanto, para alcançar essa conclusão, faz-se necessário estabelecer algumas premissas a partir da teoria do autor.

3.2.1 DIREITO À LIBERDADE OU LIBERDADES?

Para o início da discussão sobre o papel da liberdade na igualdade de recursos, faz-se imprescindível apresentar o capítulo 12 de “Levando os direitos a sério”, intitulado de “Que direitos temos?”, pois Dworkin (2016b) traçará aquilo que entende por liberdade, opondo-se, sobremaneira, à concepção tradicionalmente defendida da mesma, assim como anunciará o porquê da necessidade de se entrar em acordo sobre a igualdade e a liberdade – aparentemente conflituosa.

Em um primeiro momento, Dworkin (2016b) ressalta que se a liberdade for entendida de acordo com a sua definição tradicional, ou seja, “como ausência de restrições impostas pelo governo ao que o homem poderia fazer, caso desejasse” (2016b, p. 411), sendo esta a concepção defendida por Isaiah Berlin (2014), em “Dois conceitos de Liberdade”, a liberdade e a igualdade estariam em conflito. Isto porque a liberdade entendida como licença (*license-neutral*) implica defender que toda lei, mesmo que legítima, feriria uma parcela da liberdade do indivíduo, em função de não ser capaz de distinguir comportamentos bons e ruins.

Todavia, Dworkin (2016b) defende uma concepção de liberdade como independência, no sentido atribuído por John Stuart Mill (2006), a qual confere que cada pessoa seja considerada como independente e igual e, assim, capaz de distinguir comportamentos, bem como atribui uma dimensão adicional da igualdade. Nesse sentido, considera que: “Mill via a

independência como uma dimensão adicional da igualdade; argumentava que a independência de um indivíduo é ameaçada não simplesmente por um processo político que lhe nega a voz igual, mas por decisões políticas que lhe negam a igualdade de respeito” (2016b, p. 405).

Por sua vez, cita que Thomas Jefferson afirmava que existia um direito geral à liberdade (*liberty*), assim como autores, como Jeremy Bentham, o qual, até mesmo, defendia que toda lei era considerada um constrangimento à liberdade dos indivíduos, porém Dworkin sublinha que, caso houvesse esse direito de “ausência de restrições impostas pelo governo ao que o homem poderia fazer” (DWORKIN, 2016b, p. 411), o mesmo estaria, por diversas vezes, em conflito com o ideal da igualdade. Isto porque qualquer tentativa de justiça social, esbarraria em uma liberdade (permissividade) de se fazer aquilo que se deseja.

Portanto, o Estado não viola o direito à liberdade de ninguém quando determina que uma via pública tenha mão única e que o indivíduo deve cumprir com essa determinação. No entanto, o mesmo não pode se sustentar quando o Estado impõe uma censura à liberdade de expressão. Esse exemplo de Dworkin (2016b) é ilustrativo para diferenciar os reflexos de tais restrições em uma sociedade liberal (2016b, p. 414).

Por esse motivo, o autor compreende a liberdade como um direito (*right*), ou melhor, como “direito a liberdades”, sendo estas subdivididas em diversas modalidades, consideradas como importantes para a configuração de uma democracia, como as tradicionais: expressão, consciência e religiosa (DWORKIN, 2016b, p. 417).

Dessa maneira, o autor afirma que: “Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja com o interesse geral proceder assim” (2016b, p. 414). Do trecho supramencionado, extrai-se que o autor defende uma política antiutilitária, ou seja, de que direitos (*rights*) são garantias contra arbítrios de uma vontade da maioria ou do Estado. Os direitos individuais não ficarão à mercê do interesse ou do bem-estar geral. Isto quer dizer que direitos, assim como o autor defende no capítulo 7 da mesma obra, são trunfos contra metas sociais abrangentes.

O fundamento para a existência desses direitos específicos de liberdade tem como base a moralidade política e que, portanto, “é errado privar os indivíduos dessas liberdades” (DWORKIN, 2016b, p. 419). Assim, o conceito central da argumentação desenvolvida pelo autor não é o de um direito geral à liberdade, mas de igualdade de tratamento. O Estado não deve restringir a liberdade de um indivíduo, sob o argumento de que uma forma de vida é melhor ou mais nobre do que a de outro cidadão. Não se trata de uma concepção de liberdade como licença, mas de uma concepção de igualdade (DWORKIN, 2016b, p. 420). Isto é, à luz

dessa concepção, devem-se investigar quais desigualdades em relação a bens, oportunidades e liberdades não podem ser justificadas e defendidas por um Estado liberal.

A partir disso, o governo deve tratar a todos com igual consideração e respeito, o que implica não restringir a liberdade de um indivíduo com base em um modo de vida ser melhor ou mais relevante que outro, bem como não pode “distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base em que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração” (DWORKIN, 2016b, p. 420).

Destarte, esse princípio abstrato da “igual consideração e respeito” dá origem a dois direitos distintos: “o direito a igual tratamento” (*equal treatment*) e de “tratamento como igual” (*treatment as an equal*). O primeiro possui uma garantia baseada no sentido formal, pois se relaciona à distribuição de bens e oportunidades, enquanto que o segundo é, verdadeiramente, valioso para uma concepção liberal de igualdade, pois versa sobre a decisão política de como esses bens e oportunidades serão distribuídos (DWORKIN, 2016b, p. 419-420).

Em “A raposa e o porco-espinho”, Dworkin (2014a) sublinha que a liberdade (assim como a igualdade) é um conceito interpretativo⁸¹. O autor renuncia a uma concepção que esteja pautada em aspectos criteriosais, ou seja, que se baseia em uma análise consequencialista. Todavia, a concepção interpretativa associa a liberdade a um valor mais profundo, o da responsabilidade pessoal, que se relaciona com o próprio conceito de dignidade. Nesse sentido, Dworkin (2014a) afirma que leis de trânsito impostas pela vontade da maioria não aviltam a dignidade dos indivíduos, desde que não sejam más ou exageradamente tolas. Entretanto, uma lei que ditasse quais práticas religiosas seriam aceitas, feriria essa dignidade. A diferença é a de que a maioria não tem independência ética – que será debatida nas seções seguintes – para impor uma restrição desse tipo. Determinar o sentido de uma avenida não viola a liberdade, em função de não ser uma decisão fundamental sobre a vida dos indivíduos (2014a, p. 561-564).

⁸¹ Nesse capítulo sobre a liberdade, Dworkin debate sobre a liberdade negativa e a liberdade positiva e defende que não há conflito entre ambas, como Benjamin Constant e Isaiah Berlin, os quais propunham versões similares sobre o conceito de liberdade, distinguindo-a em liberdade positiva e liberdade negativa. A primeira estaria ligada ao exercício da liberdade política e ao autogoverno, enquanto que a segunda seria o espaço de não coerção do Estado no exercício de suas decisões e atividades. No entanto, segundo os autores acima mencionados, é possível que haja conflito entre ambas as liberdades, assim como que estas conflitem com o valor da igualdade. No entanto, Dworkin (2014) assegura que a correta interpretação da liberdade jamais poderá entrar em conflito com a igualdade de recursos. Pelo contrário, como será exposto a seguir, a liberdade é o seu verdadeiro pressuposto.

Destaca-se, ainda, que a concepção de liberdade, defendida pelo autor, relaciona-se a uma teoria moral, isto quer dizer que, mais do que um direito ou um ideal político, a liberdade deve ser analisada à luz da ética e da moral. Isto quer dizer que um conceito de liberdade estará, intimamente, ligado à noção do “viver bem” – campo da ética – e à forma de como tratar os demais – a moral. Logo, percebe-se que a teoria interpretativa possui um viés integrativo (DWORKIN, 2014a, p. 239-240).

Dessa maneira, a liberdade, por ser caracterizada como um conceito interpretativo, e, portanto, a sua interpretação deve ser feita a partir de uma ideia de que a moral é objetivamente cognitiva, respeitando os princípios da integridade (coerência) e da autenticidade (liga-se à responsabilidade moral)⁸².

Os direitos individuais devem ser compreendidos, portanto, como uma forma de todos serem “tradados como iguais”. Por conta disso, não há qualquer razão para sustentar que haja um conflito entre a liberdade e a igualdade, visto que os direitos de liberdade são, na verdade, um instrumento de efetivação da própria ideia de igualdade. Algumas restrições às liberdades são permitidas em uma concepção liberal de igualdade, mas apenas em casos extremos, como atos de violência e violação de direito de terceiros.

3.2.2 O CONCEITO DE IGUALDADE PARA DWORKIN: LIBERALISMO IGUALITÁRIO E A IGUALDADE DE RECURSOS

Ao classificar as ideias básicas defendidas por Dworkin, em seu liberalismo igualitário, Gargarella (2008) elenca quatro principais: a) a distinção entre “personalidade” e “circunstâncias”, devendo o liberalismo igualar os indivíduos em suas circunstâncias, a fim de que cada um seja responsável pelas consequências de suas decisões; b) a refutação de uma igualdade subjetivista, baseada no bem-estar das pessoas; c) a justiça é baseada na ideia de uma igualdade de recursos iguais e d) o estabelecimento da ideia de tolerância, a qual implica que o “Estado igualitário deve ser neutro em matéria ética, não devendo proibir ou recompensar nenhuma atividade privada com base em que alguma concepção ética é superior ou inferior às demais” (2008, p. 66).

Dessa forma, à luz dessa breve introdução, expõe-se a concepção de igualdade de recursos, proposta por Dworkin, a fim de conectá-la com a ideia de liberdade, também defendida pelo autor.

⁸² Para aprofundar sobre o tema, sugere-se a leitura da obra “Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial” (VERBICARO, 2017, p. 291-292).

Nesse sentido, pode-se, mesmo que de forma introdutória à questão, estruturar a teoria igualitária de Dworkin em: igualdade de recursos, liberdade com restrições e uma comunidade política baseada no princípio da “tolerância liberal⁸³”, que não devem ser compreendidos como metas políticas distintas, mas, verdadeiramente, integradas.

Na introdução de “A Virtude Soberana”, Ronald Dworkin ressalta que a igualdade, ilustrada pelo princípio igualitário abstrato, é “a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania” (DWORKIN, 2016a, p. 1). Isto é, a sua proposta liberal está intimamente ligada à ideia de igualdade, à luz da “igualdade de consideração” (*equal concern*) e da responsabilidade pessoal (*personal responsibility*), desenvolvida pelo autor.

De início, cumpre sublinhar que Dworkin (2016a) não defende uma igualdade indiscriminada, ou seja, um valor levado a qualquer custo, tal como defendia a “velha esquerda”, a qual não pode ser considerada como um valor político genuíno. Pelo contrário, destaca-se que a crítica à “velha esquerda” pode ser facilmente identificada como aquela destinada ao marxismo, eis que desconsidera a importância da individualidade e da liberdade dos indivíduos a seguirem os seus próprios planos de vida. Por sua vez, a “igualdade de recursos”, a ser explicada de forma pormenorizada, considera de grande importância à liberdade para a sua concretização (2016a, p. 2).

A ideia de igualdade defendida por Dworkin já havia sido trabalhada pelo autor desde “Levando os direitos a sério”, publicado em 1977, com a diferenciação entre “igual tratamento” e “tratamento como igual”. Entretanto, a ideia de “igualdade de recursos” foi exposta pelo autor em “*Why liberals should care about equality*”, publicado em 1983, que veio a compor a obra “Uma questão de princípio”, em 1985.

Entretanto, esse ideal foi apenas melhor explicado com a publicação dos artigos: “*What is Equality? – Part 1: Equality of Welfare*” e “*What is Equality? – Part 2: Equality of Resources*”, em 1981. Posteriormente, os mesmos foram publicados como capítulos 1 e 2, respectivamente, em “A Virtude Soberana”.

No primeiro capítulo, o autor inicia a discussão afirmando que se houvesse um conflito entre igualdade e liberdade, a primeira deverá prevalecer. Esta afirmação aparenta ser estranha, em um primeiro momento, mas parece fazer sentido após as explicações

⁸³ O princípio da tolerância liberal guarda relação com o princípio da neutralidade do Estado, abordado por Dworkin, principalmente, no capítulo 6 de “Virtude Soberana”. Este princípio implica o Estado não impor uma moralidade única aos indivíduos, ou seja, cada qual é livre para viver a sua vida da forma que eleger, desde que não viole os princípios basilares dessa sociedade. Dessa forma, deve-se prezar pelo pluralismo moral nessa sociedade, com as mais diversas visões de mundo e escolhas individuais (DWORKIN, 2016a).

desenvolvidas ao longo do livro. Isto porque apenas uma interpretação superficial (*flat*) sobre esses conceitos poderia desencadear em um conflito.

A igualdade de recursos é uma forma de distribuição de direitos e garantias aos indivíduos, e que leva em consideração os desequilíbrios e diferenças entre os cidadãos. O leilão hipotético, instrumento de distribuição, atua em sintonia com os princípios elencados por Dworkin, o da “igual consideração” por todos os indivíduos e da “responsabilidade pessoal”.

3.2.3 O LUGAR DA LIBERDADE NA IGUALDADE DE RECURSOS

O argumento da liberdade de expressão em Dworkin perpassa, necessariamente, pela compreensão de sua ideia de igualdade. A interpretação ampla que o autor faz acerca das liberdades implica em afirmar que o discurso de ódio é plenamente compatível com sua ideia de justiça. Isto porque o exercício da liberdade de expressão, no momento que se profere um discurso dessa natureza, não possui o condão de ferir direito de terceiro (pois não impede que um recurso seja fornecido). Por isso, é importante compreender, de início, o papel da liberdade na distribuição desses recursos.

O capítulo 3 de “A Virtude Soberana”, intitulado de “O lugar da Liberdade”, foi publicado, originalmente, em 1987, e pormenoriza o papel que a liberdade assume na concretização do princípio igualitário abstrato, defendido por Dworkin. De início, cumpre salientar que, por liberdade, Dworkin (2016a) entende como “liberdade negativa”, ou seja, liberdade de restrições legais e a sua relação com a igualdade distributiva.

Nesse sentido, em um conflito entre liberdade e igualdade, a igualdade deverá sempre prevalecer. Nesse momento, explica-se o porquê de que este conflito nem mesmo poderá ter oportunidade de ocorrer. Isto se conecta ao simples fato da liberdade ser um pressuposto da igualdade de recursos. Logo, jamais poderá haver um conflito entre ambos os valores.

A principal ideia que se sustenta é a de que liberdade e igualdade são, na verdade, um mesmo ideal político indissociável. Por consequência, “a prioridade da liberdade é assegurada não em detrimento da igualdade, mas em seu nome” (DWORKIN, 2016a, p. 177).

