

OCTAVIO SAMPAIO DE MOURA AZEVEDO

**Rawls e o “hate speech” político: uma análise crítica dos limites à liberdade
de expressão política na concepção de justiça de John Rawls**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

OCTAVIO SAMPAIO DE MOURA AZEVEDO

**Rawls e o “hate speech” político: uma análise crítica dos limites à liberdade
de expressão política na concepção de justiça de John Rawls**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Prof. Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Junior.

Versão corrigida em quatro de junho de 2018.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Azevedo, Octavio Sampaio de Moura

Rawls e o “hate speech” político: uma análise crítica dos limites à liberdade de expressão política na concepção de justiça de John Rawls / Octavio Sampaio de Moura Azevedo ; orientador Ronaldo Porto Macedo Junior -- São Paulo, 2018.
102

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. John Rawls. 2. Discurso de ódio político. 3. Liberdade de expressão. 4. Beauharnais. 5. Teorias de justiça. I. Junior, Ronaldo Porto Macedo, orient. II. Título.

AZEVEDO, Octavio Sampaio de Moura. Rawls e o “hate speech” político: uma análise crítica dos limites à liberdade de expressão política na concepção de justiça de John Rawls. 102f, 2018. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, área de Filosofia e Teoria Geral do Direito, como requisito parcial para obtenção de título de mestre em Direito.

Aprovado em: _____

Banca examinadora.

Presidente: Prof. Titular Ronaldo Porto Macedo Junior (orientador)

Instituição: Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Membro(a): Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Membro(a): Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Membro(a): Prof.(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

O processo de elaboração de uma dissertação de mestrado é uma experiência maravilhosamente desafiadora. Entretanto, se consegui superá-la, foi apenas graças ao apoio daqueles que estão à minha volta. Assim, gostaria de aproveitar este espaço para agradecer algumas pessoas que contribuíram para a conclusão desta dissertação:

Ao professor Ronaldo, por me ensinar o valor da liberdade de expressão;

Aos colegas do Instituto Pro Bono, pela companhia na luta por um mundo mais justo;

Aos meus amigos e amigas, por tornarem a vida mais leve e divertida;

À minha família, pelo apoio incondicional.

RESUMO

AZEVEDO, Octavio Sampaio de Moura. Rawls e o “hate speech” político: uma análise crítica dos limites à liberdade de expressão política na concepção de justiça de John Rawls. 102f, 2018.

A presente pesquisa tem como objetivo desenvolver uma análise crítica do trabalho do filósofo político John Rawls, a fim de verificar se é possível extrair de seus escritos um posicionamento acerca da problemática da proibição ao discurso de ódio político. Nossa hipótese é que proibições a esse discurso e, conseqüentemente, as legislações que buscam fazê-lo, não seriam justas de acordo com sua concepção de justiça. A fim de comprová-la, teremos que, em primeiro lugar, propor um conceito de discurso de ódio político. Na impossibilidade de se extrair um conceito claro a partir da legislação que trata do tema, elegeremos um caso paradigmático da Suprema Corte (*Beauharnais v. Illinois*) em torno do qual poderemos desenvolver nossa investigação. Delimitado nosso objeto de análise, justificaremos nossa hipótese recorrendo à obra de Rawls. A partir de sua análise, concluímos que o autor seria contrário à decisão da Suprema Corte em *Beauharnais* e às legislações que buscam proibir o discurso de ódio político devido às seguintes razões: i) elas violam a prioridade conferida às liberdades básicas, que não permite que elas sejam reguladas em razão de considerações de bem comum e valores perfeccionistas; ii) elas invadem o “núcleo-central de aplicação” de uma liberdade, na medida em que não passam no teste da “crise constitucional” e tampouco estão em conformidade com a condição estabelecida por Rawls referente à rejeição a restrições ao conteúdo de um discurso; iii) contrariam a ideia de tolerância em relação aos intolerantes; e iv) não são justificadas pelo “dever de civilidade”, uma vez que esse dever é estritamente moral.

Palavras-Chave: 1. John Rawls. 2. Discurso de ódio político. 3. Liberdade de expressão. 4. *Beauharnais*. 5. Teorias de justiça. 6. Prioridade. 7. Estabilidade.

ABSTRACT

AZEVEDO, Octavio Sampaio de Moura. Rawls and political hate speech: a critical analysis of the limits of political freedom of expression in the conception of justice of John Rawls. 102f, 2018.

This research aims to develop a critical analysis of the work of the political philosopher John Rawls to ascertain the possibility of ascribing him a position in regards to the prohibition of political hate speech. Our hypothesis is that prohibitions to this kind of speech, and, as a result, legislation that aims to accomplish that, would be unfair according to his conception of justice. First of all, in order to prove our hypothesis, we have to propose a concept of political hate speech. As it is not possible to come up with one from the legislation related to the subject, we will elect a paradigmatic case from the Supreme Court (*Beauharnais v. Illinois*) to conduct our investigation. Once we have defined the subject of our analysis, we will justify our hypothesis resorting to Rawls' work. From its analysis, we conclude that the author would be against the decision of the Supreme Court in *Beauharnais* and legislation that seeks to prohibit political hate speech due to the following reasons: i) they violate the priority assigned to the basic liberties, which does not allow them to be regulated due to considerations of common good or perfectionist values; ii) they breach the "central range of application" of a liberty, as they do not pass in the "constitutional crisis" test and neither are in conformity with the condition established by Rawls regarding the rejection of restrictions on the content of a speech; iii) go against the idea of toleration of the intolerant; and iv) are not justified by the "duty of civility", as this duty is strictly moral.

Keywords: 1. John Rawls. 2. Political hate speech. 3. Free Speech. 4. *Beauharnais*. 5. Theories of justice. 6. Priority. 7. Stability.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. O CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO POLÍTICO.....	17
2.1. A PROIBIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO POLÍTICO	18
2.2. A SUPREMA CORTE E A PRIMEIRA EMENDA.....	22
2.3. BEAUHARNAIS V. ILLINOIS.....	26
3. A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E A PRIORIDADE DAS LIBERDADES BÁSICAS.....	47
3.1. A TEORIA DE JUSTIÇA DE RAWLS E OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA.....	50
3.2. A CRÍTICA DE HART À PRIORIDADE DAS LIBERDADES BÁSICAS	55
3.3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO POLÍTICA E A REGRA DO CLEAR AND PRESENT DANGER	65
3.4. O VALOR EQUITATIVO DAS LIBERDADES POLÍTICAS	71
4. A QUESTÃO DA ESTABILIDADE NA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DE RAWLS ..	77
4.1. A TOLERÂNCIA EM RELAÇÃO AOS INTOLERANTES	78
4.2. A BUSCA POR ESTABILIDADE EM O LIBERALISMO POLÍTICO E A IDEIA DE RAZÃO PÚBLICA.....	82
5. CONCLUSÃO.....	93
REFERÊNCIAS.....	101

1. INTRODUÇÃO

Um dos traços mais marcantes de sociedades democráticas é a multiplicidade de ideias e opiniões compartilhadas por seus grupos e indivíduos. Em contextos assim, caracterizados pelo pluralismo de pontos de vista, a questão dos limites da liberdade de expressão é de extrema importância. Não estaríamos exagerando ao apontar que a liberdade de expressão é um dos principais fatores responsáveis por esse pluralismo, afinal, ela permite que nos expressemos e exponhamos nossas visões a respeito de diferentes assuntos, afirmando-nos, nesse processo, enquanto indivíduos autônomos com opiniões e posições distintas. Em contrapartida, esse contexto plural tem levado a polarizações cada vez mais acirradas. Em especial, as disputas em torno de questões políticas e de relevância pública, tais como a forma como nossas instituições são organizadas ou a eficiência de uma determinada política pública, têm despertado nossa atenção para as consequências a que o exercício da liberdade de expressão pode chegar, de tal modo que muitas democracias ocidentais nos últimos anos têm buscado restringir esse direito por meio da promulgação de legislações específicas voltadas a sua regulação.

Dentre as hipóteses sobre as quais essas legislações se voltam, destaca-se o discurso de ódio político. O debate em torno da possibilidade de se proibir esse tipo de discurso tem ganhado cada vez mais relevância, tanto no âmbito acadêmico como entre a população de modo geral. Ao colocar em lados opostos a liberdade de expressão política e a preocupação com os danos que esse tipo de discurso pode causar, esse debate acaba refletindo uma tensão central a qualquer sociedade democrática: a tentativa de conciliar uma ampla proteção a direitos e garantias individuais à promoção de um ideal de inclusão e equidade. Soma-se, a esse esforço conciliatório, a necessidade de se manter a estabilidade da sociedade em um contexto de pluralismo de ideias e concepções de bem, algo igualmente desafiador.

Na tentativa de melhor compreender esse debate, voltaremos a um dos campos mais instigantes da filosofia política contemporânea: o da teoria política normativa, dedicado à discussão de diferentes teorias de justiça. Por meio delas, buscamos sistematizar nossas intuições e juízos a respeito de como deve ser uma sociedade justa, abarcando questões como

a estrutura de suas instituições ou a maneira como bens e oportunidades são distribuídos entre seus membros. Apesar de se tratar, em grande medida, de um empreendimento teórico, tais teorias apresentam uma importante dimensão prática. Em diversas oportunidades, recorreremos a elas a fim de avaliar nossas instituições e chegar a respostas sobre dilemas centrais à vida em sociedade, entre os quais a questão da proibição do discurso de ódio político.

A presente pesquisa tem como foco uma teoria de justiça específica: a concepção política de justiça do filósofo político John Rawls, um dos autores mais célebres da filosofia política contemporânea. A relevância e centralidade de seu trabalho nessa área são inegáveis. Desde a publicação de *Uma teoria da justiça*¹ até o seu projeto inacabado de revisão de *O liberalismo político*² no artigo *A ideia de razão pública revisitada*³, o autor norteou o debate acerca das diferentes concepções de justiça no campo da filosofia política contemporânea. Ainda, suas reflexões sobre justiça distributiva, racionalidade democrática e estabilidade política serviram de modelo para críticos e seguidores e pautaram discussões a respeito dos mais diversos temas, como o aborto, o acesso universal à saúde e o financiamento privado de campanhas políticas.

Dada a importância do autor e abrangência de sua obra, nosso objetivo nesta pesquisa é realizar uma análise crítica de seu trabalho, a fim de verificar se é possível extrair de seus escritos um posicionamento acerca da problemática da proibição ao discurso de ódio político. Nossa hipótese é de que proibições a esse discurso e, conseqüentemente, às legislações que buscam fazê-lo, não seriam justas de acordo com sua concepção de justiça. Buscaremos justificar essa afirmação recorrendo a dois argumentos distintos. O primeiro será centrado nos fundamentos que Rawls oferece à prioridade das liberdades básicas em sua concepção de justiça e estabelece que a proteção conferida pelo autor a essas liberdades e os critérios responsáveis por orientar sua regulação não acomodariam restrições ao discurso de ódio político. O segundo argumento, por sua vez, será desenvolvido a partir das reflexões de Rawls acerca da questão da estabilidade de uma concepção de justiça em sociedades marcadas pelo

¹RAWLS, John. *A Theory of Justice – Revised Edition*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

² Id., *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

³ Id., The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3, Summer, 1997, p. 765-807.

pluralismo de crenças e ideologias. Com isso, buscaremos demonstrar que a proibição ao discurso de ódio político não seria um meio aceitável para manter essa estabilidade, de modo que o autor seria contrário a legislações que almejassem fazê-lo.

A literatura sobre Rawls mostra-se em grande parte inconclusiva no que se refere ao seu posicionamento em relação à proibição ao discurso de ódio político e carece de reflexões aprofundadas acerca da temática do discurso de ódio e de como sua teoria de justiça recepcionaria proibições a essa modalidade de discurso. Questiona-se, inclusive, se seria possível extrair algum posicionamento do autor nesse tópico, uma vez que se trata de um debate bastante específico e de forte dimensão prática⁴. Entretanto, isso não deve nos dissuadir de nossa missão de identificar qual seria esse posicionamento. Uma parcela da literatura, inclusive, se propõe justamente a isso. É o caso de grandes leitores e interlocutores de Rawls, como Martha Nussbaum, Samuel Freeman e Jeremy Waldron. Ocorre que raramente suas afirmações a respeito do tema são acompanhadas de uma reflexão mais cuidadosa, de modo que ele acaba sendo relegado a uma nota de rodapé ou, quando muito, a um breve comentário no texto.

Martha Nussbaum, na introdução de *Rawls's Political Liberalism*⁵, comenta que Rawls adota uma postura altamente restritiva em relação à liberdade de expressão política, mas questiona o critério proposto por ele para regulação do discurso de ódio político:

Alguns podem achar que ele é muito rígido ao requerer uma crise constitucional grave para qualquer regulação de discurso de ódio político; sua insatisfação com a situação atual do direito nos Estados Unidos nessa área pode ser equivocada. Não vejo razão porque o requisito atual de “*iminência*” não poderia proteger adequadamente o discurso político. (NUSSBAUM, 2015, p. 44-45, tradução nossa⁶)

⁴ George Wright, em seu artigo *Dignity and Conflicts of Constitutional Values: The Case of Free Speech and Equal Protection* (2006), conclui que Rawls não contribui de maneira substancial para a compreensão da lógica do respeito genuíno e da civilidade em casos de discurso de ódio. Conclusão semelhante tem Richard Fallon em seu artigo *Individual Rights and the Powers of Government* (1993), ao apontar que os direitos básicos que Rawls deriva a partir de sua teoria, entre eles o direito de liberdade de expressão, seriam muito abstratos, de modo a propor soluções para apenas algumas questões práticas.

⁵ NUSSBAUM, Martha. Introduction. In: *Rawls's Political Liberalism*. Columbia University Press. New York, 2015.

⁶ “Some may feel that he sets the bar too high by requiring a grave constitutional crisis for any regulation of political hate speech; his dissatisfaction with the current situation in U.S. law in this area may be misplaced. I see no reason why the current ‘imminence’ requirement cannot adequately protect political speech.” (NUSSBAUM, 2015, p. 44-45).

De maneira similar, Samuel Freeman, em um livro dedicado inteiramente à releitura da obra de Rawls⁷, afirma que o autor exclui a proibição ao discurso de ódio político do rol de restrições às liberdades básicas que estariam em conformidade com a prioridade conferida a elas⁸. Apenas quando proferido em circunstâncias com alta probabilidade de levar ao uso iminente da violência, esse tipo de discurso estaria entre as exceções reconhecidas por Rawls para a proteção quase absoluta dada ao debate político⁹. Contudo, de modo geral, o diagnóstico emitido por Freeman a respeito da posição de Rawls acerca da temática da regulação da liberdade de expressão não é muito conclusivo:

E ainda que Rawls nunca tenha abordado questões como o “discurso de ódio” ou obscenidade e a regulação da pornografia, a tendência de sua descrição escalonada das liberdades básicas seria a de permitir certas restrições ou ao menos maior regulação delas do que é permitido atualmente pelo direito constitucional. Pois não é claro como cada forma de expressão se relaciona com o núcleo central de aplicação das liberdades básicas no desenvolvimento adequado e exercício completo dos poderes morais. (FREEMAN, 2007, p.72, tradução nossa¹⁰)

Outro teórico que chegou a abordar a posição de Rawls em seus escritos foi Jeremy Waldron. Em seu livro *The Harm of Hate Speech*¹¹, ele constrói um argumento favorável à restrição do discurso de ódio, utilizando-se da noção de sociedade bem ordenada (*well-ordered society*) de Rawls. Apesar do caráter instigante da argumentação de Waldron, o ponto que nos interessa são os comentários que ele tece a respeito do posicionamento de Rawls acerca da proibição ao discurso de ódio. Em primeiro lugar, ele aponta que

Existe alguma especulação na literatura sobre Rawls a respeito de qual teria sido a sua visão sobre o discurso de ódio ou quais implicações suas visões mais abstratas teriam sobre essa questão. Porém, essa discussão é em grande parte inconclusiva. (WALDRON, 2012, p.70, tradução nossa¹²)

⁷ FREEMAN, Samuel. *Rawls*. Routledge Taylor & Francis Group. London and New York, 2007.

⁸ (Ibid., p. 66-67).

⁹ (Ibid., p. 70).

¹⁰ “And while Rawls never addressed issues such as “hate speech”, or obscenity and the regulation of pornography, the tendency of his multi-tiered account would seem to permit certain restrictions or at least greater regulations on each than are now permitted in constitutional law. For it is unclear how either form of expression relates to the central range of application of the basic liberties in the adequate development and full exercise of moral powers.”(Ibid., p. 72).

¹¹ WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2012.

¹² “There is some speculation in the Rawls literature about what his view on hate speech might have been, or what implications his other more abstract views might have for this issue. But that discussion is mostly inconclusive.” (WALDRON, 2012, p.70).

Buscando contribuir para o debate, Waldron afirma que Rawls não tratou da questão específica do discurso de ódio e o mais próximo que chegou a fazê-lo foi durante suas reflexões acerca do discurso sedicioso (*seditionous speech*), em que defende uma ampla proteção ao direito à liberdade de expressão. Ele questiona a extensão dessa proteção, mas no fim, suspeita que Rawls seria contrário à proibição desse tipo de discurso:

[...] Não estou certo se Rawls pensa que isso deveria se estender até para a defesa de visões contrárias aos fundamentos da justiça – por exemplo, tentativas de defender publicamente pela exclusão ou subordinação de um determinado grupo, ou sua privação, segregação, escravização, concentração, deportação, ou o que for. Ele não discute isso; ele não considera o status do discurso ou publicação que, em seu conteúdo ou tom, anda na contramão da garantia que os cidadãos devem ter do compromisso de cada um com a igualdade. Mas eu suspeito que Rawls não divergiria da ortodoxia da Primeira Emenda nessa questão [...] (WALDRON, 2012, p. 70-71, tradução nossa¹³)

Foram expostos aqui apenas alguns exemplos de interlocutores com os quais a presente pesquisa pretende dialogar. Em relação ao que aponta Nussbaum, é necessário esclarecer alguns pontos. Em primeiro lugar, ela não deixa claro em seu comentário a que tipo de intervenção ao discurso ela se refere ao falar em regulação do discurso de ódio político. A regulação de um discurso pode abarcar desde a sua proibição em razão do seu conteúdo, o que equivale a sua censura, até simples regulações de tempo e lugar de sua difusão, que apenas estabelecem regras a respeito de como ela deve se dar, sem retirá-lo por completo do espaço público. Ao abordarmos o pensamento do autor é importante termos em mente essas distinções. Conforme veremos mais adiante, o critério referente à verificação de uma crise constitucional grave proposto por Rawls se aplica apenas a proibições ao discurso de ódio, isto é, medidas que atuam necessariamente sobre seu conteúdo. Regulações desse discurso quanto ao tempo ou lugar de sua difusão, em contrapartida, seguem outros parâmetros e mobilizam questões distintas no pensamento do autor. Em resposta ao comentário de Freeman acerca da indefinição do posicionamento de Rawls a respeito do discurso de ódio, defenderemos que é, sim, possível demonstrar, ao menos no que se refere ao discurso de ódio político, como essa

¹³ “[...] I am not sure whether Rawls thinks this should extend even to advocacy against the fundamentals of justice – for example, to attempts to advocate publicly for the exclusion or subordination of a given group, or the disenfranchisement, segregation, enslavement, concentration, deportation, or whatever. He does not discuss this; he does not consider the status of the speech or publication that, in its content and tone, runs counter to the assurances that citizens are supposed to have of one another’s commitment to equality. But I suspect Rawls would not have dissented from First Amendment orthodoxy on this regard [...]” (WALDRON, 2012, p. 70-71.)

forma de expressão se relaciona com os elementos do pensamento de Rawls e, com isso, comprovar nossa hipótese de que ele seria contrário a sua proibição. Por fim, no que diz respeito às observações feitas por Waldron, pretendemos demonstrar que suas suspeitas com relação ao posicionamento de Rawls se confirmariam e ele não divergiria de uma postura favorável à Primeira Emenda em relação ao discurso de ódio político.

O que mais chama a atenção na literatura, contudo, é o fato de que, mesmo entre autores de renome, todos dedicados leitores de Rawls, nota-se uma indeterminação muito grande no que se refere à posição assumida por ele no debate ora abordado. Mesmo quando uma afirmação mais assertiva é feita, raramente é acompanhada de argumentos que a sustentem a partir do pensamento do autor. Isso pode ser explicado por dois fatores.

O primeiro, já mencionado, é o fato de que Rawls não se dedicou em profundidade ao tema da liberdade de expressão. Ainda que possamos encontrar em sua obra referências a respeito de como deve se dar sua regulação em certos casos, especialmente no que se refere à liberdade de expressão política, em nenhum momento a questão específica do discurso de ódio político é abordada, dificultando a tomada de qualquer posicionamento acerca do que o autor teria dito a respeito da proibição a esse discurso. Diante disso, é de se questionar a relevância de se trazer um autor como Rawls para tratar da questão da proibição ao discurso de ódio político. Seria um erro, contudo, afastá-lo de pronto, sem antes atentarmos para o seu trabalho. Um dos aspectos centrais da teoria de justiça proposta pelo autor é a prioridade que ele confere às liberdades básicas, dentre as quais se insere a liberdade de expressão política, justamente um dos focos de nossa análise. Ao buscarmos compreender os fundamentos que ele propõe para essa prioridade, poderemos ver como eles se comportam em situações práticas, como o discurso de ódio político. Ademais, um dos temas mais caros a Rawls é a estabilidade de uma sociedade, isto é, a aceitação de sua concepção de justiça pelos cidadãos de uma sociedade democrática, questão diretamente relacionada à problemática do discurso de ódio político, visto que ele muitas vezes representa uma ameaça a esse objetivo, conforme veremos adiante. Assim, mais do que nos afiliarmos a um autor em específico, nosso objetivo na presente pesquisa é justamente buscar complementar os diagnósticos apresentados por eles e fundamentar suas afirmações a partir da concepção de justiça de Rawls. Pretendemos, com

isso, oferecer uma reflexão mais aprofundada acerca do tema, a fim de contribuir para o debate de maneira mais substancial.

Porém, antes de adentrarmos no pensamento do autor, devemos atentar ao segundo fator que explica a indefinição na literatura: a ausência de um conceito claro de discurso de ódio político. Em primeiro lugar, a escolha em trabalhar com o recorte específico do discurso político decorre de uma exigência metodológica. Em suas reflexões acerca da regulação das liberdades básicas, Rawls se atém à liberdade de expressão política, de modo que é necessário limitar nossa pesquisa a essa liberdade específica. O mesmo pode ser dito a respeito de sua discussão acerca da questão da estabilidade. A ideia de razão pública trata especificamente da forma como os indivíduos de uma sociedade democrática se relacionam politicamente, o que restringe o escopo de nossa investigação a esse tipo de relação.

Esclarecido esse ponto, é importante ressaltar que, no que se refere ao conceito de discurso de ódio, Rawls nunca ofereceu uma definição que pudesse ser tomada como base para uma análise mais aprofundada, de modo que devemos ir além de sua obra para defini-lo. Ocorre que a literatura que trata do tema, apesar de bastante extensa e diversa, é marcada por uma série de imprecisões e confusões conceituais, dentre as quais o próprio conceito de discurso de ódio, muitas vezes definido de forma pouco delimitada. De modo semelhante, as legislações que buscam regulá-lo em diversas democracias ocidentais pecam pelo caráter vago, não sendo possível extrair um conceito claro a partir delas. Elas não oferecem critérios precisos a partir dos quais poderíamos identificar um discurso como esse e tampouco abordam a questão da dimensão política que ele pode adquirir a depender do contexto em que é proferido, foco de nossa investigação.

Diante dessas problemáticas, buscaremos outra estratégia para verificar o posicionamento de Rawls. Focaremos nossa análise em um caso concreto extraído da jurisprudência da Suprema Corte, que nos permitirá trabalhar com as principais questões suscitadas no debate em torno de proibições ao discurso de ódio político sem a necessidade de lidar com as dificuldades que um conceito emprestado da literatura ou extraído de alguma legislação pode nos trazer. A escolha em trabalhar com um caso da Suprema Corte se justifica

em dois pontos principais. O primeiro é que, nas últimas décadas, a Suprema Corte se debruçou sobre diversas polêmicas envolvendo a liberdade de expressão e seus limites. Isso a levou a desenvolver uma metodologia própria bastante clara para lidar com os problemas decorrentes de seu exercício, o que a torna uma base mais confiável para nossa análise do que outras jurisdições que pecam por apresentarem linhas argumentativas pouco claras. Em segundo lugar, o fato de se tratar de um caso da Suprema Corte facilita o estabelecimento de um diálogo com o pensamento de Rawls. Ao tratar dos limites da liberdade de expressão política, o autor remete à jurisprudência do tribunal e aos critérios utilizados por ele para demarca-los e fundamentar suas decisões. Assim, trabalhando com um caso dessa jurisdição em particular, poderemos identificar com maior facilidade como ele se posicionaria em relação ao caso analisado.

O caso eleito como foco de nossa investigação é *Beauharnais v. Illinois*¹⁴. Em 1950, o líder de uma organização supremacista branca foi condenado com base em uma lei do estado de Illinois por distribuir panfletos com conteúdo racista, conclamando a população branca da cidade de Chicago a se unir contra a população negra, bem como reclamando uma maior atuação por parte de seus representantes eleitos para combater essa “ameaça”. A Suprema Corte manteve a condenação do réu em uma decisão dividida (5x4), com argumentos bastante convincentes emitidos pelas opiniões de ambos os lados. A argumentação dos juízes no caso aborda questões como o conteúdo discriminatório de um discurso político, o dano causado àqueles a quem é direcionado, sua relevância pública e a proteção conferida a ele pela Primeira Emenda. Dessa forma, a análise dos argumentos apresentados nos permite isolar os principais pontos de tensão no debate e, com isso, descrevê-los com mais precisão. Assim, ao identificarmos o posicionamento de Rawls a respeito da decisão tomada pela Suprema Corte, poderemos estender nossas conclusões a outros exemplos de legislações que visem regular o discurso de ódio político, desde que, é claro, levando em consideração eventuais distinções e particularidades que venham a apresentar em relação à hipótese retratada em *Beauharnais*.

¹⁴ *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/250#writing-type-1-FRANKFURTER>>. Acesso em: 10 jan. 2018)

Uma vez definido nosso objeto de análise, poderemos nos dedicar ao processo de exegese do pensamento de Rawls. Nesse processo, apresentaremos duas linhas argumentativas distintas fundadas em sua concepção de justiça, a partir das quais é possível confirmar nossa hipótese. Ainda que elas possam ser examinadas de maneira independente sem prejuízo para nossa conclusão, ambas fazem parte da mesma teoria, de modo que a real força de nosso argumento reside em sua consideração conjunta.

A primeira linha será dedicada à descrição que Rawls oferece das liberdades básicas e sua prioridade. Apresentada em sua obra seminal *Uma teoria da justiça* (1999), a descrição das liberdades básicas foi alvo de diversas críticas, dentre as quais se destacam os questionamentos de H.L.A. Hart com relação aos fundamentos de sua prioridade e a maneira como seriam especificadas em situações concretas. Diante desses questionamentos, Rawls se viu obrigado a oferecer uma exposição mais detalhada desses elementos de sua concepção de justiça em sua obra seguinte, *O liberalismo político* (1996). Nela, ele justifica a prioridade das liberdades básicas a partir da concepção política de pessoa e do ideal de cooperação social e propõe os critérios que orientariam a sua regulação, utilizando como exemplo a liberdade de expressão política. Veremos que Rawls atribui uma proteção quase absoluta ao discurso político, admitindo restrições a ela apenas em circunstâncias que descreve como “de uma grave crise constitucional” que, já adiantamos, não se verifica em *Beauharnais*. Fora dessas circunstâncias, ele seria avesso a qualquer restrição em relação ao conteúdo de um discurso, justamente o tipo de regulação discutida pela Suprema Corte, conforme veremos mais adiante. Assim, com base na prioridade que Rawls confere às liberdades básicas, poderemos afirmar que ele seria contrário à decisão do tribunal no caso.

