**CLARISSA PITERMAN GROSS**

# PODE DIZER OU NÃO? DISCURSO DE ÓDIO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA LIBERAL IGUALITÁRIA

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**
**FACULDADE DE DIREITO**
**São Paulo - SP**
**2017**

**CLARISSA PITERMAN GROSS**

# PODE DIZER OU NÃO? DISCURSO DE ÓDIO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DEMOCRACIA LIBERAL IGUALITÁRIA

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob orientação do Professor Titular Doutor Ronaldo Porto Macedo Júnior.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo - SP**

**2017**

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

---

Gross, Clarissa Piterman
Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária / Clarissa Piterman Gross ; orientador Ronaldo Porto Macedo Jr. -- São Paulo, 2017.
354

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. Discurso de ódio. 2. Liberdade de Expressão. 3. Direito à reputação. 4. Direitos civis - interpretação. 5. Democracia. I. Macedo Jr., Ronaldo Porto, orient. II. Título.

---

*Para a Tita, o Poldo e o Nelson*

## AGRADECIMENTOS

São muitas as pessoas e instituições a quem devo o apoio que permitiu o desenvolvimento desse trabalho. Não serei capaz de relacionar todos e todas a quem gostaria de expressar a minha gratidão e desde já peço desculpas aos que não mencionarei expressamente nos próximos parágrafos.

Agradeço, em primeiro lugar, com todo o meu respeito e admiração, ao meu orientador Ronaldo Porto Macedo Junior, pelo enorme aprendizado no campo não só do pensamento jurídico, moral e ético, como da própria vivência jurídica, moral e ética. Creio que essa é uma oportunidade adequada para creditar a ele o que reconheço como minhas experiências fundacionais na filosofia do direito, a minha descoberta mesma acerca do sentido do pensamento filosófico jurídico e moral, e o entusiasmo com que todas essas descobertas se desdobraram em uma escolha profissional. Ademais, aprendi, na convivência com o Professor Ronaldo, o sentido possível do esforço de integridade pessoal: o seu posicionamento a respeito de questões políticas, acadêmicas e o seu suporte na reflexão acerca de dúvidas pessoais sempre revelaram o seu compromisso, ao mesmo tempo rigoroso e sorridente, com a coerência de princípio. Se a liberdade da escolha ética só pode se dar no confronto com formas possíveis de vida, eu devo ao Professor Ronaldo o alargamento das minhas próprias possibilidades de vida. E sucedeu-se que aquilo a que ele me apresentou, o pensamento filosófico jurídico e moral, me pareceu, e segue me parecendo, algo excelente a que dedicar a minha vida. Devo também agradecer mais especificamente pelo valioso debate e pelas críticas, sempre construtivas, que permitiram o desenvolvimento dessa tese.

Agradeço também aos membros da banca de qualificação, Professor Oscar Vilhena Vieira e Professor Thomas da Rosa de Bustamante, que com muita gentileza e disponibilidade ofereceram contribuições valiosas para o desenvolvimento desse trabalho.

Agradeço aos Professores José Reinaldo de Lima Lopes, Rafael Mafei Rabelo Queiroz e José Eduardo Faria pelo aprendizado nas disciplinas de pós-graduação que cursei durante o doutorado na USP. Ao Professor Rafael agradeço ainda à oportunidade de trabalho enquanto pesquisadora na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas quando, em 2011, eu terminava meu mestrado naquela instituição.