A abordagem adotada pelo autor refuta a defesa instituída pela “estratégia dos interesses”, a qual realoca a distribuição das liberdades fundamentais para um segundo plano. Para exemplificar essa estratégia, Dworkin (2016a) cita o utilitarismo, que acredita que a liberdade é uma consequência das inclinações humanas, porém não centraliza o importante

papel da liberdade, apenas considera a máxima da felicidade da maioria dos indivíduos dessa sociedade.

Por consequência, Dworkin (2016a) conclui que a liberdade teria um valor estritamente instrumental, no leilão hipotético, haja vista que seria apenas um instrumento para se alcançar a igualdade, sem a compreensão de que a liberdade possui um valor intrínseco. Logo, a igualdade não pode ser hierarquicamente superior à liberdade. Leonardo Rosa (2014) esclarece que o fato das liberdades não possuírem valor intrínseco, está relacionada com a sua capacidade de contribuir para a boa vida, isto é, a sua integração com a ética de Dworkin (2014, p. 76-77).

A defesa de Dworkin (2016a) estrutura uma abordagem na qual a liberdade é, na realidade, um pressuposto da igualdade de recursos, a esta se denomina: “estratégia constitutiva”. A liberdade possibilita que os indivíduos determinem os seus planos de vida, no momento anterior ao leilão. Em outros termos, a finalidade dos recursos apenas existirá, caso haja liberdade dos indivíduos para elencar como estes serão utilizados. Portanto, há uma relação dependente entre ambos. Talvez, o exemplo mais ilustrativo desenvolvido pelo autor dessa ideia seja o seguinte: qual a finalidade de se adquirir argila se não é possível realizar uma escultura satírica com a mesma? Ou seja, a utilização desse recurso – a argila – depende de uma liberdade de expressão.

Por esse motivo, deve ficar claro que as liberdades não são recursos a serem leiloados no “leilão hipotético”; pelo contrário, são direitos distribuídos previamente a todos, indistintamente. Trata-se de pressupostos lógicos para a própria realização do mesmo. Como afirmado acima, quando um indivíduo adquire um recurso no leilão hipotético, o mesmo deve pressupor ser titular de uma liberdade, mesmo que mínima, para utilizá-lo. Assim, “o sistema de liberdades/restrições faz parte do que se necessita para completar um conjunto de condições suficientes” (DWORKIN, 2016a, p. 197).

De maneira simples e concisa, Leonardo Rosa (2014) sintetiza a ideia fundamental do lugar da liberdade na igualdade de recursos:

Dworkin sustenta que ter um recurso e ter algumas liberdades ligadas a esse recurso não são coisas distintas. Esta ideia é intuitiva, porque a noção de “ter um recurso” parece exigir desde já alguma liberdade ou algumas liberdades, isto é, alguns direitos que deem significado a “ter um recurso”. Ou seja, Dworkin explora a ideia bastante plausível de que a distribuição igualitária de recursos assume um regime de liberdades que regulamenta o acesso aos recursos distribuídos. Esta formulação da questão integra liberdade e igualdade, porque a dimensão igualitária do acesso a um recurso só é inteligível se compreendida em termos de liberdades explicativas deste acesso. Imaginemos uma pessoa em situação de desigualdade e que se lhe atribua um recurso de modo a melhorar a sua posição. Por que atribuir-lhe

um recurso implica tratá-lo com maior consideração e respeito do que não lhe atribuir o recurso se negar a liberdade de usufruir do bem atribuído não significar tratá-lo com menor consideração e respeito? Daí a integração entre igualdade e a liberdade na forma de um grupo de direitos, de liberdades (2014, p. 82-83).

Nestes termos, a igualdade de recursos já garante, previamente, a existência de liberdades. Nesse sentido, para sustentar tal ideal, Dworkin (2016a) estrutura o “princípio igualitário abstrato”, que estipula que a comunidade deve tratar a todos com igual consideração e que a melhor forma de assegurá-lo é, invariavelmente, adotando uma ideia de igualdade que seja a de recursos.

Para tanto, estipula que a “versão da ponte constitutiva”⁸⁴ será assegurada pela própria ideia de liberdade. Demais disso, defende que o princípio da abstração garantirá segurança às imperfeições decorrentes dos mercados. Por consequência, garante que os indivíduos sejam livres para agir da forma que desejarem, mas a mesma não deve ser confundida com permissividade, eis que haverá restrições que deverão ser respeitadas, a fim de proteger a segurança de todos – a partir de um perigo “claro e presente” - e a propriedade de terceiros. A abstração é o instrumento para que cada indivíduo atue de acordo com o seu plano de vida, a partir de suas preferências e interesses individuais (DWORKIN, 2016a, p. 199-201).

Nesse ponto, parece essencial ratificar o ponto da neutralidade do Estado diante dos planos de vida a serem escolhidos e seguidos pelos indivíduos. A métrica, portanto, será o respeito à igualdade de recursos, jamais pelas preferências de cada um (DWORKIN, 2016a, p. 201).

Outrossim, sublinha-se, ainda, que há três subprincípios que colaboram para o aperfeiçoamento do princípio da abstração: o da correção, o da autenticidade e o da independência. O primeiro destes impõe restrições aos indivíduos, caso se possibilite uma distribuição mais igualitária – respeitando-se os limites da abstração. O segundo está correlacionado com a determinação de uma ampla liberdade dada aos indivíduos para que estes executem seus planos de vida, à luz de suas convicções e preferências próprias, desde que estas respeitem a igualdade de recursos.

De acordo com Guest (2012), a liberdade de expressão está ligada à formação e desenvolvimento da personalidade. Isto é, apenas em uma cultura que as ideias são testadas umas contra as outras e que, de antemão, as pessoas têm o direito de expressar suas visões e tentar convencer os demais, que se pode dizer que uma personalidade autêntica pode se

⁸⁴ O autor utiliza essa expressão pois afirma que a Liberdade será a “ponte”, ou seja, o caminho para que a igualdade seja alcançada. Se uma sociedade não prima pela liberdade, jamais poderá resguardar a igualdade.

desenvolver (2012, p. 201). Percebe-se, aqui, uma correlação ao que Mill já afirmava em “*On Liberty*”, de que os indivíduos apenas poderão aperfeiçoar a sua racionalidade, em um contexto de liberdade de ideias e convicções.

E, por fim, o princípio da independência estabelece um controle às limitações que possam ser impostas ao princípio da correção ou alterações que sejam necessárias para promover uma melhor distribuição àqueles que estejam em desvantagem (natural ou social). Portanto, possui um conteúdo negativo, ao não permitir que qualquer tipo de restrição seja imposta e, também, um conteúdo positivo, eis que algumas correções positivas devem ser feitas para melhorar a situação daqueles que estiverem em desvantagem (DWORKIN, 2016a, p. 201-221).

Portanto, compreende-se que, embora a teoria redistributiva de Dworkin (2016a) seja neutra em relação aos projetos de vida dos indivíduos, haja vista que não impõe uma concepção de bem a ser seguida por todos os indivíduos; todos os indivíduos são livres para viverem a sua vida da forma que acharem adequada (2016a, p. 209).

Entretanto, esclarece-se que a igualdade de recursos não exige uma restrição maior às liberdades, a fim de promover uma maior distribuição igualitária. Assim, apenas os limites estampados no princípio da abstração podem legitimar uma restrição. Isto porque a igualdade não pode se sobrepor à liberdade. A distribuição de recursos, de forma igualitária, não será mais imponente pela simples restrição da liberdade. Acrescenta-se, ainda, a declaração de Dworkin (2016a) de que:

[...] embora a igualdade de recursos proteja a liberdade em algum mundo ideal, ela a destrói totalmente no mundo real de nossa política, pois, naquela forma, põe em risco todas as liberdades, até mesmo, as que julgamos fundamentais. Devemos, portanto, analisar se o princípio do sacrifício protege suficientemente o que acreditamos serem as nossas liberdades mais fundamentais (2016a, p. 246-247).

Dessa forma, ao realizar uma retrospectiva de seus argumentos em “A Virtude Soberana”, Dworkin (2016a) afirma que o lugar da liberdade é fundamental em qualquer esquema que se promova justiça, com base nas preferências e individualidades daqueles que compõem aquela comunidade política. Logo, a liberdade não é contingente, ela está determinada nos próprios parâmetros estabelecidos pelo leilão igualitário. E, ainda, é categórico ao afirmar que: “[...] uma comunidade que não protege a liberdade de seus membros não os trata – não pode tratá-los – com igual consideração” (2016a, p. 248).

O argumento de Dworkin (2016a) afasta-se de qualquer “vontade imposta por uma maioria” ou de um caráter instrumental da mesma para se alcançar a igualdade; a estratégia

constitutiva pressupõe a existência de liberdade. Por esse motivo, liberdade e igualdade “são aspectos de uma só virtude política”, ambas empregadas em conjunto para serem definidas (2016a, p. 250).

Isto é crucial para se entender alguns aspectos da teoria liberal de Dworkin, especialmente, sobre o objeto de pesquisa dessa obra: o discurso de ódio. Primeiro, entende-se que, quando interpretada corretamente, a liberdade jamais conflitará com a igualdade, visto que para o projeto distributivo da igualdade de recursos, a liberdade deve ser um pressuposto da igualdade.

3.3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CONCEITO DE DIGNIDADE EM DWORKIN: EXISTE UM DIREITO AO DISCURSO DE ÓDIO? – A INDEPENDÊNCIA ÉTICA COMO INTERPRETAÇÃO DA LIBERDADE

De início, justifica-se que o título dessa seção é uma analogia ao título do artigo “Temos um direito à pornografia?”, que compõe o livro “Direito da liberdade”, publicado em 1996, no qual o autor trava um debate interessante com a escritora feminista, Catherine MacKinnon, citada, também, por Waldron, em “*The harm of hate speech*”.

O objetivo dessa seção é correlacionar o que foi dito sobre a igualdade de recursos, a liberdade como pressuposto dessa distribuição igualitária e a defesa de Dworkin que o Estado não deva limitar a liberdade de expressão em casos de discurso de ódio. Talvez, a escolha de palavras não tenha sido a mais adequada nesse último item, pois, ao contrário do que se possa imaginar, Dworkin não aprova esse tipo de discurso, mas reconhece que os indivíduos tenham o direito de fazê-lo. Isto é, não significa que pelo simples fato de alguém ter um direito, que isso justifica que deva exercê-lo⁸⁵.

Uma importante pergunta a ser feita é se, para Dworkin (2006a), a liberdade de expressão possui um caráter instrumental, ou seja, de que esta serve para proteger expressões políticas, para fortalecer a democracia ou para promover a deliberação pública, como afirma Waldron? ”. Em “Direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana”, Dworkin afirma que esse tipo de concepção, apesar de importante, não é suficiente para justificar casos mais complexos. Se o ato de se expressar está conexo a, tão-somente, um contexto político, a arte, a literatura e a ciência não seriam formas de expressão? E, mais do que isso, se o objetivo de se proteger a liberdade de expressão é manter as pessoas informadas para fortalecer a democracia ou que as propicie o “encontro com a verdade”, como defende Stuart Mill, como se justificar a proteção à pornografia, às manifestações nazistas, racistas,

⁸⁵ Sobre isso: “*The right to ridicule*”, de Ronald Dworkin, 2006.

fundamentalistas ou sexistas? Qual o valor dessas expressões na democracia? (2006a, p. 318-319).

Dessa forma, se a liberdade de expressão fosse compreendida como uma forma instrumental de se alcançar a Democracia, a arte ou as decisões sociais e pessoais não teriam muita importância. Isto é, a Primeira Emenda protegeria a literatura que menciona explicitamente o sexo – e este é o exemplo utilizado por Dworkin (2006a) – apenas quando esse tipo de literatura fosse importante para os cidadãos votarem com inteligência nas eleições municipais. Isto pareceria claramente estúpido ou, no mínimo, incompleto (2006a, p. 320-321). Nesse sentido, o autor considera que:

[...] A livre expressão é essencial não apenas como um meio para o desenvolvimento humano, mas como parte dele. Como os seres humanos não estão apenas sujeitos a sua história, mas aspiram a ter consciência dela, o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e da humanidade em geral é um processo adequadamente constituído em parte pela livre expressão e pelo intercâmbio da comunicação humana [...] (DWORKIN, 2000, p. 82).

Além disso, Dworkin (2006a) afirma que esse tipo de defesa tende a ser perigosa. Isto porque, segundo essa concepção, o Estado não pode exercer qualquer tipo de censura considerada clandestina e, racionalmente, o povo rejeitaria que isso acontecesse. Entretanto, esse argumento não é capaz de explicar o porquê não se deve deixar que a maioria das pessoas impusesse um tipo institucionalizado de censura, se essa maioria quisesse ou aprovasse por meios democraticamente legítimos, como o plebiscito.

A afirmação de que é provável que a verdade venha à tona quando nenhuma opinião é excluída do debate público não é suficiente para justificar as opiniões odiosas, obscenas e artísticas, a título de exemplificação (2006a, p. 322). Portanto, ao contrário do que Waldron (2012) afirma sobre Dworkin, o mesmo não defende um “mercado de ideias”.

Nesse ponto, cita o caso *R.A.V. vs St. Paul* (1992), à época ainda a ser decidido pela Suprema Corte, no qual a pequena cidade de St. Paul criou uma regulamentação municipal que proibia a “exposição pública de símbolos que possam causar raiva, medo ou ressentimento em outras pessoas, por causa de sua raça, religião ou sexo, e que prevê para esse crime uma pena de noventa dias de detenção” (DWORKIN, 2006a, p. 326).

O autor da ação, sr. Robert Viktora, foi processado com base nessa legislação municipal “por ter queimado uma cruz no jardim da casa de uma família negra” (DWORKIN, 2006a, p. 327). Dworkin esclarece que essa conduta, é considerada criminosa pelo Código Penal, logo, este seria condenado pela prática de um crime comum. O que se questiona, na

verdade, é se um Estado está autorizado a implementar uma punição mais severa para uma expressão/convicção que a comunidade não aprova.

Dworkin (2006a) reitera que se devem proteger, até mesmo, as expressões que odiamos. E isto decorre do fato de que uma sociedade liberal, comprometida com a responsabilidade moral do indivíduo, não pode adotar qualquer tipo de censura ao conteúdo de uma expressão. Todavia, afirma que os argumentos instrumentais estão sendo utilizados para “minar” a liberdade de expressão e não a corroborar com a ideia de uma sociedade liberal (2006a, p. 327).