A segunda linha que abordaremos terá como foco dois momentos distintos no pensamento do autor. Em *Uma teoria da justiça* (1999), Rawls discute a questão da tolerância, construindo um argumento a favor de seu exercício até mesmo em relação aos intolerantes, aqueles que rechaçam os próprios fundamentos de igualdade que permeiam sua concepção de justiça. A resposta que ele oferece para esse desafio nos é um grande indicativo de como ele se portaria diante de *Beauharnais*, dado o caráter racista e difamatório do discurso nele discutido, que vai na contramão do que o autor prega em sua teoria. É em *O liberalismo político* (1996),

contudo, que a ideia de tolerância ganha corpo e o autor se aprofunda na questão da estabilidade de sua concepção de justiça, isto é, a aceitação de seus princípios de justiça em uma sociedade marcada pelo pluralismo de crenças e ideologias. Nele, Rawls introduz a ideia de razão pública, posteriormente revisada em seu artigo *A ideia de razão pública revisitada* (1997), a fim de explicar como as relações políticas devem se dar entre os cidadãos nesse contexto. Essas relações seriam governadas por um dever de civilidade cuja observância impediria a emissão de discursos como o retratado em *Beauharnais*. Ocorre que Rawls é enfático ao afirmar que o dever de civilidade seria um dever estritamente moral, não podendo ser imposto por meio da força coercitiva estatal, o que inclui as legislações que buscam restringi-lo. Diante disso, as reflexões do autor acerca da estabilidade de uma sociedade democrática nos permitirão chegar à mesma conclusão que a primeira linha argumentativa, qual seja, sua oposição à proibição de discursos como o veiculado por *Beauharnais* e sua organização, concluindo nossa abordagem do pensamento de Rawls.

No que se refere à estrutura adotada nesta pesquisa, o primeiro capítulo é dedicado à investigação a respeito do conceito de discurso de ódio político. Nele, buscamos demonstrar a impossibilidade de se extrair um conceito claro do conjunto de legislações que visam regulá-lo em diversas democracias ocidentais. Em razão disso, apresentamos o caso *Beauharnais*, como objeto de análise em nossa investigação acerca do posicionamento de Rawls em relação à proibição ao discurso de ódio político. Os capítulos seguintes são voltados à análise de sua concepção de justiça. No segundo, abordamos a descrição que o autor tece das liberdades básicas e sua prioridade, em especial os critérios que ele propõe para a regulação da liberdade de expressão política e como eles seriam aplicados ao discurso retratado no caso. O terceiro e último capítulo aborda a temática da estabilidade no pensamento de Rawls, desde suas reflexões a respeito da tolerância aos intolerantes até a figura do dever de civilidade, a fim de demonstrar como a sua teoria recepcionaria restrições ao discurso veiculado em *Beauharnais* sob uma perspectiva do pluralismo de crenças e ideologias que caracteriza as sociedades democráticas ocidentais. Por fim, em nossa conclusão, retomamos nossos objetivos e o caminho que seguimos em nossa pesquisa, reafirmando nossa hipótese de que Rawls seria contrário à proibição do discurso retratado em *Beauharnais*, afirmação esta que pode ser estendida a outros exemplos de legislações que buscam proibir o discurso de ódio político.

2. O CONCEITO DE DISCURSO DE ÓDIO POLÍTICO

Delimitar o conceito de discurso de ódio político não é tarefa fácil. Rawls nunca forneceu um conceito com o qual poderíamos trabalhar, de modo que precisamos buscar um conceito que nos permita dialogar com seu pensamento e a partir do qual possamos identificar qual seria o seu posicionamento em relação à permissibilidade de proibições a esse tipo de discurso.

A expressão “discurso de ódio” tem figurado de maneira cada vez mais proeminente em debates e discussões diversos, não apenas no meio acadêmico, mas também, e em especial, na grande mídia. Infelizmente, a posição de destaque que ela passou a ocupar não se refletiu em um consenso em torno de seu significado, de modo que filósofos, jornalistas e o público em geral divergem enormemente a respeito de quais seriam seus elementos constitutivos. De maneira similar, a dimensão política desse discurso também é fruto de confusão. Ainda que em certos casos seja possível identificar com facilidade quando estamos falando de um discurso político, como o caso de uma passeata contrária a uma determinada política pública ou a fala de um candidato eleitoral, existe uma série de situações em que essa distinção não é tão clara, e isso se deve em grande parte em razão da variedade de critérios nos quais ela pode se basear, como o conteúdo do discurso, o local em que é proferido, seu enunciador, entre outras variáveis.

Entre os usos mais recorrentes da expressão “discurso de ódio” ou “discurso odioso” está o conjunto de legislações que busca regulamentar a liberdade de expressão na Europa e em outras democracias consolidadas espalhadas pelo mundo. Assim, iniciaremos este capítulo apresentando alguns exemplos de legislações como essas, a fim de demonstrar que não é possível chegar a um conceito claro a partir do seu texto. Em resposta a essa problemática, elegeremos um caso concreto sobre o qual nos debruçaremos, de modo a superarmos as dificuldades encontradas na busca de se extrair um conceito da legislação. A intenção de focalizar nossa atenção em um caso concreto, é mobilizar as mesmas questões que encontramos no debate em torno da proibição ao discurso de ódio político. Ao nos questionarmos acerca do posicionamento de Rawls em relação à decisão tomada nesse caso

específico, poderemos justapor as conclusões a que chegarmos a outros exemplos de legislação com o mesmo objetivo, garantindo que elas não fiquem restritas apenas ao caso em questão.

2.1. A PROIBIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO POLÍTICO

O primeiro exemplo de legislação que trazemos é o Código Criminal do Canadá¹⁵. Em sua seção 319(I), ele prevê punições a “Todo aquele que, ao comunicar uma declaração em qualquer espaço público, incita ódio contra qualquer grupo identificável, suscetível de levar a uma quebra na paz [...]” (CANADÁ, 1985, tradução nossa¹⁶). Logo em seguida, na seção 319(II), ele estende a conduta típica a “Todo aquele que, ao comunicar uma declaração, além de conversas privadas, intencionalmente promove ódio contra qualquer grupo [...]” (CANADÁ, 1985, tradução nossa¹⁷).

Nos dois dispositivos, há menção à comunicação de uma declaração que incita ao ódio. Ambos diferem, contudo, a respeito das condições que devem se verificar para que essa incitação constitua uma conduta típica passível de punição. Enquanto que no primeiro dispositivo é necessário que o discurso proferido seja “suscetível de levar a uma quebra na paz”, no segundo trecho essa condição é substituída pela verificação de intencionalidade na promoção do ódio por parte do autor do discurso. De imediato, isso levanta uma questão com relação a qual fator seria central na caracterização do discurso de ódio, a verificação de um dano concreto em decorrência do discurso ou a intenção em promover o que o texto legal chama de “incitação ao ódio”. A questão torna-se mais problemática se levarmos em consideração que o próprio conceito de “ódio” sofre de indeterminação. A legislação não oferece uma definição sua, de modo que não é possível identificar se estamos falando de uma reação subjetiva, uma mera opinião ou de algo mais profundo como a criação de uma cultura

¹⁵ CANADÁ. *Código Criminal*. R.S.C., c. C-46, 1985. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-319.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

¹⁶ “Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the Peace [...]”. (CANADÁ, 1985, seção 391 (I)).

¹⁷ “Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group [...]”. (CANADÁ, 1985, seção 391 (II)).

específica contra um grupo em particular. Ainda, ela não apresenta qualquer tipo de critério que permita distinguir entre essas diferentes hipóteses.

Do outro lado do Atlântico, a Dinamarca adota uma postura semelhante na seção 266(b) de seu Código Penal¹⁸, em que estabelece multa ou prisão para

Qualquer pessoa que, de maneira pública ou com a intenção de disseminação ampla, faz uma afirmação ou transmite informação pelo meio da qual um grupo de pessoas é ameaçado, insultado ou degradado em razão de sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião ou inclinação sexual [...] (2009, tradução nossa¹⁹)

Aqui temos, novamente, um grupo como alvo do discurso a ser restringido. A figura de incitação ao ódio, contudo, é substituída pelas ideias de ameaça, insulto e degradação. Trata-se de um esforço em definir de maneira mais clara e menos subjetiva o tipo de discurso ao qual a legislação se refere. Ocorre que essas ideias ainda conservam um forte caráter subjetivo em sua definição, na medida em que se referem a sentimentos e sensações, elementos bastante particulares de cada um. Em razão disso, a tarefa de identificar essas sensações de maneira objetiva em casos concretos acaba sendo prejudicada, uma vez que elas dependem da psicologia do indivíduo, não podendo servir como critério para determinar quando um discurso deve ser proibido.

Na Alemanha, a seção 130 do Código Penal²⁰ é dedicada inteiramente à questão da incitação ao ódio. Logo no início, ela prevê o aprisionamento pelo período de três meses a cinco anos para

Qualquer um que, de uma maneira capaz de perturbar a paz pública, (i) incita ódio contra um grupo nacional, racial, religioso ou definido pelas suas origens étnicas, contra segmentos da população ou indivíduos em razão de seu pertencimento a um dos grupos ou segmentos da população mencionados acima ou chama à violência ou tomada de medidas arbitrárias contra eles ou (ii) ataca a dignidade humana de outros insultando, maliciosamente

¹⁸ DINAMARCA. *Código Criminal*. Ato consolidado No. 1034, de 29 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

¹⁹ “Any person who, publicly or with the intention of wider dissemination, makes a statement or imparts other information by which a group of people are threatened, insulted or degraded on account of their race, colour of skin, national or ethnic origin, religion, or sexual inclination [...]” (DINAMARCA, 2009, seção 266b).

²⁰ ALEMANHA. *Código Criminal*. Promulgado dia 10 de outubro de 2013, Federal Law Gazette I, p. 3799. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html>. Acesso em: 12 jan. 2018.

caluniando, ou difamando um dos grupos supramencionados [...]. (ALEMANHA, 1998, tradução nossa²¹)

Novamente, temos a figura de incitação ao ódio como núcleo do dispositivo legal, acompanhada agora pela noção de dignidade humana, que igualmente carece de melhor definição. Persiste também o caráter ambíguo da abordagem em relação aos efeitos causados pelo discurso proibido. Há menção à capacidade do discurso de causar a perturbação da ordem pública, mas ele também prevê a condenação nas hipóteses em que se verifica somente a difamação do grupo alvo do discurso, o que dificulta a identificação de hipóteses em que ele deve ser proibido.

Por fim, temos o Public Order Act, de 1986, do Reino Unido²². Em sua seção 18(I), ele aborda o tema específico do ódio racial, definido enquanto o ódio contra um grupo de pessoas caracterizado em referência a sua cor, raça, nacionalidade (incluindo cidadania) ou origens étnicas ou nacionais, com a previsão de que

Uma pessoa que usa palavras ou comportamento ameaçador, abusivo ou insultante ou que exhibe qualquer material escrito que seja ameaçador, abusivo ou insultante é culpada de uma ofensa se (a) ela tem a intenção de fomentar ódio racial ou (b) tendo em mente todas as circunstâncias a partir das quais ódio racial pode ser promovido. (REINO UNIDO, 1986, tradução nossa²³)

Mais adiante, na seção 29(b), ela dispensa o mesmo tratamento ao ódio religioso ou em razão da orientação sexual, estipulando que

Uma pessoa que usa palavras ou comportamento ameaçador ou exhibe material escrito que seja ameaçador é culpada de uma ofensa se ela tem a intenção de promover ódio religioso ou em razão da orientação sexual (REINO UNIDO, 1986, tradução nossa²⁴)

²¹ “Whoever, in a manner that is capable of disturbing the public peace: (i) incites hatred against segments of the population or calls for violent or arbitrary measures against them; or (ii) assaults the human dignity of others by insulting, maliciously maligning, or defaming segments of the population.” (ALEMANHA, 2013, seção 130 (1)).

²² REINO UNIDO. Public Order Act, 1986. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64>>. Acesso em 10 jan. 2018.

²³ “A person who uses threatening, abusive or insulting words or behaviour, or displays any written material which is threatening, abusive or insulting, is guilty of an offence if (a) he intends thereby to stir up racial hatred, or (b) having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby.” (REINO UNIDO, 1986).

²⁴ “A person who uses threatening words or behaviour, or displays any written material which is threatening, is guilty of an offence if he intends thereby to stir up religious hatred or hatred on the grounds of sexual orientation.” (REINO UNIDO, 1986).

Podemos observar que a culpabilidade prevista nesses dispositivos está condicionada à intenção do agente na fomentação do ódio ou a partir das condições objetivas nas quais essa fomentação se dá. Esse movimento em direção a mais objetividade, contudo, não se concretiza, uma vez que o texto legal não apresenta detalhes a respeito de quais seriam essas condições objetivas em que o ódio racial é promovido, o que acaba abrindo margem para subjetividade e, eventualmente, arbitrariedade na aplicação da legislação.

A partir das legislações ora apresentadas, podemos tentar extrair um denominador comum a elas e, com isso, propor um conceito de discurso de ódio político. Entretanto, a despeito da presença de alguns elementos recorrentes nas legislações apresentadas, como o pertencimento da vítima a um determinado grupo, não é possível, apenas com base nesses exemplos, chegar a um conceito claro. As legislações trabalham com conceitos ambíguos, tais como “incitação ao ódio” e “dignidade humana”, e até mesmo questões mais objetivas como a verificação do pertencimento de um indivíduo a um determinado grupo podem se mostrar problemáticas em casos concretos. As legislações tampouco abordam a questão do aspecto político que esse discurso pode ter. Elas acabam abrangendo uma variedade muito ampla de discursos e expressões, desde o ataque individual direcionado a pessoas em razão de seu pertencimento a um determinado grupo, até a distribuição de panfletos ou outro tipo de propaganda em grande escala que busca difundir esse mesmo tipo de ataque a um público maior. Obras literárias que busquem difundir uma concepção política fundada nos ataques a um grupo específico também estariam incluídas na esfera de aplicação das legislações, bem como passeatas ou protestos em favor dessas concepções que desfilassem símbolos, cantos ou outro tipo de ameaças a certos grupos da população. Não há, portanto, dentro dessas legislações, uma forma de distinguir entre essas diversas formas de discurso e como elas se inserem no contexto político.

Tamanha amplitude e indefinição representam um problema tanto para as autoridades responsáveis pela aplicação das leis apresentadas, como para nossa pesquisa. No que diz respeito a sua aplicação, a ausência de uma definição clara impede que ela se dê de maneira coerente e segura, de modo que a alternativa que resta muitas vezes é uma abordagem casuística, a qual pode se mostrar problemática, visto que as linhas que permitem distinguir

entre diferentes exemplos podem se tornar opacas, inclusive no que se refere à distinção de um discurso de ódio político em relação a outras categorias de discurso. Legislações como essas, portanto, acabam dando margem a muita subjetividade em sua aplicação. Em relação a presente pesquisa, um conceito excessivamente amplo de discurso de ódio não nos é de grande valia. Da forma como ele é abordado pelas legislações ora apresentadas, não é possível delimitar um conceito, de modo que ele pode vir a se confundir com outras categorias de discurso, as quais geram questionamentos distintos dentro da teoria de Rawls. Soma-se a isso o fato de que a dimensão política do discurso em momento algum é abordada no conjunto de legislações apresentado, dimensão esta que é central no raciocínio de Rawls acerca do exercício da liberdade de expressão, conforme veremos adiante. Na ausência de um conceito claro de discurso de ódio político que possa ser extraído a partir das legislações ora apresentadas, devemos buscar outro caminho que nos permita chegar a um objeto de análise mais delimitado e a partir do qual poderemos dialogar com o pensamento de Rawls e identificar seu posicionamento em relação à permissibilidade de proibições a esse tipo de discurso. Este caminho é a busca por um caso paradigmático.

2.2. A SUPREMA CORTE E A PRIMEIRA EMENDA

Em meio aos exemplos de legislações apresentados no tópico anterior, chama atenção o fato de que não há menção a nenhuma legislação dos Estados Unidos. Diferentemente do que se verificou nas democracias ocidentais abordadas, esse país sempre se orgulhou de manter uma postura bastante protetiva em relação à liberdade de expressão, de modo que quase não se veem legislações voltadas à proibição de discurso de ódio e, salvo raras exceções, qualquer tentativa de aplicar uma legislação nesse sentido foi prontamente rechaçada pela Suprema Corte em razão de sua incompatibilidade com a Primeira Emenda, que afirma o direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos. A jurisprudência do tribunal é bastante rica no que se refere à temática da liberdade de expressão e os limites impostos ao seu exercício, tendo sido abordadas em seus julgados algumas das principais polêmicas em torno da aplicação prática do direito à liberdade de expressão, inclusive a temática do discurso de ódio político. Ainda, ao direcionarmos nossa atenção a essa jurisdição em particular, estabelecer uma conexão entre esta parte da pesquisa e o trabalho de Rawls torna-se mais fácil,

uma vez que, ao tratar da liberdade de expressão, o autor faz referência a diversos casos e decisões da Suprema Corte.

O entendimento da Suprema Corte a respeito do direito à liberdade de expressão nos Estados Unidos é relativamente recente. Ainda que esse direito esteja previsto na Primeira Emenda à constituição do país, datada de 1791, as decisões emblemáticas relativas ao tema são apenas do início do século XX em diante, momento a partir do qual a Suprema Corte se debruçou sobre uma série de casos relativos à Primeira Emenda e à liberdade de expressão.

Em sua redação original, o texto da Primeira Emenda lê-se da seguinte forma:

O Congresso não promulgará qualquer lei a respeito do estabelecimento de uma religião, ou proibindo seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionar ao Governo pedindo reparação por eventuais perdas.” (ESTADOS UNIDOS, 1791, tradução nossa²⁵)

O trecho que nos interessa pode ser resumido desta maneira: “O Congresso não promulgará nenhuma lei que limitará a liberdade de expressão”. Em um primeiro momento, parece se tratar de uma redação bastante direta e clara, contudo, um olhar mais atento é capaz de evidenciar algumas ambiguidades presentes no texto, que se tornam claras quando buscamos aplica-lo a casos concretos. Seguida à risca, uma norma como esta implicaria em um direito absoluto à liberdade de expressão, de modo que ele não poderia vir a sofrer qualquer tipo de restrição, sob o risco de se estar atentando contra um direito, em tese, inviolável.

Aceitar essa interpretação, contudo, seria um erro. Nem mesmo o mais fervoroso defensor da liberdade de expressão se oporia a regulações de tempo e lugar para o exercício desse direito, como o estabelecimento de limitações para o tempo de fala dos participantes de uma assembleia para assegurar seu bom andamento ou a previsão de que a plateia permaneça em silêncio durante um espetáculo de teatro. Até mesmo maiores restrições à liberdade de

²⁵ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” (ESTADOS UNIDOS, 1791). Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments> Acesso em: 10 jan. 2018.

expressão, como a proibição de divulgação de um determinado material ou na interrupção de um discurso público, são aceitas por defensores da liberdade de expressão em hipóteses nas quais há uma ameaça direta à vida ou integridade física de pessoas em razão de seu exercício, conforme veremos adiante. Não faz sentido, portanto, defender um direito absoluto à liberdade de expressão, uma vez que essa ideia, além de equivocada, é impraticável.

A situação se agrava ao levarmos em consideração a complexidade das questões levantadas pelo direito à liberdade de expressão. Seu exercício abarca uma grande variedade de discursos e expressões, os quais podem se verificar em diferentes espaços e contextos. A depender do tipo de discurso, do local e do contexto em que ele é proferido, o exercício desse direito pode ser afetado de maneiras distintas, uma vez que uma determinada forma de discurso pode vir a ser protegida em certos contextos e proibida em outros. Assim, ainda que afastada a ideia de um direito absoluto, persistem uma série de dúvidas com relação aos limites da liberdade de expressão, de modo que a Suprema Corte, diante da ausência de qualquer detalhamento no texto da Primeira Emenda, em mais de uma ocasião se viu encarregada de interpretá-la a fim de encontrar respostas para questões recorrentes envolvendo a liberdade de expressão, inclusive a constitucionalidade de legislações que proíbem o discurso de ódio político. Fixar um caso paradigmático, consensualmente reconhecido como relativo ao discurso de ódio político, nos permite manter a segurança de que estamos falando de um mesmo objeto.

Diferentemente do que vimos no início deste capítulo, em que trouxemos diversos exemplos de leis voltadas à proibição do discurso de ódio, no que se refere à jurisprudência da Suprema Corte focaremos nossa análise em um caso específico. Conforme vimos previamente, o problema em se buscar extrair um conceito a partir das legislações apresentadas é que o conceito resultante é excessivamente vago, não podendo ser utilizado em nossa investigação. Agora, ao nos atermos a um caso específico, delimitamos nosso objeto de análise e, dessa forma, evitamos as dificuldades que surgem ao trabalharmos com um conceito demasiadamente amplo de discurso de ódio.

Essa mudança de foco – de um conjunto de legislações para uma decisão específica – torna a tarefa a qual nos propomos nesta pesquisa factível, pois não temos mais de nos preocupar com a exclusão ou inclusão equivocada de outras categorias de discurso pelo conceito com o qual estamos trabalhando. Ainda, essa abordagem nos permite isolar com mais segurança os elementos que compõem o caso e o discurso nele retratado, de modo que as conclusões que tirarmos em relação a esse caso podem ser aplicadas a outros casos semelhantes, desde que modeladas a partir das distinções que eles venham a apresentar em relação ao caso analisado. Em suma, ela nos fornece uma chave de análise mais sólida com a qual podemos dialogar com o trabalho de Rawls e aplicar nossas conclusões a outros casos.

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

Nosso objetivo ao apresentar esse caso, contudo, não é construir uma estratégia constitucional a fim de propor uma nova interpretação da Primeira Emenda ou argumentar em favor de uma alteração no posicionamento mais recente da Suprema Corte a respeito da questão. Além de altamente improvável, uma empreitada como essa extrapola em muito os objetivos da presente pesquisa. Conforme mencionado, a escolha por um caso concreto decorre da necessidade de delimitação de nosso objeto de análise, ademais, o caso em questão nos fornece um panorama interessante do debate em torno da permissibilidade de legislações que visam proibir discursos como o retratado no caso. A análise dos argumentos trazidos na decisão da Suprema Corte nos permitirá elencar os principais pontos de tensão do debate, bem

como identificar os elementos do discurso em questão que provocam tamanha divergência entre os juízes a respeito da constitucionalidade da lei promulgada pelo estado de Illinois.

2.3. BEAUHARNAIS V. ILLINOIS

No dia sete de janeiro de 1950, diversos panfletos foram distribuídos nas ruas da cidade de Chicago, em Illinois, nos Estados Unidos da América. De autoria de uma organização supremacista branca chamada White Circle League of America, os panfletos em questão pediam ao prefeito e aos vereadores da cidade que “barrassem a contínua usurpação, assédio e invasão de pessoas brancas pelo Negro” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 252 (1952), tradução nossa²⁶) e conclamava “um milhão de pessoas brancas de bem em Chicago a se unir” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 252 (1952), tradução nossa²⁷) contra essa ameaça, concluindo em tom profético:

[...] se a persuasão e a necessidade de se evitar que a raça branca se torne impura pelo negro não nos una, então as agressões [...] estupros, roubos, facas, armas e maconha do negro, certamente o farão. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 252 (1952), tradução nossa²⁸)

Junto com os panfletos, estavam anexados formulários de inscrição para se tornar membro da organização.

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

26 “to halt the further encroachment, harassment and invasion of white people, their property, neighborhoods and persons, by the Negro”. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 252 (1952)).

27 “One million self respecting white people in Chicago to unite” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 252 (1952)).

28 “If persuasion and the need to prevent the white race from becoming mongrelized by the negro will not unite us, then the aggressions [...] rapes, robberies, knives, guns and marijuana of the negro, surely will.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 252 (1952)).

protegido pela Primeira Emenda. O texto na íntegra da lei objeto da reflexão da Suprema Corte lê-se da seguinte maneira:

Será considerado ilegal, para qualquer pessoa, empresa ou corporação, manufaturar, vender, ou oferecer para venda, anunciar ou publicar, apresentar ou exibir em qualquer lugar público deste estado, qualquer litografia, imagem em movimento, peça, dramaturgia ou desenho, cuja publicação ou exibição retrate depravação, criminalidade, atrocidades, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião, que a publicação ou exibição em questão exponha os cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião ao desprezo, escárnio ou descrédito, ou que contribua para a quebra da paz ou tumultos [...]” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 251 (1952), tradução nossa²⁹)

Há nela uma grande semelhança com as legislações apresentadas anteriormente, inclusive seu caráter amplo. Da mesma forma que verificado em relação a essas legislações, não é possível, a partir do seu texto, delimitar com segurança um conceito de discurso de ódio. Isso pode levar a problemas na sua aplicação, uma vez que na ausência de um conceito claro, não há como se garantir que ela se dê de maneira coerente, podendo incidir sobre outros tipos de discurso cuja restrição não seria desejável. Contudo, a despeito do caráter ambíguo da lei, a decisão final da Suprema Corte foi em favor de sua constitucionalidade, mantendo a condenação de *Beauharnais*. A fim de compreender qual foi o raciocínio do tribunal na fundamentação da decisão, devemos atentar para os argumentos apresentados pelos juízes, tanto aqueles trazidos na opinião majoritária, como aqueles presentes nas opiniões dissidentes.

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

Ninguém negará que é difamatório acusar alguém de ser um esturpador, ladrão, portador de facas e armas e usuário de maconha. A questão precisa que se coloca diante de nós, portanto, é se a proteção da “liberdade” na

²⁹ “It shall be unlawful for any person, firm or corporation to manufacture, sell, or offer for sale, advertise or publish, present or exhibit in any public place in this state any lithograph, moving picture, play, drama or sketch, which publication or exhibition portrays depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion which said publication or exhibition exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots [...]”. (*Beauharnais v. Illinois* 343 U.S. 251 (1952)).

cláusula do Devido Processo Legal da Décima-quarta Emenda impede o Estado de punir essas difamações – sendo que a difamação criminal já foi definida, limitada e constitucionalmente reconhecida exaustivamente ao longo do tempo – direcionadas a coletividades designadas e flagrantemente disseminadas. [...] se uma afirmação direcionada a um indivíduo pode ser objeto de sanções penais, não podemos negar ao Estado o poder de punir a mesma afirmação direcionada a um grupo específico, a não ser que possamos dizer que se trata de uma restrição intencional e sem propósito sem qualquer relação com a paz e o bem-estar do Estado. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 257-258 (1952), tradução nossa³⁰)

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

Seria, contudo, completo dogmatismo, completamente fora do escopo de nossa autoridade de transmitir os poderes a um Estado, negarmos que o Legislativo de Illinois possa, de maneira justificada, acreditar que o trabalho de um homem, suas oportunidades educacionais e a dignidade concedida a ele possam depender tanto da reputação do grupo racial ou religioso ao qual ele pertence, quanto de seus próprios méritos. Sendo assim, estamos impedidos de dizer que discursos reconhecidamente passíveis de punição quando imediatamente direcionados a indivíduos não poderiam ser proibidos se direcionados a grupos em cuja posição e estima na sociedade o indivíduo afiliado possa estar inevitavelmente envolvido. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 263 (1952), tradução nossa³¹)

³⁰ “No one will gainsay that it is libelous falsely to charge another with being a rapist, robber, carrier of knives and guns, and user of marijuana. The precise question before us, then, is whether the protection of “liberty” in the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment prevents a State from punishing such libels -- as criminal libel has been defined, limited and constitutionally recognized time out of mind -- directed at designated collectivities and flagrantly disseminated. There is even authority, however dubious, that such utterances were also crimes at common law. It is certainly clear that some American jurisdictions have sanctioned their punishment under ordinary criminal libel statutes. We cannot say, however, that the question is concluded by history and practice. But if an utterance directed at an individual may be the object of criminal sanctions, we cannot deny to a State power to punish the same utterance directed at a defined group unless we can say that this a willful and purposeless restriction unrelated to the peace and wellbeing of the State.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 257-258 (1952)).

³¹ “It would, however, be arrant dogmatism, quite outside the scope of our authority in passing on the powers of a State, for us to deny that the Illinois Legislature may warrantably believe that a man’s job and his educational opportunities and the dignity accorded him may depend as much on the reputation of the racial and religious group to which he willy-nilly belongs, as on his own merits. This being so, we are precluded from saying that speech concededly punishable when immediately directed at individuals cannot be outlawed if directed at groups

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

Diante de sua história e sua cota obrigatória e frequente de propaganda racial e religiosa extrema, nós negaríamos a experiência ao dizer que o Legislativo de Illinois não tinha razão em procurar maneiras de frear difamações falsas e maliciosas de grupos raciais e religiosos, realizadas em locais públicos e de forma calculada a ter um forte impacto emocional àqueles ao qual foram apresentadas. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 261 (1952), tradução nossa³²)

Ao tratar a proibição prevista na lei de Illinois como um caso coletivo de difamação, o juiz Frankfurter excluiu os panfletos distribuídos pela organização de *Beauharnais* do escopo de proteção da Primeira Emenda, fundamentando sua decisão na atuação da Suprema Corte em casos prévios, como *Chaplinsky v. New Hampshire*³³:

Existem certas classes de discurso, bem definidas e estritamente limitadas, cuja prevenção ou punição nunca se pensou causar qualquer problema constitucional. Elas incluem o libidinoso e o obsceno, o profano, o difamatório e os insultos ou ‘fighting words’ – aquelas que, pela sua própria emissão, causam injúria ou tendem a incitar uma quebra imediata na paz. Tem sido bem observado que essas expressões não são parte essencial de qualquer exposição de ideias e possuem um valor social tão pequeno enquanto passo em direção à verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente superado pelo interesse social na ordem e na moralidade. (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), tradução nossa³⁴)

with whose position and esteem in society the affiliated individual may be inextricably involved.”. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 263 (1952)).

³² “In the face of this history and its frequent obligato of extreme racial and religious propaganda, we would deny experience to say that the Illinois Legislature was without reason in seeking ways to curb false or malicious defamation of racial and religious groups, made in public places and by means calculated to have a powerful emotional impact on those to whom it was presented.”. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 261 (1952)).

³³ Em *Chaplinsky v. New Hampshire*, um homem, Testemunha de Jeová, distribuía panfletos e discursava contra outras religiões em uma calçada em uma pequena cidade do estado de New Hampshire quando teve que ser removido por um policial após atrair uma multidão descontente com as suas ideias e com a confusão que estava causando. Contrariado, ele teria atacado verbalmente o policial, chamando o de “maldito vigarista (“God-damned racketeer”) e “maldito fascista” (“damned Fascist”). Condenado e multado com base em uma lei estadual que proibia discursos intencionalmente ofensivos direcionados a outros em um espaço público, o homem apelou à Suprema Corte, alegando que seu direito à liberdade de expressão previsto na Primeira Emenda havia sido violado e que ele não poderia ser condenado pelos insultos proferidos contra o policial. A Suprema Corte manteve a condenação e o caso se tornou emblemático pela aceitação de limites para a liberdade de expressão pela Suprema Corte na figura das chamadas *fighting words*. *CHAPLINSKY v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568>>. Acesso em 14 jan. 2018.

³⁴ “There are certain well defined and narrowly limited classes of speech the prevention and punishment of which has never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or ‘fighting’ words -- those which, by their very utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any

Com a exclusão dos panfletos do rol de categorias de discurso protegidas pela Primeira Emenda, não é possível falar na violação da liberdade de expressão de *Beauharnais*, uma vez que ela não seria devida desde o princípio, em razão do caráter difamatório de seu discurso. Tampouco há que se falar na necessidade de comprovação de um dano causado pelo discurso ou da criação de um perigo de que ele ocorra, uma vez que essa condição, conforme veremos adiante, é exigida apenas para categorias dentro do escopo de proteção da Primeira Emenda.

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

Individualmente ou em conjunto, esses ataques à reputação representam um ataque à dignidade das pessoas afetadas, dignidade no sentido de seu status social básico, a base para o seu reconhecimento enquanto iguais e portadores de direitos humanos e direitos constitucionais. (WALDRON, 2012, p. 59, tradução nossa³⁵)

O conceito de Waldron nos ajuda a compreender em certa medida o que temos em mente quando falamos em discurso de ódio e como ele opera. Esse discurso toma como alvo um grupo ou indivíduo em razão de alguma característica sua distintiva em relação ao restante da população. A partir dessa distinção, busca-se criar uma narrativa na qual a existência de um determinado grupo ou o pertencimento de um indivíduo a ele são utilizados a fim de mobilizar

exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.” (*Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 572(1942)).

³⁵ “Singly or together, these reputational attacks amount to assaults upon the *dignity* of the persons affected – “dignity”, in the sense of their basic social standing, the basis of their recognition as social equals and as bearers of human rights and constitutional entitlements.” (WALDRON, 2012, p. 59).

a sociedade ou uma parte dela contra ele. Um aspecto que deve ser destacado em relação à forma como esse tipo de discurso opera é o fato de que a característica distintiva do grupo ao qual ele é direcionado é moralmente arbitrária, isto é, trata-se de uma característica que não constitui uma justificativa válida para o ataque ao qual o discurso de ódio se propõe. A cor da pele, nacionalidade, orientação sexual e até mesmo a religião de alguém, que em certa medida pode ser objeto da escolha de um indivíduo, não constituem argumentos válidos para excluir esse alguém da distribuição de recursos e direitos da sociedade e muito menos para atacá-lo³⁶.

Entretanto, assim como as legislações que apresentamos no início deste capítulo, o conceito proposto por Waldron é muito amplo e dá margem a diversas interpretações, podendo ser aplicado a uma série de discursos que não necessariamente correspondem ao que entendemos por discurso de ódio. O próprio conceito de dignidade que ele propõe em sua obra sofre do mesmo problema identificado nas legislações apresentadas anteriormente: a dificuldade em caracteriza-lo de maneira objetiva, sem recorrer a aspectos da subjetividade do indivíduo. Isso torna a sua aplicação em casos concretos ainda mais problemática. Mesmo com esses problemas, ele nos é útil para demonstrar o tipo de argumento comumente utilizado não só pela opinião majoritária em *Beauharnais*, mas também por grande parte dos defensores de legislações que visam proibir o discurso de ódio político. Por trás da ideia de dignidade em Waldron, há uma preocupação com o dano causado por esse discurso. Essa preocupação, conforme pudemos observar, está presente também na argumentação do juiz Frankfurter ao propor a caracterização do discurso em *Beauharnais* como um caso de difamação coletiva em razão do impacto que esse tipo de discurso teria sobre a vida de um indivíduo.

A noção de dano, contudo, é igualmente complexa, de modo que necessitamos investigá-la em mais detalhes a fim de clarificar o tipo de dano que temos em mente quando falamos do discurso em *Beauharnais*. Em seu artigo “*Racist Speech, Democracy and the First Amendment*”³⁷, Robert C. Post oferece uma descrição das diversas modalidades de dano que seriam causados por um discurso racista. Ainda que se trate de uma categoria mais restrita, a

³⁶ A referência ao caráter arbitrário do ataque veiculado pelo discurso de ódio pode ser encontrada em YOUNG, Caleb. Does Freedom of Speech Include Hate Speech. In: *Res Publica*. 2011, Vol 17, 385-403.

³⁷ POST, Robert C. Racist Speech, Democracy, and The First Amendment. In: *William and Mary Law Review*. 1991, Vol 32, 267-327.

descrição em questão se aplica também em relação ao discurso em *Beauharnais*, dado o conteúdo racista dos panfletos distribuídos. Ademais, é importante ressaltar que nosso objetivo em apresentar essas categorias não é construir um conceito específico de discurso de ódio político, mas nos dar uma compreensão mais profunda acerca dos argumentos que são comumente levantados em favor de leis como a do estado de Illinois.

Em sua análise, Post divide as modalidades de dano em cinco categorias: o dano intrínseco a esse tipo de discurso, aquele causado a grupos identificáveis, a indivíduos, ao mercado de ideias e o dano ao ambiente educacional. Destas, apenas as quatro primeiras são de nosso interesse, uma vez que a ideia de dano ao ambiente educacional está restrita a ambientes como escolas e universidades. No dano intrínseco ao próprio discurso,

O ponto básico é o de que há “erro elementar” na expressão racista, independente da presença ou ausência de consequências empíricas particulares como “dano psicológico grave e severo”. (POST, 1991, p. 272, tradução nossa³⁸)

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

Isso nos leva à segunda categoria de dano apresentada por Post, aquele causado a grupos identificáveis, em que a justificativa para se proibir um determinado discurso residiria no dano causado a determinados grupos.

Nessa visão, discursos propensos a desprezar ou ridicularizar grupos identificáveis devem ser regulados a fim de prevenir dano ao status e às

³⁸ “The basic point is that there is an “elemental wrongness” to racist expression, regardless of the presence or absence of particular empirical consequences such as “grievous, severe psychological injury” (POST, 1991, p. 272).

perspectivas dos membros desses grupos. (POST, 1991, p. 273, tradução nossa³⁹)

Essa categoria de dano reporta diretamente à definição de *group libel* proposta por Waldron, afinal, a preocupação nesse caso reside na difamação do grupo alvo do discurso. Entretanto, ela trata também da maneira como essa difamação afeta as perspectivas dos indivíduos pertencentes ao grupo, justamente o ponto destacado por Frankfurter ao mencionar a relação que haveria entre as oportunidades a que um indivíduo tem acesso no decorrer de sua vida e a reputação atribuída ao grupo a qual ele pertence. Dessa maneira, é possível afirmar que uma das formas de dano que está presente na argumentação presente na opinião majoritária em *Beauharnais* é aquele causado a um grupo identificável.

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

Esse tema essencialmente faz uma analogia entre a expressão racista e formas de comunicação que são reguladas enquanto dano à dignidade em casos de difamação, invasão de privacidade e causa intencional de angústia emocional. O direito compensa pessoas por danos à dignidade e emocionais causados por esse tipo de comunicação e é argumentado que a expressão racista deveria ser sujeita à mesma regulação porque causa danos similares. (POST, 1991, p. 273-274, tradução nossa⁴⁰)

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

³⁹ “On this view speech likely to cast contempt or ridicule on identifiable groups ought to be regulated to prevent injury to the status and prospects of the members of these groups.” (POST, 1991, p. 273).

⁴⁰ “This theme essentially analogizes racist expression to forms of communication that are regulated by the dignitary torts of defamation, invasion of privacy, and intentional infliction of emotional distress. The law compensates persons for dignitary and emotional injuries caused by such communication, and it is argued that racist expression ought to be subject to regulations because it causes similar injuries.” (POST, 1991, p. 273-274).

A última categoria que nos interessa é o que Post chama de dano ao mercado de ideias, isto é, o dano causado pelo discurso ao próprio mercado de ideias que a Primeira Emenda buscaria proteger.⁴¹ Para entender a que tipo de dano estamos nos referindo, é necessário realizar uma breve digressão. De maneira resumida, a metáfora do mercado de ideias suscita a imagem de que, tal qual no mercado privado, em que estão ausentes quaisquer formas de regulação, o campo do discurso deve se manter alheio a regulações e interferências, uma vez que elas desvirtuariam o que deveria ser um espaço livre, voltado para o embate de ideias diversas. A justificativa para essa não intervenção é que somente através de um livre mercado de ideias é possível chegar a uma concepção de verdade que reflita um processo de deliberação amplo e coletivo por parte da população. Seria através da exposição ao maior número possível de ideias e argumentos conflitantes que indivíduos poderiam ser apresentados a uma concepção de verdade autêntica, moldada a partir do escrutínio público.

No caso do discurso racista, seu impacto no mercado de ideias poderia se dar de diversas maneiras: ele desvirtuaria tal mercado, na medida em que traria ideias irracionais e cientificamente comprovadas como falsas ao debate público, além de seu conteúdo difamatório violar as condições mínimas de civilidade necessárias para uma coexistência pacífica. Outra forma pela qual esse discurso poderia afetar o debate é através do silenciamento que ele promoveria de membros do grupo atingido. Diante da criação de um espaço hostil à manifestação, alguns indivíduos poderiam se retirar por completo desses espaços, optando por se quedar inertes, a fim de não sofrerem novos ataques. Naturalmente, afirmações como essas são disputáveis. É possível argumentar em favor do papel que as informações falsas desempenham no processo de deliberação pública, uma vez que estão sujeitas ao escrutínio público que as rejeitaria, em razão de seu caráter falso. No que diz respeito à ideia de silenciamento, pode-se alegar que as instituições estão abertas a todos os indivíduos para que se manifestem no espaço público, não sendo possível falar em silenciamento de certos grupos quando os meios para que eles se manifestem estão disponíveis. De qualquer modo, não encontramos, na opinião do juiz Frankfurter, qualquer indicação de que sua decisão em manter a condenação de Beauharnais tenha tido como

⁴¹(POST, 1991, p. 275).

fundamento um dano que seria causado ao mercado de ideias, de modo que mais considerações a respeito desse tipo de dano, ainda que interessantes, fugiriam de nosso escopo de investigação.

Ante o exposto, podemos resumir os argumentos apresentados na opinião majoritária em *Beauharnais* da seguinte maneira. Os panfletos distribuídos configurariam uma forma de discurso difamatório em relação a uma coletividade, de modo que, tal qual previsto em relação à difamação de indivíduos, eles estariam excluídos da proteção da Primeira Emenda. O dano causado por esse tipo de discurso pode se verificar de diversas formas, desde o impacto emocional causado diretamente a indivíduos do grupo alvo do discurso, no caso a população negra de Chicago, até os efeitos negativos que os ataques à reputação do grupo em questão geram sobre as oportunidades de seus membros no decorrer de suas vidas. Em suma, a proibição a esse discurso teria como fundamento o dano causado por ele aos indivíduos pertencentes ao grupo alvo do discurso.

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

Em sua opinião, o juiz Hugo Black destaca de imediato o fato de que não estamos diante de uma mera regulação do tempo ou lugar em que o discurso é proferido, mas sim de uma proibição ao conteúdo de um discurso. Isso significa que, ao punir *Beauharnais* em razão do conteúdo de seu discurso, a lei de Illinois estaria efetivamente proibindo esse tipo de manifestação e não apenas estipulando como ela deve se dar. A disputa no caso, contudo, não se refere à qual forma de restrição o discurso em questão está sujeito. Ambos os lados

concordam com o fato de que a intervenção estatal no caso consiste em uma proibição a esse tipo de discurso. A divergência entre eles se dá em relação ao fato dessa proibição desrespeitar ou não a Primeira Emenda.

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

Sem distorções, essa Primeira Emenda não poderia, de modo algum, ser lida de modo a prever que o Congresso tem o poder de punir Beauharnais e outros por peticionarem ao Congresso, como eles buscaram aqui peticionar às autoridades de Chicago. E nós mantivemos, em uma série de decisões prévias, que a Décima Quarta Emenda torna as proibições específicas previstas na Primeira Emenda igualmente aplicáveis aos estados. Diante dessas decisões prévias, como a Suprema Corte justifica sua decisão hoje de que estados podem punir pessoas por exercerem as liberdades vitais protegidas de supressão pela Primeira Emenda? As decisões anteriores não são mencionadas; a Suprema Corte simplesmente age na simples suposição de que a Primeira Emenda é completamente irrelevante. A ela não é nem dado o respeito de uma menção passageira. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 268 (1952), tradução nossa⁴²)

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

Quando qualquer grupo, naturalmente coeso ou artificialmente organizado, possui solidariedade racial ou sectária que é ou pode ser explorada para

⁴² “Without distortion, this First Amendment could not possibly be read so as to hold that Congress has power to punish Beauharnais and others for petitioning Congress as they have here sought to petition the Chicago authorities. And we have held in a number of prior cases that the Fourteenth Amendment makes the specific prohibitions of the First Amendment equally applicable to the states. In view of these prior holdings, how does the Court justify its holding today that states can punish people for exercising the vital freedoms intended to be safeguarded from suppression by the First Amendment? The prior holdings are not referred to; the Court simply acts on the bland assumption that the First Amendment is wholly irrelevant. It is not even accorded the respect of a passing mention.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 268 (1952)).

influenciar questões públicas, esse grupo se torna tema legítimo para comentário público. Claro, pode-se apenas lamentar a habitual intemperança e desprezo amargo que caracteriza a maioria desses comentários. Enquanto eu apoio o direito de um Estado de estabelecer limites decentes sobre eles, eu não estou pronto para decidir que os propósitos, características e histórias desse grupo devem ser imunizados de comentários ou possam ser discutidos apenas sob risco de abertura de um processo judicial livre das garantias usuais. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 301 (1952), tradução nossa⁴³)

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

Se palavras devem ser punidas criminalmente, a Constituição ao menos requer que apenas as palavras, expressões ou afirmações que possam ser razoavelmente definidas, ou que possuam significado aceitado em razão de um longo uso, sirvam como base para a condenação. Essas palavras – “virtude”, “escárnio” e “descrédito” – não possuem significados gerais ou especiais suficientemente conhecidos para que aqueles ao seu alcance possam ser informados a respeito de limitações ao discurso. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 283 (1952), tradução nossa⁴⁴)

Diante desses pontos, a analogia proposta na opinião majoritária entre a lei do estado de Illinois e a condenação de discursos difamatórios em relação a um indivíduo se mostra problemática, uma vez que o escopo de ambas é completamente distinto. Segundo Black, tratar o discurso de *Beauharnais* e sua organização como um caso de difamação coletiva seria apenas uma maneira de disfarçar a censura:

Não importa como abordada, a lei de Illinois não é aquela difamação criminal que foi “definida, limitada e constitucionalmente reconhecida incontáveis vezes”. Pois, enquanto “constitucionalmente reconhecido”, aquele crime

⁴³ “When any naturally cohesive or artificially organized group possesses a racial or sectarian solidarity which is or may be exploited to influence public affairs, that group becomes a legitimate subject for public comment. Of course, one can only deplore the habitual intemperance and bitter disparagement which characterizes most such comment. While I support the right of a State to place decent bounds upon it, I am not ready to hold that group purposes, characteristics and histories are to be immunized from comment or may be discussed only at the risk of prosecution free of all usual safeguards.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 301 (1952)).

⁴⁴ “If words are to be punished criminally, the Constitution at least requires that only words or expressions or statements that can be reasonably well defined, or that have through long usage an accepted meaning, shall furnish a basis for conviction. These words -- “virtue,” “derision,” and “obloquy” -- have neither general nor special meanings well enough known to apprise those within their reach as to limitations on speech.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 283 (1952)).

serviu de fundamento para a punição de ataques falsos, maliciosos e escandalosos contra indivíduos, não contra grandes grupos. Esse escopo limitado da lei de difamação criminal não é de pouca importância. Ele tem confinado a punição estatal de discurso e expressão às áreas mais restritas, envolvendo nada mais do que puras rixas privadas. Toda expansão da lei de difamação criminal voltada para a punição de discussões de questões de interesse público significa uma invasão correspondente da área dedicada à livre expressão pela Primeira Emenda. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 271-272 (1952), tradução nossa⁴⁵)

Ainda, ao buscar fundamentar sua analogia recorrendo à decisão em *Chaplinsky v. New Hampshire*, a opinião majoritária estaria igualmente equivocada, acrescenta Black:

A confiança da Suprema Corte em *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568, também é enganada. *New Hampshire* tinha uma lei estatal que previa como ofensa direcionar palavras ofensivas a um indivíduo numa rua pública. *Chaplinsky* violou aquela lei ao insultar um homem “cara a cara”. Nós apontamos naquele contexto que o uso de “fighting words” não era uma parte essencial de exposição de ideias. É duvidoso se as palavras no contexto deles aqui são “fighting words” no mesmo sentido, mas independentemente disso, elas não são direcionadas nem tratam de indivíduos. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 272 (1952), tradução nossa⁴⁶)

Outro elemento recorrente na argumentação trazida nas opiniões dissidentes é o fato de que, em se tratando de um discurso protegido pela Primeira Emenda, sua restrição só poderia se dar mediante a aplicação da chamada regra do *clear and present danger*. Enunciada pela primeira vez no caso *Schenck*⁴⁷, em 1919, a regra do *clear and present danger* estabelece que

⁴⁵ “However tagged, the Illinois law is not that criminal libel which has been “defined, limited and constitutionally recognized time out of mind”. For, as “constitutionally recognized,” that crime has provided for punishment of false, malicious, scurrilous charges against individuals, not against huge groups. This limited scope of the law of criminal libel is of no small importance. It has confined state punishment of speech and expression to the narrowest of areas involving nothing more than purely private feuds. Every expansion of the law of criminal libel so as to punish discussions of matters of public concern means a corresponding invasion of the area dedicated to free expression by the First Amendment.”. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 271-272 (1952)).

⁴⁶ “The Court’s reliance on *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568, is also misplaced. *New Hampshire* had a state law making it an offense to direct insulting words at an individual on a public street. *Chaplinsky* had violated that law by calling a man vile names “face-to-face.” We pointed out in that context that the use of such “fighting” words was not an essential part of exposition of ideas. Whether the words used in their context here are “fighting” words in the same sense is doubtful, but, whether so or not, they are not addressed to or about individuals.”. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 272 (1952)).

⁴⁷ Em *Schenck v. United States*, dois membros do comitê executivo do Partido Socialista no estado da Filadélfia foram condenados por buscar comprometer o esforço de guerra ao distribuírem milhares de panfletos condenando o alistamento militar compulsório e encorajando que a população se recusasse a se alistar. A Suprema Corte, de maneira unânime, manteve a condenação, apontando que em um estado de guerra certos tipos de discursos proferidos com o intuito de prejudicar o esforço de guerra não mereceriam proteção constitucional, ainda que em tempos de paz pudessem ser permitidos. O caso é emblemático em razão da opinião do Juiz Oliver W. Holmes Jr. na qual foi apresentada a primeira formulação da regra do *clear and present danger*. *SCHENCK v. United States*,

um discurso só pode ser restringido mediante comprovação da criação de um perigo claro e iminente de se dar causa a um dano em decorrência de sua difusão. Na decisão, foi apresentada a seguinte formulação da regra:

A mais rigorosa proteção de liberdade de expressão não protegeria um homem de gritar “Fogo!” falsamente em um teatro e causar pânico. [...] A questão em todo caso é se as palavras são usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza a ponto de criar um perigo claro e presente de que elas vão provocar os males substantivos que o Congresso tem o direito de evitar. (*Schenck v. United States*, 249 U.S. 52 (1919), tradução nossa⁴⁸)

Assim, não é necessário que o dano se verifique para que a liberdade de expressão seja restringida, uma vez que a restrição perderia razão de ser, mas ele também não pode ser excessivamente vago e distante, pois resultaria em uma interferência infundada na liberdade de expressão. A regra ganhou imensa popularidade e rápida aceitação no meio jurídico e, apesar das críticas e reformulações propostas no decorrer dos anos, permanece como o principal critério utilizado pela Suprema Corte para identificar as hipóteses nas quais um determinado tipo de discurso pode ser proibido.

Em sua opinião no caso *Beauharnais*, o juiz William O. Douglas, também advogando pela opinião vencida, menciona a necessidade de se verificar a criação de um perigo claro e presente em decorrência do discurso emitido

Minha visão é de que se, em algum caso, outros interesses públicos venham a se sobrepôr ao simples comando da Primeira Emenda, o perigo do discurso deve ser claro e presente, não deixando espaço para discussões, não levantando dúvidas acerca da necessidade de se restringir o discurso a fim de prevenir um desastre. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 284-285 (1952), tradução nossa⁴⁹)

Essa visão é complementada pelo juiz Jackson, novamente contrariando o voto de Frankfurter:

249 U.S. 47 (1919). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47>>. Acesso em 14 jan. 2018.

⁴⁸ “The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. [...] The question in every case is 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. 52 (1919)).

⁴⁹ “My view is that if, in any case, other public interests are to override the plain command of the First Amendment, the peril of speech must be clear and present, leaving no room for argument, raising no doubts as to the necessity of curbing speech in order to prevent disaster.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 284-285 (1952)).

Punição de palavras impressas, baseada em sua tendência de causar uma quebra na paz ou dano a pessoas ou grupos, em minha opinião, é justificável apenas se o processo sobrevive ao teste do “*clear and present danger*”. É o padrão mais justo e viável já desenvolvido para determinar a criminalidade de palavras cujas tendências de causar danos ou incitar à quebra da paz não são demonstradas pelo evento, mas atribuídas a ele diretamente ou por probabilidade. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 303 (1952), tradução nossa⁵⁰)

Ainda, na impossibilidade de passar pelo teste estabelecido pela regra do *clear and present danger*, Black conclui que

O folheto foi simplesmente considerado punível como difamação criminal per se, independente de suas reais ou prováveis consequências. Nenhuma acusação de conspiração complica este caso. As palavras por si mesmas não defendem o cometimento de qualquer crime. A condenação reside na atribuição judicial de uma probabilidade de resultados maléficos. A corte julgadora, contudo, se recusou a colocar sobre o júri a responsabilidade de encontrar algum “perigo claro e presente”, e a Suprema Corte de Illinois manteve a condenação porque, em sua opinião, as palavras usadas teriam uma tendência de levar à quebra da paz. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 302 (1952), tradução nossa⁵¹)

Por fim, as opiniões dissidentes apontam o perigo de legislações como a do estado de Illinois se voltarem contra aqueles que se beneficiaram dela em um primeiro momento ou contra discursos aos quais possamos ser favoráveis. É o que coloca o juiz Black:

Hoje, *Beauharnais* é punido por publicamente expressar visões fortes em favor da segregação. Ironicamente, *Beauharnais*, condenado por um crime em Chicago, provavelmente seria recebido como herói em diversas outras localidades, se não em algumas partes da própria Chicago. Ainda, o mesmo tipo de lei estadual que faz de *Beauharnais* um criminoso por defender segregação em Illinois pode ser utilizado para mandar pessoas à prisão em outros estados por defender a igualdade e a não segregação. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 274 (1952), tradução nossa⁵²)

⁵⁰ “Punishment of printed words, based on their tendency either to cause breach of the peace or injury to persons or groups, in my opinion, is justifiable only if the prosecution survives the “clear and present danger” test. It is the most just and workable standard yet evolved for determining criminality of words whose injurious or inciting tendencies are not demonstrated by the event but are ascribed to them on the basis of probabilities.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 303 (1952)).

⁵¹ “The leaflet was simply held punishable as criminal libel per se, irrespective of its actual or probable consequences. No charge of conspiracy complicates this case. The words themselves do not advocate the commission of any crime. The conviction rests on judicial attribution of a likelihood of evil results. The trial court, however, refused to charge the jury that it must find some “clear and present danger,” and the Supreme Court of Illinois sustained conviction because, in its opinion, the words used had a tendency to cause a breach of the peace.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 302 (1952)).

⁵² “Today, *Beauharnais* is punished for publicly expressing strong views in favor of segregation. Ironically enough, *Beauharnais*, convicted of crime in Chicago, would probably be given a hero's reception in many other localities, if not in some parts of Chicago itself. Moreover, the same kind of state law that makes *Beauharnais* a

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

Nenhum grupo com interesse coletivo na abertura de qualquer processo em particular deve esquecer que pode estar do outro lado em outra ocasião. Nessas, assim como em outras questões, nossa orientação deve ser a de que cada liberdade é balanceada com uma responsabilidade e que todo poder do Estado deve ser acompanhado de garantias. Esse é o espírito de nossa lei de difamação criminal, que concede poder ao Estado, mas apenas enquanto um poder restringido pelo reconhecimento de direitos individuais. Não posso escapar à conclusão de que, ao ser aplicada a este caso, a lei de Illinois perdeu vista desses direitos. (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 304-305 (1952), tradução nossa⁵³)

De modo geral, os argumentos presentes nas opiniões dissidentes são amplamente favoráveis à proteção do discurso proferido por *Beauharnais* e sua organização. O principal argumento apresentado é o de que, dado o caráter político e a relevância pública do discurso em questão, proibi-lo violaria a Primeira Emenda, pois estaríamos diante de um caso claro de censura no qual um grupo específico seria impossibilitado de promover sua causa e veicular suas ideias perante a sociedade.

Essa linha de argumentação, contudo, levanta duas questões importantes, ambas relacionadas ao caráter político de um discurso. A primeira diz respeito à relevância desse caráter político para a Primeira Emenda, isto é, o motivo por trás desse tipo de discurso receber proteção constitucional, mesmo quando utilizado para veicular ideias como as vistas em *Beauharnais*. A segunda questão, por sua vez, decorre da primeira e se refere a um ponto mais prático: como identificar esse tipo de discurso e distingui-lo dos demais em situações concretas.

criminal for advocating segregation in Illinois can be utilized to send people to jail in other states for advocating equality and nonsegregation.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 274 (1952)).

⁵³ “No group interest in any particular prosecution should forget that the shoe may be on the other foot in some prosecution tomorrow. In these, as in other matters, our guiding spirit should be that each freedom is balanced with a responsibility, and every power of the State must be checked with safeguards. Such is the spirit of our American law of criminal libel, which concedes the power to the State, but only as a power restrained by recognition of individual rights. I cannot escape the conclusion that, as the Act has been applied in this case, it lost sight of the rights.” (*Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 304-305 (1952)).