Por consequência, ao negar a responsabilidade moral aos indivíduos, o Estado ofende os cidadãos, em função de este não estar legitimado a “nos impedir de ouvir uma opinião por medo de que não estejamos aptos de ouvi-la e ponderá-la” (DWORKIN, 2006a, p. 319).

Dworkin (2016a) defende uma justificação constitutiva da liberdade que não se preocupa apenas com as consequências, mas com a capacidade de contribuir para a “boa vida”, fundamentada na ética liberal de Dworkin. Isto é, considera que os indivíduos são moralmente responsáveis por suas escolhas, e eles devem tomar as suas próprias decisões a partir do que seja considerado bom ou mal na sua vida, seja esta moral ou política. Dessa forma, apresenta-nos a sua concepção de individualismo ético e a importância desses argumentos para a opinião pública.

Nesse sentido, Dworkin acrescenta, ao citar David Richards, que:

Se os cidadãos que respeitam a lei são agentes morais responsáveis, é contraditório pensar que alguém tem o direito de determinar o que eles podem ou não ler com base num juízo oficial qualquer sobre o que vai edificar ou destruir o caráter deles ou o que os levaria a ter opiniões incorretas sobre assuntos de interesses sociais (DWORKIN, 2006a, p. 333).

A censura, de acordo com Dworkin (2006a), jamais poderá ser de conteúdo, visto que não cabe ao Estado censurar uma ideia ou uma expressão por considerá-la má ou ruim ou sob a justificativa de que as mesmas não devam ser ouvidas. Isto é, o Estado não poderá realizar uma “intermediação mental” pelos cidadãos (2006a, p. 350).

Ao tratar de um tema delicado, como o negacionismo ao holocausto, Dworkin (2006a) é enfático ao defender que mesmo nesse tipo de situação, a censura não deve ser aceita. Essa exposição foi feita no adendo ao artigo “Pornografia e ódio”, sob o título “Um motivo válido para a censura?”, também presente no livro “O direito da liberdade”, de 1996.

O adendo trata sobre a possibilidade de se censurar as teorias negacionistas do holocausto, como o caso de Guenter Deckert, líder do partido nacional democrata, de extrema direita, o qual foi processado com base em uma lei alemã que proibia a incitação ao ódio

racial, por organizar uma palestra com um “especialista” norte-americano, Leuchter, com o desiderato de comprovar que nenhum judeu teria sido morto nas câmaras de gás de Auschwitz (DWORKIN, 2006a, p. 358-359).

Dessa forma, esse político foi julgado por “aviltar a consciência dos mortos” e por ser “simpatizante das crenças nazistas”. Em 1994, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou que as expressões que negam o holocausto não estão protegidas pela Liberdade de Expressão. Em 1995, o parlamento alemão criou uma legislação que impõe uma pena de até 5 (cinco) anos para atos como esse (DWORKIN, 2006a, p. 359).

Segundo a exposição de Dworkin (2006a), pelo fato da Constituição alemã proteger a liberdade de expressão, medidas como estas seriam injustificadas. Os neonazistas não deixarão de ser neonazistas pelo fato de não poderem expor suas ideias, eles atuarão por meios clandestinos, se necessário. Não há dúvida de que “o mito de Auschwitz” viola o direito da memória do povo judeu e de toda a humanidade; crer que, de fato, o holocausto nunca existiu seria ofensa monstruosa e, por esse motivo, deve ser negada, fortemente, no ambiente público (2006a, p. 359-360).

Contudo, estabelecer e legitimar a censura é algo diferente. Não se pode aceitar que aqueles que estão no poder (ou em maioria) decidam que uma opinião possa ser proibida. Em 1920, os criacionistas proibiram que teorias darwinistas fossem ensinadas em escolas públicas no Tennessee. Eles agiam conforme aquilo que achavam ser o correto e tinham tanta certeza, quanto hoje, tem-se sobre a história alemã. Nesse mesmo sentido, os fundamentalistas muçulmanos que condenaram à morte o escritor Salman Rushdie⁸⁶, também estavam convencidos de que protegiam aqueles que haviam sofrido profundamente pelas palavras do autor e estavam convictos de que as palavras de suas obras eram falsas (2006a, p. 361).

A história da humanidade está repleta de exemplos: as leis de blasfêmia, a queima de livros por regimes totalitários, as caça-bruxas de certos valores que se acredita que não devam ser profanados. E, por fim, Dworkin (2006a) é enfático ao afirmar: “tome cuidado com os princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você” (2006a, 361). Sem dúvida, assevera Dworkin (2006a), que é tentador dizer que o holocausto se trata de uma situação especial e mereça uma exceção à proteção à liberdade de expressão. Todavia, outros grupos também possuem bons argumentos para que se “abra essa exceção” (2006a, p. 361).

⁸⁶ Salman Rushdie foi ameaçado de morte por seu romance “Os versos satânicos” ser contrário ao que prega o islã e o Alcorão.

Nesse contexto, Dworkin (2006a) assegura que a escravidão nos Estados Unidos e as suas mazelas sejam, talvez, o que mais se assemelhe à história da Alemanha. A vasta literatura que defenda as diferenças e a inferioridade dos negros, como as obras de Charles Murray e Richard Herrnstein⁸⁷, poderia ensejar pedidos semelhantes. A utilização da censura, de acordo com Dworkin, caminha lado-a-lado com o ressentimento, como se a História não lhes tivesse sido justa (2006a, 361-362).

Contudo, deve-se lembrar do preço da liberdade, que, comumente, costuma-se esquecer. E, por vezes, o preço que se deve pagar por ela é alto e insuportável, “as pessoas que a amam não devem dar trégua aos seus inimigos, [...] mesmo que em face das provocações violentas que fazem para nos tentar” (DWORKIN, 2006a, p. 362).

Historicamente, a defesa da liberdade de expressão era feita por aqueles que visavam a proteger o direito dos “agitadores que protestavam contra o governo, de dissidentes que resistiam a uma igreja estabelecida ou de radicais que faziam campanhas por causas políticas pouco populares” (DWORKIN, 2006a, p. 363). Desse modo, lutar pela liberdade de expressão era uma causa “nobre”, eis que esse direito era restrito. Contudo, Dworkin afirma (2006a) que, hoje, nos Estados Unidos, defender a liberdade de expressão significa lutar pelo direito de dizer “crioulo!”, defender que neonazistas desfilem usando suas suásticas ou que homens possam apreciar uma foto pornográfica (2006a, p. 363).

Nesse ponto da obra, Dworkin (2006a), como afirmado em linhas anteriores, estende o debate da liberdade de expressão à pornografia e alguns de seus argumentos podem ser usados, por analogia, para defender o direito ao discurso de ódio. Como, por exemplo, ao discutir a violação ou não da igualdade de gênero, no caso da pornografia, Dworkin (2006a) considera que todas as opiniões, até mesmo aquelas que são desprezíveis, não podem ser restringidas politicamente. Isto não significa que o Estado as levará em conta ao realizar as medidas políticas ou que serão recebidas de igual forma, a igualdade permite, tão-somente, que todas as opiniões possam exercer influência. E esta não se restringe à expressão política (2006a, p. 365-366).

Ao compará-lo com a ideia de Mill de dano, pode-se afirmar que o conteúdo daquilo que é publicado ou emitido não é relevante, ela, per si, é incapaz de ensejar em violação a direito de terceiro, mas sim a circunstância em que está inserida.

O fato de visões de mundo, gostos, ideais ou escolhas se chocarem não pode impedir que ninguém deixe de influenciar o espaço público; o “ambiente moral comum” é pensado

⁸⁷ Os estudos dos autores defendiam que a inteligência é o fator mais importante no sucesso das pessoas, e que as pessoas negras teriam, comprovadamente, uma inteligência inferior.

para que todos possam se expressar. Algumas proibições são impostas pelo Estado e podem ser consideradas legítimas, como: assédio sexual e racial no trabalho, discriminação racial e sexual na contratação de empregos. Isto é tolerável para o pensamento dworkiniano (DWORKIN, 2006a, p. 368).

Entretanto, apesar dessas medidas, não existe um pretense direito de não ser ofendido, de acordo com Dworkin (2006a), mesmo que outras pessoas tenham gostos e opiniões diferentes (ou mesmo hostis), elas ainda têm o direito de influenciar os demais no ambiente público. Ressalta-se que ninguém tem o direito, inclusive os sexistas ou moralistas, de exigir que a sua ideologia seja imposta aos demais, nem mesmo que haja um pretense direito à representação de seus valores no espaço político. Porém, em uma sociedade que preze pela igualdade, essas opiniões (por mais odiosas) não podem estar proscritas e proibidas por diplomas civis ou penais (2006a, p. 382-383). Sobre a igualdade, Dworkin sublinha que:

Se deixarmos de lado nossa compreensão tradicional da igualdade e trocarmos por uma concepção nova, segundo a qual uma maioria pode determinar que certas pessoas são demasiado corruptas, violentas ou radicais para participar da vida moral informal do país, teremos dado início a um processo que termina, como aliás já aconteceu em tantas outras partes do mundo, por tornar a igualdade algo a ser temido e não louvado, um eufemismo “politicamente correto” da palavra tirania (2006a, p. 383).

Percebe-se a força argumentativa de Dworkin (2006a) ao considerar a igualdade como uma maneira de formar o ambiente público e moral dos indivíduos. Na realidade, o que o autor norte-americano compreende como igualdade é a igual consideração e participação de todos os indivíduos nesses espaços políticos. Ressalta-se, ainda, como esse argumento se relaciona com o modelo de uma democracia coparticipativa não pode ter como instrumento a censura, pois todos os indivíduos devem ser livres e igualmente considerados pelo Estado a fim de participarem da formação deste ambiente democrático.

No artigo “Por que a liberdade acadêmica”, também presente no “Direito da liberdade”, Dworkin (2006a) afirma que a concepção de “individualismo ético” é aquilo que dá base para o núcleo de ideias centrais defendidas em uma sociedade liberal, ou seja, as instituições políticas devem primar pela proteção das convicções individuais. Portanto, aqueles indivíduos que aceitam o individualismo ético, aceitam as responsabilidades que dele derivam. A primeira delas, de acordo com Dworkin é “não professar algo que se creia falso” (DWORKIN, 2006a, p. 400).

Em outros termos, a liberdade de consciência e expressão é plenamente protegida, o que implica que ninguém possa ser obrigado a realizar declarações religiosas de alguma religião que não professe ou afirmações morais com a qual não concorde. A segunda, por sua

vez, está ligada ao “direito de dizer aquilo que se crê verdadeiro” (DWORKIN, 2006a, p. 400). Todos os cidadãos têm o direito de não se manter em silêncio e participar da formação de uma decisão coletiva. Para florescer, o individualismo ético necessita de uma cultura de independência, por meio de atos de convicções individuais independentes. Assim, é diametralmente oposta à cultura da conformidade, do moralismo, da monopolítica ou da simples determinação da maioria.

Sobre o pretense direito de não ser ofendido, Dworkin (2006a) considera que exigir que toda expressão que cause constrangimento, vergonha ou ofensa seja censurada, não é razoável. O ideal seria que todos gostassem uns dos outros e que o mútuo respeito fosse uma realidade. Porém, não há um direito ao respeito, caso existisse, a cultura da independência do individualismo ético não poderia existir. Na realidade, a ofensa, dentro do contexto da cultura da independência, é um resultado, pois violaria “a própria noção de um viver sincero” (DWORKIN, 2006a, p. 415). Nesse diapasão cita-se que:

As pessoas têm o direito de não ser discriminadas, mas ser discriminado não é a mesma coisa que ser ridicularizado ou ofendido. Não se pode, por exemplo, negar um emprego a um cidadão só por preconceito contra os negros, as mulheres, os criacionistas ou as pessoas sem imaginação ou de mau gosto (DWORKIN, 2006a, p. 415).

Nesse sentido, Dworkin (2006b) possui um interessante artigo, publicado na *New York Review of books*, intitulado “*The Right to Ridicule*”, que discute sobre os *cartoons* dinamarqueses, também comentados por Waldron (2012) – e expostos no capítulo anterior. Dworkin (2006b), assim como Waldron (2012), considera que a legitimidade política de uma democracia está intimamente ligada à participação de todos os indivíduos, como seres moralmente responsáveis no debate público, mesmo que as suas opiniões sejam consideradas ofensivas ou de mau gosto. Sobre isso, Dworkin (2006b) diz que:

*Freedom of speech is not just a special and distinctive emblem of Western culture that might be generously abridged or qualified as a measure of respect for other cultures that reject it, the way a crescent or menorah might be added to a Christian religious display. Free speech is a condition of legitimate government. Laws and policies are not legitimate unless they have been adopted through a democratic process, and a process is not democratic if government has prevented anyone from expressing his convictions about what those laws and policies should be*⁸⁸ (2006b, artigo online).

⁸⁸ “A liberdade de expressão não é apenas um emblema especial e distintivo da cultura ocidental que pode ser generosamente abreviado ou qualificado como uma medida de respeito por outras culturas que a rejeitam, como um crescente ou como uma exibição religiosa cristã. A liberdade de expressão é uma condição do governo legítimo. As leis e as políticas não são legítimas, a menos que tenham sido adotadas através de um processo democrático, e um processo não é democrático se o governo impede que qualquer pessoa se expresse suas convicções sobre o que essas leis e políticas deveriam ser” (tradução nossa).

Ademais, Dworkin (2006b) complementa que as exigências da justiça (*fairness*) dizem respeito às políticas que discriminem política e economicamente os membros de grupos vulneráveis, como leis para contratação do mercado de trabalho ou do livre acesso a serviços públicos, por exemplo. E leis desse tipo apenas são legítimas politicamente quando a todos é dada a oportunidade de participar, por meio de um projeto de autogoverno que todos contribuam para a formação dessas decisões. A censura, em nome de uma suposta igualdade, não deve se sustentar.

Nesse sentido, Dworkin (2006b) reitera que: “*if we expect bigots to accept the verdict of the majority once the majority has spoken, then we must permit them to express their bigotry in the process whose verdict we ask them to accept*⁸⁹”. Com essa fala, percebe-se como o desenho democrático de Dworkin, combinado com a sua política de distribuição de recursos e de direitos em sentido forte são conexas. A legitimidade política de um governo, que pode ser entendida como a obrigação dos indivíduos em seguir as suas determinações (obediência civil), resume-se no fato de que o Estado deve tratar a todos com igual consideração, inclusive as opiniões que possam ser consideradas ofensivas.