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

Entre os teóricos que podem ser considerados partidários desta corrente está Carl Sunstein. Em seu livro, *Democracy and the problem of free speech*⁵⁴, Sunstein se dedica à defesa de uma concepção madisoniana da liberdade de expressão. Seu nome é uma alusão a James Madison, quarto presidente dos Estados Unidos, responsável por propor uma nova leitura do conceito de soberania, deslocada da figura do rei para a figura do povo, que introduziu um novo paradigma na teoria política:

Ela criou um ambicioso sistema de “governo por discussão”, em que os resultados seriam alcançados por meio da ampla deliberação pública. Ela premiou não a autoridade ou privilégio, mas os debates estabelecidos e resolvidos por meio da discussão geral. Ela estabeleceu um princípio definitivo de igualdade política, em que nenhum cidadão valeria mais ou menos do que um. (SUNSTEIN, 1995, p. xvi, tradução nossa⁵⁵)

No caso mais específico da liberdade de expressão, esse novo conceito de soberania permitiu uma nova interpretação da Primeira Emenda, que passou a ser entendida a partir de uma concepção particular de democracia, na qual a igualdade política e a função deliberativa da política ocupam posição central. Nessa concepção, a liberdade de expressão é vista sob uma nova lente e sua aplicação guiada por novos objetivos. Dá-se ênfase a importância desse direito para a deliberação política e o papel que esta desempenha em um governo democrático, em especial na construção de um caráter cívico politicamente engajado de seus membros.

⁵⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

⁵⁵ “It created an ambitious system of “government by discussion”, in which outcomes would be reached through broad public deliberation. It put a premium not on authority or privilege, but on the arguments set out in and resolved through general discussion. It set out a defining principle of political equality, in which no citizen counted for more or less than one.” (SUNSTEIN, 1995, p. xvi).

Os contornos dessa concepção podem ser encontrados também no trabalho do juiz Louis Brandeis. Em *Whitney v. California*⁵⁶, ele apresentou uma defesa inflamada da liberdade de expressão ao estabelecer uma relação entre esse direito e o ideal de democracia deliberativa, exaltando o papel da discussão pública enquanto dever político de todo cidadão e princípio fundamental do governo:

Aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que o propósito final do Estado era fazer os homens livres para desenvolver suas faculdades e que, em seu governo, as forças deliberativas devem prevalecer sobre as arbitrárias. Eles valorizavam a liberdade como um fim e como um meio. Eles acreditavam que a liberdade é o segredo da felicidade e a coragem o segredo da liberdade. Eles acreditavam que a liberdade de pensar como se quer e falar como se pensa são meios indispensáveis à descoberta e difusão da verdade política; que, sem liberdade de discurso e de reunião, discussão seria inútil; que com elas discussão proporciona proteção geral e adequada contra a disseminação de doutrinas nocivas; que a maior ameaça à verdade é um povo inerte; que discussão pública é um dever político e que deveria ser um princípio fundamental do governo Americano. Eles reconheciam os riscos a qual todas instituições humanas estão sujeitas. Mas eles sabiam que a ordem não poderia ser assegurada apenas através do medo de punição por sua violação; que é perigoso desencorajar pensamento, esperança e imaginação; que medo leva à repressão; repressão leva ao ódio; que ódio ameaça um governo estável; que o caminho para a segurança reside na oportunidade de discutir livremente supostas queixas e soluções sugeridas, e que o remédio adequado para maus conselhos são bons conselhos. Acreditando no poder da razão aplicado por meio da discussão pública, eles evitavam o silêncio forçado pelo direito – o argumento da força em sua pior forma. Reconhecendo as tiranias ocasionais de maiorias prevaletentes, eles emendaram a Constituição de modo que a liberdade de discurso e de reunião fossem asseguradas. (*Whitney v. California*, 274 U.S. 375-376 (1927) tradução nossa⁵⁷)

⁵⁶ Em *Whitney v. California*, uma mulher foi condenada por auxiliar a fundar o Partido Comunista dos Trabalhadores dos Estados Unidos da América (Communist Labor Party of America). Em sua decisão, a Suprema Corte recorreu ao teste proposto pela regra do *clear and present danger* e manteve a condenação, alegando que o Estado poderia exercer seu poder de polícia para punir aqueles que abusassem de seu direito à liberdade de expressão para, dentre outros objetivos, defender a derrubada violenta do governo. O caso é emblemático em razão da opinião dissidente emitida pelo Juiz Brandeis em defesa da liberdade de expressão. *WHITNEY v. California*, 274 U.S. 357(1927). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

⁵⁷ “Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties, and that, in its government, the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end, and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness, and courage to be the secret of liberty. They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that, without free speech and assembly, discussion would be futile; that, with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty, and that this should be a fundamental principle of the American government. They recognized the risks to which all human institutions are subject. But they knew that order cannot be secured merely through fear of punishment

Na opinião de Brandeis fica clara a ideia de uma relação íntima entre o direito à liberdade de expressão e a ordem democrática, algo que também está presente nas opiniões dissidentes em *Beauharnais*. Apesar do conteúdo proferido, o discurso de *Beauharnais* consiste em um posicionamento político e um apelo de um determinado grupo para ser ouvido perante seus governantes eleitos e a sociedade como um todo, ambos aspectos caros a qualquer democracia.

A segunda questão, diz respeito a como identificar esse tipo de discurso. Assim como boa parte do debate em torno dos limites da liberdade de expressão a questão aqui se resume a estabelecer limites. No caso do discurso político, o próprio Sunstein apresenta um critério para delimitá-lo:

[...] eu pretendo tratar um discurso enquanto político quando ele é pretendido e recebido como uma contribuição para a deliberação política a respeito de algum assunto. Trata-se de um parâmetro amplo. Ele classifica todo discurso que recai sobre questões potencialmente públicas como pertencente ao núcleo da liberdade de expressão. É desnecessário mostrar que o discurso em questão especificamente demanda alguma mudança na lei ou requer que o governo faça algo. Deliberação pública pode lidar com normas sociais assim como com requisitos legais. (SUNSTEIN, 1995, p. 130, tradução nossa⁵⁸)

Não há dúvida que o discurso expresso em *Beauharnais* está dentro dos limites propostos por Sunstein, afinal trata-se de um discurso que busca claramente influenciar a opinião pública a favor de uma posição que, ainda que condenável, aborda um tópico de relevância a todos. Não obstante, trata-se de um conceito bastante amplo, conforme o próprio autor admite, na medida em que abarca uma série de manifestações e expressões, desde cartazes em uma passeata ou protesto político até peças teatrais e exposições artísticas. A fim

for its infraction; that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that fear breeds repression; that repression breeds hate; that hate menaces stable government; that the path of safety lies in the opportunity to discuss freely supposed grievances and proposed remedies, and that the fitting remedy for evil counsels is good ones. Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law -- the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.” (*Whitney v. California*, 274 U.S. 375-376 (1927)).

⁵⁸ “[...] I mean to treat speech as political when it is both intended and received as a contribution to public deliberation about some issue. This is a broad standard. It categorizes all speech that bears on potentially public issues as falling within the free speech core. It is unnecessary to show that the relevant speech specifically calls for some change in the law, or tells government to do something. Public deliberation can deal with social norms as well as with legal requirements.” (SUNSTEIN, 1995, p.130).

de complementá-lo, podemos recorrer novamente ao pensamento de Robert Post no que se refere ao discurso público (*public discourse*):

É difícil discutir proveitosamente a abstrata questão de estabelecer os limites do discurso público. No nível mais abstrato, esses limites marcam o ponto em que nosso comprometimento com o diálogo de cidadãos autônomos se desloca para outros valores [...] (POST, 1991, p. 289, tradução nossa⁵⁹)

Somada à definição proposta por Sunstein, o raciocínio proposto por Post nos permite delimitar, ao menos de maneira preliminar, o que entendemos por um discurso político. Trata-se do discurso cujo valor reside no diálogo entre cidadãos autônomos comprometidos com a ideia de autogoverno e de deliberação pública a respeito de questões de interesse de todos. Entretanto, mais do que propor um conceito final, essa reflexão tem como objetivo demonstrar a dificuldade em se definir com precisão os limites do discurso político, afinal, o valor elencado por Post e exaltado na opinião de Brandeis está presente também em outras formas de discurso que estão além do tradicionalmente se entende por um discurso político, como o discurso artístico ou até mesmo o discurso religioso em certos casos. Isso torna a pretensão de leis como a de Illinois ainda mais perigosa, uma vez que ela não nos fornece garantias quanto à delimitação de seu escopo.

Voltando ao caso *Beauharnais*, a questão do escopo da legislação de Illinois também é um obstáculo para a analogia proposta entre ela e a punição de casos de difamação individual, uma vez que aplicá-la ao caso específico resultaria em uma distorção em razão da dimensão mais ampla que um discurso voltado a uma coletividade possui em relação a uma conversa entre privados. Ainda, em se tratando de um discurso protegido pela Primeira Emenda, sua proibição só poderia se dar mediante a aplicação do teste relativo à regra do *clear and present danger*, teste este no qual a proibição em questão dificilmente passaria. Por fim, os juízes dissidentes apontam os riscos para o exercício da liberdade de expressão caso o tribunal decidisse contra a Primeira Emenda nessa oportunidade, pois ela abriria um precedente perigoso a ser utilizado em outros contextos.

⁵⁹ “It is difficult to discuss profitably the abstract question of setting the boundaries of public discourse. At the most general level, these boundaries mark the point at which our commitment to the dialogue of autonomous self-governing citizens shifts to other values [...]” (POST, 1991, p. 289).

A despeito dessa argumentação, a Suprema Corte, em uma votação acirrada (5x4), manteve a condenação de *Beauharnais*, considerando a lei de Illinois constitucional. A relevância do caso para nossa pesquisa, contudo, não reside em seu valor enquanto precedente. Conforme exposto previamente, é extremamente improvável que uma decisão como essa se repita, uma vez que nas últimas décadas a Suprema Corte manteve uma postura altamente protetiva em relação à liberdade de expressão. Em contrapartida, ao colocar lado a lado argumentos favoráveis e contrários à proibição do discurso de *Beauharnais* e sua organização, o caso nos oferece uma descrição bastante precisa do debate em torno da possibilidade de se proibir o discurso de ódio político. Os elementos comumente abordados no debate estão presentes também em *Beauharnais*: um discurso difamatório em relação a uma coletividade, a preocupação com os danos causados por esse discurso, seu caráter político e relevância pública, a proteção conferida pela Primeira Emenda e os critérios utilizados para delimitar os limites da liberdade de expressão. Com isso, temos uma chave de análise bastante confiável que nos permite, ao mesmo tempo, dialogar com o trabalho de Rawls e verificar como as conclusões que podemos tirar a respeito de seu posicionamento em relação à *Beauharnais* podem ser aplicadas a outros casos envolvendo legislações que buscam restringir a liberdade de expressão.

3. A CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E A PRIORIDADE DAS LIBERDADES BÁSICAS

Conforme apontado previamente, Rawls não se dedicou profundamente ao tema da liberdade de expressão, muito menos ao discurso de ódio político, de modo que o desafio a que esta pesquisa se propõe nos próximos capítulos é investigar e delimitar qual seria sua posição a respeito da decisão da Suprema Corte em *Beauharnais v. Illinois*. No que se refere à literatura sobre Rawls, conforme exposto na introdução desta pesquisa, não são poucos aqueles que afirmam que seus escritos seriam inconclusivos em relação a questões mais práticas relativas ao exercício da liberdade de expressão, e mesmo aqueles que defendem que ele teria assumido uma posição sobre algumas questões, não apresentam justificativas para suas afirmações com base na teoria de Rawls.

Trata-se de algo esperado, visto que, em seu próprio texto, as referências do autor ao debate e à temática da liberdade de expressão como um todo são escassas. Os breves momentos em que tratou da questão podem ser encontrados na palestra *As liberdades básicas e sua prioridade*⁶⁰, ministrada em abril de 1981 na Universidade de Michigan como parte das *Tanner Lectures on Human Values*, e que posteriormente veio a ser revisada e incluída na forma de um capítulo em *O Liberalismo Político* (1996). Nela, Rawls chega a distinguir entre a regulação e a restrição de uma liberdade básica, porém, não oferece exemplos que nos possibilitem identificar como ele se colocaria em relação à decisão da Suprema Corte em *Beauharnais*:

Ao buscar entender a prioridade das liberdades básicas, nós devemos distinguir entre sua restrição e sua regulação. A prioridade das liberdades não é violada quando elas são meramente reguladas, como elas devem ser, a fim de serem combinadas em um esquema assim como adaptadas a certas condições sociais necessárias para o seu exercício duradouro. Contanto que o que eu chamo de “núcleo central de aplicação” das liberdades básicas esteja assegurado, os princípios de justiça são cumpridos. (RAWLS, 1996, p. 295-296, tradução nossa⁶¹)

⁶⁰ RAWLS, John. The Basic Liberties and Their Priority. *The Tanner Lectures on Human Values*. University of Michigan, 1981.

⁶¹ “In understanding the priority of the basic liberties we must distinguish between their restriction and their regulation. The priority of these liberties is not infringed when they are merely regulated, as they must be, in order to be combined into one scheme as well as adapted to certain social conditions necessary for their enduring

Ao apresentar a distinção entre essas duas abordagens em relação às liberdades básicas, Rawls dá a entender que o critério para diferenciá-las é a preservação do que ele chama de o “núcleo central de aplicação” (*central range of application*) de uma liberdade. Assim, caso identifiquemos que a proibição imposta em *Beauharnais* invada esse núcleo central, poderíamos afirmar que ele seria contrário à decisão da Suprema Corte no caso. Entretanto, a afirmação a respeito desse critério não é muito reveladora, afinal, ela apenas transfere o foco de nosso questionamento da distinção entre a regulação e a restrição de uma liberdade para a delimitação do “núcleo central de aplicação”.

Mais adiante, ele tece o seguinte comentário:

O uso público de nossa razão deve ser regulado, mas a prioridade da liberdade requer que isso seja feito, no máximo possível, de forma a preservar intacto o núcleo central de aplicação de cada liberdade básica. (RAWLS, 1996, p. 296, tradução nossa⁶²)

Ainda que admita a necessidade de regulação do “uso público da nossa razão”, Rawls não indica quais critérios devem orientá-la. A mera menção à necessidade de se preservar o “núcleo central de aplicação” das liberdades básicas não é suficiente para que se tire qualquer conclusão mais assertiva a respeito de seu posicionamento diante de problemas práticos decorrentes do exercício desse direito.

Em outro momento, ao tratar do peso das diferentes reivindicações em torno da liberdade de expressão, Rawls expõe uma série de juízos a respeito de seu exercício e como ele deve ser regulado:

Alguns casos de discurso não são especialmente protegidos e outros podem até mesmo ser ofensas, por exemplo, as chamadas “fighting words” (em certas circunstâncias), e até o discurso político quando ele se torna uma incitação ao iminente e ilegal uso da força. É claro, o porquê desses tipos de discurso serem ofensas pode requerer uma reflexão cuidadosa e geralmente divergirá em cada caso. Calúnia e difamação de pessoas privadas (ao contrário de figuras políticas) não possuem qualquer significado para o uso público da razão para julgar e regular a estrutura básica da sociedade, e ainda

exercise. So long as what I shall call “the central range of application” of the basic liberties is provided for, the principles of justice are fulfilled.” (RAWLS, 1996, p. 295-296).

⁶² “The public use of our reason must be regulated, but the priority of liberty requires this to be done, so far as possible, to preserve intact the central range of application of each basic liberty.”. (RAWLS, 1996, p. 296).

são um mau privado; enquanto que incitações ao uso iminente e ilegal da força, qualquer que seja o significado das visões políticas da pessoa que fala, são perturbadoras demais do processo democrático para serem permitidas por regras de ordem do debate político. (RAWLS, 1996, p. 336, tradução nossa⁶³)

Aqui, os juízos emitidos pelo autor ajudam a delinear os contornos de sua concepção da liberdade de expressão e podemos até identificar seu posicionamento a respeito de algumas modalidades de discurso, como a difamação de indivíduos privados e a incitação ao uso ilegal da força. Entretanto, no que diz respeito ao discurso visto em *Beauharnais*, em que o conteúdo difamatório e racista, mas ainda assim político, está presente, esses juízos não são suficientes para extrair qual seria sua posição no que se refere à possibilidade de proibi-los.

Assim, a fim de que possamos identificar a posição de Rawls acerca do caso e compreender as razões que a orientam, devemos antes atentar para os fundamentos da proteção que ele confere à liberdade de expressão e, em particular, à liberdade de expressão política em sua concepção de justiça. Para tanto, teremos que mergulhar em profundidade em seu pensamento. Analisaremos a concepção de justiça proposta por Rawls e os dois princípios de justiça que a compõe. O foco de nossa análise será a prioridade conferida ao primeiro princípio e, por consequência, às liberdades previstas nele, dentre as quais se insere a liberdade de expressão. Na busca pelos fundamentos dessa prioridade, serão abordados diversos elementos que compõem sua justificação e que nos ajudarão a delimitar a abrangência do que ele chama de o “núcleo central de aplicação” das liberdades básicas. Por meio dessa investigação, poderemos identificar os critérios propostos por Rawls para determinar se uma proposta de regulação da liberdade de expressão seria permitida e, a partir deles, delimitar o posicionamento de Rawls com relação à permissibilidade de proibições como a concretizada a partir da decisão da Suprema Corte em *Beauharnais*.

⁶³ “Some kinds of speech are not specially protected and other may even be offenses, for example, so-called fighting words (in certain circumstances), and even political speech when it becomes incitement to the imminent and lawless use of force. Of course, why these kinds of speech are offenses may require careful reflection, and will generally differ in each case. Libel and defamation of private persons (as opposed to political figures) has no significance at all for the public use of reason to judge and regulate the basic structure, and it is in addition a private wrong; while incitements to the imminent and lawless use of force, whatever the significance of the speakers’ overall political views, are too disruptive of democratic process to be permitted by rules of order of political debate.” (RAWLS, 1996, p. 336).

3.1. A TEORIA DE JUSTIÇA DE RAWLS E OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA

Apresentada pela primeira vez em 1971, com a publicação de *Uma teoria da justiça*, “justiça como equidade” (*justice as fairness*), como veio a ser conhecida a teoria de justiça de Rawls, passou por diversas revisões ao longo dos anos, até culminar na concepção política de justiça apresentada em *O liberalismo político*, obra publicada em 1993 na qual Rawls oferece a versão definitiva de seu liberalismo igualitário.

O projeto teórico de Rawls pode ser resumido como uma busca por uma concepção de justiça para uma democracia constitucional capaz de acolher uma descrição convincente de direitos e liberdades básicos (previstos em seu primeiro princípio de justiça), bem como sua prioridade, e integrando-as a um ideal de equidade democrática, expresso em seu segundo princípio, o princípio da diferença. Sua intenção era formular uma concepção de justiça que pudesse contestar o domínio do utilitarismo enquanto concepção predominante na filosofia moral moderna. Para tanto, ele recorreu a uma abstração mais profunda da teoria tradicional do contrato social, tal qual vista nos trabalhos de Locke, Rousseau e Kant, buscando na figura de um contrato hipotético a justificação para seus dois princípios de justiça responsáveis por orientar o desenho das instituições que compõem a estrutura básica de uma sociedade bem ordenada.

Não abordaremos todas as particularidades da justificação dos princípios de justiça na teoria de “justiça como equidade” (*justice as fairness*). Para os propósitos da presente pesquisa, basta termos em mente que a escolha dos princípios de justiça na figura do contrato hipotético se dá em uma posição original de equidade, daí o nome da teoria, em que as partes, enquanto representantes dos indivíduos na sociedade, deliberam acerca de quais seriam os princípios mais adequados para reger suas instituições. A fim de assegurar a imparcialidade e a equidade na escolha desses princípios, as partes na posição original são caracterizadas a partir de duas suposições prévias, relativas aos limites de conhecimento que possuem ao discutirem a respeito dos princípios de justiça.

A primeira delas é o chamado véu de ignorância. Rawls assume que as partes na posição original estão encobertas por um véu de ignorância, que lhes restringe o conhecimento a respeito de diversos aspectos de suas vidas que poderiam, eventualmente, influenciá-las na escolha dos princípios de justiça. Rawls oferece uma longa lista dos fatos aos quais as partes na posição original estão alheias:

Em primeiro lugar, ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou status social, tampouco sabe sua fortuna na distribuição de habilidades e ativos naturais, sua inteligência e força, entre outras. Tampouco, novamente, alguém sabe sua concepção de bem, as particularidades de seu plano racional de vida, ou mesmo as características especiais de sua psicologia, como sua aversão a risco ou propensão ao otimismo ou pessimismo. Mais do que isso, eu assumo que as partes não sabem sua situação econômica ou política, ou o nível de civilização ou cultura que ela foi capaz de atingir. (RAWLS, 1999, p. 118, tradução nossa⁶⁴)

O véu de ignorância evita que as partes se utilizem de alguns dos aspectos de suas vidas a fim de obterem vantagens de barganha no momento de chegar a um acordo a respeito dos princípios de justiça. Ainda, sua existência as obriga a escolher e avaliar os princípios de justiça apenas a partir de considerações gerais, impedindo que seus interesses pessoais interfiram nesse processo, garantindo mais imparcialidade a ele.

Se o véu de ignorância diz respeito ao que as partes não sabem, a segunda suposição se refere ao que é do conhecimento das partes na posição original. Ainda que as partes desconheçam a concepção de bem dos indivíduos que representam na sociedade, elas sabem que valorizam certos bens primários, necessários para que possam perseguir suas concepções de boa vida, independente de qual ela venha a ser. Entre os principais bens primários elencados por Rawls estão direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza. Ocorre que, para explicar a preferência dos indivíduos por esses bens primários, é necessário partir de alguma noção de bem, ainda que extremamente limitada. Rawls (1999) se refere a essa noção como uma teoria fina do bem (*a thin theory of the good*) e seu propósito é “[...] explicar a

⁶⁴ “First of all, no one knows his place in society, his class position or social status; nor does he know his fortune in the distribution of natural assets and abilities, his intelligence and strength, and the like. Nor, again, does anyone know his conception of the good, the particulars of his rational plan of life, or even the special features of his psychology such as his aversion to risk or liability to optimism or pessimism. More than this, I assume that the parties do not know its economic or political situation, or the level of civilization and culture it has been able to achieve.”. (RAWLS, 1999, p. 118).

preferência racional pelos bens primários e a noção de racionalidade subjacente à escolha de princípios na posição original.” (RAWLS, 1999, p. 349, tradução nossa⁶⁵)

Assim, a despeito de todas as restrições impostas pelo véu de ignorância, a teoria fina do bem permite acomodar a ideia de racionalidade que orienta qualquer processo de escolha, individual ou coletiva, à posição original. Voltaremos à questão dos bens primários mais adiante, ao tratarmos das liberdades básicas expressas pelo primeiro princípio de justiça. Por enquanto, basta ter em mente que a noção de bens primários pertencente a uma teoria fina do bem explica as motivações das partes na deliberação acerca dos princípios de justiça na posição original, conferindo racionalidade a esse processo.

Explicada a forma como se dá a justificação dos princípios de justiça, podemos finalmente adentrar no seu conteúdo e a relação que este guarda com a liberdade de expressão. A formulação final dos dois princípios de justiça pode ser encontrada logo no início do capítulo *As liberdades básicas e sua prioridade em O Liberalismo Político*:

a. Cada pessoa possui um direito igual a um esquema totalmente adequado de liberdades básicas iguais, compatível com um esquema similar de liberdades disponível a todos.

b. Desigualdades econômicas e sociais devem satisfazer duas condições. Em primeiro lugar, elas devem estar ligadas a cargos e posições abertas a todos sob condições de igual oportunidade e, em segundo, elas são permitidas apenas se resultarem em benefícios para os membros menos favorecidos da sociedade. (RAWLS, 1996, p. 291, tradução nossa⁶⁶)

Focaremos nossa atenção no primeiro princípio de justiça. Segundo Rawls,

[...] as iguais liberdades básicas no primeiro princípio de justiça são especificadas por uma lista como a que segue: liberdade de pensamento e liberdade de consciência; as liberdades políticas e liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades previstos pelo Estado de Direito. (RAWLS, 1996, p. 291, tradução nossa⁶⁷)

⁶⁵ “[...] to explain the rational preference for primary goods and to explicate the notion of rationality underlying the choice of principles in the original position.” (RAWLS, 1999, p. 349).

⁶⁶ “a. Each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic liberties which is compatible with a similar scheme to all. b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions. First, they must be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they must be to the greatest benefits of the least advantaged members of society.” (RAWLS, 1996, p. 291).

⁶⁷ “[...] the equal basic liberties in the first principle of justice are specified by a list as follows: freedom of thought and liberty of conscience; the political liberties and freedom of association, as well as the freedoms

Analisaremos mais adiante o raciocínio empregado para se chegar a esse rol. No momento, basta termos em mente que a liberdade de expressão se insere nesse conjunto de liberdades e que a chave para compreendermos seu papel na concepção de justiça depende da justificação que Rawls propõe a elas.

A fim de guiar sua aplicação, os princípios de justiça estão organizados em uma ordem lexical (*lexical order*) que os relaciona de modo hierárquico. De acordo com ela, um princípio só pode ser satisfeito se o princípio anterior o tiver sido. Assim, os princípios que se encontram em um patamar superior não podem ser preteridos em favor de um princípio alocado em um ponto inferior na escala, evitando-se, assim, seu balanceamento irrestrito e arbitrário.

A prioridade das liberdades básicas a qual Rawls se refere advém da sistematização proposta pela ordem lexical. Seu significado se traduz da seguinte maneira:

A prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada pelo bem de uma ou mais liberdades básicas, e nunca, como falei, por razões de bem público ou baseadas em valores perfeccionistas. (RAWLS, 1996, p. 295, tradução nossa⁶⁸)

Por meio dessa prioridade, atribui-se ao conjunto de liberdades básicas abarcadas no primeiro princípio de justiça um status especial em relação ao segundo princípio de justiça, voltado para a mitigação das desigualdades resultantes de arbitrariedades na distribuição de bens e recursos entre os membros de uma sociedade. Isso garante, portanto, que a distribuição igualitária dessas liberdades, dentre as quais se insere a liberdade de expressão, não sejam sacrificadas em nome de considerações de bem comum ou razões fundadas em valores perfeccionistas.

specified by the liberty and integrity of the person; and finally, the rights and liberties covered by the rule of law.”. (RAWLS, 1996, p. 291).

⁶⁸ “The priority of liberty implies in practice that a basic liberty can be limited or denied solely for the sake of one or more other basic liberties, and never, as I have said, for reasons of public good or of perfectionist values.” (RAWLS, 1996, p. 295).

Importante destacar que logo no prefácio de sua palestra⁶⁹, Rawls aponta que sua descrição das liberdades básicas, quando aplicada à doutrina constitucional de uma sociedade bem-ordenada, guarda algumas semelhanças com a visão defendida pelo filósofo Alexander Meiklejohn. Em sua teoria, Meiklejohn defende a existência de uma relação íntima entre liberdade de expressão e democracia, relação esta construída em torno da ideia de autogoverno. De acordo com ele, para que um regime democrático funcione de maneira adequada, é necessário um eleitorado informado, no qual seus membros participem ativamente. Assim, uma postura altamente protetiva ao direito de liberdade de expressão seria imprescindível, uma vez que garantiria aos cidadãos de um Estado democrático o pleno exercício de seus deveres enquanto cidadãos comprometidos com o autogoverno⁷⁰.

Entretanto, antes de nos precipitarmos e buscarmos traçar paralelos entre os pensamentos dos dois autores, Rawls aponta também algumas diferenças que acredita serem importantes entre as duas concepções:

[...] Primeiro, o tipo de primazia que Meiklejohn dá às liberdades políticas e à liberdade de expressão é aqui dada à família das liberdades básicas como um todo; segundo, o valor de autogoverno, que para Meiklejohn frequentemente parece primordial, é contado apenas como um valor importante entre outros; e finalmente, o plano de fundo filosófico das liberdades básicas é bastante diferente.”⁷¹

O projeto teórico de Rawls também atraiu diversos críticos, dentre os quais o filósofo do direito inglês H.L.A. Hart. Os questionamentos apresentados por Hart obrigaram o autor a oferecer mais detalhes acerca dos fundamentos da prioridade que confere às liberdades básicas, bem como propor algumas reformulações à concepção apresentada previamente em *Uma teoria da justiça* (1999), aspectos que serão abordados no tópico a seguir.

⁶⁹ RAWLS, 1981, p. 3-4.

⁷⁰ SCANLON, T. M. *The Difficulty of Tolerance. Essays in Political Philosophy*. Cambridge University Press, 2003, p. 7.

⁷¹ “[...] First, the kind of primacy Meiklejohn gives to the political liberties and to free speech is here given to the family of basic liberties as a whole; second, the value of self-government, which for Meiklejohn often seems overriding, is counted as but one important value among others; and finally, the philosophical background of the basic liberties is very different.” (RAWLS, 1981, p. 3-4).

3.2. A CRÍTICA DE HART À PRIORIDADE DAS LIBERDADES BÁSICAS

A fim de responder aos questionamentos de Hart, Rawls buscou justificar a centralidade que as liberdades básicas ocupam em sua concepção de justiça, bem como o fundamento que subjaz a sua prioridade. Em seu esforço, ele acaba por nos revelar elementos centrais da justificação que propõe para as liberdades básicas que, por sua vez, nos permitem melhor compreender sua visão acerca da liberdade de expressão e do que enxerga de valioso nela.

Na leitura de Rawls, a crítica feita por Hart⁷² a sua descrição das liberdades básicas e sua prioridade recai sobre duas lacunas de seu raciocínio:

A primeira lacuna é a de que os fundamentos sobre os quais as partes na posição original adotam as liberdades básicas e concordam com sua prioridade não estão suficientemente explicados. Essa lacuna é conectada a uma segunda, que é a de que quando os princípios de justiça são aplicados nos estágios constitucional, legislativo e judicial, nenhum critério satisfatório é dado para demonstrar como as liberdades básicas devem ser especificadas e ajustadas uma as outras quando as circunstâncias sociais se tornam conhecidas. (RAWLS, 1996, p. 289-290, tradução nossa⁷³)

A primeira lacuna, portanto, diz respeito aos fundamentos sobre os quais as partes na posição original adotariam essas liberdades e concordam com sua prioridade. Isso não estaria suficientemente explicado em “*justiça como equidade*”. A segunda lacuna, por sua vez, se refere à ausência de um critério que permita conciliar a aplicação das liberdades básicas em circunstâncias concretas, nas quais elas inevitavelmente entram em conflito. Conforme veremos adiante, ambas estão conectadas, uma vez que os elementos envolvidos na construção da posição original estão presentes também na forma como os princípios de justiça e,

⁷² A crítica de Hart à descrição de Rawls das liberdades básicas e da prioridade conferida a elas pode ser encontrada em HART, H. L. A. Rawls on Liberty and its Priority. In: *Reading Rawls – Critical Studies on Rawls’ A Theory of Justice*. New York: Basic Books Inc. Publishers, 1975. Nela, Hart apresenta as problemáticas decorrentes de um conceito amplo de liberdade, bem como sua preocupação em relação à aplicabilidade da teoria de Rawls em situações de conflito entre liberdades.

⁷³ “The first gap is that the grounds upon which the parties in the original position adopt the basic liberties and agree to their priority are not sufficiently explained. This gap is connected with a second, which is that when the principles of justice are applied at the constitutional, legislative and judicial stages, no satisfactory criterion is given for how the basic liberties are to be further specified and adjusted to one another as social circumstances are made known.”(RAWLS, 1996, p. 289-290).

consequentemente, as liberdades básicas, devem ser aplicados. A fim de suprir as lacunas apontadas, Rawls destaca como as liberdades básicas e os fundamentos para a sua prioridade podem ser encontrados na combinação de uma concepção de cidadãos enquanto pessoas livres e iguais e uma descrição mais aprofundada dos bens primários. Entretanto, ainda que estejam conectadas, Rawls opta por abordar as lacunas em separado, respondendo às críticas de Hart individualmente.

No que diz respeito à primeira lacuna, Rawls introduz uma versão reformulada da concepção de pessoas apresentada em *Uma teoria da justiça* (1999) e busca conectá-la a sua concepção de cooperação social. A concepção de pessoa como agente moral racional dá lugar à concepção política de pessoa, circunscrita ao papel mais delimitado de cidadão democrático:

Em justiça como equidade, o objetivo é elaborar uma concepção de justiça política e social que seja compatível com as convicções e tradições mais profundas de um Estado moderno democrático. [...] Assim, desde o início, a concepção de pessoa é considerada parte de uma concepção de justiça política e social. Isto é, ela caracteriza como cidadãos devem ver a si mesmos e aos outros em suas relações políticas e sociais como especificado pela estrutura básica. (RAWLS, 1996, p. 299, tradução nossa⁷⁴)

Essa alteração busca solucionar os problemas que Rawls verificou com relação à estabilidade que essa concepção de pessoa traria a sua concepção de justiça, isto é, à aceitação dos dois princípios de justiça. Ainda, em relação à crítica de Hart, ela permite refutar a objeção de que a escolha dos princípios de justiça seria orientada unicamente por considerações de interesse racional. Contudo, para atender a esses propósitos, é necessário aliar essa concepção de pessoa à ideia de cooperação social.

A ideia de cooperação social proposta por Rawls vai além da mera coordenação de uma atividade social organizada de modo eficiente e cujo objetivo é atingir um determinado fim. Segundo ele, a cooperação social é sempre voltada para benefício mútuo, o que envolve outros dois elementos:

⁷⁴ “In justice as fairness the aim is to work out a conception of political and social justice which is congenial to the most deep-seated convictions and traditions of a modern democratic state. [...] Thus, from the start the conception of the person is regarded as part of a conception of political and social justice. That is, it characterizes how citizens are to think of themselves and of one another in their political and social relationships as specified by the basic structure.” (RAWLS, 1996, p. 299).

[...] o primeiro é uma noção compartilhada dos termos justos de cooperação, que cada participante é razoavelmente esperado a aceitar, desde que todos os demais também os aceitem. Termos justos de cooperação articulam uma ideia de reciprocidade e mutualidade: todos que cooperam devem se beneficiar, ou compartilhar responsabilidades comuns, em alguma forma apropriada julgada por uma marca de referência adequada para comparação. Esse elemento em uma cooperação social eu chamo de “razoável”. O outro elemento corresponde ao “racional”: ele se refere à vantagem racional de cada participante; o que, como indivíduos, cada participante está tentando avançar. (RAWLS, 1996, p. 299, tradução nossa⁷⁵)

Nota-se, portanto, que na concepção de pessoa reformulada, a escolha dos princípios de justiça não é guiada unicamente por interesses racionais, mas também por um desejo genuíno de cooperar socialmente, acreditando que a observância a termos justos de cooperação é a melhor forma de obter as vantagens racionais que almejam na consecução de sua concepção de bem, independente de qual ela venha a ser. O foco na concepção de pessoas reside justamente na capacidade do indivíduo de atuar de maneira cooperativa dentro da sociedade.

A partir do momento em que começamos a enxergar a concepção de pessoa dessa forma, atribuímos a ela dois poderes da personalidade moral:

Esses dois poderes são a capacidade para um senso de certo e de justiça (a capacidade de honrar os termos justos de cooperação e, portanto, ser razoável), e a capacidade para uma concepção de bem (e, portanto, ser racional). Em maiores detalhes, a capacidade para um senso de justiça é a capacidade de entender, aplicar e normalmente ser motivado por um desejo efetivo de agir a partir (e não apenas em concordância com) aos princípios de justiça enquanto termos justos de cooperação. A capacidade para uma concepção de bem é a capacidade de formar, revisar e racionalmente perseguir essa concepção, isto é, a concepção do que consideramos como uma vida humana que vale a pena ser vivida. (RAWLS, 1996, p. 302, tradução nossa⁷⁶)

⁷⁵ “[...] the first is a shared notion of fair terms of cooperation, which each participant may reasonably be expected to accept, provided that everyone else likewise accepts them. Fair terms of cooperation articulate an idea of reciprocity and mutuality: all who cooperate must benefit, or share in common burdens, in some appropriate fashion judged by a suitable benchmark of comparison. This element in social cooperation I call “the reasonable”. The other element corresponds to “the rational”: it refers to each participant’s rational advantage; what, as individuals, the participants are trying to advance.” (RAWLS, 1996, p. 299).

⁷⁶ “These two powers are the capacity for a sense of right and justice (the capacity to honor fair terms of cooperation and thus be reasonable), and the capacity for a conception of the good (and thus to be rational). In greater detail, the capacity for a sense of justice is the capacity to understand, to apply, and normally to be moved by an effective desire to act from (and not merely in accordance with) the principles of justice as fair terms of social cooperation. The capacity for a conception of the good is the capacity to form, to revise, and rationally to

Assim, a concepção de pessoas enquanto cidadãos livres e iguais passa a ser caracterizada a partir dos dois poderes da personalidade moral, o Razoável e o Racional.

Para entender como essa concepção de pessoa formulada a partir da ideia de cooperação social fundamenta a prioridade das liberdades básicas, devemos retomar a noção de bens primários que introduzimos brevemente no tópico anterior, o que, por sua vez, nos obriga a revisitar a posição original em que os princípios de justiça são escolhidos. A concepção de pessoas enquanto cidadãos livres e iguais nos permite enxergar a posição original de uma nova forma, enquanto expressão dos dois poderes da personalidade moral que a caracterizam.

Conforme explica Rawls,

Enquanto que a posição original como um todo representa os dois poderes morais e, portanto, representa a concepção completa da pessoa, as partes, enquanto representantes racionalmente autônomos das pessoas na sociedade, representam apenas o racional: as partes concordam com aqueles princípios que acreditam serem os melhores para aqueles que representam conforme visto a partir da concepção de bem dessas pessoas e de sua capacidade de formar, revisar e racionalmente persegui-la, até onde as partes possam saber essas coisas. O razoável, ou a capacidade das pessoas para um senso de justiça, que aqui é a sua capacidade de honrar os termos justos de cooperação social, é representada pelas diversas restrições às quais as partes estão sujeitas na posição original e pelas condições impostas no seu acordo. (RAWLS, 1996, p. 305, tradução nossa⁷⁷)

Essas duas dimensões da posição original, a racionalidade das partes enquanto expressão do Racional e as restrições a que estão sujeitas como o Razoável, permitem modular a concepção de pessoas e conectá-la aos princípios de justiça. A noção de bens primários se insere nesse modelo enquanto parte da motivação racional das partes na escolha dos princípios

pursue such a conception, that is, a conception of what we regard for us as a worthwhile human life.” (RAWLS, 1996, p. 302).

⁷⁷ “While the original position as a whole represents both moral powers, and therefore represents the full conception of the person, the parties as rationally autonomous representatives of persons in society represent only the rational: the parties agree to those principles which they believe are the best for those they represent as seen from these persons’ conception of the good and their capacity to form, revise, and rationally to pursue such a conception, so far as the parties can know these things. The reasonable, or persons’ capacity for a sense of justice, which here is their capacity to honor fair terms of social cooperation, is represented by the various restrictions to which the parties are subject in the original position and by the conditions imposed on their agreement.” (RAWLS, 1996, p. 305).

de justiça, uma vez que é do interesse delas assegurar às pessoas que representam na sociedade o mínimo necessário para que possam perseguir a concepção de bem que desejam.

Os bens primários, portanto,

[...] são escolhidos perguntando-se quais coisas são geralmente necessárias como condições sociais e meios universais para permitir que as pessoas persigam suas concepções de bem e desenvolvam e exercitem seus dois poderes morais. (RAWLS, 1996, p. 307, tradução nossa⁷⁸)

Entre os bens primários relacionados por Rawls, os primeiros são as liberdades básicas⁷⁹, dentre as quais ele destaca a liberdade de pensamento e de consciência:

essas liberdades são condições institucionais de fundo necessárias para o desenvolvimento e exercício completo e informado dos dois poderes morais [...]; essas liberdades são também indispensáveis para a proteção de um leque amplo de concepções de bem (dentro dos limites da justiça). (RAWLS, 1996, p. 308, tradução nossa⁸⁰)

Assim, a escolha dos princípios de justiça é guiada pela necessidade de se assegurar a todos as condições mínimas necessárias para o pleno exercício e desenvolvimento dos poderes morais, tal qual previsto pela ideia de cooperação social trazida em conjunto com a concepção política de pessoa. Ademais, a figura dos bens primários, aliada à concepção de pessoa, permite também explicar o motivo de Rawls considerar certas liberdades valiosas, a ponto de chamá-las de liberdades básicas e atribuir a elas uma prioridade frente a considerações de interesse coletivo ou perfeccionistas. Essas liberdades são valiosas em razão de sua relevância para o desenvolvimento do senso de justiça e da capacidade para uma concepção de bem do indivíduo, condições indispensáveis para que ele seja considerado enquanto cidadão livre e igual, a ponto de Rawls caracterizá-las enquanto bens primários. Dessa forma, ele conecta as liberdades básicas e sua prioridade à concepção política de pessoa construída a partir da ideia de cooperação social, respondendo à crítica de Hart no que diz respeito à primeira lacuna.

⁷⁸ “[...] are singled out by asking which things are generally necessary as social conditions and all-purpose means to enable persons to pursue their determinate conceptions of the good and to develop and exercise their two moral powers.”(RAWLS, 1996, p. 307).

⁷⁹ A relação dos demais bens primários previstos pelo autor pode ser vista em RAWLS, 1996, p. 308-309.

⁸⁰ “these liberties are the background institutional conditions necessary for the development and the full and informed exercise of the two moral powers [...]; these liberties are also indispensable for the protection of a wide range of determinate conceptions of the good (within the limits of justice).”(RAWLS, 1996, p. 308).

No que se refere ao objeto desta pesquisa, o caráter prioritário das liberdades básicas de imediato impõe um ônus significativo a qualquer pretensão de restringi-las, tal qual observado em *Beauharnais*. Essa prioridade reflete o que Rawls enxerga de valioso nessas liberdades, a sua contribuição para o exercício dos dois poderes morais, de modo que uma defesa da proibição de um discurso deve ser capaz de demonstrar que ela não comprometeria de maneira significativa esse exercício. Por enquanto, não é possível afirmar se isso é possível ou não, pois ainda não abordamos a resposta que Rawls oferece para a segunda lacuna indicada por Hart, a qual promete nos dar mais informações acerca de como as liberdades básicas são especificadas e aplicadas na realidade concreta.

Ao abordarmos essa segunda lacuna no pensamento rawlsiano, seremos obrigados a retornar ao primeiro princípio de “justiça como equidade”. A formulação desse princípio trazida em *O Liberalismo político* (1996) não é a mesma encontrada em *Uma teoria da justiça* (1999). Em sua formulação prévia, é feita menção ao “esquema mais extensivo de liberdades”.⁸¹ A partir dela, haveria dois critérios que orientariam a aplicação do primeiro princípio de justiça:

[...] em *Uma teoria da justiça*, um critério sugerido parece ser o de que as liberdades básicas devem ser especificadas e ajustadas de modo a se atingir o mais extenso esquema dessas liberdades. [...] Um segundo critério proposto em *Uma teoria da justiça* é o de que no procedimento ideal de aplicação dos princípios de justiça, nós devemos tomar o ponto de vista do igual cidadão representativo e ajustar o esquema de liberdades a partir dos interesses racionais desse cidadão conforme visto do ponto de vista do estágio seguinte apropriado. (RAWLS, 1996, p. 331, tradução nossa⁸²)

Ocorre que pensar o esquema de liberdades dessa maneira é problemático, pois ambos os critérios propostos encontram dificuldades na sua aplicação. O primeiro critério, ao tratar de um “esquema mais extensivo de liberdades”, sugere que algo deve ser maximizado e que esse seria o critério para determinar o melhor esquema de liberdades. Ocorre que não está

⁸¹ A formulação anterior dada ao primeiro princípio de justiça (“each person is to have an equal right to the most extensive scheme of equal basic liberties compatible with a similar scheme of liberties for others”) pode ser vista em RAWLS, 1999, p. 53.

⁸² “[...] in *Theory* one criterion suggested seems to be that the basic liberties are to be specified and adjusted so as to achieve the most extensive scheme of these liberties. [...] A second proposed criterion in *Theory* is that in the ideal procedure of applying the principles of justice, we are to take up the point of view of the representative equal citizen and to adjust the scheme of liberties in the light of this citizen’s rational interests as seen from the point of view of the appropriate later stage.”(RAWLS, 1996, p. 331).

claro o que esse esquema deveria maximizar: as próprias liberdades, o exercício dos dois poderes morais ou outro elemento qualquer. A maximização de uma liberdade, ou um esquema de liberdades, no caso, nem sempre é sinônimo do melhor esquema possível ou do mais justo. Isso pode vir a ser verdade em algumas concepções morais, como o utilitarismo, mas certamente não é o que se verifica em “justiça como equidade”. O segundo critério, em contrapartida, aposta na racionalidade dos interesses dos cidadãos para orientar a aplicação do primeiro princípio de justiça. Entretanto, esses interesses não são descritos em detalhes suficientes a ponto de permitir que sejam utilizados como critério. Soma-se a isso o fato de se tratar de critérios potencialmente conflitantes, para ficar claro que estamos diante de uma lacuna relevante no projeto rawlsiano.

A fim de preenchê-la, Rawls propõe uma nova formulação ao primeiro princípio de justiça em *O liberalismo político*, que passou a se referir ao “esquema mais adequado de liberdades”. A adequação prevista por essa reformulação está atrelada ao desenvolvimento e exercício dos dois poderes morais vistos previamente, mas restritos a certas circunstâncias sociais específicas denominadas os “dois casos fundamentais” (*two fundamental cases*):

O primeiro desses casos está conectado à capacidade para um senso de justiça e diz respeito à aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e suas políticas sociais. (As liberdades políticas e a liberdade de pensamento são discutidas mais a frente sob esta rubrica). O segundo caso fundamental está conectado à capacidade para uma concepção de bem e concerne à aplicação dos princípios da razão deliberativa na orientação de nossa conduta durante uma vida completa. Liberdade de consciência e liberdade de associação entram aqui. (RAWLS, 1996, p. 332, tradução nossa⁸³)

Enquanto que o primeiro caso fundamental está associado à capacidade para um senso de justiça e, portanto, a ideia de Razoável, o segundo caso se refere à capacidade para uma concepção de bem que, por sua vez, remete à ideia do Racional. A noção de casos fundamentais permite tratar com maior profundidade das questões mais básicas sobre as quais

⁸³ “The first of these cases is connected with the capacity for a sense of justice and concerns the application of the principles of justice to the basic structure of society and its social policies. (The political liberties and freedom of thought are discussed later under this heading.). The second fundamental case is connected with the capacity for a conception of the good and concerns the application of the principles of deliberative reason in guiding our conduct over a complete life. Liberty of conscience and freedom of association come in here.”(RAWLS, 1996, p. 332).

os princípios de justiça e a racionalidade dos cidadãos devem atuar, quais sejam, a estrutura básica da sociedade e a formulação e persecução da concepção de bem do indivíduo.

Com isso, temos um novo critério para orientar a aplicação do primeiro princípio de justiça, segundo o qual as liberdades básicas devem ser ajustadas

de modo a permitir o desenvolvimento adequado e o exercício completo e informado dos dois poderes morais nas circunstâncias sociais em que os dois casos fundamentais surgem na sociedade bem-ordenada em questão. (RAWLS, 1996, p. 333, tradução nossa⁸⁴)

A partir desse critério, baseado no exercício dos dois poderes morais dentro das circunstâncias sociais que caracterizam os dois casos fundamentais, é possível compreender a que Rawls se refere quando menciona o “núcleo central de aplicação” de uma liberdade básica. Conforme aponta Samuel Freeman:

O núcleo central de aplicação de uma liberdade básica é a área de exercício de uma liberdade em que é mais essencial concretizar um dos poderes morais. (FREEMAN, 2007, p. 69, tradução nossa⁸⁵)

Com isso, as afirmações de Rawls apresentadas no início deste capítulo passam a fazer sentido. Ao apontar o “núcleo central de aplicação” de uma liberdade como critério para determinar se estamos diante de uma regulação ou uma restrição às liberdades e ao afirmar a necessidade de preservar esse núcleo na regulação do uso público da razão, Rawls está se referindo ao papel que essas liberdades desempenham no exercício dos dois poderes morais nos casos fundamentais, papel este que deve ser protegido.

É também por meio da noção dos dois casos fundamentais que Rawls chega a um novo conceito: a significância (*significance*) de uma liberdade. Segundo este conceito:

[...] uma liberdade é mais ou menos significativa dependendo se ela é mais ou menos essencialmente envolvida, ou é um meio institucional mais ou menos necessário para proteger o efetivo exercício completo e informado dos

⁸⁴ “so as to allow the adequate development and the full and informed exercise of both moral powers in the social circumstances under which the two fundamental cases arise in the well-ordered society in question.”(RAWLS, 1996, p. 333).

⁸⁵ “The central range of application of a basic liberty is the area of exercise of a liberty in which it is most essential to realize one of the moral powers.”(FREEMAN, 2007, p. 69).

poderes morais em um (ou ambos) casos fundamentais. (RAWLS, 1996, p. 335, tradução nossa⁸⁶)

A introdução do conceito de significância permite que as liberdades básicas sejam ajustadas na forma de um esquema coerente de liberdades em estágios posteriores, em que as circunstâncias são distintas das estabelecidas na posição original. Em *Uma teoria da justiça* (1999), Rawls estabelece quatro estágios para aplicação dos princípios de justiça⁸⁷. O raciocínio empregado em cada estágio pode ser explicado da seguinte maneira:

[...] em cada estágio, o razoável molda e subordina o racional, o que varia é a tarefa dos agentes racionais de deliberação e as restrições às quais eles estão sujeitos. [...] Conforme os estágios seguem-se uns aos outros e as tarefas mudam e se tornam menos genéricas e mais específicas, as restrições do razoável se tornam mais fortes e o véu de ignorância mais fino. (RAWLS, 1996, p. 339-340, tradução nossa⁸⁸)

Cada estágio representa um ponto de vista particular a partir do qual se busca responder questões cada vez mais específicas acerca da estrutura básica da sociedade. No que tange às liberdades básicas, Rawls destaca que

É importante ter em mente que, ao preencher a segunda lacuna, o primeiro princípio de justiça deve ser aplicado ao estágio da convenção constitucional. Isso significa que as liberdades políticas e a liberdade de pensamento entram essencialmente na especificação de um procedimento político justo. [...] A ênfase inicial, então, é na constituição enquanto responsável por especificar um procedimento político justo e viável sem qualquer restrição constitucional sobre os resultados legislativos. (RAWLS, 1996, p. 336-337, tradução nossa⁸⁹)

⁸⁶ “[...] a liberty is more or less significant depending on whether it is more or less essentially involved in, or is a more or less necessary institutional means to protect, the full and informed and effective exercise of the moral powers in one (or both) of the two fundamental cases.”(RAWLS, 1996, p. 335).

⁸⁷ Os quatro estágios que compõem a sequência de aplicação dos princípios de justiça são os seguintes: i) a posição original, onde são escolhidos os princípios de justiça; ii) o estágio da convenção constitucional, em que os princípios de justiça orientam a escolha de preceitos constitucionais; iii) o estágio legislativo, no qual são elaboradas leis e políticas e, por fim; iv) o estágio final, em que as regras são aplicadas em casos particulares por juízes, administradores e cidadãos. A sequência de aplicação dos princípios de justiça e seus quatro estágios podem ser vistos em mais profundidade em RAWLS, 1999, p. 171-176.

⁸⁸ “[...] at each stage the reasonable frames and subordinates the rational; what varies is the task of the rational agents of deliberation and the constraints to which they are subject. [...] As the stages follow one another and as the task changes and becomes less general and more specific, the constraints of the reasonable become stronger and the veil of ignorance becomes thinner.”(RAWLS, 1996, p. 339-340).

⁸⁹ “It is important to keep in mind that in filling the second gap the first principle of justice is to be applied at the stage of the constitutional convention. This means that the political liberties and freedom of thought enter essentially into the specification of a just political procedure. [...] The initial emphasis, then, is on the constitution as specifying a just and workable political procedure without any constitutional restrictions on legislative outcomes.”(RAWLS, 1996, p. 336-337).

No estágio constitucional, os delegados constitucionais, representantes dos cidadãos neste estágio, ao elaborarem os preceitos constitucionais que guiarão os procedimentos políticos e as escolhas feitas nos estágios seguintes, devem sempre observar as diretrizes impostas pelos dois princípios de justiça. Assim, as liberdades básicas são especificadas da seguinte maneira. Em primeiro lugar, temos as iguais liberdades políticas e a liberdade de pensamento, responsáveis por assegurar a aplicação adequada dos princípios de justiça, viabilizada pelo exercício do senso de justiça dos cidadãos. Essas liberdades, por sua vez, requerem alguma forma de regime democrático representativo, bem como as proteções necessárias às liberdades de expressão política, de imprensa e de associação. As demais liberdades previstas no rol elegido por Rawls, tais quais a liberdade de integridade e as associadas ao Estado de Direito (*rule of law*), também são necessárias para garantir as demais liberdades nos dois casos fundamentais. Por fim, caso elas venham a conflitar, a acomodação das liberdades se dá avaliando sua significância, isto é, sua relevância para o exercício dos dois poderes morais nos dois casos fundamentais. Em sua totalidade, as liberdades básicas asseguram o *status* comum a todos os cidadãos iguais em uma sociedade bem-ordenada, justificando sua proteção e a prioridade conferida a elas.

Com isso, Rawls, responde à segunda parte da crítica de Hart. A segunda lacuna, portanto, é preenchida de maneira semelhante à primeira, recorrendo-se novamente à concepção política de pessoa, fundada no exercício dos dois poderes morais. A diferença, porém, é que aqui o exercício dos dois poderes morais é enxergado através da ótica mais específica dos dois casos fundamentais, que permite ao autor chegar ao conceito de significância das liberdades básicas, responsável por orientar a forma como as liberdades básicas são especificadas no estágio constitucional.

A descrição mais detalhada dos fundamentos das liberdades básicas permite uma compreensão mais clara dos critérios utilizados por Rawls ao especificar e detalhar as liberdades básicas em contextos mais práticos, inclusive quando a liberdade de expressão está envolvida. Entretanto, antes de tratar do caso mais específico dessa liberdade, é necessário averiguar a qual poder moral ela está associada e em qual dos dois casos fundamentais sua significância é verificada. Ademais, a descrição da concepção de justiça de Rawls ainda é

muito abstrata, o que dificulta qualquer conclusão a respeito de questões práticas como a verificada em *Beauharnais*. Para isso, é necessária uma análise que mergulhe com mais profundidade nos aspectos concretos da especificação da liberdade de expressão na sociedade.

3.3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO POLÍTICA E A REGRA DO CLEAR AND PRESENT DANGER

Ciente do caráter abstrato do procedimento proposto para descrever como as liberdades básicas são especificadas e ajustadas, Rawls buscou detalhá-lo a partir da perspectiva de uma liberdade específica, a liberdade de expressão política. Ao fazê-lo, ele nos fornece uma série de pistas a respeito de qual posicionamento ele assumiria em casos como *Beauharnais*.

Antes de iniciarmos nossa abordagem, contudo, uma ressalva deve ser feita a respeito do conceito de liberdade de expressão política utilizado por Rawls nessa etapa de seu raciocínio. Em momento algum ele nos fornece uma definição clara do que seria a dimensão política no exercício desse direito, em especial seus limites, isto é, quando estamos falando da liberdade de expressão como um todo e não apenas de sua vertente política. Ele se limita a apontar que essa liberdade está enquadrada na liberdade de pensamento aplicada ao primeiro caso fundamental, que trata da aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e suas políticas sociais.

A fim de trazer mais substância ao que entende por liberdade de expressão política, Rawls parte de alguns pontos consolidados pela história da doutrina constitucional acerca do exercício desse direito.

Entre os pontos fixos estão os seguintes: não há algo como crime de difamação sediciosa; não existem restrições prévias à liberdade de imprensa, exceto em casos especiais; e a defesa e promoção de doutrinas revolucionárias ou subversivas é completamente protegida. (RAWLS, 1996, p. 332, tradução nossa⁹⁰)

⁹⁰ “Among these fixed points are the following: there is no such thing as the crime of seditious libel; there are no prior restraints on freedom of the press, except for special cases; and the advocacy of revolutionary and subversive doctrines is fully protected.”(RAWLS, 1996, p. 332).

De imediato, percebe-se que uma das preocupações centrais do autor é a figura da difamação sediciosa (*seditionous libel*), isto é, o discurso proferido contra o governo ou autoridade, buscando sua derrubada ou insurreição contra ele. Mais adiante, Rawls fala em propaganda subversiva (*subversive advocacy*), que abarcaria os casos de defesa de doutrinas políticas que pregariam a revolução e o uso da força como meios para promover a mudança do *status quo* político. Esses dois pontos, somados à afirmação destacada previamente de que a liberdade de expressão política se insere na liberdade de pensamento e no primeiro caso fundamental, nos permite começar a delinear os contornos do que o autor entende por liberdade de expressão política. Por enquanto, nos parece que se trata das hipóteses em que o exercício dessa liberdade se volta ao governo e à maneira em que a estrutura básica da sociedade deve ser organizada. Manifestações como essas deveriam sempre ser permitidas, independentemente das consequências que elas venham a causar.