Dworkin (2009), no *Foreword* da obra “*Extreme Speech and Democracy*”, de Ivan Hare e James Weinstein, afirma que os limites à liberdade de expressão se justificam por uma promoção de igualdade. O exemplo que Dworkin (1989) utiliza para ilustrar esses clamores por censura é o dos *cartoons* dinamarqueses, comentados na seção anterior. Dworkin (2009) concorda que existam discursos que sejam ofensivos, inadequados e, até mesmo, malignos, mas complementa que se uma democracia defende a liberdade de expressão, como um direito humano universal, não se pode permitir que a censura o regule. No entanto, segundo o autor, deve-se saber argumentar o motivo pelo qual se defende a liberdade de expressão, mesmo quando se depara com consequências que possam ser consideradas más⁹⁰ (2009, p. v-vi).

A primeira justificativa possível é a defesa instrumental de John Stuart Mill, explicada na seção anterior, de que se deve tolerar, até mesmo, o discurso que se odeia, porque a verdade é mais possível de emergir de um local onde as ideias são combatidas e nenhuma dessas é excluída.

⁸⁹ “Se esperamos que os intolerantes aceitem o veredicto da maioria, uma vez que a maioria falou, então devemos permitir que expressem sua intolerância no processo cujo veredicto pedimos que aceitem” (tradução nossa).

⁹⁰ Em “*Religion without God*”, última obra publicada por Dworkin (2013), o autor afirma que um Estado onde um direito especial (*special right*), como a liberdade de expressão seja protegido, apenas poderá ser limitado para prevenir um dano grave, claro e iminente. A independência ética exige que uma conduta não possa ser limitada apenas pelo desgosto ou a vontade de uma maioria. Portanto, uma lei que proíba o consumo de drogas, por exemplo, não pode se pautar pelo fato de considerar esse ato vergonhoso (2013, p. 130-132).

Contudo, uma defesa como essa, dificilmente, ajuda a sustentar um direito à pornografia ou um insulto racista, visto que essas “ideias” não contribuem para se alcançar uma verdade. Por isso, Dworkin (2009) reitera que a liberdade de expressão não deve ser defendida em razão das consequências que possa construir, mas sim, por ser um princípio básico, como constitutivo da ideia de dignidade humana. Portanto, é ilegítimo que o governo “*impose a collective or official decision on dissenting individuals, using the coercive powers of the state, unless that decision has been taken in a manner that respects each individual’s status as a free and equal member of the community*”⁹¹ (2009, vii).

As pessoas que acreditam na democracia pensam que seja justo usar o poder policial para fazer cumprir a lei se a mesma for adotada por meio de procedimentos políticos democráticos que expressam a vontade da maioria. Mas, embora procedimentos majoritários possam ser uma condição necessária de legitimidade política, eles não são uma condição suficiente. Uma democracia justa exige, por exemplo, que todos os adultos sejam autoridades competentes e que tenham direito ao voto, a fim de formar essa “vontade da maioria”. Mais do que isso, exige, também, que cada cidadão não vote apenas formalmente, mas que tenha voz nesse processo.

Isto é, a decisão da maioria somente será considerada justa, se todos tenham tido uma oportunidade justa de expressar suas atitudes, opiniões, medos, gostos, convicções, preconceitos e ideais, não apenas para influenciar os demais (embora essa esperança seja crucialmente importante), mas também para confirmar sua posição como um agente responsável, em vez de um passivo, vítima de ação coletiva. A maioria não tem o direito de impor sua vontade a alguém que é proibido de levantar uma voz em protesto, antes da decisão ser tomada. Trata-se de legitimidade política (DWORKIN, 2009, vii). Nesse sentido:

*We may and must protect women and homosexuals and members of minority groups from specific and damaging consequences of sexism, intolerance, and racism. We must protect them against unfairness and inequality in employment or education or housing or the criminal process, for example, and we may adopt laws to achieve that protection. But we must not try to intervene further upstream, by forbidding any expression of the attitudes or prejudices that we think nourish such unfairness or inequality, because if we intervene too soon in the process through which collective opinion is formed, we spoil the only democratic justification we have for insisting that everyone obey these laws, even those who hate and resent them*⁹² (DWORKIN, 2009, p. viii).

⁹¹ “Impor uma decisão coletiva ou oficial sobre indivíduos dissidentes, utilizando os poderes coercitivos do Estado, a menos que essa decisão tenha sido tomada de forma que respeite o status de cada indivíduo como um membro livre e igual da comunidade” (tradução nossa).

⁹² “Podemos e devemos proteger as mulheres, os homossexuais e os membros dos grupos minoritários das consequências específicas e danosas do sexismo, da intolerância e do racismo. Devemos protegê-los contra

Waldron (2012) realmente tinha razão ao descrever a teoria da legitimidade política em *downstream* e *upstream laws*, haja vista que o indivíduo apenas pode aceitar que tenha uma obrigação política de obediência a uma determinação por parte do governo – vontade da maioria – se este foi moralmente responsável na produção dessas leis, por meio de uma participação ativa.

A forma como Waldron (2012) destina a crítica para Dworkin é correta, isto é, que o discurso de ódio atenta contra a dignidade dos indivíduos, com fundamento na dignidade como um *status* social, porque, para Dworkin, trata-se, justamente, de uma questão de dignidade. No entanto, como esperado, cada autor possui uma concepção diferente e, por conta disso, concluem distintamente.

Dworkin afirma, em um primeiro momento, que dois princípios compõem o princípio da dignidade e que deveriam ser respeitados pelo Estado: o da igual consideração (*equal concern*)/princípio do valor intrínseco⁹³ e o da responsabilidade pessoal (*personal responsibility*). Tais denominações foram utilizadas pelo autor em “A Virtude Soberana” e “A democracia possível?”, de forma conjunta. Entretanto, neste capítulo, centra-se na concepção de dignidade exposta pelo autor em “Justiça para ouriços”, em especial nos capítulos 9 e 17 da obra, na qual, ratifica-se, foram modificadas as denominações dos princípios que compunham a dignidade. Chamam-se, agora, “respeito por si mesmo” e “autenticidade”.

O primeiro princípio indica que “cada pessoa deve levar a sério a própria vida: deve aceitar que é importante que sua vida seja uma execução bem-sucedida, e não uma oportunidade perdida” (DWORKIN, 2014, p. 311). Isto é, refere-se a reconhecer a importância de viver bem. O segundo princípio implica que “cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida” (DWORKIN, 2014, p. 311). Ambos se relacionam com os princípios fundamentais da política: “a exigência de que o Estado trate com igual consideração as pessoas por ele governadas e a exigência de que ele respeite [...] as responsabilidades éticas dos cidadãos” (DWORKIN, 2014, p. 23).

injustiça e desigualdade em emprego ou educação ou moradia ou na justiça criminal, por exemplo, e podemos adotar leis para alcançar esta proteção. Mas não devemos intervir rio acima, por meio de proibição de qualquer expressão das atitudes ou de preconceitos os quais acreditamos que nutrem esta injustiça ou desigualdade, porque se intervirmos cedo demais no processo pelo qual a opinião coletiva é formada, estragamos a única justificação democrática que temos para insistir que todos obedeçam a estas leis, mesmo aqueles que as odeiam e delas se ressentem” (tradução nossa).

⁹³ Considera que todas as vidas devam ter igual valor e respeito pelo Estado. Acredita-se que houve apenas uma mudança de denominação.

O princípio do respeito por si mesmo, segundo Dworkin (2014), corresponde ao reconhecimento dos indivíduos ao seu *status* como pessoas. Por sua vez, o princípio da autenticidade⁹⁴ se subdivide em duas dimensões: a responsabilidade e a independência ética. A responsabilidade é reafirmar que os indivíduos são responsáveis objetivamente (*liability responsibility*) por seus atos.

De acordo com Dworkin (2014), o bem viver não se resume as escolhas que os indivíduos tomam sobre as suas vidas, mas também significa assumir as consequências que derivam das mesmas. Isto é importante de ser compreendido, porque ajuda a delimitar quais consequências são eticamente aceitáveis e quais não são (2014, p. 322-323).

A dimensão da independência ética, talvez a mais marcante para entender o teor da dignidade em Dworkin (2014) e os argumentos acerca da defesa de um direito ao discurso de ódio, impõem-se nas relações entre os indivíduos. Não deve ser entendido como um “atomismo”, ou seja, um indivíduo autocentrado e que não sofra nenhum tipo de influência e persuasão dos demais, porém estabelece uma cultura ética que permite determinar quais limitações impostas pelo Estado são legítimas – chamadas pelo autor de “implicações políticas” (2014, p. 324).

A autenticidade não deve ser confundida com autonomia, como nos alerta o autor, isto quer dizer que a “indignidade não está na limitação, mas na usurpação” (DWORKIN, 2014, p. 324). O Estado, por exemplo, não poderia impor uma concepção de bem aos indivíduos, visto que o “bem”, para o liberalismo dworkiniano, está pautado na própria ideia de autenticidade. Uma colocação pertinente que precisa ser acrescentada ao debate é que não é pelo fato da vida autêntica reconhecer que um indivíduo tem titularidade a um direito de proferir uma ofensa racista, por exemplo, que a vida autêntica será, necessariamente, racista (ROSA, 2014, p. 125). Como foi exposto no capítulo 1, na concepção política dos direitos para Dworkin, um direito, em sentido forte, reconhece que o exercício do mesmo não deve ser restringido, porém isso não significa que seja certo ou que o indivíduo tenha o dever de fazê-lo.

No capítulo 17 de “Justiça para ouriços”, chamado de “Liberdade”, o autor resgata essa ideia de dignidade e de independência ética, com a finalidade de discutir por que algumas limitações impostas pelo governo violam esse valor. Sobre o assunto, Dworkin (2014) ressalta que “algumas leis coercitivas violam a independência ética, porque negam às pessoas o poder de tomar suas próprias decisões acerca de questões éticas fundamentais” (2014, p. 564). Essa

⁹⁴ É interessante sublinhar que esse princípio da autenticidade já havia sido citado pelo autor em “A Virtude Soberana”, como um subprincípio da abstração, comentado na passagem sobre o lugar da liberdade, na igualdade de recursos.

independência, apenas poderá ser restringida para resguardar, “a vida, a segurança ou liberdades alheias” (2014, p. 564).

O Estado não poderá restringi-la, porque acredita que alguns valores éticos são superiores ou mais populares em uma sociedade. Portanto, não pode usurpar a responsabilidade de identificar o que seria o “bom viver” a ninguém. Acerca da liberdade de expressão, Dworkin (2014) sublinha que uma concepção plausível de autogoverno deve primar por essa liberdade, por duas razões.

A primeira é a de que uma democracia apenas pode ser considerada legítima, caso permita que todos contribuam nas decisões coletivas – como já foi abordado no início desta seção e no capítulo primeiro – e a segunda, que se relaciona, intrinsecamente, com o princípio da autenticidade, é de que o Estado não pode decidir o que vale a pena ser dito, escrito ou visto. Isto é, não pode impor uma concepção única de bem à sociedade (2014, p. 568-572).

Com efeito, percebe-se que a autenticidade relaciona-se ao que Dworkin defende em “O direito da liberdade”, em especial, ao que o autor comenta sobre o “individualismo ético”, de que todos os indivíduos devem ser capazes de contribuir política e moralmente à sociedade. E, com base nesse fundamento, é ilegítimo o Estado atuar como um “paternalista ético”⁹⁵, ou seja, impondo uma homogeneidade ética aos cidadãos.

Portanto, quanto à pergunta que intitula esta seção: “Temos direito ao discurso de ódio?”, necessita-se conectar alguns pontos expostos ao longo desse capítulo. Primeiro, liberdade e igualdade não são inconciliáveis, à luz da teoria de Dworkin, a liberdade, na verdade, é um pressuposto da igualdade, não é, também, um recurso distribuído no leilão. Segundo, as liberdades são direitos em sentido forte, então, não podem padecer diante da vontade da maioria (interesse geral ou especulação sobre uma possível violação⁹⁶). Terceiro, as liberdades possuem seu conteúdo determinado pela política distributiva, ou seja, estas existem para que os indivíduos usem os seus recursos adequadamente. Quarto, um ato apenas será considerado como discriminatório quando impedir que alguém receba um recurso ou bem, jamais poderá haver restrição com base no conteúdo.

O discurso de ódio, como forma de expressão, com fundamento na integração da liberdade e igualdade, não é um ato discriminatório, não é capaz de violar direito de terceiro, em função de não ser capaz de impedir que alguém alcance um recurso. Se uma sociedade se dita como liberal igualitária e afirme que as mulheres têm o direito de não ser discriminadas, por conta de seu gênero, não pode restringir o direito de um indivíduo que expresse seu

⁹⁵ Essa expressão é utilizada por Dworkin em “A Virtude Soberana”, no capítulo 5, “Comunidade liberal”.

⁹⁶ Como visto no caso dos “Sete de Chicago”, no capítulo primeiro.

pensamento de que as mulheres devem ser submissas ao marido ou que são menos inteligentes do que os homens, por exemplo.

O dano (*harm*) interpretado por Dworkin deverá ser necessariamente objetivo e facilmente mensurável. Não há o que se falar em danos psíquicos ou sociais, pois o conteúdo em si da expressão é incapaz, segundo o autor, de causar um ato discriminatório. Não há o que se falar de dano.

Assim, entende-se, à luz de Dworkin, que há uma distinção entre discriminação e conteúdo discriminatório⁹⁷. Discriminação seria impedir que uma pessoa, por razão de sua raça, possa exercer uma determinada profissão. Nessa hipótese, restringe-se o acesso de um indivíduo a um determinado recurso. Entretanto, ao proferir que acredita que deva haver escolas separadas para brancos e negros, apesar de ser considerado um discurso reprovável e repulsivo, o Estado não poderia restringir esse discurso, haja vista que o mesmo não é discriminatório.

Em uma passagem de *“The harm of hate speech”*, comentada no capítulo segundo, Waldron (2012) diz que a existência de placas em estabelecimentos, que contêm as frases “Mulçumanos fora!”, “Pessoas negras não permitidas”, “Apenas cristãos”, como se fossem exemplos de condutas de expressão que deveriam ser restritas por legislações de combate ao discurso de ódio.

No entanto, acredita-se que, à luz do que Dworkin defende, as referidas placas não se tratam de atos de expressão discriminatórios, mas de condutas discriminatórias. Percebe-se que a finalidade das mesmas seja a de impedir que certos indivíduos ingressem em um determinado local, segregando-os, não de expressar uma opinião ou sentimento. Um dono de um estabelecimento comercial cristão pode pensar e expressar que a homossexualidade é uma perversão e que atenta contra as palavras da Bíblia, mas jamais poderá impedir que um indivíduo homossexual entre em sua loja. São situações distintas.

Portanto, *“the key idea underlying Dworkin’s egalitarianism and his specific account of the relation between liberty and equality is that the state must treat its citizens as equals, not that each person’s life must be organized around achieving equality”*⁹⁸, ou seja, a igualdade é interpretada como uma política distributiva, o que proporciona que se analise se há ou não igualdade de participação política na esfera pública. Sobre isso, Leonardo Rosa (2014) pontua que:

⁹⁷ Sobre o assunto, consultar Leonardo Rosa (2014, p. 168).

⁹⁸ “A chave para compreender o igualitarismo de Dworkin e a sua relação específica da relação entre liberdade e igualdade é o que o Estado deve tratar todos os cidadãos como iguais, não que a vida de cada pessoa deve ser organizada em torno da igualdade” (tradução nossa).

Isto faz esta crítica ser uma questão dos recursos de que determinado sujeito goza, e não do conteúdo do que ele diz, pois o problema no ambiente público de uma sociedade em que, como na nossa, existe propagação de ideias racistas, por exemplo, não é o conteúdo destas ideias propriamente dito, mas que muitas vezes os defensores de ideias contrárias não gozam de recursos para se expressar. Para Dworkin, o problema é mais fundamental do que simples análise do panorama discursivo da sociedade evidencia: está na desigualdade, inclusive racial, na distribuição de recursos, e não na presença do racismo enquanto conteúdo de ideias. As medidas consequentes desta visão são reformas distributivas e, eventualmente, restrições, mas nunca proibições à defesa e propagação de ideias específicas, pois viola as liberdades suprimir por meio de proibições legais a defesa de opiniões, quaisquer que sejam (2014, p. 172).

A liberdade de expressão é um pressuposto da igualdade de recursos enquanto forma, não propriamente analisa o conteúdo dessas ideias. A relação centra-se na figura do emissor (e nos recursos que a ele foram distribuídos) e da possibilidade do mesmo de utilizá-los, sem que viole direito de terceiro ou aja com violência grave e iminente. Portanto, acredita-se que é necessário ratificar um ponto, a defesa igualitária de Dworkin (1989) defende que: *“the people are not treated as equals when some are deprived of an opportunity to put their case, however unpopular, to others”*⁹⁹ (1989, p. 7).

A censura ao discurso de ódio configura, à luz da concepção de Dworkin, uma violação à independência ética dos indivíduos. E, mais do que isso, essa defesa está conexas à própria ideia de igualdade, que afirma que o Estado deve ter igual consideração por todos os indivíduos, o que contempla as suas convicções, pensamentos e ideias (DWORKIN, 2005, p. 551).

Por fim, considera-se que exista um direito de proferir uma expressão que possa ser configurada como discurso de ódio (conteúdo discriminatório). As pessoas devem ser livres, em uma democracia, de expressar suas convicções, por mais que não sejam bem vistas pelos demais. Contudo, isto não significa que o Estado deva implementar políticas discriminatórias (atos discriminatórios), mesmo que fosse apoiado pela maioria dos cidadãos, pois todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e, portanto, devem ter acesso aos recursos e oportunidades. O ódio e a aversão ao outro não podem ser fundamento para a exclusão do outro nos espaços públicos.

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS III:

⁹⁹ “As pessoas não são tratadas como iguais quando alguns são privados de uma oportunidade de participar do debate público, mesmo que suas opiniões sejam impopulares” (tradução nossa).

O objetivo deste capítulo foi o de apresentar a teoria distributiva de Dworkin e correlacioná-la com a sua defesa de um direito ao discurso de ódio. Para tanto, fez-se necessário explorar, além de propriamente a sua teoria de justiça, o conceito de liberdade para Dworkin, que, como visto, trata-se de um direito a liberdades (*liberties*). Isto é crucial para a compreensão de que o autor não defende a liberdade como licença (permissividade), ou seja, uma autonomia total ao indivíduo e que qualquer restrição à mesma, será considerada como uma violação dessa liberdade. Pelo contrário, Dworkin defende uma liberdade fundamentada na independência, que se relaciona com o princípio da igual consideração. Isto é capaz de explicar o motivo pelo qual algumas restrições à liberdade são legítimas e outras não.

Apresentou-se, em linhas gerais, a concepção desenvolvida por Dworkin, intitulada de “igualdade de recursos”. Nesse tópico, explicou-se o motivo pelo qual o autor refuta uma ideia de igualdade que seja baseada no bem-estar (e o seu consequente subjetivismo), mas defende uma distribuição “*ex ante*” de recursos, o que possibilita uma maior objetividade na distribuição. Assim como, foram apresentados e, devidamente, explicados os dois princípios que servem de fundamento para toda a sua teoria: o do igual respeito (*equal concern*) e a da responsabilidade pessoal (*personal responsibility*).

Demais disso, explicitou-se como funciona a articulação do sistema do leilão hipotético e do sistema de seguros, a fim de estabelecer como garante uma distribuição igualitária dos bens entre os indivíduos e os protege contra a sorte bruta, respectivamente. Além disso, defendeu-se que o modelo de Dworkin apenas seria possível em uma economia de mercado capitalista, pois este seria o responsável por distribuir esses recursos aos indivíduos.

Sobre o lugar da liberdade na igualdade de recursos, ratificou-se que a liberdade não é um recurso a ser distribuído no leilão, mas um pressuposto lógico para a realização do mesmo. Isto é, um recurso apenas terá utilidade, se os indivíduos forem livres para utilizá-los da forma que entenderem. O exemplo mais ilustrativo sobre isso é o da argila. O fato de um indivíduo possuir uma determinada quantidade de argila apenas fará sentido, se este tiver igual liberdade de produzir uma estátua satírica com a mesma.

Assim, ao sedimentar que a liberdade é um pressuposto da igualdade, Dworkin conclui que, se feita a correta interpretação sobre as mesmas, não é possível que haja conflito entre ambas. E isto é muito importante para compreender por que, para Dworkin, não há violação de direito de terceiro, no caso do discurso de ódio. Ao contrário, por exemplo, do que defende Waldron, como visto no capítulo segundo.

Então, para o autor norte-americano, há um direito de proferir o discurso de ódio, enquanto ato de expressão. Isto porque ele difere de um ato de expressão discriminatório, necessário para a legitimidade democrática, e um ato discriminatório, que jamais poderá ser aceito em uma democracia, haja vista que impede que um indivíduo acesse a um recurso. E, mais do que isso, as liberdades e o seu exercício estão relacionados à teoria da justiça de Dworkin e, por isso, está-se diante de uma questão de uma teoria da igualdade: a igualdade de recursos.

Nesse momento, acredita-se que, após as devidas exposições dos fundamentos teóricos, é possível contrastar, substancialmente, as propostas de Waldron e Dworkin. De início, acredita-se que a escolha de Waldron em defender que o discurso de ódio afeta a dignidade humana seja um bom ponto de partida. Isto porque permite que um debate seja formado entre ele e Dworkin, em virtude da teoria deste último, ter íntima relação com a ideia de dignidade.

Dworkin, ao defender que o exercício da liberdade não pode ficar à mercê de análises consequencialistas, aproxima-se ao que Mill defende como limite legítimo possível de ser imposto: o do dano físico e econômico. Isto é, danos que sejam objetivamente aferíveis e que independam de um juízo moral e ético sobre as condutas dos indivíduos.

No entanto, como a lógica indica, quando as premissas primárias são distintas, o resultado será, obrigatoriamente, diferente. Portanto, para Waldron, dignidade significa um *status* social de igualdade que deve ser distribuído de forma indistinta e respeitado por todos os cidadãos. Assim, implica defender que haja um direito de preservar um espaço público sadio, no qual o sentimento de segurança (*assurance*) deve ser a principal preocupação do Estado.

Em contrapartida, Dworkin entende que dignidade seja aquilo que oportuniza que os indivíduos respeitem-se a si próprios e que o Estado permita que possuam uma vida autêntica. A autenticidade tem um especial valor na teoria liberal de Dworkin, isto significa que os indivíduos devem ser responsáveis pessoalmente pelas suas escolhas, além de que essas escolhas devem ser fruto de um individualismo ético, que o Estado não poderá intervir.

O Estado e a maioria eleita democraticamente não têm legitimidade política para restringir ou ditar como a vida dos cidadãos deve ser vivida. Por óbvio, que a democracia novamente retorna à questão. Waldron acredita que a justiça é procedimental, ou seja, que as decisões tomadas por uma maioria são legítimas, desde que formuladas de acordo com os trâmites procedimentais necessários. Contudo, Dworkin, como dito neste capítulo, não considera que o procedimento seja capaz de conferir justiça a uma decisão.

A democracia coparticipativa de Dworkin, como o próprio nome remete, apenas conferirá legitimidade política a uma decisão, se esta considerar que todos os indivíduos participem moralmente das decisões coletivas, mesmo que isso signifique que essas opiniões sejam discriminatórias, ofensivas ou perturbadoras. Todas estas devem compor o processo de elaboração dessas decisões.

A democracia de Dworkin conecta-se à ideia de dignidade, visto que o Estado deve ter igual consideração por todas as formas de ver o mundo, sem escolher qual é aquela considerada como correta ou legítima. Entretanto, frisa-se que essa liberdade ampla para expressão não legitima políticas de discriminação por parte do Estado, em função da igualdade em Dworkin ser a distribuição igualitária dos recursos entre os indivíduos. E, por conta disso, o Estado deve agir para diminuir estas iniquidades no processo de distribuição desses recursos, como no caso das ações afirmativas¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Este tema não faz parte do objeto desta dissertação, mas para compreender melhor o sentido de igualdade para Dworkin, o tema das ações afirmativas é crucial. Para aprofundar sobre o mesmo, recomenda-se a leitura de “Levando os direitos a sério”, “Uma questão de princípio” e “Virtude Soberana – casos práticos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente obra propôs-se a debater se o discurso de ódio (*hate speech*) poderia ser considerado um limite ao exercício da liberdade de expressão, à luz das teorias liberais de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin.

Travar uma discussão sobre liberdade de expressão e seus possíveis limites é um caminho arenoso e cheio de obstáculos. Os indivíduos são seres comunicativos e se expressam não apenas pela simples vontade de falar, mas para refletir sua própria particularidade e, a partir disso, moldar o mundo a seu redor. Portanto, conflitos serão a marca proeminente de seu exercício, dificilmente as pessoas entrarão em acordo, como muito bem pontua Waldron.

De início, partiu-se do pressuposto de que um debate contemporâneo sobre essa temática deveria iniciar pelos ensinamentos deixados pelo autor inglês, John Stuart Mill. Este autor é, sem dúvida, o marco inicial de qualquer debate moderno sobre liberdade de expressão, pois inaugura um novo olhar sobre a natureza do desse direito, bem como quando será legítima a intervenção do Estado para limitá-lo.

Nesse contexto, não se pode discutir sobre esse direito sem mencionar sua obra “*On Liberty*”, publicada em 1859. Por esse motivo, diante do objetivo desta obra de contrastar as teorias de dois autores liberais, Waldron e Dworkin, era necessário estabelecer como ponto de partida, necessariamente, o liberalismo de Mill. Procura-se estabelecer uma correlação entre as mesmas e a herança do legado desse autor.

O liberalismo tem como característica marcante a afirmação de valores como a tolerância, a pluralidade e o respeito às diferenças, além de resguardar, antes de tudo, a liberdade de cada indivíduo de ditar os rumos de sua própria vida. Por conta disso, não estabelece, *a priori*, nenhum “bem comum” a ser perseguido por todos. Cada um é livre para perseguir seus planos de vida e viver da forma que melhor lhe convir.

É por esse motivo que Locke, em “Carta sobre a tolerância”, em 1689, sublinha a importância do Estado ser neutro e imparcial diante da escolha religiosa de seus cidadãos. E, ainda, formula uma eloquente defesa em nome da liberdade, ao afirmar que ninguém poderá ser compelido a salvar sua própria alma, pois não existe conversão por meio da coação, apenas pelo argumento racional.

O contexto em que o pensamento liberal de Mill se insere é de uma mudança no paradigma dessa corrente. O liberalismo clássico ascende no período das revoluções burguesas, como uma forma de conter o poder do monarca e de afirmar direitos individuais frente aos arbítrios do Estado absolutista. Contudo, depois que o Leviatã foi substituído pelo “povo”, as preocupações foram se modificando.

A atenção do liberalismo passa a ser de que forma pode-se frear as paixões desse povo em uma democracia. Viver em um ambiente de pluralidade, no qual a homogeneidade não é mais uma realidade, torna a vida pública cada vez mais complexa. Por vezes, valores contrastantes se chocam e desafiam o modo de vida que era considerado, até então, como natural. A “tirania da maioria”, mencionada por Mill, é a hipótese do maior número impor suas vontades, convicções e ideais a uma minoria; é a perda de sua autodeterminação.

Contudo, embora o seu pensamento seja importante para entender certos aspectos do liberalismo contemporâneo, deve-se remarcar que o contexto histórico que Mill se insere ainda era de reafirmação de uma pluralidade ainda em crescimento. No entanto, atualmente, ao estudar o exercício da liberdade, está-se diante de um mundo plural e globalizado, que as preocupações se centram nos abusos, na distorção e nos danos causados por seu exercício.

A defesa do autor pela máxima da liberdade de expressão tem três objetivos bem definidos. De que a sociedade como um todo se beneficiaria se todos fossem plenamente livres, especialmente pelo seu compromisso com uma ideia de progresso social que somente poderia ser alcançado se os indivíduos desenvolvessem plenamente a sua racionalidade. Não se pode olvidar que a proposta de Mill está conectada com uma ideia de ocidentalização do mundo e de supremacia dessa forma de vida sobre as demais, isto é bastante claro.

A segunda justificativa era de possibilitar um discurso científico livre e provocativo, capaz de se emancipar de preocupações moralistas e/ou religiosas. E, por último, argumentar que esse controle por parte do Estado é que impede que a atuação estatal sofra escrutínio público. A maioria pode suprimir as vozes divergentes por medo de ser criticada.

Guiado pela preocupação de conter a vontade do maior número, Mill estabelece que o exercício da liberdade de expressão apenas pode ser limitado legitimamente pelo Estado quando atender a um certo padrão objetivo, que ele cria a partir do “princípio do dano” (*harm principle*). Por força desse princípio, ninguém poderá ser penalizado por aquilo que é, crê ou pensa. O dano deve ser necessariamente exterior e deve impactar terceiros, nunca a si próprio.