No que diz respeito à decisão proferida pela Suprema Corte em *Beauharnais*, é importante ressaltar que o discurso objeto do escrutínio do tribunal, assim como a lei de Illinois, não se enquadram nos pontos fixos apresentados pelo autor. Apesar de seu caráter eminentemente político, evidenciado pelo esforço em angariar apoio a sua causa, a distribuição de panfletos por *Beauharnais* e sua organização em momento algum pregam a derrubada do governo e tampouco podem ser qualificadas enquanto propaganda subversiva. Apesar de guardar algumas semelhanças entre si, os objetivos dos discursos são distintos, de modo que as categorias em questão não podem ser confundidas. Entretanto, o que as reflexões do autor até o momento nos permitem concluir é que o discurso retratado em *Beauharnais* estaria no escopo da liberdade de expressão política, afinal, em que pese seu racismo virulento e condenável, ainda se trata de um discurso voltado ao governo e que busca discutir como certos bens e direitos estão sendo distribuídos na sociedade.

Contudo, é de se questionar se não haveria um momento no qual o discurso político se aproximaria de tal forma do uso da força que justificaria sua restrição. É justamente esse questionamento que leva o autor a abordar a regra do *clear and present danger* e sua aplicação pela Suprema Corte. No capítulo anterior, vimos que a regra do *clear and present danger* foi enunciada pela primeira vez no caso *Schenck* e previa que um discurso poderia ser restringido

apenas mediante a comprovação da criação de um perigo claro e iminente de que sua difusão resulte em um dano que justifique a sua restrição.

Apesar de reconhecer algumas de suas virtudes, como o fato de tolerar discursos inócuos e não justificar a punição de pensamentos em si, mas apenas quando sua difusão pode causar algum dano⁹¹, Rawls tece duras críticas a ela:

[...] ela é uma base insatisfatória para a proteção constitucional do discurso político, uma vez que ela nos leva a focar em quão perigoso o discurso em questão é, como se, por ser de alguma forma perigoso, o discurso se tornasse um crime ordinário. A questão essencial, contudo, é o tipo de discurso em questão e seu papel em um regime democrático. (RAWLS, 1996, p. 349, tradução nossa⁹²)

Segundo ele, a regra ignoraria a relevância do discurso político e o papel que ele desempenha na sociedade, focando apenas no perigo decorrente do discurso. Isso nos leva a especular o motivo de seu idealizador, o juiz Oliver W. Holmes, ter escrito a opinião unânime que levou à manutenção da condenação em *Schenck*, mas ter divergido quanto à condenação em *Abrahams*⁹³, por exemplo. A principal diferença entre os casos reside no fato de que o primeiro se deu em um contexto de guerra, em que discursos sediciosos e propagandas subversivas representariam um perigo maior, enquanto que o segundo, por ter ocorrido em

⁹¹ Para Rawls, essas virtudes podem ser atribuídas às raízes da formulação proposta por Holmes para a regra do *clear and present danger*: “[...] the roots of the rule in Holmes’s formulation are in his account of the law of attempts in his book *The Common Law*. The law of attempts tries to bridge the gap between what the defendant did and the completed crime as defined by the statute. In attempts and similarly in the case of free speech, actions with no serious consequences can be ignored. The traditional view of attempts required specific intent to do the particular offense. For Holmes intent was relevant only because it increased the likelihood that what the agent does will cause actual harm. When applied to free speech this view has the virtue of tolerating innocuous speech and does not justify punishment of thoughts alone.” (RAWLS, 1996, p. 349).

⁹² “[...] it is an unsatisfactory basis for the constitutional protection of political speech, since it leads us to focus on how dangerous the speech in question is, as if by being somehow dangerous, speech becomes an ordinary crime. The essential thing, however, is the kind of speech in question and the role of this kind of speech in a democratic regime.” (RAWLS, 1996, p. 349).

⁹³ Em *Abrams v. United States*, a Suprema Corte decidiu se a proteção prevista na Primeira Emenda seria devida à distribuição de panfletos criticando o envio de tropas para combater a Revolução Russa em 1918. Utilizando-se da regra do *clear and present danger*, a Suprema Corte decidiu pela manutenção da condenação dos responsáveis pela distribuição dos folhetos, alegando que o perigo gerado ao esforço de guerra em razão dos apelos por uma greve geral seria suficiente para proibir a sua difusão. Entretanto, diferente do que ocorrera em *Schenck*, Holmes emitiu uma opinião dissidente, criticando a aplicação equivocada da regra do *clear and present danger* pela Suprema Corte, apontando que no caso em questão o alvo da condenação não era o discurso proferido, mas sim as ideias e crenças nele expressadas. *ABRAMS v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

tempos de paz, não seria considerado perigoso, o que explicaria seu posicionamento distinto em ambos.

Em contrapartida, a opinião do juiz Louis Brandeis, em *Whitney v. California*, mencionada no capítulo anterior, aparenta ser mais adequada na visão de Rawls:

A força da opinião de Brandeis reside em seu reconhecimento do papel que a liberdade de expressão política possui em um regime democrático e a conexão que ele estabelece entre esse papel e o requisito que o perigo deva ser iminente e não meramente em algum momento no futuro. (RAWLS, 1996, p. 351-352, tradução nossa⁹⁴)

A opinião de Brandeis caracteriza-se pelo reconhecimento do papel que o livre discurso político possui em um sistema democrático. Isso repercute na aplicação da regra do *clear and present danger*, na medida em que a iminência do perigo passa a ser avaliada a partir da relação que a liberdade de expressão possui em relação ao sistema democrático. A ideia por trás dessa avaliação é a de que o mal a ser causado pelo discurso deve ser iminente a ponto de não haver possibilidade para questionar o conteúdo do discurso e expor suas falácias ou reverter o perigo através da educação, por exemplo. O remédio, nesses casos, seria mais discurso e não a supressão dele.

Essa visão se aproxima muito do que vimos até o momento a respeito da posição de Rawls, em que a liberdade para se manifestar a respeito do governo e da forma em que são organizadas as instituições que compõem a estrutura básica da sociedade é amplamente protegida. Contudo, ela ainda demanda mais elaboração:

O que se requer é especificar de maneira mais precisa o tipo de situação que pode justificar a restrição da liberdade de expressão política. Brandeis se refere à proteção “do Estado contra sua destruição”, e de “danos sérios, políticos, econômicos e morais”. Essas frases são vagas demais e abarcam muitas hipóteses. (RAWLS, 1996, p. 353, tradução nossa⁹⁵)

Em resposta à indeterminação de Brandeis, Rawls propõe que, para avaliarmos corretamente o perigo causado pelo discurso, é necessário distinguir entre o que configuraria

⁹⁴ “The strength of Brandeis’s opinion lies in its recognition of the role of free political speech in a democratic regime and the connection he establishes between this role and the requirement that the danger must be imminent and not merely likely sometime in the future.” (RAWLS, 1996, p. 351-352).

⁹⁵ “What is required is to specify more sharply the kind of situation which can justify the restriction of free political speech. Brandeis refers to protecting “the state from destruction”, and from “serious injury, political, economic, and moral”. These phrases are too loose and cover too much ground.” (RAWLS, 1996, p. 353).

uma crise constitucional que justificaria a restrição liberdade de expressão (*a constitutional crises of the requisite kind*) e o que constituiria uma emergência na qual há uma ameaça real de grave dano à sociedade ou até mesmo a destruição do Estado. Enquanto que, na primeira, a crise é tamanha que as instituições democráticas não estão mais funcionando de maneira adequada e não se mostram mais capazes de lidar com situações de emergência, na segunda, a despeito de se estar diante de uma situação de emergência, esta não impede o normal funcionamento das instituições. É o caso, por exemplo, de um país em situação de guerra, conforme coloca Rawls. Ainda que o país em questão esteja enfrentando uma ameaça concreta a sua existência, isso não significa que suas instituições estejam inoperantes e não sejam capazes de lidar com questões internas delicadas, como a difusão de discursos contrários ao governo ou ao esforço bélico. Assim, segundo o autor,

[...] restringir ou suprimir a liberdade de expressão política, incluindo a defesa e promoção de pautas subversivas, implica sempre em ao menos uma suspensão parcial da democracia. (RAWLS, 1996, p. 354, tradução nossa⁹⁶)

A prioridade das liberdades básicas, portanto, demanda que a liberdade de expressão política não pode ser restringida, a não ser em casos nos quais seja possível argumentar, levando em consideração as particularidades da situação concreta, que se está diante de uma crise constitucional tal qual a descrita pelo autor. Ocorre que, segundo ele, nunca no contexto dos Estados Unidos se verificou uma crise dessas proporções, de modo que, para fins práticos, é possível concluir que

[...] em uma sociedade democrática bem-governada, dentro de condições razoavelmente favoráveis, o uso livre e público de nossa razão em questões de justiça política e social parece ser absoluto. (RAWLS, 1996, p. 355, tradução nossa⁹⁷)

Na descrição oferecida por Rawls previamente, a liberdade de expressão política estaria inserida no uso da capacidade para um senso de justiça em circunstâncias que tratassem da aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade, o que, em conjunto com os pontos consolidados pela doutrina acerca da proteção ao discurso sedicioso e à propaganda subversiva indicados pelo autor, nos leva a concluir que essa liberdade abarcaria

⁹⁶ “[...] to restrict or suppress free political speech, including subversive advocacy, always implies at least a partial suspension of democracy.” (RAWLS, 1996, p. 354).

⁹⁷ “[...] in a well-governed democratic society under reasonably favorable conditions, the free public use of our reason in questions of political and social justice would seem to be absolute.” (RAWLS, 1996, p. 355).

manifestações sobre o governo, ou direcionadas a ele, ou que tratassem da estrutura básica da sociedade. Essa descrição é complementada pela conclusão a que Rawls chega após discutir os limites da liberdade de expressão política e a aplicação da regra do *clear and present danger*, de modo que agora, ao falar da liberdade de expressão política, estaríamos nos referindo ao “uso público de nossa razão em questões de justiça e política social”, isto é, manifestações que tivessem por objeto esse tipo de questão. A título de exemplo, pode-se pensar em críticas a programas e políticas públicas do governo, protestos acerca da distribuição de bens e oportunidades na sociedade, passeatas contra determinadas formas ou sistemas de governo e até mesmo manifestações contrárias a aspectos fundantes da própria concepção de justiça rawlsiana, como a prioridade das liberdades básicas e a distribuição igualitária de direitos e oportunidades.

Se aplicarmos essas conclusões ao caso *Beauharnais*, elas nos permitem afirmar que o discurso nele expresso, por abranger afirmações voltadas para debater questões de justiça política e social, seria não só protegido, como também essa proteção aparentaria ser absoluta. Isso significa que avaliações a respeito do possível dano que possa ser causado por um discurso não serviriam como justificativas válidas para proibi-lo, excetuando-se, é claro, aquelas hipóteses em que estivéssemos diante de uma crise constitucional nos moldes da descrita por Rawls. Ocorre que, diante da ausência de verificação de uma crise como essa no caso em tela, o exercício à liberdade de expressão, por constituir um “uso livre e público de nossa razão em questões de justiça política e social” estaria protegido. Lembrando que, no caso específico do discurso de *Beauharnais* e sua organização, mesmo que se argumente no sentido de comprovar a injustiça ou imoralidade do conteúdo nele disseminado, não se pode afastar o fato de que são discursos que constituem críticas à forma como são distribuídos direitos e oportunidades dentro da sociedade, estando dentro dos parâmetros estabelecidos por Rawls.

A fim de complementarmos essa conclusão, contudo, resta abordarmos a questão mais prática a respeito de quais formas de regulação da liberdade de expressão seriam aceitáveis para Rawls dentro do contexto da liberdade de expressão política, para confirmar que a proibição prevista pela lei de Illinois não se enquadraria entre elas. Conforme visto no capítulo

anterior, essa proibição atuou necessariamente sobre o conteúdo do discurso em *Beauharnais*, não sendo possível falar apenas em regulação de tempo e lugar nesse caso. A partir dessa informação e em conjunto com a análise das reflexões de Rawls acerca da regulação da liberdade de expressão política, será possível chegar a uma conclusão mais clara a respeito da posição do autor em relação à decisão da Suprema Corte.

3.4. O VALOR EQUITATIVO DAS LIBERDADES POLÍTICAS

O primeiro princípio de justiça de Rawls prevê uma distribuição igualitária das liberdades individuais entre os indivíduos da sociedade, com o objetivo de assegurar a todos o direito a um sistema de liberdades adequado, isto é, que possibilite a todos o pleno desenvolvimento e exercício dos dois poderes morais nas circunstâncias estabelecidas pelos dois casos fundamentais. Entretanto, ainda que a distribuição igualitária das liberdades básicas seja assegurada, isso não garante que o seu exercício não seja afetado pela existência de desigualdades socioeconômicas. Ainda que tais desigualdades tenham sido mitigadas por meio da atuação do segundo princípio de justiça, aqueles que dispõem de mais recursos e oportunidades eventualmente teriam condições de influenciar a legislação a seu favor e, conseqüentemente, alterar a estrutura básica da sociedade a fim de acomodar seus interesses à revelia dos princípios de justiça. Como forma de evitar que isso ocorra e as liberdades básicas não sejam meramente formais, Rawls introduz a distinção entre as liberdades básicas e o valor dessas liberdades:

[...] as liberdades básicas são especificadas por direitos e deveres institucionais que autorizam os cidadãos a fazerem diversas coisas, se desejarem, e que proíbem outros de interferirem. As liberdades básicas são uma moldura de caminhos e oportunidades legalmente protegidos. É claro, ignorância e pobreza, e a falta de meios materiais em geral, impedem as pessoas de exercitarem seus direitos e de tomar vantagem dessas aberturas. Mas mais do que contar esses e obstáculos similares como restringindo a liberdade de uma pessoa, nós os contamos como afetando o valor da liberdade, isto é, a utilidade para as pessoas de suas liberdades. (RAWLS, 1996, p. 326, tradução nossa⁹⁸)

⁹⁸ “[...] the basic liberties are specified by institutional rights and duties that entitle citizens to do various things, if they wish, and that forbid others to interfere. The basic liberties are a framework of legally protected paths and opportunities. Of course, ignorance and poverty, and the lack of material means generally, prevent people from exercising their rights and from taking advantage of these openings. But rather than counting these and similar

Enquanto que as liberdades básicas são as mesmas para todos os membros da sociedade, o mesmo não pode ser dito de seu valor, pois este pode variar em razão das diferenças de bens e oportunidades que os indivíduos venham a apresentar no decorrer de sua vida. Isso não representa necessariamente um problema para a concepção de justiça de Rawls, afinal, diferenças como essa nem sempre contrariam o segundo princípio de justiça, pois podem muito bem resultar em benefícios para aqueles que se encontram posições mais desvantajosas na sociedade. Desde que assegurada a todos os indivíduos uma distribuição mínima dos bens primários que viabilize o pleno exercício e desenvolvimento de seus poderes morais, não se estaria violando os princípios de justiça. O que não pode ocorrer, contudo, é a influência indevida no processo político, possibilitada pelo valor mais alto das liberdades de alguns. Para impedir que isso ocorra, deve-se assegurar o que Rawls chama de valor equitativo (*fair-value*) das liberdades políticas, isto é, a garantia que

[...] o valor das liberdades políticas para todos os cidadãos, qual seja, sua posição econômica ou social, deve ser aproximadamente igual, ou ao menos suficientemente igual, no sentido de que todos possuam uma oportunidade justa de ocupar um cargo público e de influenciar o resultado de decisões políticas. (RAWLS, 1996, p. 327, tradução nossa⁹⁹)

Dessa forma, garante-se que todo indivíduo na sociedade tenha condições de influenciar o processo político em pé de igualdade com os demais, independentemente das desigualdades socioeconômicas que possam vir a existir entre eles¹⁰⁰. O conceito de valor equitativo, portanto, quando aplicado às liberdades políticas, é fundamental para assegurar à concepção de justiça sua coerência em momentos nos quais distorções no exercício das liberdades políticas poderiam vir a contrariar as previsões dos dois princípios de justiça. Esse papel fica claro na defesa que Rawls faz de restrições ao financiamento de campanhas

obstacles as restricting a person's liberty, we count them as affecting the worth of liberty, that is, the usefulness to persons of their liberties." (RAWLS, 1996, p. 326).

⁹⁹ “[...] the worth of the political liberties to all citizens, whatever their social or economic position, must be approximately equal, or at least sufficiently equal, in the sense that everyone has a fair opportunity to hold public office and to influence the outcome of political decisions.” (RAWLS, 1996, p. 327).

¹⁰⁰ Importante destacar que a garantia do valor equitativo deve ser aplicada somente às liberdades políticas, não havendo necessidade de estendê-la às demais liberdades básicas, pois as condições mínimas para que os indivíduos persigam suas concepções de bem já estão asseguradas por meio da noção de bens primários básicos. Ademais, pensar no valor equitativo das liberdades básicas acabaria por gerar distorções na distribuição de bens, como a exigência de provisões especiais a indivíduos em razão da centralidade de certos interesses em sua vida, algo similar a um princípio de satisfação proporcional, impraticável na concepção de justiça de Rawls. Para mais detalhes a respeito da posição de Rawls sobre o assunto ver RAWLS, 1996, p. 329-330.

políticas nos Estados Unidos. No contexto do processo eleitoral, Rawls aponta que uma das diretrizes para manter o valor equitativo das liberdades políticas seria

[...] a fim de manter os partidos políticos independentes de grandes concentrações de poder privado econômico e social em uma democracia com propriedade privada, e do controle governamental e poder burocrático em um regime liberal socialista. (RAWLS, 1996, p. 328, tradução nossa¹⁰¹)

Dessa forma, medidas como o financiamento público de campanhas políticas e gastos eleitorais e limitações nos valores das contribuições seriam essenciais para manter o valor equitativo das liberdades políticas. Contudo, a fim de garantir que essas medidas respeitem o chamado “núcleo central de aplicação” da liberdade de expressão política e da liberdade de imprensa enquanto liberdades básicas, Rawls estabelece algumas condições que devem ser seguidas.

A primeira delas é que

[...] não há restrições ao conteúdo do discurso; os arranjos em questão são, portanto, regulações que não favorecessem nenhuma doutrina política sobre qualquer outra. Eles são, de certa forma, regras de ordem para eleições e são requeridas para estabelecer um procedimento político justo em que o valor equitativo das iguais liberdades políticas é mantido. (RAWLS, 1996, p. 357, tradução nossa¹⁰²)

Isso significa que proibições como a observada em *Beauharnais*, em razão de atuarem sobre o conteúdo do discurso, não poderiam ser justificadas com base na alegação de que elas estariam sendo implementadas a fim de garantir o valor equitativo das liberdades básicas. Elas desrespeitam a primeira condição imposta pelo autor para determinar se uma determinada medida, que visa regular a liberdade de expressão política, estaria de acordo com a prioridade das liberdades básicas estabelecida pelo primeiro princípio de sua concepção de justiça. Ao rejeitar restrições ao conteúdo do discurso nesses casos, Rawls se coloca contrário à proibição prevista pela lei do estado de Illinois e à decisão da Suprema Corte no caso. Essa conclusão

¹⁰¹ “[...] to keep political parties independent of large concentrations of private economic and social power in a private-property democracy, and of government control and bureaucratic power in a liberal socialist regime.” (RAWLS, 1996, p. 328).

¹⁰² “[...] there are no restrictions on the content of speech; the arrangements in question are, therefore, regulations which favor no political doctrine over any other. They are, so to speak, rules of order for elections and are required to establish a just political procedure in which the fair value of the equal political liberties is maintained.” (RAWLS, 1996, p. 357).

pode ser aplicada também a outras legislações que visam proibir o discurso de ódio político, pois todas atuam sobre o conteúdo desse discurso.

A segunda condição imposta por Rawls é que

[...] os arranjos instituídos não podem impor qualquer fardo indevido nos diversos grupos políticos da sociedade e devem afetar a todos de uma maneira equitativa. Claramente, o que conta como um fardo indevido consiste em uma pergunta que, em casos particulares, deve ser respondida fazendo-se referência ao propósito de atingir o valor equitativo das liberdades políticas. (RAWLS, 1996, p. 357-358, tradução nossa¹⁰³)

Aqui, a preocupação de Rawls ao colocar essa segunda condição a ser respeitada pela regulação das liberdades políticas é a de assegurar que nenhum grupo político em particular seja prejudicado por ela de maneira arbitrária, isto é, sem uma justificativa devidamente embasada na sua concepção de justiça. A questão que se coloca com relação a essa condição, contudo, é justamente a definição do que seria um encargo indevido. Segundo Rawls, ela pode ser respondida remetendo à própria noção de valor equitativo. A segunda condição seria atendida na medida em que a regulação proposta tivesse como objetivo alcançar o valor equitativo das liberdades ora reguladas. Por exemplo, enquanto que a proibição de grandes contribuições de pessoas privadas ou empresas a candidatos políticos seria permitida, pois busca promover o valor equitativo das liberdades políticas, a proibição do uso de espaços públicos para protestos e passeatas políticas caminharia na direção oposta, uma vez que ela onera excessivamente grupos que não dispõem de outra localidade para se manifestar, violando a segunda condição.

No que se refere à decisão da Suprema Corte em *Beauharnais*, é possível argumentar que essa segunda condição também teria sido desrespeitada, uma vez que, ao impedir a manifestação de *Beauharnais*, ela estaria restringindo a liberdade de expressão de um grupo em particular, no caso, os partidários do conteúdo racista e difamatório veiculado nos panfletos. Esse argumento, entretanto, pode ser contestado, afirmando-se que o texto da lei representaria uma norma geral a ser seguida no debate público, não procurando prejudicar um

¹⁰³ “[...] the instituted arrangements must not impose “any undue burdens on the various political groups in society and must affect them all in an equitable manner. Plainly, what counts as an undue burden is itself a question, and in any particular case is to be answered by reference to the purpose of achieving the fair value of political liberties.” (RAWLS, 1996, p. 357-358).

grupo em particular, mas, sim, garantir que esse debate se dê em termos coerentes com a concepção de justiça de Rawls. De qualquer maneira, para os fins desta pesquisa, é importante ter em mente que apenas o fato da legislação objeto da discussão em *Beauharnais* atuar sobre o conteúdo do discurso já viola a primeira condição imposta por Rawls, não sendo necessário adentrar mais profundamente nas questões provocadas pela segunda condição.

Por fim, a terceira condição colocada por Rawls é que

[...] as várias regulações de discurso político devem ser racionalmente projetadas para atingir o valor equitativo das liberdades políticas. Enquanto que seria muito forte dizer que elas devem ser as regulações menos restritivas necessárias para se atingir esse fim – afinal, quem sabe qual seria a menos restritiva entre regulações igualmente eficazes –, de qualquer modo, essas regulações deixam de ser razoáveis quando alternativas igualmente eficazes e consideravelmente menos restritivas tornam-se conhecidas e disponíveis. (RAWLS, 1996, p. 358, tradução nossa¹⁰⁴)

Novamente, proibições como a autorizada pela Suprema Corte em *Beauharnais* enfrentariam dificuldades com essa condição imposta por Rawls. No que diz respeito à restritividade de uma medida que busca regular a liberdade de expressão política, aquelas que atuam sobre o conteúdo do discurso estão entre as mais restritivas, pois não se limitam a questões referentes ao modo, tempo ou lugar em que o discurso é proferido. Caso o fizessem, estaríamos diante de apenas mais uma regulação da liberdade de expressão, como tantas outras aceitáveis para Rawls. Entretanto, ao atuar sobre o conteúdo do discurso, a lei do estado de Illinois acabaria por invadir o “núcleo central de aplicação” da liberdade de expressão política, prejudicando o exercício dos poderes morais nos dois casos fundamentais. Ainda que se argumente em favor de medidas como essa, em razão de sua eficiência, elas só poderiam ser implementadas caso medidas menos restritivas e igualmente eficientes não estivessem à disposição, algo difícil de imaginar no âmbito da liberdade de expressão política.

Com a apresentação das três condições propostas para a regulação das liberdades políticas, concluímos nossa análise do pensamento rawlsiano no que se refere à prioridade das

¹⁰⁴ “[...] the various regulations of political speech must be rationally designed to achieve the fair value of the political liberties. While it would be too strong to say they must be the least restrictive regulations required to achieve this end – for who knows what the least restrictive among the equally effective regulations might be – nevertheless, these regulations become unreasonable once considerably less restrictive and equally effective alternatives are both known and available.” (RAWLS, 1996, p. 358).

liberdades básicas. A partir dessa análise, conseguimos apresentar diversos aspectos da teoria de Rawls que revelam sua oposição à decisão da Suprema Corte em *Beauharnais* e, conseqüentemente, a outras legislações voltadas à proibição do discurso de ódio político. Apresentamos, em primeiro lugar, a prioridade das liberdades básicas, que impediria a restrição de uma liberdade em razão de valores perfeccionistas ou considerações coletivas de bem comum. Em seguida, tratamos dos fundamentos dessa prioridade, a fim de clarificar o que Rawls entende pelo “núcleo-central de aplicação” de uma liberdade básica. Nesse ponto, destacamos que esse núcleo corresponde à área de exercício dessas liberdades considerada essencial para a concretização dos dois poderes morais. Por fim, ao abordarmos a questão da regulação da liberdade de expressão política, demonstramos que não se verificou em *Beauharnais* uma “crise constitucional” nos termos da definição do autor, o que, somado a sua rejeição a restrições ao conteúdo de um discurso na regulação dessa liberdade, confirmam nossa hipótese de que ele seria contrário a legislações que buscam proibir o discurso de ódio político, tal como visto no caso.

No capítulo seguinte, apresentaremos um caminho alternativo a partir do qual podemos chegar à mesma conclusão acerca do posicionamento de Rawls com relação à proibição ao discurso de ódio político. Nele, focaremos na discussão que Rawls promove da ideia de tolerância e seu exercício em relação aos intolerantes. Ainda, abordaremos a preocupação do autor com relação à estabilidade de sua concepção política de justiça. Ao analisarmos os conceitos que ele introduz para tratar dessa questão, em especial a ideia de razão pública e o dever de civilidade, poderemos determinar, mais uma vez, que Rawls seria contrário à decisão da Suprema Corte em *Beauharnais* e, conseqüentemente, a legislações que buscassem proibir o discurso de ódio político.

4. A QUESTÃO DA ESTABILIDADE NA CONCEPÇÃO DE JUSTIÇA DE RAWLS

No capítulo anterior, recorreremos à descrição dos fundamentos da prioridade das liberdades básicas na concepção de justiça de Rawls a fim de demonstrar que o autor seria contrário à decisão tomada pela Suprema Corte em *Beauharnais* e, conseqüentemente, a leis que tivessem como propósito a proibição ao discurso de ódio. Entretanto, existe outra forma de se argumentar em favor da mesma conclusão acerca do da posição assumida por Rawls, utilizando como fundamentação uma parte diferente de sua teoria. Ao apresentarmos essa linha de raciocínio alternativa, pretendemos fortalecer nossa argumentação, mostrando que a confirmação de nossa hipótese não depende de um aspecto trivial de seu pensamento, escondido em meio a reflexões sobre questões mais relevantes, mas que pode ser encontrada em diferentes pontos dele, inclusive naqueles mais centrais.

Neste capítulo, focaremos nossa análise na questão da estabilidade de uma concepção de justiça. No pensamento de Rawls, é possível distinguir entre a estabilidade e a justificação de sua teoria. Enquanto que a justificação diz respeito aos argumentos levantados a seu favor, a estabilidade se refere à aceitação desses argumentos. Para o autor, não era suficiente que sua concepção de justiça fosse coerente, era necessário que ela se mostrasse também estável, isto é, que os princípios de justiça fossem aceitos pelos membros de uma sociedade democrática. Ao longo de sua obra, Rawls ofereceu respostas distintas para esse enigma. Em *Uma teoria de justiça* (1999), ele recorre a aspectos da psicologia humana e ao ideal de autonomia kantiano. Já em *O liberalismo político* (1996), a questão da estabilidade torna-se central e Rawls dedica boa parte de seu livro a explicar como seria possível haver um consenso a respeito das instituições que compõem a estrutura básica da sociedade em um contexto de pluralismo de crenças e ideologias. Em razão disso, ele propõe uma série de reformulações a sua teoria e introduz novos conceitos, como a figura do consenso sobreposto e a ideia de razão pública.