O dano deve ser físico ou econômico, exclui-se, portanto, o psíquico e social. Essa escolha tem uma fundamentação plausível, pois como são objetivamente mensuráveis, não dependem de um juízo de valor do intérprete ou do legislador que, por vezes, poderão valer-se

das opiniões morais dominantes. Não pode haver uma margem de dúvida e incerteza, senão esta será preenchida pelas convicções moralmente dominantes, prejudicando o indivíduo.

Apesar de ser uma argumentação pertinente, tal defesa não foi impassível a críticas. Como levantado nesta obra, Waldron reinterpreta a ideia de dano acrescentado a hipótese dos danos psíquicos e sociais. Para não recair na crítica da subjetividade, o autor defende que a dignidade (*rank*) possui um caráter de objetividade, que pode ser aferido a partir das características do grupo a qual esse indivíduo faz parte.

O argumento pela máxima liberdade de expressão, ou seja, de que o exercício desse direito deve ser a maior possível, desde que não produza um argumento que cause danos físico e econômico a terceiros, perpassa pela sustentação de quatro partes: falibilidade, parcialidade, mercado de ideias e não-dogmatização.

Como exposto no capítulo primeiro, o compromisso de Mill com a liberdade de pensamento e de expressão adquire um caráter instrumental quando este autor defende que apenas uma concepção ampla é capaz de se chegar à verdade. A ideia de verdade, como sublinhado, é a capacidade do indivíduo, enquanto ser moralmente responsável e racional, de sustentar uma opinião e colocá-la a mesma a teste, seja para ratificar esse posicionamento seja para alterá-lo, caso queira.

O argumento da falibilidade é dividido em duas partes: o prejuízo de “silenciar uma opinião que pode ser verdadeira” e “silenciar uma opinião que seja falsa”. O silenciador revela o desejo de impor o seu julgamento sobre os outros, sem deixá-los fazer suas próprias mentes. Esse tipo de coerção moral indevida é o que se entende por pressuposto de infalibilidade. Enquanto que a “utilidade” de uma opinião que seja considerada falsa é que ela possa auxiliar na construção dessa sustentação racional do argumento; não se trata da busca pela verdade, mas da construção de uma defesa plausível.

O argumento da parcialidade afirma que dificilmente uma opinião ou convicção conterá toda a verdade. O mais provável é que cada uma contenha parcela da verdade e, portanto, deve-se combiná-las. Isto é, a confluência dessas ideias que será capaz de construir a verdade.

O argumento do mercado de ideias, embora não esteja literalmente expresso, pode ser apreendido da defesa da necessidade do embate entre as ideias para se alcançar a verdade. Fazendo uma analogia com a economia, o mercado simboliza o espaço da competição, que todas as ideias devem ser postas em choque, a fim de que a melhor (aquela que for melhor defendida racionalmente) triunfe sobre as demais.

O argumento da não-dogmatização corresponde a não aceitar aquilo nos é revelado e imposto como uma verdade pura e indubitável. Os seres humanos são seres falíveis e, por esse motivo, tudo deve ser posto à teste. Se não o for, não poderá mais ser tido como verdade, pois a verdade é construída a partir do debate racionalmente sustentável.

Aproximando-se do Locke defendeu, Mill considera que proibir uma ideia ou convicção não a elimina, mas apenas faz com que estas sejam silenciadas. A única forma de conversão é por meio do argumento racional. O preconceito e o erro florescem muito mais no ambiente privado do que no sol do debate público, pois o ambiente público servirá como um filtro para que esses sejam analisados, refutados, criticados e superados. Quando proibidos, serão reproduzidos na esfera privada, como na família, na igreja, por meio de piadas, ofensas e insultos, sem qualquer tipo de problematização.

Ademais, deve-se afastar de medidas paternalistas, que digam ao indivíduo o que ele deva fazer ou de que forma deva levar sua própria vida, pois suprime a sua individualidade. Esse aspecto conecta-se ao que autor defende sobre os seres humanos serem “progressistas” (*progressive beings*). Os seres humanos têm capacidades deliberativas e o exercício dessas capacidades é importante para a se alcançar a felicidade humana. Felicidade, aqui, compreendida como o próprio sentido da existência.

Dessa forma, a importância de exercer a liberdade de expressão centra-se na figura dos receptores e não no emissor da mensagem. Isto quer dizer que mais do que um direito individual, o exercício dessa liberdade contribui para o próprio progresso da sociedade, pois possibilita que seus cidadãos se desenvolvam moral e racionalmente.

O segundo capítulo dessa obra, expôs as ideias desenvolvidas por Jeremy Waldron em “*The Harm of hate speech*”, em conexão a outros de seus escritos, em especial artigos acadêmicos, na tentativa de estabelecer um paralelo entre a defesa de uma regulação de conteúdo do discurso ódio e os seus ideais de dignidade e liberdade. Ademais, considerou-se que este autor reinterpretou o conceito de “*harm*” de Mill, apontado no primeiro capítulo dessa obra, acrescentando como limite legítimo à liberdade de expressão os danos psíquicos e sociais.

A sua proposta é de reformular a doutrina dominante sobre a Primeira Emenda, presente na *jurisprudence* norte-americana, com base nas legislações presentes em outros países como Canadá, Reino Unido, Dinamarca, Nova Zelândia e Alemanha. O autor considera que as mensagens consideradas odiosas, mesmo que não faça nenhuma delimitação teórica do que estas seriam, são incompatíveis com uma sociedade livre e democrática. Além disso, ao se permitir o discurso de ódio em uma sociedade, o direito à inclusão (*public good of inclusiveness*) não é assegurado, assim como a paz social será constantemente ameaçada.

Waldron considera que a expressão “*hate speech*” pode levar a algumas confusões teóricas, como de considerar que as limitações seriam com base em constrangimento ou mero desconforto, igualmente que “speech” poderia levar a crer que apenas a expressão falada seria passível de controle. Por conta disso, entende que o discurso de ódio deveria ser denominado de “*group libel*”, pois ao ofender um indivíduo o agente ofenderia o grupo como um todo, trabalhando a ideia de categorias e, também, reputa que as ofensas escritas são mais danosas ao ambiente público do que as faladas, pelo fato de se perpetuarem.

Portanto, Waldron afirma que impressões, publicações, gravuras no espaço público e postagens na internet são os principais meios que devem ser regulados. Nesse ponto, Waldron (2012) diz que a *spoken word* tem capacidade de ferir e de ofender, mas que as publicações escritas¹⁰¹ são as capazes de repetir as mensagens socialmente.

Todavia, foi sublinhado que a teoria do autor falha ao tentar determinar quais seriam os grupos considerados vulneráveis. Como dito, não está bem delimitado o que seria o conceito de vulnerabilidade empregado. Não se sabe ao certo se algumas categorias estariam incluídas, como os idosos e as pessoas com necessidades especiais. Outro ponto levantado, é o fato de Waldron não ter explicado o motivo de ter eleito o Direito Penal como forma de controle do discurso e não o Direito Civil, com se a criminalização fosse um modelo adequado de pedagogia social.

O autor ainda faz alusão à sociedade bem-ordenada, denominação de John Rawls em “Uma teoria de justiça”, na qual a legislação deve ser um instrumento de controle e balizamento das condutas humanas. Isto tanto iguala os cidadãos quanto faz florescer o sentimento de segurança (*assurance*). Nesse cenário, o autor faz uma analogia de que as expressões consideradas odiosas produzem uma atmosfera tóxica que polui toda a sociedade. Assim, é dever do Estado intervir para evitar prejuízos difusos, ou seja, de que essas ideias se propaguem no ambiente público. Nesse sentido, defende uma ideia consequencialista de intervenção estatal, não apenas em casos de dano claro e iminente.

Contudo, foi salientado que se trata de uma análise baseada no aspecto do risco especulativo de utilidade geral, do que a ocorrência de um verdadeiro dano, qual seja: o ato discriminatório. A sustentação de Waldron é de mera causa e consequência. Entretanto, é impossível controlar o âmbito subjetivo da mente das pessoas, para saber se estas irão ou não

¹⁰¹ Uma questão que poderia ser contestada seria se um vídeo, postado *online* em uma rede social como o *youtube*, por exemplo, no qual o emissor realizasse declarações racistas, estaria incluído na hipótese de restrição por não ser uma difamação escrita? Waldron não responde a esse questionamento.

ser influenciadas, ou melhor, incitadas a praticar atos discriminatórios pelo simples fato de terem tido contato com esse tipo de atitude.

Na verdade, os efeitos podem ser variados como a própria aversão esse tipo de ideia e criar o ímpeto de combatê-la. O que pode (e deve) ser feito é permitir que atos discriminatórios sejam perpetrados socialmente, como o impedimento de membros desses grupos de ocuparem cargos públicos ou frequentarem estabelecimentos comerciais, considerados como atos discriminatórios.

Entretanto, segundo o autor, o discurso necessita de regulação, visto que o sentimento de segurança (*assurance*) que o Estado deve prestar a todos os membros da sociedade não é garantido quando um indivíduo é vítima de abuso, difamação, humilhação, discriminação e violência com base na sua etnia, religião, gênero ou orientação sexual. Todos têm o direito de não ser discriminado, humilhado e aterrorizado.

Pontuou-se que a estruturação do argumento de Waldron busca ampliar a concepção de “dano” defendida por Mill e exposta no primeiro capítulo desta obra. Os danos, interpretados como hipóteses de limite à liberdade, não podem ser apenas físicos e econômicos. A vida humana exige maior complexidade que isso. Tão doloroso quanto apanhar fisicamente é sofrer repetidas humilhações e ameaças que destituem a sua dignidade.

É importante observar que a regulação do discurso nem sempre será tão clara quanto Waldron tenta estruturar. O primeiro impasse é o de definir o que seria esse discurso de ódio, utilizado como um termo naturalizado, mas que a complexidade da vida real escapa de seus frágeis parâmetros. E o segundo impasse apontado é o de que a existência de um intermediador será necessária. O que, no caso concreto, recairia aos juízes.

A ideia de dignidade como *rank* de Waldron significa um *status* social (*single-status moral community*) que, por sua vez, é o que confere igualdade entre os cidadãos. Diante dessa concepção, quando a dignidade for violada pelo *hate speech*, poderá haver uma intervenção legítima do Estado sobre o exercício da liberdade de expressão. Percebe-se, aqui, a clara intenção de Waldron de rechaçar as críticas de que os danos sociais e psíquicos são subjetivos, como apontado no capítulo primeiro.

Ao defender uma ideia de dignidade que possa ser, segundo o autor, objetivamente aferível, a partir de características ou *status*, como o autor se refere, que são conferidos a todos. Embora seja esta sua preocupação, compreende-se que o autor não foi capaz de estabelecer parâmetros objetivos ao que seria esse *status*. Aparentemente, ainda recairá em uma interpretação daquilo que é ofensivo ou não.

Waldron reconhece que a autonomia do cidadão possa ser relativizada, quando há uma lei que regule o discurso para atingir um bem maior: o de proteger a dignidade e o *social standing* daqueles que são atingidos pelo discurso de ódio. Contudo, fez-se forte oposição à restrição consequencialista baseada em conteúdo, defendida pelo autor. Salientou-se que essa defesa tanto pode ser considerada como uma política paternalista no sentido forte, ou seja, de que o Estado deve ser o filtro moral sobre quais ideias ser propagadas no espaço público, quanto limita o direito à liberdade de expressão com base em risco especulativo.

De acordo com as premissas expressas pelo autor, a autonomia do indivíduo – argumento de Ed Baker – e da liberdade como um trunfo que desencadeia na legitimidade política de um governo – defendido por Ronald Dworkin. Nota-se que a proposta de Waldron é de que as pessoas não são livres para fazerem aquilo que desejam quando estão em sociedade. E isto, em um primeiro momento, até pode ser conspirado verdadeiro, porém, a liberdade não pode ser compreendida como uma “liberdade como licença”, ou seja, como uma permissão, tal qual interpreta Waldron.

O exercício desse direito deve ser entendido como “independência”, que estipula que todos devem ser livres para se manifestarem da forma que entenderem independentemente de uma intervenção do Estado. Exercer um direito, como o da liberdade, não exige que os demais cidadãos ou o Estado aprovem essa conduta.

Sobre a crítica que Waldron faz à Dworkin sobre as legislações que protegem contra condutas discriminatórias (*downstream*) e expressões discriminatórias (*upstream*), e da necessidade de haver uma restrição às condutas potencialmente ofensivas, pois poluem o espaço público, pode se inferir que realmente Dworkin faz essa distinção e que o autor norte-americano considera que o Estado deve assegurar que todos tenham recursos necessários para viver seus planos de vida e que possam influir, de forma igual, no espaço público com as mais diversas opiniões e visões de mundo, isto que confere legitimidade política às ações políticas.

Considera-se que, apesar de importante, a proposta de Waldron não se desincumbiu em estruturar uma teoria que fosse capaz de conferir um grau de objetividade, ao tratar de um tema tão complexo como a liberdade de expressão.

A ausência de conceituação sobre o que seriam grupos vulneráveis e características de grupo de que ensejam na violação pelo *hate speech*, a falta de justificativa sobre a escolha de adotar o direito penal como medida de coação, o conceito vago de dignidade como *status* e a defesa de que algumas ideias poluem o espaço público e por isso mereçam ser restringidas – sem o devido cuidado de não recair em um paternalismo no sentido forte – são os principais apontados quanto à fragilidade de sua argumentação.

O terceiro capítulo apresentou a defesa de Ronald Dworkin à liberdade de expressão, passando por seus principais argumentos em favor desse direito. A liberdade (*liberty*), segundo o autor, é um direito em sentido forte. Isto implica em afirmar que sua titularidade cabe aos indivíduos e que são oponíveis contra o Estado e demais cidadãos.

Nesse ponto, pode-se inferir que não poderá haver restrição ao exercício desse direito, exceto quando houver razões especiais (*special grounds*) que justifiquem essa intervenção. E, igualmente, que o exercício desse direito não tem obrigação de ser correto, bom, nem de agradar aos demais. Ter o direito a fazer algo independente de certo ou errado. Por esse motivo, o discurso de ódio é uma prática que não deveria ser realizada, para permitir a manutenção de uma harmonia social, porém, uma legislação que a impedisse, por completo, no espaço público, não seria legítima.

Um Estado que leve os direitos a sério, deve assegurar que os objetivos individuados (*individuated political aim*) sejam exercitados com autonomia, a sociedade como um todo não precisa ser beneficiada, como na hipótese dos objetivos políticos não-individuados (*non individuated political aim*), políticas públicas. Caso assim fosse, a perspectiva do indivíduo, enquanto particular, não seria considerada, o que desencadearia em práticas utilitárias, da busca de um bem social. Conferir o caráter de direito a esses objetivos-individuados significa que os mesmos devem ser protegidos, mesmo quando o seu exercício não beneficie o bem geral da comunidade. Dessa forma, segundo Dworkin, direitos se sobrepõem, em regra, a políticas.

Percebe-se que quando se concede um *status* de direito à liberdade de expressão, como Dworkin (2016b), não se pode impedir que os indivíduos expressem suas opiniões, mesmo quando se acreditar que isso prejudicará o bem comum. Esta relação não pode ser baseada na conveniência, um direito deverá ser exercido mesmo quando prejudicar uma meta social abrangente.

Nesse contexto, os direitos, dentre eles a liberdade de expressão, apenas poderão ser restringidos para prevenir um dano grave, “claro e iminente”, opondo-se ao “*balancing model*” como forma de avaliação de restrição de um determinado direito. Segundo o autor norte-americano, tal modelo de “balanceamento” analisa os “custos” de uma medida, o que não é legítimo para lidar com objetivos não-individuados, pois os mesmos não sucumbem diante da vontade geral da maioria.

Assim, é equivocado julgar o valor da liberdade à luz de políticas de custo-benefício. Portanto, o Estado deve comprometer-se com um ambiente de liberdade é permitir que ideias, convicções, opiniões, informações sejam criadas, conservadas e disseminadas. As instituições

públicas e políticas apenas poderão intervir nesse processo, de maneira mínima, para proteger contra danos claros e iminentes.

Nesse ponto, há uma conexão entre o que Mill já defendia em sua obra, de que a restrição legítima imposta à liberdade deve ser com base em danos objetivamente aferível. Não se trata de uma análise subjetiva daquilo que pode ser potencialmente ofensivo ou perigoso para a sociedade. Os danos físicos e econômicos estabelecem um parâmetro que não passa pelo filtro da concordância moral.

O direito a igual consideração exige que o Estado não faça um juízo de “custos sociais” sobre o exercício da liberdade. Dessa maneira, agir com igual respeito e consideração pelo indivíduo é mais do que tratar casos semelhantes da mesma forma, pressupõe a necessidade de se respeitar as mais variadas formas de vida.

Pelo fato de ser comumente alegada a violação do direito à igualdade nos casos de discurso de ódio, Dworkin argumenta que, na realidade, esse direito é violado quando há uma restrição ilegítima à liberdade de expressão. A complexa argumentação do autor em favor da liberdade em apreço tem como um dos principais argumentos, o fato de não poder haver, se interpretados corretamente, um conflito entre liberdade e igualdade.

Na sua defesa, Dworkin entende que a liberdade deve ser interpretada como independência e não como licença. Isto quer dizer que a independência de um indivíduo é ameaçada não simplesmente por um processo político que lhe nega a voz igual, mas por decisões políticas que lhe negam a igualdade de respeito.

Não se trata, portanto, de permissividade a fazer algo, mas de verdadeira titularidade sobre determinado direito. Logo, se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja com o interesse geral proceder assim. Não há um direito geral à liberdade (*freedom*), mas uma concepção de igualdade que trate a todos, indistintamente, com igual respeito e consideração. Por esse motivo, nenhuma forma de vida pode ser considerada melhor ou pior que a outra. À luz disso, o Estado não viola a liberdade de alguém quando determina o sentido de uma avenida, mas a viola quando impõe a censura ao indivíduo que se expressa.

A principal ideia, defendida por Dworkin, é a de que liberdade e igualdade são, na verdade, um mesmo ideal político indissociável. O papel da liberdade, no leilão hipotético, é instrumental, pois todos devem ser livres para seguir seus planos de vida, de acordo com os recursos percebidos. Assim, a liberdade é pressuposto da igualdade e jamais poderão conflitar, inclusive nos casos de discurso de ódio.

A segunda parte do argumento, perpassa pela defesa do autor ao individualismo ético e ao fato de que a liberdade não pode ser interpretada como um caráter instrumental. Isto porque expressões científicas, artísticas, literárias estariam protegidas sob o manto de uma concepção que defenda a liberdade de expressão como – exclusivamente – direito que fortalece a democracia. Segundo Dworkin, o exercício da liberdade possui um fim em si próprio, que não precisa da aprovação dos demais, nem do Estado.

Nessa senda, Dworkin pontua que se devem proteger, até mesmo, as expressões que odiamos. E isto decorre do fato de que uma sociedade liberal, comprometida com a responsabilidade moral do indivíduo, não pode adotar qualquer tipo de censura ao conteúdo de uma expressão. Todavia, afirma que os argumentos instrumentais estão sendo utilizados para “minar” a liberdade de expressão e não a corroborar com a ideia de uma sociedade liberal. Ademais, Dworkin faz crítica à busca da verdade, como defendido por Mill, bem como se opõe à defesa de Waldron, que acredita que a liberdade deva contribuir de alguma forma à participação na democracia e todos os cidadãos devem cumprir com a responsabilidade intrínseca a esse direito.

A defesa de Dworkin é a de uma justificação constitutiva da liberdade que não se preocupe com as consequências, mas com a capacidade de contribuir para a “boa vida”, fundamentada na ética liberal de Dworkin. Deve-se considerar que os indivíduos são moralmente responsáveis por suas escolhas, e eles devem tomar as suas próprias decisões a partir do que seja considerado bom ou mal na sua vida, seja esta moral ou política.

Segundo seu entendimento, não poderá haver censura de conteúdo, como nos casos de discurso de ódio, pois não cabe ao Estado censurar uma ideia ou uma expressão por considerá-la má ou ruim ou sob a justificativa de que as mesmas não devam ser ouvidas pelos demais. Assim, o Estado não poderá realizar uma “intermediação mental” pelos cidadãos.

Por esse motivo, o autor defende que inclusive teorias negacionistas devam ser permitidas em um ambiente que preze pela cultura da liberdade. Teorias como estas devem ser fortemente combatidas no espaço público, mas a censura nunca deve ser o caminho de fortalecimento dos instrumentos de oposição.

Nesse aspecto, o ambiente moral comum deve ser construído pelas mais variadas visões de mundo, gostos, ideais ou escolhas, viver em um ambiente democrático é justamente fortalecer esse compromisso. No modelo coparticipativo defendido por Dworkin, todos devem ter a chance de influenciar no jogo político, mesmo aquelas odiosas, reprováveis ou absurdas. Este é o compromisso do Estado em favor da própria igualdade, igual consideração

e respeito por todos, até daqueles que discordamos. A legitimidade política desse Estado nascerá dessa ampla participação.

Além disso, em uma democracia, não há o pretense direito de não ser ofendido. Na realidade, a ofensa, dentro do contexto da cultura da independência ética, é um resultado. Um espaço marcado pela pluralidade implica, conseqüentemente, que nem todos estejam satisfeitos com as opiniões divergentes.

No entanto, o que o Estado pode (e deve) fazer, a fim de atender as exigências de justiça (*fairness*), é proibir medidas de discriminação nos espaços públicos, denominados de “atos discriminatórios”, quando a alguém é proibido aceder a um determinado recurso. No entanto, “conteúdos discriminatórios” devem ser tolerados em um espaço que se defenda a igualdade e a liberdade.

A democracia é o espaço que propicia que todos os indivíduos sejam autênticos, segundo a sua concepção de dignidade, e que o Estado não atue como paternalista em sentido forte, determinando aos indivíduos como devam agir e seguir suas próprias vidas.

Dessa forma, conclui-se que censurar o discurso de ódio configura uma violação à independência ética dos indivíduos. E, mais do que isso, essa defesa está conexas à própria ideia de igualdade, que afirma que o Estado deve ter igual consideração por todos os indivíduos, o que contempla as suas convicções, pensamentos e ideias.

Esta obra acredita que os argumentos apresentados por Ronald Dworkin são mais persuasivos quanto à impossibilidade de se conceber o discurso de ódio, da forma como delimitada por Waldron, como limite à liberdade de expressão. Isto se dá pelas diversas impropriedades que foram pontuadas ao longo desse trabalho ao autor neozelandês, em especial, pelo fato de sua proposta ser muito mais uma “censura”, do que uma “regulação” do discurso.

Isto não quer dizer, de forma alguma, que preposições machistas, homofóbicas, racistas, xenófobas devam ser consideradas como “corretas” ou “inofensivas”. Na verdade, o que se adverte é que não se educa ou transforma por meio da lei. O debate racional talvez seja, e aqui realmente trata-se de uma hipótese, seja a forma de convencimento mais eficaz para que efetivas mudanças sejam realizadas. Perdeu-se, paulatinamente, a capacidade de escutar o outro e de entendê-lo e respeitá-lo como alguém que pensa diferente.

O próprio conceito de discurso de ódio, nos moldes que se apresenta atualmente, demonstra-se essencialmente vago e genérico diante da complexidade das relações coletivas. Além disso, a punição não parece o caminho mais efetivo a ser seguido, se o objetivo for a

persuasão e a superação de ideias consideradas “más”. Entretanto, não se pode olvidar que estas existem e são uma realidade e nada adianta “varrê-las para debaixo do tapete”.

Contudo, uma última consideração precisa ser feita. O leitor não pode deixar de atentar que as escolhas teóricas feitas por esta obra acabam por delimitar o rumo que este trabalho foi concluído. Não há respostas prontas. O liberalismo não é a única chave e, arrisque-se a dizer, nem mesmo a mais correta para solucionar o problema apresentado. Por conta disso, fica o desejo de que esta obra influencie os leitores a continuar pesquisando sobre liberdade de expressão, discurso de ódio e, principalmente, seus impactos na democracia. E as possibilidades de pesquisa são infinitas: teorias feministas, comunitaristas, pós-estruturalistas e assim por diante. Espera-se que este texto seja apenas o pontapé inicial.

REFERÊNCIAS

ALTMAN, Max. Hoje na História: 1969 - **Julgamento condena os "Sete de Chicago"** por conspiração. Reportagem de 24 de setembro de 2014. Opera Mundi. Disponível em: <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/historia/37963/hoje+na+historia+1969+-+julgamento+condena+os+sete+de+chicago+por+conspiracao.shtml>. Acesso em: 25 de setembro de 2017.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and Free Speech. In: **Constitutional Commentary**. Vol. 27:251, 2011.

BELL, Bell, Melina Constantine, Citizens United, Liberty, and John Stuart Mill (September 27, 2015). **Notre Dame Journal of Law**, Ethics and Public Policy, Vol. 30, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2995180>

BERLIN, Isaiah. **Dos conceptos de libertad**. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

_____. **Isaiah. John Stuart Mill y los fines de la vida**. Tradução de N. R. Salmones. in MILL, John Stuart. Sobre la libertad. Madrid: Alianza. 1986

BRINK, David O. **Mill's liberal principles and freedom of expression**. In: TEN, C.L. (Ed.) Mill's On Liberty: A Critical Guide. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

_____. Mill's Moral and Political Philosophy. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2014. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/mill-moral-political/#FreExp>. Acesso em: 01/11/2017.

BURLEY, Justine (Ed.). **Dworkin and His Critics** – with replies by Dworkin. Malden: Blackwell Publishing, 2005.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo: o que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A Hart?. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 20. n. 1 - jan-abr, 2015. P. 307-327.

CALSAMIGLIA, Albert. Dworkin y el enfoque de la integridad. In: **Revista de Ciencias Sociales**. Vol. 38, 1993, p. 45-68.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive legal positivism: law, rights and democracy**. London: UCL Press, 2004.

CATE, Irene Ten. *Speech, Truth, and Freedom: An Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holmes's Free Speech Defenses*. Columbia Law School: **Public Law & Legal Theory Working Paper Group**, 2011.

COELHO, André. **Liberalismo**. Blog Filósofo Grego. Postagem de: 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/search?q=liberalismo>. Acesso em: 06 de novembro de 2017.

_____. **Liberalismo e Liberdade de Expressão: Influência e legado de John Stuart Mill**. Palestra realizada no Centro Universitário do Pará: 31/08/2017.

COLÓN-RÍOS, Joel I., *The Second Dimension of Democracy: The People and Their Constitution* (October 1, 2009). **Baltic Journal of Law and Politics**, Vol. 2, No. 2, 2009; Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 25/2011.

CONSANI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao constitucionalismo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 2, 2014. p. 143-173.

_____. Democracia e os discursos de Ódio Religioso: Debate entre Dworkin e Waldron. **Revista eletrônica Ethica**. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, v.14, n.2, Dez. 2015a. p.174-197

_____. O positivismo jurídico normativo na perspectiva de Jeremy Waldron. **Revista Quaestio Iuris**. vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015b. p. 2424-2448.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos**. Discurso pronunciado no Athénée Royal de Paris, 1819. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em: 01/05/2017.

COSTA NETO, João. **Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional**. 365 f. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Orientador: Gilmar Mendes. Brasília, 2014.

CHRISTIANO, Thomas. Waldron on law and disagreement. In: **Law and Philosophy**, Vol. 19, nº4, Jul. 2000, p. 513-543.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Ronald Dworkin. **KRITERION**, 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2005000100005. Acesso em: 25/09/2017.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. **De que Amanhã – Diálogo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

DEVIGNE, Robert. **Reforming Liberalism J. S. Mill's Use of Ancient, Religious, Liberal, and Romantic Moralities**. Yale University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Trad. Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016aa.

_____. Devaluing Liberty. **Index on Censorship**, 1988, 17: 7.

_____. Foreword. In: HARE, Ivan e WEISTEIN, James (Eds). **Extreme Speech and Democracy.** Oxford: OUP, 2009.

_____. **La Democracia es posible: principios para um novo debate político.** Trad. Ernest Weikert García. 1 ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

_____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

_____. **Religion without God.** Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013.

_____. **O Direito da liberdade: uma leitura moral da Constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

_____. **O Império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The Right to Ridicule, **The New York Review of Books**, Volume 53, número 5, 23 de março de 2006b.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISGRUBER, Christopher. A comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement. In: **NYU Journal of Legislation and Public Policy**, n. 6, 2002

FABRE, Cécile. The dignity of rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 20, no 2, 2000, p. 271-282.

FERNANDES, Renan Barbosa. **Controle de Constitucionalidade e Democracia no debate entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron**, 130f. Trabalho de Conclusão de Curso, Orientador: prof. Ronaldo Porto Macedo Junior Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2013.

FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. **A dimensão coletiva do direito individual à imagem de indivíduos pertencentes a grupos sociais vulneráveis ou o direito à imagem de minorias.** 2012. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FLORES, Imer B., Ronald Dworkin's justice for hedgehogs and partnership conception of democracy (With a Comment to Jeremy Waldron's 'A Majority in the Lifeboat'). **Georgetown**

Public Law Research Paper. n. 4, 2010. p. 65-103. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1117/>>. Acesso em: 20/11/2017.