A problemática a respeito da proibição do discurso de ódio político, por sua vez, pode ser vista como um desdobramento da questão da estabilidade. Ambas lidam com a questão de

como as instituições de uma sociedade democrática se comportam em um contexto marcado pela presença de uma ampla variedade de crenças e ideologias, muitas delas conflitantes. Dessa maneira, ao analisarmos as reflexões do autor acerca da estabilidade de sua concepção de justiça conseguiremos identificar novos argumentos que comprovam que ele seria contrário à proibição ao discurso de ódio político. Para tanto, nos concentraremos em dois momentos do pensamento do autor acerca da estabilidade. No primeiro, trataremos da discussão que Rawls promove da ideia de tolerância e seu exercício em relação aos intolerantes em *Uma teoria da justiça* (1999) e quais implicações ela tem sobre a questão da proibição do discurso de ódio político. Em seguida, nos debruçaremos sobre suas reflexões acerca da estabilidade em *O liberalismo político* (1996), em especial sobre a ideia de razão pública e maneira como ela afeta o debate político. Em diversos momentos, nossa investigação nos levará a retomar a prioridade das liberdades básicas e os outros temas abordados anteriormente, de modo que os argumentos que apresentamos neste capítulo acabam por complementar nossas reflexões prévias, contribuindo para a confirmação de nossa hipótese.

4.1. A TOLERÂNCIA EM RELAÇÃO AOS INTOLERANTES

Ainda que a problemática da estabilidade de uma concepção de justiça seja abordada em profundidade apenas em *O liberalismo político* (1996), é possível notar vestígios da preocupação do autor com o tema em diversos momentos em *Uma teoria da justiça* (1999). Uma dessas ocasiões é justamente a discussão acerca da tolerância em relação aos intolerantes. Segundo Rawls, existem inúmeras situações nas quais as instituições de uma sociedade democrática são confrontadas pela figura dos intolerantes, aqueles que discordam das próprias noções de equidade e liberdade que fundamentam a teoria de justiça. É o caso, por exemplo, de um partido político que advoga a derrubada da democracia ou de uma organização que prega a inferioridade de um determinado grupo de cidadãos. Em circunstâncias como essas, não ficaria claro se a tolerância seria coerente com os princípios de justiça a ponto de ser exigidas por eles, de modo que Rawls se viu obrigado a oferecer uma resposta para essa questão.

A fim de respondê-la, devemos, em primeiro lugar, buscar entender qual o fundamento da ideia de tolerância para o autor. Em *Uma teoria da justiça* (1999), ela é associada à liberdade moral e religiosa:

Tolerância não é derivada de necessidades práticas ou razões de Estado. As liberdades moral e religiosa decorrem do princípio da igual liberdade; e assumindo a prioridade desse princípio, o único fundamento para se negar iguais liberdades é evitar uma injustiça ainda maior, uma perda ainda maior de liberdade. (RAWLS, 1999, p. 188, tradução nossa¹⁰⁵)

De acordo com essa visão, a tolerância seria uma consequência dessas liberdades, de modo que a necessidade de exercitá-la decorreria do primeiro princípio de justiça. A prioridade atribuída a esse princípio em razão da ordem lexical prevê que as liberdades básicas só podem ser restringidas em circunstâncias nas quais não fazê-lo levaria a uma perda ainda maior de liberdade. Assim, no que se refere aos intolerantes, devemos verificar se existe uma justificativa válida para restringir a sua liberdade de consciência, afinal, a sua intolerância nada mais é do que uma expressão de suas crenças, a qual merece proteção nos termos da teoria de justiça. Antes de abordar a questão, contudo, Rawls destaca a necessidade de distinguirmos entre as diferentes problemáticas envolvidas nela:

Primeiro, há a questão se uma seita intolerante possui algum direito de reclamar se não for tolerada; segundo, sob quais condições seitas tolerantes têm o direito de não tolerar aqueles que são intolerantes, e último, quando elas possuem o direito de não tolerá-los, para quais fins ele deve ser exercitado. (RAWLS, 1999, p. 190, tradução nossa¹⁰⁶)

Dentre essas questões, apenas as duas últimas são de nosso interesse, referentes às condições que devem se verificar a fim de que a tolerância em relação aos intolerantes não seja mais exigida e os propósitos que justificam a recusa em exercitá-la. De imediato, Rawls afasta a necessidade de se exercitar a tolerância em situações nas quais se verifica uma ameaça à vida ou segurança, afinal não seria razoável exigir de um indivíduo que ele abandone seu direito à autopreservação nessas situações. Diante dessa conclusão, ele propõe uma reformulação ao nosso questionamento:

¹⁰⁵ “Toleration is not derived from practical necessities or reasons of state. Moral and religious freedom follows from the principle of equal liberty; and assuming the priority of this principle, the only ground for denying equal liberties is to avoid an even greater injustice, an even greater loss of liberty.” (RAWLS, 1999, p. 188).

¹⁰⁶ “First, there is the question whether an intolerant sect has any title to complain if it is not tolerated; second, under what conditions tolerant sects have a right not to tolerate those which are intolerant; and last, when they have the right not to tolerate them, for what ends it should be exercised.” (RAWLS, 1999, p. 190).

Uma vez que nunca pode ser vantajoso para um homem, de um ponto de vista geral, abandonar seu direito à autopreservação, a única questão, então, é se os tolerantes possuem um direito de barrar os intolerantes quando eles não representam um perigo imediato às iguais liberdades de outros (RAWLS, 1999, p. 192, tradução nossa¹⁰⁷)

Retornamos, portanto, à situação narrada no início desse tópico, em que, em meio a uma sociedade regida pelos princípios de justiça, surge um partido político ou organização que rejeita os próprios fundamentos da concepção de justiça, mas que não representa um dano direto e imediato à sociedade ou às liberdades dos demais indivíduos. Em casos como esse, o autor aponta que a própria confiança na estabilidade de uma sociedade organizada a partir dos princípios de justiça ofereceria uma resposta:

Se uma seita intolerante aparece em uma sociedade bem-ordenada, os outros devem ter em mente a estabilidade inerente de suas instituições. [...] Assim, mesmo que uma seita intolerante venha a surgir, desde que ela não seja muito forte inicialmente a ponto de poder impor suas visões imediatamente, ou que não cresça tão rapidamente que o princípio psicológico não tenha tempo de se firmar, ela tenderá a perder sua intolerância e aceitar a liberdade de consciência. (RAWLS, 1999, p. 192-193, tradução nossa¹⁰⁸)

Entretanto, conforme o próprio autor admite em *O liberalismo político*, sua explicação da estabilidade fundada na psicologia humana e na ideia de uma sociedade bem ordenada se mostrava bastante problemática. Apesar dessa ressalva, é interessante notar como ele já considerava a tolerância em relação aos intolerantes uma questão diretamente relacionada à estabilidade dos dois princípios de justiça. Ademais, eventuais ressalvas com relação à maneira como Rawls defende a estabilidade de sua teoria não alteram a conclusão com relação à tolerância em relação aos intolerantes:

[...] enquanto uma seita intolerante não possui o direito de reclamar de intolerância, sua liberdade deve ser limitada apenas quando os tolerantes sinceramente e com razão acreditam que sua própria segurança e a das

¹⁰⁷ “Since it can never be to a men’s advantage, from a general point of view, to forgo the right of self-protection, the only question, then, is whether the tolerant have a right to curb the intolerant when they are of no immediate danger to the equal liberties of others.” (RAWLS, 1999, p. 192).

¹⁰⁸ “If an intolerant sect appears in a well-ordered society, the others should keep in mind the inherent stability of their institutions. [...] So even if an intolerant sect should arise, provided that it is not so strong initially that it can impose its will straightway, or does not grow so rapidly that the psychological principle has no time to take hold, it will tend to lose its intolerance and accept liberty of conscience.” (RAWLS, 1999, p. 192-193).

instituições de liberdade estão em perigo. (RAWLS, 1999, p. 193, tradução nossa¹⁰⁹)

Dessa maneira, podemos concluir que o exercício da tolerância em relação aos intolerantes segue as mesmas regras previstas para a restrição das liberdades básicas, de modo que ela só deixaria de ser exigida em circunstâncias nas quais fosse inevitável combater os intolerantes, a fim de se preservar as instituições que compõem a estrutura básica da sociedade e evitar que uma perda maior de liberdade se concretize. Rawls, contudo, ainda oferece uma ressalva a respeito do raciocínio por trás da restrição de liberdade que se verifica nesses casos:

[...] deve ser notado que mesmo quando a liberdade dos intolerantes é limitada para salvaguardar uma constituição justa, isso não é feito em nome de maximizar a liberdade. As liberdades de alguns não são suprimidas simplesmente para tornar possível uma maior liberdade para outros. [...] É apenas a liberdade dos intolerantes que é limitada, e isso é feito pelo bem da igual liberdade sob uma constituição justa cujos princípios os próprios intolerantes aceitariam na posição original. (RAWLS, 1999, p. 193, tradução nossa¹¹⁰)

Com isso, concluímos nossa abordagem a respeito da questão da tolerância em relação aos intolerantes. Resta abordar a relevância dessa discussão para nossa hipótese, afinal, ainda não está claro de que maneira é possível extrair um posicionamento do autor em relação à proibição ao discurso político a partir das questões ora abordadas. Para tanto, devemos retomar nosso objeto de discussão no primeiro capítulo desta pesquisa, o caso *Beauharnais*. Tomando-o como exemplo, veremos que as circunstâncias do caso são extremamente semelhantes às verificadas nos exemplos apresentados por Rawls ao tratar da tolerância em relação aos intolerantes. Os juízes divergiam a respeito da posição a ser tomada em relação a um discurso racista e difamatório que contrariava os ideais de igualdade previstos em sua constituição, o mesmo dilema abordado neste tópico. Isso significa que podemos aplicar à *Beauharnais* os mesmos critérios utilizados para determinar quando o exercício da tolerância é devido. Uma vez que não foram verificadas ameaças concretas à liberdade dos indivíduos

¹⁰⁹ “[...] while an intolerant sect does not itself have title to complain of intolerance, its freedom should be restricted only when the tolerant sincerely and with reason believe that their own security and that of the institutions of liberty are in danger.”(RAWLS, 1999, p. 193).

¹¹⁰ “[...] it should be noted that even when the freedom of the intolerant is limited to safeguard a just constitution, this is not done in the name of maximizing liberty. The liberties of some are not suppressed simply to make possible a greater liberty for others. [...] It is only the liberty of the intolerant which is to be limited, and this is done for the sake of equal liberty under a just constitution the principles of which the intolerant themselves would acknowledge in the original position.”(RAWLS, 1999, p. 193).

vitimados pelo discurso em questão ou às instituições da sociedade, é correto afirmar que estamos diante de circunstâncias nas quais o autor defenderia o exercício da tolerância. Rawls, portanto, seria contrário à decisão da Suprema Corte que proibiu o discurso, conforme revelam suas reflexões acerca da questão da tolerância em relação aos intolerantes.

Assim, a partir da investigação realizada neste tópico, pudemos confirmar nossa hipótese recorrendo a elementos distintos do pensamento do autor, tornando-a ainda mais sólida. Daremos continuidade a esse processo, a seguir, demonstrando como é possível sustentar nossa hipótese a partir de elementos presentes na abordagem do autor acerca da questão da estabilidade em *O liberalismo político* (1996).

4.2. A BUSCA POR ESTABILIDADE EM O LIBERALISMO POLÍTICO E A IDEIA DE RAZÃO PÚBLICA

Ao longo do tempo, o pensamento de Rawls recebeu diversas críticas, a maior parte direcionada a sua descrição da posição original e à formulação dos princípios de justiça. Entretanto, nenhuma delas preocupou o autor tanto quanto a questão da estabilidade. Sua preocupação foi tamanha que o levou a propor uma série de reformulações a sua teoria a fim de acomodar suas inquietações. Assim, neste tópico, abordaremos algumas dessas reformulações, em especial a ideia de razão pública, a fim de verificar como a nova resposta que Rawls oferece para a questão da estabilidade afeta a fundamentação de seu posicionamento em relação à decisão da Suprema Corte em *Beauharnais*.

A problemática da estabilidade pode ser dividida em duas questões:

[...] a primeira é se pessoas que crescem sob instituições justas (conforme definidas pela concepção política) adquirem um senso de justiça normalmente suficiente de modo que elas geralmente obedeçam a tais instituições. A segunda questão é se, diante dos fatos gerais que caracterizam a cultura política pública de uma democracia e, em particular, o fato do pluralismo razoável, a concepção política pode ser o foco de um consenso sobreposto. (RAWLS, 1996, p. 141, tradução nossa¹¹¹)

¹¹¹ “[...] the first is whether people who grow up under just institutions (as the political conception defines them) acquire a normally sufficient sense of justice so that they generally comply with those institutions. The second question is whether in view of the general facts that characterize a democracy’s public political culture, and in

Enquanto a primeira pôde ser respondida em *Uma teoria da justiça* (1999), recorrendo-se à psicologia humana a fim de demonstrar que os membros da sociedade desenvolveriam um senso de justiça que os levaria a honrar os princípios de justiça, a segunda se mostrou um problema para o pensamento de Rawls, em razão da realidade do mundo contemporâneo, marcada pela pluralidade de doutrinas religiosas, ideológicas e morais.

O autor resume esse novo desafio a sua concepção de justiça por meio dos seguintes questionamentos:

Como é possível que possa existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais, profundamente dividida por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, porém, incompatíveis? Colocado de outra forma: como é possível que doutrinas abrangentes profundamente opostas, ainda que razoáveis, possam viver juntas e que todas afirmem a concepção política de um regime constitucional? Qual a estrutura e o conteúdo de uma concepção política capaz de ganhar o apoio de um consenso sobreposto como esse? (RAWLS, 1999, p. xviii, tradução nossa¹¹²)

A busca por respostas a essas questões requereu uma série de alterações na concepção original de justiça do autor. A principal delas é a caracterização de sua concepção de justiça como uma concepção política, de escopo mais restrito:

Enquanto uma concepção como essa é, claro, uma concepção moral, ela é uma concepção moral elaborada para um tipo específico de tema, a saber, instituições políticas, sociais e econômicas. Em particular, ela se aplica ao que vou chamar de “estrutura básica” da sociedade que, para nossos propósitos, eu considero ser uma democracia constitucional moderna. [...] O foco inicial, então, de uma concepção política de justiça é a moldura de instituições básicas e os princípios, padrões e preceitos que se aplicam a ela, assim como as normas que são expressas no caráter e atitudes dos membros da sociedade que concretizam esses ideais. (RAWLS, 1996, p. 11-12, tradução nossa¹¹³)

particular the fact of reasonable pluralism, the political conception can be the focus of an overlapping consensus.” (RAWLS, 1996, p. 141).

¹¹² “How it is possible that there may exist over time a stable and just society of free and equal citizens profoundly divided by reasonable though incompatible religious, philosophical, and moral doctrines? Put another way: How is it possible that deeply opposed though reasonable comprehensive doctrines may live together and all affirm the political conception of a constitutional regime? What is the structure and content of a political conception that can gain the support of such an overlapping consensus?” (RAWLS, 1999, p. xviii).

¹¹³ “While such a conception is, of course, a moral conception, it is a moral conception worked out for a specific kind of subject, namely, for political, social, and economic institutions. In particular, it applies to what I shall call the “basic structure” of society, which for our present purposes I take to be a modern constitutional democracy. [...] The initial focus, then, of a political conception of justice is the framework of basic institutions and the

Essa restrição de escopo implica no estabelecimento de uma distinção entre concepções políticas e o que o autor chama de doutrinas abrangentes (*comprehensive doctrines*). Enquanto concepções políticas caracterizam-se por seu objeto limitado, doutrinas abrangentes, conforme o próprio nome indica, transcendem o domínio do político, adentrando na moral e na filosofia com o objetivo de abarcar todos os valores e virtudes em um único sistema de ideias. São exemplos de doutrinas abrangentes uma religião, como o islamismo; uma concepção de moral, como o utilitarismo; e até mesmo concepções políticas, como o liberalismo tradicional, cuja fundamentação depende em boa medida da filosofia kantiana.

Em razão de seu escopo reduzido, concepções políticas são apresentadas como visões auto-sustentáveis (*free-standing views*):

[...] um fator distintivo de uma concepção política é que ela é apresentada livre e a parte de, ou sem referência a, qualquer plano de fundo mais amplo. [...] a concepção política é um módulo, uma parte constitutiva essencial, que encaixa e pode ser sustentada por várias doutrinas abrangentes razoáveis que perduram em uma sociedade regulada por ela. (RAWLS, 1996, p. 12-13, tradução nossa¹¹⁴)

Isso significa que sua fundamentação não está atrelada a uma doutrina abrangente específica, podendo se dar em referência a diversas doutrinas abrangentes distintas e até mesmo conflitantes, desde que razoáveis. Ao justificarem-se unicamente pelo seu caráter político, sem precisarem recorrer a doutrinas metafísicas ou epistemológicas específicas, essas concepções permitem avaliar as instituições de uma sociedade a partir de pontos de vista imparciais publicamente reconhecíveis.

Ao reformar a sua teoria de justiça a fim de caracterizá-la enquanto uma concepção política de justiça, Rawls buscou adequá-la a um contexto de pluralismo de doutrinas abrangentes. Seu objetivo com isso era criar um consenso sobreposto (*overlapping consensus*) em torno dela, isto é, um consenso compartilhado por todos os membros da sociedade,

principles, standards, and precepts that apply to it, as well as how those norms are to be expressed in the character and attitudes of the members of society who realize its ideals.” (RAWLS, 1996, p. 11-12).

¹¹⁴ “[...] a distinguishing feature of a political conception is that it is presented as free-standing and expounded apart from, or without reference to, any such wider background. [...] the political conception is a module, an essential constituent part, that fits into and can be supported by various reasonable comprehensive doctrines that endure in the society regulated by it.” (RAWLS, 1996, p. 12-13).

independentemente da doutrina abrangente que professassem, uma vez que todas elas endossariam a concepção política de justiça a partir de uma perspectiva própria. Na medida em que o objeto desse consenso é a própria concepção de justiça, ele não deve ser confundido com o estabelecimento de um mero *modus vivendi*, em que o consenso social é resultado de um acordo político fundado apenas em razões contingentes e interesses particulares¹¹⁵. Isso fica evidente na seguinte afirmação do autor:

Um consenso sobreposto, portanto, não é meramente um consenso em aceitar certas autoridades, ou em obedecer a certos arranjos institucionais, fundado em uma convergência de interesses próprios ou coletivos. Todos que afirmam a concepção política começam dentro de suas próprias visões abrangentes e partem dos fundamentos religiosos, filosóficos e morais que elas oferecem. (RAWLS, 1996, p. 147, tradução nossa¹¹⁶)

Isso revela uma característica importante da estabilidade a que Rawls almeja para sua concepção de justiça. É necessário que essa estabilidade seja pelas razões certas, isto é, que os cidadãos a aceitem em virtude das razões dadas pela concepção abrangente de justiça que afirmam. Aí reside seu caráter desafiador, caso contrário, ela poderia ser estabelecida por meio do emprego de poder coercitivo pelo Estado, o que obviamente contrariaria os princípios de justiça e a prioridade das liberdades básicas.

Ademais, o consenso sobreposto se aplicaria somente ao que Rawls chama de um pluralismo razoável. Diferentemente de uma simples variedade de doutrinas e visões, o pluralismo razoável

[...] é o fato que, entre as visões que se desenvolvem, há uma diversidade de doutrinas abrangentes razoáveis. Essas são as doutrinas que cidadãos razoáveis afirmam e que o liberalismo político deve abordar. Elas não são simplesmente o resultado de interesses próprios ou de classe, ou da tendência compreensível das pessoas enxergarem o mundo político de um ponto de vista limitado. Em vez disso, elas são, em parte, o trabalho da razão prática

¹¹⁵ Como exemplo de um *modus vivendi*, Rawls descreve um tratado entre dois Estados cujos objetivos e interesses os colocam em conflito. Ainda que eles se disponham a chegar a um acordo a fim de equilibrar seus interesses, não há estabilidade nesse caso, uma vez que, assim que as circunstâncias se alterassem, ambos estariam prontos para dar continuidade à persecução de seus objetivos a expensas do outro. (RAWLS, 1996, p. 147).

¹¹⁶ “An overlapping consensus, therefore, is not merely a consensus on accepting certain authorities, or on complying with certain institutional arrangements, founded on a convergence of self- or group interests. All those who affirm the political conception start from within their own comprehensive view and draw on the religious, philosophical, and moral grounds it provides.” (RAWLS, 1996, p. 147).

livre dentro da estrutura de instituições livres. (RAWLS, 1996, p. 36-37, tradução nossa¹¹⁷)

Diante dessa limitação, é de se questionar se as doutrinas seguidas por organizações como a descrita em *Beauharnais*, cujos preceitos contrariam os próprios fundamentos da concepção política de justiça, estariam inseridas no que Rawls entende pelo pluralismo razoável. Ocorre que, mais do que um juízo de valor acerca das doutrinas abrangentes, no sentido de avaliá-las como justas ou injustas, a ideia de razoabilidade tem como propósito qualificar essas doutrinas como frutos do uso livre da razão e não como meras coincidências históricas ou fatos brutos sobre os quais devemos nos debruçar. Ainda, é possível argumentar que *Beauharnais* e sua organização concordariam com boa parte dos pontos que comporiam o consenso sobreposto, ao menos o suficiente para que respeitassem as instituições da estrutura básica da sociedade a ponto de enxergarem nela um possível veículo de transformação da sociedade.

A fim de assegurar a estabilidade da concepção política de justiça, é necessário que haja um consenso sobreposto também a respeito de quais razões são aceitáveis no fórum público, isto é, quais justificativas podem ser apresentadas aos partidários das mais diversas doutrinas abrangentes como razoáveis e capazes de fundamentar, perante todos, decisões a respeito de questões políticas fundamentais. É nesse ponto que Rawls introduz o foco de nossa investigação neste tópico, a ideia de razão pública. Ela trata da forma como deve ser entendida a relação política nas sociedades democráticas e estabelece os valores políticos e morais básicos que guiam a relação entre o governo nessas sociedades e seus cidadãos, bem como a destes uns com os outros. Ao abordarmos esse conceito, pretendemos verificar se um discurso como o veiculado em *Beauharnais* seria compatível com a ideia de razão pública e, em caso de resposta negativa, se ela ofereceria algum tipo de fundamento para a sua restrição.

Focaremos nossa análise na última formulação da ideia de razão pública proposta pelo autor, exposta no artigo *A ideia de razão pública revisitada* (1997). Neste artigo, Rawls

¹¹⁷ “[...] is the fact that among the views that develop are a diversity of reasonable comprehensive doctrines. These are the doctrines that reasonable citizens affirm and that political liberalism must address. They are not simply the upshot of self- and class interests, or of people’s understandable tendency to view the political world from a limited standpoint. Instead, they are in part the work of free practical reason within the framework of free institutions.” (RAWLS, 1996, p. 36-37).

apresenta de maneira mais incisiva sua concepção do político. Nela, o espaço político não é mais visto como o palco de lutas incansáveis em busca de uma verdade universal, mas como um ponto de convergência entre as diversas doutrinas abrangentes. Para tanto, ele propõe o exercício de uma razão pública, uma esfera de racionalidade em que doutrinas abrangentes sobre a verdade e o certo dão lugar à ideia do politicamente razoável, capaz de ser aceito e dirigido a todos os cidadãos. Entretanto, assim como no caso do consenso sobreposto, a ideia de razão pública possui limites quanto ao tipo de doutrina que pode ser recepcionada por ela. No início do artigo, o autor aponta uma ressalva acerca do tipo de doutrinas que estariam afastadas da razão pública:

Central à ideia da razão pública está a noção de que ninguém deve criticar ou atacar qualquer doutrina abrangente, religiosa ou não, exceto na medida em que essa doutrina for incompatível com os essenciais da razão pública e política democrática. O requisito básico é o de que uma doutrina razoável aceite um regime democrático constitucional e sua ideia adjacente de direito legítimo. (RAWLS, 1997, p. 776, tradução nossa¹¹⁸)

Novamente, tendo em mente *Beauharnais*, pode-se levantar a questão relativa à compatibilidade de doutrinas que contrariam os fundamentos da concepção de justiça com a ideia de razão pública. Entretanto, nada que pudemos observar no caso indica que os responsáveis pela emissão do discurso retratado nele seriam contrários ao regime de uma democracia constitucional ou ao direito legítimo. Inclusive, o próprio fato do discurso em questão consistir em um apelo às instituições democráticas descarta essa opção.

Por outro lado, logo em seguida, Rawls aponta que

Aqueles que rejeitam uma democracia constitucional com seu critério de reciprocidade vão, com certeza, rejeitar a própria ideia de razão pública. Para eles, a relação política pode ser como aquela de amigo ou inimigo, aqueles de uma comunidade religiosa ou secular em particular ou aqueles que não o são; ou ela pode ser uma luta incansável para vencer o mundo para toda a verdade. O liberalismo político não engaja aqueles que pensam dessa forma. O zelo de incorporar toda a verdade na política é incompatível com uma ideia de razão pública que pertence junto à cidadania democrática. (RAWLS, 1997, p. 766-767, tradução nossa¹¹⁹)

¹¹⁸ “Central to the idea of public reason is that it neither criticizes nor attacks any comprehensive doctrine, religious or nonreligious, except insofar as that doctrine is incompatible with the essentials of public reason and a democratic polity. The basic requirement is that a reasonable doctrine accepts a constitutional democratic regime and its companion idea of legitimate law.” (RAWLS, 1997, p. 776).

¹¹⁹ “Those who reject constitutional democracy with its criterion of reciprocity will of course reject the very idea of public reason. For them the political relation may be that of friend or foe, to those of a particular religious or secular community or those who are not; or it may be a relentless struggle to win the world for the whole truth.

Ao contrário da afirmação anterior, esta parece excluir do escopo da razão pública doutrinas como as professadas pela organização retratada em *Beauharnais*. Seu caráter racista contrariaria o critério de reciprocidade em torno do qual as democracias constitucionais seriam restringidas e o conteúdo do discurso indica uma forte relação de inimizade, dois aspectos que apontam na direção contrária do que prega a ideia de razão pública. Devemos nos lembrar, contudo, que o foco de nossa análise não é a aceitação da razão pública pelos partidários de doutrinas como a vista em *Beauharnais*, mas, sim, se a razão pública exige, em alguma medida, a proibição do discurso proferido por representantes dessas doutrinas. Assim, antes de chegarmos a qualquer conclusão a respeito dela, devemos abordar a ideia de razão pública com mais profundidade, a fim de melhor delimitar as circunstâncias nas quais ela atuaria.

A ideia de razão pública possui uma estrutura bem definida, composta por cinco aspectos diferentes:

“(i) as questões políticas fundamentais às quais ela se refere, (ii) as pessoas a quem ela se aplica, (iii) seu conteúdo, dado por uma família de concepções políticas de justiça razoáveis, (iv) a aplicação desse conjunto de concepções em questões referentes à promulgação pelo legislativo de normas coercitivas direcionadas a um povo democrático e (v) a checagem, pelos cidadãos, de que os princípios derivados da concepção de justiça satisfazem um critério de reciprocidade. (RAWLS, 1997, p. 767, tradução nossa¹²⁰)

Em relação ao primeiro aspecto, a razão pública não se refere a quaisquer discussões acerca de questões políticas fundamentais, mas apenas àquelas que se dão no fórum público que, por sua vez, pode ser dividido em três contextos distintos: o dos juízes ao julgarem e decidirem, o do discurso de membros do governo e o do discurso de candidatos a cargos públicos. Ao delimitar os contextos nos quais a razão pública opera, traça-se um limite claro ao seu campo de atuação. Assim, quaisquer questões que estivessem aquém do fórum público pertenceriam ao domínio da cultura de fundo (*background culture*), na qual se aplicariam

Political liberalism does not engage those who think this way. The zeal to embody the whole truth in politics is incompatible with an idea of public reason that belongs with democratic citizenship.” (RAWLS, 1997, p. 766-767).

¹²⁰ “(1) the fundamental political questions to which it applies; (2) the persons to whom it applies (government officials and candidates for public office); (3) its content as given by a family of reasonable political conceptions of justice; (4) the application of these conceptions in discussions of coercive norms to be enacted in the form of legitimate law for a democratic people; and (5) citizens’ checking that the principles derived from their conceptions of justice satisfy the criterion of reciprocity.” (RAWLS, 1997, p. 767).

apenas razões não públicas, como ocorre em universidades, igrejas e outros espaços nos quais predominam doutrinas abrangentes. O segundo aspecto também busca impor limites ao campo da razão pública, mas o faz em relação às pessoas às quais ela se aplica. Conforme evidencia o limite do fórum público, o uso da razão pública se restringe a juízes, membros do governo e candidatos a cargos públicos. Aos cidadãos ordinários, resta apenas a promoção do ideal da razão pública, que abordaremos mais adiante.