FURQUIM, Lilian de Toni. **O Liberalismo Abrangente de Ronald Dworkin.** 235f. Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. Orientador: Cícero Araújo. São Paulo, 2010.

HARDIN, Russell. **Liberalism, Constitutionalism, and Democracy.** Oxford University Press, 2ed., 2003.

KOPPELMAN, Andrew M. Waldron, Responsibility-rights and hate speech. **Arizona State Law Journal**, Northwestern Public Law Research Paper, 2011. P. 15-40.

HUME, Mick. **Direito a ofender: a liberdade de expressão e o politicamente correto.** Traduzido por Rita Almeida Simões. Lisboa: Tinta-da-China, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política.** Trad. Alonso Reis Freire, revisão da tradução Elza Maria Gasparatto, revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. MARTÍ, José Luís. Estudo preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos. In: **Derechos y desacuerdos.** Madrid: Marcial Pons, 2005.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin.** 3rd Ed. Stanford: Stanford Law Books, 2012.

LEITER, Brian. Waldron on the regulation of hate speech. The Law School of the University of Chicago. **Public Law and Legal Theory.** Working paper n° 398, 2012.

LIMA, Lucas Correia de. **Hitler censurado!**. In: Mega Jurídico. Disponível em: <http://www.megajuridico.com/hitler-censurado/>. Acesso em: 04/03/2017.

LOCKE, John. **Carta sobre Tolerância.** Tradução de Ari Ricardo Tank Brito. 2. ed. São Paulo: Hedra, 2007.

LONGO, Fernando José Filho. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. **Cadernos do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, v. X, n. 3, 2015, p. 90-11. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58328>>. Acesso em: 20/11/2016.

LYONS, David. **Liberty and Harm to Others**, reprinted in David Lyons, Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory (New York: Oxford, 1994).

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea.** São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Libertad de Expresión: ¿Qué lecciones deberíamos aprender de la experiencia de los EE.UU.?. **Law Yale Edu.** 2016 Disponível em: https://www.law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela16_macedo_cv_sp.pdf. Acesso em: 18/01/2017.

MACEDO, Stephen. Against majoritarianism: democratic values and institutional design. **Boston University Law Journal**, 2010. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/macedo.pdf>.

MACCORMICK, Neil. A Moralistic Case for A-Moralistic Law. In: **Valparaiso University Law Review**, v. 20, n.1, 1985, p. 1-41.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa – Portugal: Edições 70. 2006.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MILL, Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.

_____. **On Liberty**. Ontario: Batoche Books, 2001. Disponível em: <https://eet.pixel-online.org/files/etranslation/original/Mill,%20On%20Liberty.pdf>.

O'ROURKE, K. C.. **John Stuart Mill and Freedom of Expression**. Routledge Studies in Social and Political Thought, 2011.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the Common Law Tradition**. Oxford: Clarendon, 1989.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

_____. **Igualdade e liberdade: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença no discurso do ódio**. 2009. 155 f. Obra (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. **Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios**. 2016. 184 f. Obra (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

ROSA, Leonardo Gomes Penteadó. **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. 258f, Obra apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, área de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 2014.

RIPSTEIN, Arthur, Beyond the Harm Principle. **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 34, No. 3, pp. 216-246, 2006.

_____. Arthur. **Liberty and Equality**. In: Arthur Ripstein (Ed.). Ronald Dworkin. New York: Cambridge University Press, 2007.

RUIZ, Santiago Virguez. Democracia, desacuerdo y derecho constitucional: Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin – Waldron. **Universidad**

de los Andes Facultad de Derecho Rev. derecho publico. No.35, jul-dez, 2015. Disponível em:<https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub541.pdf>. Acesso em: 20/11/2016.

SANTOS, Milene Cristina. **O proselitismo religioso entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: a "guerra santa" do neopentecostalismo contra as religiões afro-brasileiras.** 2012. 245 f. Obra (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

SCHAUER, Frederick. On The Relation Between Chapters one and two of John Stuart Mill's On Liberty. **Capital University Law Review**, 2001.

_____. Positivism Before Hart (November 24, 2009). **Virginia Public Law and Legal Theory**, Research Paper No. 2010.

SILVA, Júlio Cesar Casarin Barroso. **Democracia e liberdade de expressão - Contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra.** 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

STACEY, Richard, Democratic Jurisprudence and Judicial Review: Waldron's Contribution to Political Positivism (July 7, 2010). **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 30, No. 4, 2010, pp 749-773.

STRAUSS, David A. The Living Constitution. Oxford: **Oxford University Press**, 2010.

TEN, C.L. (Ed.) **Mill's On Liberty: A Critical Guide.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008

VERBICARO, Loiane. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VERBICARO, Loiane Prado; VAZ, Celso. O perigo da excessiva judicialização da política: o debate entre substancialistas e procedimentalistas. In: **Revista Política Hoje**, vol. 23, 2015 p. 223-244. Disponível em: <www.periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/politica hoje/article.view/3749> Acesso em: 27/11/2016.

VERBICARO, Loiane Prado; CASTRO, Pietra. Direito, Controle Judicial e Democracia: O debate entre as Teorias Democráticas de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. **Revista Direito em Debate**, v. 26, n. 47, 2017.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. A Right to Do Wrong. In: **Ethics.** The University of Chicago Press, vol. 92, No. 1, Special Issue on Rights. p. 21-39, 1981.

_____. **Can There be a Democratic Jurisprudence?.** Paper presented for Analytic Legal Philosophy Conference, NYU School of Law, 2004.

_____. **Derechos y desacuedos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

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

_____. Dignity, Rank, & Rights (The Berkeley Tanner Lectures). Oxford: **Oxford University Press**, 2009.

_____. Dignity, Rights and Responsibilities. **Arizona State Law Journal**. Vol. 43, Issue 4, winter, p. 1107-36, 2011a.

_____. Does 'Equal Moral Status' Add Anything to Right Reason?. NYU School of Law, **Public Law Research Paper**, No. 11-52, 2011b

_____. How Law Protects Dignity. NYU School of Law, **Public Law Research Paper** No. 11-83, 2011c.

_____. Is Dignity the Foundation of Human Rights?. NYU School of Law, **Public Law Research Paper**, 2013. p. 12-73.

_____. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. **Liberal rights: collected papers**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

_____. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules (Org.). **Hart's Postscript. Essays on the Postscript of 'The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.410-433.

_____. Rights in Conflict. **Ethics**, Vol. 99, No. 3. (Apr., 1989), pp. 503-519.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, 115, 2006, p. 1346-1406.

_____. The Dignity of Groups. *Acta Juridica*, 2008, NYU School of Law, **Public Law Research Paper** No. p. 08-53

_____. **The Harm in Hate Speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

_____. Theoretical Foundations of Liberalism. In: **The Philosophical Quarterly**, 37: 127-50, abr. 1987.

_____. The Right of Rights. In: **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, Vol. 98 (1998), pp. 307-337

_____. What a Dissenting Opinion Should Have Said in *Obergefell v. Hodges*. NYU School of Law, **Public Law Research Paper** No., 2016. P. 16-44. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844811. Acesso em: 17/01/2017.

_____. What do the Philosophers Have against Dignity?. NYU School of Law, **Public Law Research Paper** No. 14-59, 2014.

Leis, Casos, Notícias e outros:

Casos:

BRASIL. Poder Judiciário Do Estado Do Rio De Janeiro, Juízo De Direito Da 33ª Vara Criminal da Capital. Decisão. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/livrohitler-rj.pdf>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. Habeas corpus 82.424-2. Rel.: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DOU 19/03/2004.

SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA. Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

_____. Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010).

_____. Chaplinsky v. New Hampshire, 315. U.S. (1940).

_____. Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

Notícias:

BBC BRASIL. **Retratar Maomé sempre foi proibido?**. John McManus. Reportagem de: 18 de janeiro de 2015. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150115_retrato_maome_historia_pai. Acesso em: 22 de janeiro de 2017.

Leis

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 5003/2001.

_____. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

_____. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

_____. SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 122/2006.

Outros:

DWORKIN, Ronald e WALDRON, Jeremy. “Session 4: Multiculturalism and Human Rights” debate em The New York Review of Books Foundation and Fritt Ord Foundation, Oslo (Orgs.), Robert Silvers (chaired). *Challenges to Multiculturalism. A Conference on Migration, Citizenship, and Free Speech*, 25-26 June 2012 at The House of Literature in Oslo, disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=DoSbp8pdbM8> (parte 1/2), <http://www.youtube.com/watch?v=6wJQ658e-4U> (Parte 2/2) e <http://www.youtube.com/watch?v=zHioq4mc7c0> (Q&A), videos do “StiftelsenFrittOrd sin

kanal" (<http://www.youtube.com/user/StiftelsenFrittOrd?feature=watch>). Acesso em: 19/01/2017

WIKIPEDIA, Informação online. Salman Rushdie. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Salman_Rushdie. Acesso em: 06/02/2017.

_____. Informação online. Charles Murray. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_Murray. Acesso em: 06/02/2017.

ANEXO

Anexo 1: Immersion (Piss Christ) – Andres Serrano (1987).



Fonte:

[https://en.wikipedia.org/wiki/Piss_Christ#/media/File:Piss_Christ_by_Serrano_Andres_\(1987\).jpg](https://en.wikipedia.org/wiki/Piss_Christ#/media/File:Piss_Christ_by_Serrano_Andres_(1987).jpg)

Anexo 2: Caricaturas Jyllandes-Posten (2005).



Fonte: <http://flapsblog.com/category/politics/muhammad-caricatures/>

Anexo 3: Caricaturas Charlie Hebdo.



Fonte: <http://colunadolam.blogspot.com.br/2015/01/o-pasquim-era-primado-charlie-hebdo.html>

Tradução: “Se Maomé retornar...”

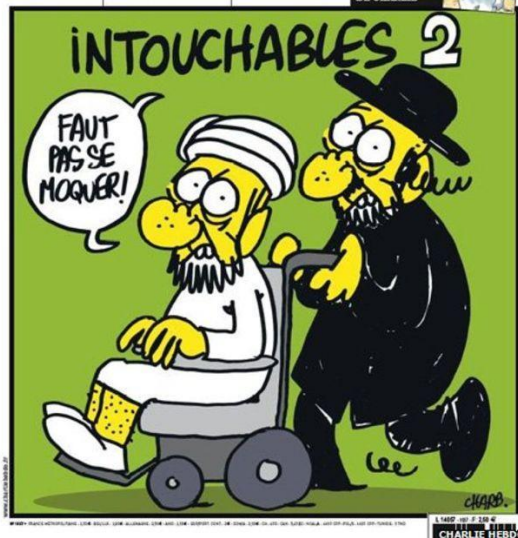
-“Eu sou o profeta, imbecil”

- Sua garganta, seu infiel!”.

ENQUÊTE: LES PARADIS FISCAUX DE BERNARD ARNAULT p. 16 19 SEPTEMBRE 2012 / N° 1067 / 2,50 €

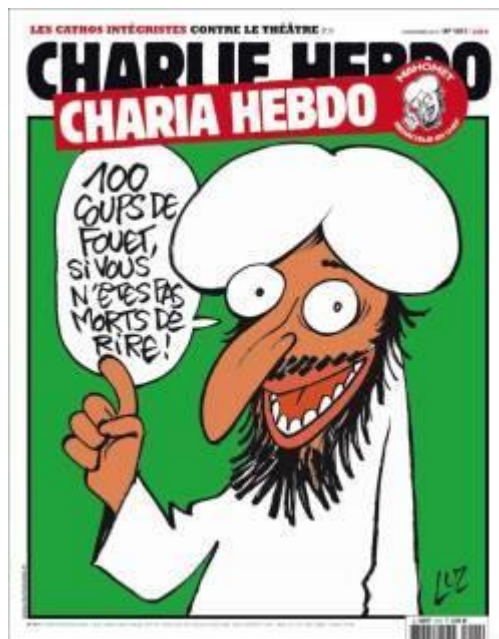
CHARLIE HEBDO

INTÉCRISME MARONNET FAIT DU CINÉMA p. 7
ÉCOLOGIE LE PS SOLUBLE DANS LE GAZ DE SCHISTE p. 10
MARIAGE HOMO CES CURETONS QUI SONT POUR p. 11
EN KIOSQUES LE HORS-SÉRIE ANTISÉMITAIRE DE CHARLIE



Fonte: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150108_vitimas_charlie_hebdo_lgb

Tradução: Os intocáveis 2
“Não pode tirar sarro/rir disso”.



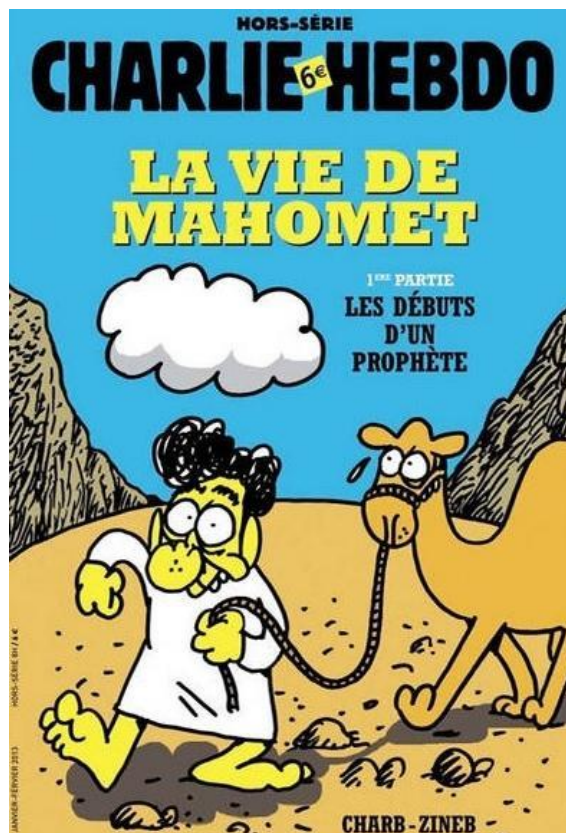
Fonte: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/charges-mais-polemicas-da-charlie-hebdo.html>

Tradução: “- cem golpes de chibata se você não está morrendo de rir”.



Fonte: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/charges-mais-polemicas-da-charlie-hebdo.html>

Tradução: “O alcorão é uma merda, não é capaz de parar as balas”.



Fonte: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/charges-mais-polemicas-da-charlie-hebdo.html>

Tradução: “O início da vida de um profeta”