Os demais aspectos estão intimamente relacionados entre si. A ideia de razão pública surge da concepção de cidadania democrática em uma democracia constitucional. A questão que se coloca com essa concepção é a de quais seriam os princípios e ideais a partir dos quais os cidadãos que ocupam o poder político podem justificar seu exercício perante os demais. Trata-se justamente da problemática trazida pelo terceiro e quarto aspectos da estrutura da razão pública quando vistos em conjunto, referentes ao conteúdo da razão pública e sua aplicação na atividade legislativa, respectivamente. A resposta para essa questão, por sua vez, reside no quinto elemento da estrutura, referente ao critério de reciprocidade. Segundo esse critério, os cidadãos agiriam de maneira razoável na medida em que, enquanto cidadãos livres e iguais, propusessem termos equitativos de cooperação considerados razoáveis e que outros cidadãos estivessem dispostos a aceitá-los. O critério de reciprocidade impõe restrições aos cidadãos, de modo que nem todo princípio ou ideal pode ser levantado para sustentar o exercício do poder político em uma democracia constitucional. Para tanto, é necessário submetê-lo, antes, à ideia de razão pública.

Diante da estrutura da razão pública, podemos afirmar que um discurso tal qual visto em *Beauharnais* não seria compatível com a ideia de razão pública. Seu conteúdo racista contraria o fundamento de igualdade a partir do qual a concepção política de justiça é construída e as razões nele expostas jamais poderiam ser aceitas por todos, visto que elas contrariam o critério de reciprocidade. Entretanto, no que se refere à questão de sua proibição, não é possível chegar a conclusões apenas a partir da análise da estrutura da ideia de razão pública, de modo que devemos atentar à figura do ideal da razão pública, a fim de verificar o que Rawls diz a respeito dela. De acordo com o autor,

Esse ideal é concretizado, ou satisfeito, sempre que juízes, legisladores, chefes de executivo e outros membros do governo, assim como candidatos a

cargos públicos atuam a partir e seguem a ideia de razão pública e explicam aos outros cidadãos suas razões por apoiar posições políticas fundamentais nos termos da concepção política de justiça que eles consideram a mais razoável. Dessa forma, eles cumprem com o que vou chamar de seu dever de civilidade para consigo mesmos e para com os demais cidadãos. (RAWLS, 1997, p. 768-769, tradução nossa)¹²¹

Haveria, portanto, um dever de cumprir com os ditames da ideia de razão pública¹²². A difusão de um discurso como visto em *Beauharnais*, por sua vez, parece conflitar com ele, visto que se trata de um discurso que, em razão de seu conteúdo racista e difamatório, contraria o critério de reciprocidade e a própria ideia de razão pública. Ocorre que, por se tratar de um discurso proferido por um cidadão comum e no contexto da cultura de fundo, ele estaria fora do âmbito da razão pública, não podendo se falar em qualquer tipo de dever nessas circunstâncias.

Rawls, contudo, aborda como se daria o cumprimento do “dever de civilidade” (*duty of civility*) pelos cidadãos comuns, como *Beauharnais*. Nesses casos,

[...] cidadãos devem pensar em si mesmos como se fossem legisladores e se perguntar quais leis, sustentadas por quais razões que satisfazem o critério de reciprocidade, eles acreditam ser as mais razoáveis de serem promulgadas. Quando firme e generalizada, a disposição dos cidadãos de enxergarem a si mesmos como legisladores ideais, e a repudiar membros do governo e candidatos que violam a razão pública, é uma das raízes políticas e sociais da democracia e é vital para sua força e vigor duradouros. Assim, cidadãos cumprem com seu dever de civilidade e apoiam a ideia de razão pública ao fazer o que podem para manter os membros do governo comprometidos com ela. (RAWLS, 1997, p. 769, tradução nossa)¹²³)

¹²¹ “This ideal is realized, or satisfied, whenever judges, legislators, chief executives, and other government officials, as well as candidates for public office, act from and follow the idea of public reason and explain to other citizens their reasons for supporting fundamental political positions in terms of the political conception of justice they regard as the most reasonable. In this way they fulfill what I shall call their duty of civility to one another and to other citizens.” (RAWLS, 1997, p. 768-769).

¹²² Nesse ponto, é importante ter em mente que a civilidade a qual Rawls se refere quando trata do dever de civilidade, não se refere à forma em que um discurso é veiculado, isto é, se ele é proferido de maneira educada ou agressiva, mas sim ao seu conteúdo e se ele está em conformidade com o que prevê a ideia de razão pública. A forma em que o discurso é proferido, portanto, não é importante para Rawls no que diz respeito a sua adequação à ideia de razão pública. Esse ponto é relevante, visto que as legislações que buscam proibir o discurso de ódio político o fazem não apenas em razão de seu conteúdo, mas também pelo modo em que ele é emitido, conforme pudemos observar nos exemplos apresentados no primeiro capítulo desta pesquisa.

¹²³ “[...] citizens are to think of themselves as if they were legislators and ask themselves what statutes, supported by what reasons satisfying the criterion of reciprocity, they would think it most reasonable to enact. When firm and widespread, the disposition of citizens to view themselves as ideal legislators, and to repudiate government officials and candidates for public office who violate public reason, is one of the political and social roots of

A observância do dever de civilidade, portanto, se aplicaria aos cidadãos comuns e é vital para a construção de uma cultura política que contribua para manutenção da estabilidade e legitimidade de uma sociedade democrática. Esse dever assegura que decisões sobre questões políticas fundamentais sejam justificadas apenas fazendo uso de argumentos que possam ser aceitos por todos em conformidade com o que estabelece a concepção política de justiça. Se atentarmos para nosso caso, parece evidente que Beauharnais viola o “dever de civilidade” ao autorizar a distribuição dos panfletos de sua organização pelas ruas de Chicago, uma vez que estaria pleiteando diretamente a seus governantes que dedicassem seus esforços em favor de uma missão claramente racista, que não encontra justificativa na concepção política de justiça e tampouco é compatível com a ideia de razão pública. Ocorre que Rawls é enfático ao qualificar o dever de civilidade enquanto um dever moral e não legal, justamente em razão da proteção que confere à liberdade de expressão em sua teoria:

Esse dever, assim como outros direitos e deveres políticos, é intrinsecamente um dever moral. Eu enfatizo que não ele não é um dever legal, pois se esse fosse o caso, ele seria incompatível com a liberdade de expressão. (RAWLS, 1997, p. 769, tradução nossa¹²⁴)

Nesse ponto, é possível verificar como a teoria de Rawls forma um todo coerente em que elementos que podem parecer distantes em um primeiro momento acabam por se comunicar diretamente, contribuindo para a coerência de seu projeto teórico. No que se refere ao dever de civilidade, por sua vez, verificamos que, em razão de seu caráter intrinsecamente moral, ele não pode ser levantado como justificativa para a imposição de medidas coercitivas contra aqueles que insistem em proferir esse tipo de discurso, visto que isso seria incompatível com a liberdade de expressão política. Assim, mesmo que se trate de um discurso que contrarie a ideia de razão pública, ele deve ser permitido. Essa conclusão é coerente com a observação que o autor faz no fim de seu artigo a respeito de como a concepção política de justiça lidaria com a questão das doutrinas não razoáveis:

Até onde doutrinas não razoáveis podem ser ativas e devem ser toleradas em um regime democrático constitucional não apresenta uma questão nova e diferente, a despeito do fato de que nessa descrição da razão pública nós focamos na ideia do razoável e no papel de cidadãos razoáveis. Não há uma

democracy, and is vital to its enduring strength and vigor. Thus citizens fulfill their duty of civility and support the idea of public reason by doing what they can to hold government officials to it.” (RAWLS, 1997, p. 769).

¹²⁴ “This duty, like other political rights and duties, is an intrinsically moral duty. I emphasize that it is not a legal duty, for in that case it would be incompatible with freedom of speech.” (RAWLS, 1997, p. 769).

interpretação de tolerância para doutrinas razoáveis e outra para as não razoáveis. Ambos os casos são resolvidos pelos princípios de justiça políticos apropriados e as condutas que esses princípios permitem. (RAWLS, 1997, p. 806, tradução nossa¹²⁵)

Foi justamente isso que buscamos fazer neste capítulo. Desde nossa abordagem do exercício da tolerância em relação aos intolerantes até a descrição do dever de civilidade na ideia de razão pública, buscamos investigar a resposta que o autor oferece à questão da estabilidade. Nessa investigação, pudemos compreender os princípios que norteiam a concepção de justiça de Rawls a respeito dessa problemática e a partir dessa compreensão, aplica-los a uma situação prática em que fomos confrontados com a figura de intolerantes e daqueles que se encontram no limiar da razoabilidade das doutrinas abrangentes. Ainda que o pensamento do autor não seja capaz de responder a todos os desafios que a existência de doutrinas não razoáveis impõe a sua concepção de justiça, ao menos no que se refere à proibição do conteúdo de discursos como aquele retratado em *Beauharnais*, podemos dizer que ele seria contrário a ela. Essa conclusão reforça nossa argumentação e, com isso, permite-nos reafirmar nossa hipótese acerca do posicionamento de Rawls em relação a legislações que buscam proibir o discurso de ódio político.

¹²⁵ “How far unreasonable doctrines may be active and are to be tolerated in a constitutional democratic regime does not present a new and different question, despite the fact that in this account of public reason we have focused on the idea of the reasonable and the role of reasonable citizens. There is not one account of toleration for reasonable doctrines and another for unreasonable ones. Both cases are settled by the appropriate political principles of justice and the conduct those principles permit.”(RAWLS, 1997, p. 806).

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a realizar um estudo crítico da concepção de justiça de Rawls com o objetivo de verificar se seria possível evidenciar, a partir de seus escritos, um posicionamento a respeito da proibição ao discurso de ódio político, isto é, se sua teoria de justiça seria capaz de oferecer uma resposta ao debate em torno da permissibilidade de proibições a esse tipo de discurso. A hipótese que buscamos defender era a de que proibições ao discurso de ódio político não seriam justificáveis dentro de sua concepção de justiça, de modo que Rawls seria contrário a leis voltadas a esse propósito.

Ao procurarmos uma resposta na literatura voltada à discussão do trabalho do autor, deparamo-nos com uma indefinição muito grande acerca de qual seria esse posicionamento. Ainda que alguns de seus leitores tenham abordado a questão, fizeram-no de forma muito tímida, sem fundamentar suas suspeitas a partir de elementos de seu pensamento. Assim, a fim de confirmarmos nossa hipótese, recorremos a um processo de exegese do pensamento de Rawls com o objetivo de demonstrar sua oposição à proibição ao discurso de ódio político.

Entretanto, de imediato fomos confrontados com duas dificuldades. A primeira dizia respeito ao conceito de discurso de ódio político. Não é possível localizar nos escritos do autor qualquer menção ao conceito, tampouco uma definição do mesmo, o que nos obrigou a procurar uma conceituação para além de sua obra. Ocorre que não é possível extrair da legislação que busca proibir esse tipo de discurso um conceito claro. Na ausência de uma definição satisfatória do conceito, nosso objeto de análise restou comprometido. A segunda dificuldade consistia no fato de que Rawls nunca foi reconhecido como um teórico da liberdade de expressão, isto é, um autor que tenha se aprofundado sobre o tema e pautado o debate a seu respeito. Em razão disso, suas reflexões a respeito dela não se apresentam de maneira sistematizada e consolidada, mas espalhadas em diversos pontos de sua obra, tornando o processo de exegese ao qual nos propomos ainda mais desafiador.

Para superar essas dificuldades, propusemos o seguinte caminho. No que se refere ao discurso de ódio político, ao invés de insistir na busca por um conceito na literatura ou na legislação, optamos por eleger um caso concreto no qual podíamos basear nossa investigação. Para tal, elegemos *Beauharnais v. Illinois*, um caso da Suprema Corte dos Estados Unidos em que o tribunal se debruçou sobre a constitucionalidade da lei que levou à condenação do presidente de uma organização supremacista branca pela distribuição de panfletos com conteúdo difamatório contra a população negra de Chicago em 1950. A argumentação apresentada pelos juízes em suas opiniões aborda as principais problemáticas comumente levantadas no debate em torno da proibição ao discurso de ódio político, como seu conteúdo difamatório, a preocupação com o dano que ele causaria aos indivíduos alvos dessa difamação, seu caráter político e relevância pública e a proteção que seria conferida à liberdade de expressão nesses casos. Assim, *Beauharnais* acaba por nos oferecer uma síntese bastante precisa do debate em torno do discurso de ódio político, de modo que, ao nos questionarmos a respeito da posição de Rawls a respeito da decisão tomada pela Suprema Corte no caso, podemos verificar como ele se posicionaria em relação a outras legislações que buscassem proibir o discurso de ódio político.

Esclarecida a questão do conceito de discurso de ódio político, dedicamos os capítulos seguintes ao pensamento de Rawls. Nossa abordagem se concentrou em dois temas distintos discutidos pelo autor: sua descrição das liberdades básicas e da prioridade conferida a elas e a questão da estabilidade de uma concepção de justiça em um contexto de pluralismo de crenças e ideologias.

A prioridade que Rawls atribui às liberdades básicas implica que uma liberdade só pode ser restringida em circunstâncias nas quais a ausência de uma restrição levaria a uma perda ainda maior de liberdade, de modo que considerações de bem comum ou baseadas em valores perfeccionistas não poderiam ser utilizadas como justificativas para sua restrição. Para compreender o motivo por trás dessa prioridade, abordamos a resposta que Rawls oferece à primeira lacuna apontada por Hart em relação a sua descrição das liberdades básicas, que diz respeito aos fundamentos da prioridade atribuída a elas. Vimos que o caráter básico de uma liberdade e a prioridade a ela atribuída decorre de sua relevância para o exercício dos poderes

da personalidade moral. Eles são o senso de justiça, referente à capacidade de um indivíduo em honrar os termos de cooperação social acordados de maneira justa entre os membros de uma sociedade democrática, e a capacidade para uma concepção de bem, que diz respeito à formulação de uma concepção de bem pelo indivíduo e seus esforços na persecução desta concepção. Ambos decorrem da concepção política de pessoa e da ideia de cooperação social propostas por Rawls e são condições necessárias e suficientes para que uma pessoa seja considerada um cidadão livre e igual perante os demais. A prioridade de uma liberdade, portanto, reflete o papel que ela desempenha no exercício dos dois poderes morais, motivo pelo qual não pode ser restringida, visto que isso resultaria em um comprometimento daquilo que torna uma pessoa livre e igual. Assim, concluímos que Rawls seria contrário à decisão da Suprema Corte que proibiu o discurso, visto que ela afronta a prioridade que ele confere às liberdades básicas em sua concepção de justiça.

A fim de complementar nosso raciocínio, atentamos à resposta que Rawls oferece à segunda lacuna apontada por Hart, que trata do ajuste das liberdades básicas em situações que elas possam conflitar. Nesses casos, vimos que as liberdades básicas podem ser reguladas, desde que se respeite o seu “núcleo-central de aplicação”. A fim de explicar a que se refere, o autor introduz a noção dos “dois casos fundamentais”, circunstâncias específicas nas quais os dois poderes morais são exercitados. Enquanto que o primeiro caso fundamental é associado ao senso de justiça e consiste nas circunstâncias em que os princípios de justiça devem ser aplicados à estrutura básica da sociedade, o segundo remete à capacidade para uma concepção de bem e trata das situações em que o indivíduo aplica sua racionalidade a respeito da forma como conduzirá sua própria vida. A partir dos dois casos fundamentais, chegamos ao conceito de “significância” de uma liberdade, em que uma liberdade seria mais ou menos significativa a depender do papel que ela desempenha no exercício dos poderes morais nos dois casos fundamentais. As liberdades básicas são ajustadas, portanto, tendo em mente sua significância, evitando, assim, que o pleno exercício e desenvolvimento dos poderes da personalidade moral nos dois casos fundamentais sejam prejudicados. O “núcleo-central de aplicação” das liberdades básicas, por sua vez, seria a área de seu exercício considerada essencial para a concretização dos poderes morais, de modo que propostas de regulá-la que invadissem essa área seriam rejeitadas pela concepção de justiça do autor.

Essa descrição, contudo, se mostrou demasiadamente abstrata, o que nos levou a abordar as reflexões mais específicas de Rawls acerca da liberdade de expressão política, para que pudéssemos verificar se seu “núcleo-central de aplicação” havia sido violado em *Beauharnais*. Em primeiro lugar, vimos que o discurso veiculado no caso se enquadrava no que o autor entendia por liberdade de expressão política, visto que, a despeito de seu caráter racista e difamatório, estávamos diante de um discurso voltado ao governo e que buscava discutir como certos bens e direitos estão sendo distribuídos na sociedade. Em seguida, fomos apresentados aos critérios segundo os quais a regulação da liberdade de expressão política deve se dar para que ela seja aceita pela concepção política de justiça. Nesse ponto, Rawls tece uma crítica à regra do *clear and present danger* comumente aplicada pela Suprema Corte, apontando que ela não levaria em consideração o aspecto político dos discursos, devendo ser substituída. Segundo ele, a avaliação do perigo causado por um determinado discurso deveria ser capaz de distinguir entre o que seria uma emergência em que há uma ameaça real de dano ao Estado e à sociedade, como uma guerra, por exemplo, e uma crise constitucional em que as instituições democráticas não pudessem mais operar. Apenas nesse último caso, proibições ao conteúdo de um discurso seriam aceitas. Outro ponto que abordamos no pensamento do autor foi a possibilidade de regulação de uma liberdade política a fim de assegurar seu valor equitativo. Segundo, Rawls essa regulação só seria aceita se seguisse algumas condições. Dentre essas condições, está a vedação a qualquer medida que buscasse atuar sobre o conteúdo de um discurso, proibindo-o em razão da mensagem nele veiculada. Dessa forma, tendo em vista que não é possível afirmar que em *Beauharnais* se verificou uma crise constitucional tal qual descrita pelo autor e que estamos diante de uma proibição do discurso retratado, visto que ela busca atuar efetivamente sobre seu conteúdo, foi possível concluir que Rawls seria contrário à decisão da Suprema Corte no caso.

No capítulo seguinte, buscamos demonstrar que poderíamos chegar à mesma conclusão acerca do posicionamento de Rawls em relação à legislação que buscasse proibir o discurso de ódio político, explorando outros temas discutidos em sua obra. A questão da estabilidade de uma concepção de justiça é um enigma que mobilizou Rawls durante toda sua obra. O autor se indagava, em especial, como uma concepção de justiça como a proposta por ele poderia se

sustentar em um contexto marcado pelo pluralismo de crenças e ideologias diversas, como as sociedades democráticas no ocidente. Em *Uma teoria da justiça* (1999), essa indagação já estava presente em suas reflexões acerca do exercício da tolerância, em especial contra aqueles que divergiriam a respeito dos próprios fundamentos de equidade propostos em sua teoria de justiça. Nelas, o autor afirma que os fundamentos da tolerância derivariam justamente da prioridade que ele confere às liberdades básicas, em especial a liberdade de consciência, de modo que ela só poderia ser limitada para evitar uma perda maior de liberdade. No caso específico da tolerância em relação aos intolerantes, aqueles que negam a própria ideia de equidade, o autor aponta que ela deve ser exercitada, devendo os intolerantes ser combatidos apenas quando a própria segurança ou liberdades dos demais estivesse sob perigo ou grave ameaça. Isso implica em dizer que a liberdade dos intolerantes não poderia ser restringida em nome da liberdade dos demais, mesmo quando seu exercício fosse voltado à promoção de um ideal contrário à equidade ou que buscasse convocar à população a derrubar as instituições que compõem a estrutura básica da sociedade. Assim, no que diz respeito à *Beauharnais*, os argumentos levantados por Rawls em defesa do exercício da tolerância em relação aos intolerantes são fortes indicativos de que ele seria contrário à decisão tomada pela Suprema Corte no caso.

É em *O liberalismo político* (1996), contudo, que a questão da estabilidade da concepção de justiça de Rawls é abordada em profundidade. O grande esforço do autor nesse momento foi demonstrar como poderia existir, em uma sociedade marcada por um pluralismo de doutrinas abrangentes razoáveis, um acordo acerca dos princípios de justiça que guiariam as instituições da estrutura básica de uma democracia constitucional uma concepção. Segundo ele, isso seria possível através da figura de um consenso sobreposto em que os cidadãos, a partir de razões extraídas de suas doutrinas abrangentes particulares, aceitariam a concepção política de justiça. Entretanto, para que isso ocorresse, seria necessário, também, um acordo a respeito de quais razões levantadas no fórum público em discussões sobre questões políticas fundamentais seriam aceitáveis. Para responder a essa pergunta, Rawls introduz o conceito de razão pública, utilizado para descrever como os membros de sociedades democráticas devem se relacionar politicamente. Através dele, estabelece-se que a tomada de decisões pelos Poderes Judiciário, Legislativo ou Executivo deve ser justificada utilizando apenas

argumentos aceitáveis a todos. Com isso, a questão do pluralismo deixa de ser um problema, uma vez que, independentemente da religião, cultura ou ideologia política professada pelo indivíduo, ele encontraria na concepção política de justiça uma justificativa comum com a qual ele e os demais membros da sociedade concordariam.

Nosso interesse, contudo, estava no ideal de razão pública e em sua concretização por cidadãos comuns. Conforme pudemos observar, a fim de concretizar esse ideal, os cidadãos comuns deveriam se ver como membros do Legislativo, buscando avaliar legislações e cobrar de seus governantes que se atenham à ideia de razão pública, justificando seus projetos de lei a partir de argumentos e razões justificáveis a todos. A essa orientação, o autor se refere como um “dever de civilidade”, a ser observado pelos cidadãos. Diante disso, nos pareceu evidente que *Beauharnais* estaria violando o “dever de civilidade”, uma vez que conteúdo da mensagem difundida por seu discurso violaria a ideia de razão pública. Ocorre que Rawls é categórico ao afirmar que o dever de civilidade seria um dever estritamente moral, não podendo ser imposto aos cidadãos de maneira coercitiva, uma vez que isso consistiria em uma afronta à liberdade de expressão. Ainda, a própria justificativa por trás da lei sob a qual se deu a condenação em *Beauharnais* não contaria com a aceitação de todos, afinal, o próprio *Beauharnais* e os demais partidários de sua doutrina racista discordariam dela. Dessa forma, conseguimos demonstrar novamente que Rawls seria contrário à proibição do discurso retratado no caso em questão, conclusão esta que pode ser estendida a outros exemplos de legislações que visam proibir o discurso de ódio político.

Diante dos argumentos apresentados no decorrer da presente pesquisa e retomados aqui, podemos concluir que Rawls seria contrário à decisão da Suprema Corte em *Beauharnais v. Illinois* que levou à proibição do discurso nele retratado. A conclusão em relação ao caso em questão nos permite afirmar, ainda, que legislações que visassem proibir discursos de ódio políticos, não seriam justificáveis nos termos de sua concepção de justiça visto que: i) violariam a prioridade conferida às liberdades básicas, que não permite que elas sejam reguladas em razão de considerações de bem comum e valores perfeccionistas; ii) invadiriam o “núcleo-central de aplicação” de uma liberdade, na medida em que não passariam no teste da “crise constitucional” e tampouco estariam em conformidade com a

condição prevista por Rawls referente à vedação de restrições ao conteúdo de um discurso; iii) contrariariam a ideia de tolerância em relação aos intolerantes; e iv) não se justificariam a partir do “dever de civilidade”, uma vez que esse dever seria estritamente moral. Tratam-se, portanto, de argumentos distintos que podem ser levantados de maneira independente em favor da confirmação de nossa hipótese. Entretanto, conforme ressaltado na introdução desta pesquisa, todos eles compõem uma mesma teoria, a concepção de justiça de John Rawls, de modo que a força de nossa argumentação reside justamente em sua consideração conjunta, dada a maneira como se complementam.

No que diz respeito a nossos interlocutores, nossa conclusão permite esclarecer alguns pontos referentes a suas observações a respeito do posicionamento de Rawls com relação ao discurso de ódio político. Esclarecida a distinção entre a regulação e a proibição de um discurso, a posição de Nussbaum com relação a esse posicionamento está acertada, afinal, conforme pudemos demonstrar, Rawls seria de fato contrário à proibição do discurso de ódio político. Entretanto, no que se refere a sua observação a respeito da insatisfação do autor com relação à jurisprudência da Suprema Corte, colocamo-nos ao lado de Rawls, uma vez que os motivos para essa sua insatisfação ficam claros na crítica que ele tece à regra do *clear and present danger* e sua aplicação pela Suprema Corte, de modo que acreditamos que o teste da “crise constitucional” seria mais adequado à proteção do discurso político. Em relação ao questionamento de Freeman a respeito de como se daria a relação entre o discurso de ódio e o exercício dos dois poderes morais, buscamos respondê-lo ao demonstrar que a liberdade de expressão política insere-se na liberdade de pensamento aplicada ao primeiro caso fundamental, o qual trata da aplicação dos princípios de justiça à estrutura básica da sociedade e suas políticas sociais. Assim, no que se refere ao discurso de ódio político, seria possível demonstrar que a proibição a ele interferiria no exercício do senso de justiça no primeiro caso fundamental, não sendo justificada pelo pensamento rawlsiano. Por fim, fomos capazes de confirmar as suspeitas de Waldron, confirmando que Rawls seria favorável à Primeira Emenda, mesmo nas hipóteses de discursos que atentassem contra os próprios fundamentos de sua concepção de justiça, conforme a ideia de tolerância em relação aos intolerantes e o caráter estritamente moral do “dever de civilidade” revelam.

Ainda assim, acreditamos que a literatura acerca de Rawls mostra-se bastante omissa no que diz respeito à questão do discurso de ódio político, de modo que o debate acerca de sua proibição se beneficiaria de mais contribuições que pudessem ser feitas a partir do pensamento de um autor de tamanha envergadura no campo da filosofia política contemporânea. Foi justamente essa a intenção da presente pesquisa: oferecer uma reflexão mais aprofundada acerca de qual seria o posicionamento do autor quando confrontado a respeito da possibilidade de se proibir o discurso de ódio político e, com isso, contribuir de maneira substancial ao debate.

REFERÊNCIAS¹²⁶

ABRAMS v. United States, 250 U.S. 616 (1919). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

ALEMANHA. *Código Criminal*. Promulgado dia 10 de outubro de 2013, Federal Law Gazette I, p. 3799. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BEAUHARNAIS v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/343/250#writing-type-1-FRANKFURTER>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CANADÁ. *Código Criminal*. R.S.C., c. C-46, 1985. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/section-319.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CHAPLINSKY v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/315/568>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

DINAMARCA. *Código Criminal*. Ato consolidado No. 1034, de 29 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

ESTADOS UNIDOS, *Constituição dos*, 1791. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments>. Acesso em: 10 jan. 2018.

FALLON, Richard. Individual Rights and the Powers of Government. In: *Georgia Law Review*, No 27, 1993, p. 351-352.

FREEMAN, Samuel. *Rawls*. London and New York: Routledge Taylor & Francis Group. 2007.

HART, H. L. A. Rawls on Liberty and its Priority. In: Reading Rawls – Critical Studies on Rawls’ A Theory of Justice. New York: Basic Books Inc. Publishers, 1975.

NUSSBAUM, Martha. Introduction. In: Rawls’s Political Liberalism. New York: Columbia University Press, 2015.

POST, Robert C. “Racist Speech, Democracy, and The First Amendment. In: *William and Mary Law Review*. 1991, Vol 32, 267-327.

¹²⁶ De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 10520.

RAWLS, John. *A Theory of Justice* – Revised Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

_____. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

_____. The Basic Liberties and Their Priority. *The Tanner Lectures on Human Values*. University of Michigan, 1981.

_____. (1997) The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 64, No. 3 (Summer, 1997), p. 765-807.

REINO UNIDO. *Public Order Act*, 1986. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/64>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

SCHENCK v. United States, 249 U.S. 47 (1919). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. New York: The Free Press, 1995.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2012.

WHITNEY v. California, 274 U.S. 357(1927). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/357>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

WRIGHT, George. Dignity and Conflicts of Constitutional Values: The Case of Free Speech and Equal Protection. In: *San Diego Law Review*, No 43, 2006, p. 527-576.

YOUNG, Caleb. Does Freedom of Speech Include Hate Speech. In: *Res Publica*. 2011, Vol 17,p. 385-403.