As minhas reflexões jurídicas e filosóficas acerca da fundamentação e escopo dos direitos de liberdade de expressão ganharam novo fôlego e delineação na temporada que passei na Universidade de Yale entre os meses de agosto de 2015 e junho de 2016 por

meio do *Fox International Fellowship Program*. Agradeço a toda a família Fox, em especial ao senhor Joseph C. Fox e à senhora Alison Fox, pela oportunidade de vivenciar o ambiente acadêmico, profissional e cultural de uma das mais prestigiosas instituições acadêmicas do mundo. A temporada em Yale alterou profundamente o que entendo por estruturas institucionais de suporte à academia interdisciplinar de qualidade. Agradeço ao diretor do Fox Fellowship, Professor Ben Cashore, pelas importantes trocas no campo da metodologia de pesquisa, e nos esforços de identificação de pontes entre meu trabalho e os demais campos de investigação política. Agradeço também a Julia Muravnik por todo o apoio logístico e administrativo que permitiram que a temporada em Yale fosse tranquila, produtiva e também divertida. Sou profundamente grata aos Fox Fellows 2015-2016 por todo o aprendizado não só intelectual, como também cultural, e pelo companheirismo durante a temporada que passamos juntos. Em especial, agradeço a Garima Dhabai, Ksenia Anisimova, Abraham Trejo Terreros, Paul Marquis, Gil Mursiano e Gilad Abiri, pela amizade e por momentos que ao mesmo tempo em que me refinaram o senso de identidade, chamaram-me também a lapidar a ternura para tantas das diferenças desse mundo. Agradeço ainda aos Professores Bruce Ackerman, Robert Post e Thomas Pogge pelo acolhimento em seus grupos de discussão e pelo enorme aprendizado acerca do que é praticar a docência e a pesquisa como lados de uma mesma atividade intelectual. Agradeço ao querido Shmulik Nili, pelo acolhimento no grupo de estudos em Justiça Global, pelas conversas ensolaradas não apenas sobre integridade pessoal e política, mas também sobre "philosophy, sand and football".

Aos participantes do Pós-debate, grupo de debates e discussões do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, agradeço pela oportunidade de discussão de várias das ideias centrais desse trabalho. Agradeço especialmente aos colegas uspianos Leonardo Rosa, Pablo Lago e Marcio Grandchamp com os quais compartilhei frutíferas discussões em disciplinas da pós-graduação e atividades de monitoria.

A minha trajetória acadêmica não teria tomado os seus rumos não fosse pela formação que recebi durante o mestrado acadêmico em Direito e Desenvolvimento que cursei entre os anos de 2011 e 2012 na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Agradeço a todos os professores, em especial às Professoras Luciana Gross Cunha e Mônica Guise Rosina pelo acolhimento na condição de pesquisadora e por terem oferecido várias possibilidades de trabalho. Agradeço também aos amigos e colegas Rubens Eduardo Glezer, Rafael Zanatta, Pedro do Carmo Baumgratz de Paula, Maria Cecília de Araújo Asperti, Catarina Barbieri, Alexandre Pacheco, José Roberto Xavier e

Luciana Ramos por terem se feito os meus primeiros pares nas minhas primeiras iniciativas no mundo profissional da academia jurídica brasileira. Muito obrigada por todo o aprendizado e por compartilharem da coragem.

Sou extremamente grata a Bruna Zac, Gisele Rotschild, Daniela Lerman, Renata Lerman, Hanna Fux, Marcela Ohana e Sarah Hoffman pela amizade de uma vida inteira. Vocês me cuidam sem nem saber, na mágica dos nossos encontros mais longos, ou mais breves, na possibilidade de testemunhar cada passo da caminhada de vocês. Agradeço também a Luisa Quintão Ubaldo, que me faz diáfana na vida, que foi-se-me-tornando irmã, por uma parceria crucial e feminina. Você, Lu, talvez seja o que há de mais feminista na minha vida. Agradeço ainda aos queridos amigos Daniela Fichino, Márcia Sabino de Freitas, Bruno Braz de Castro, Henrique Napoleão Alves, e Arthur Capella, que entrelaçam comigo os passos no mundo jurídico e que comigo extrapolam esses passos para outras leituras, vivências e alegrias. À Fernanda Pitchon, agradeço pelas reflexões recentes sobre liberdade de expressão e pela leitura e comentários de partes de uma primeira versão desse manuscrito.

O suporte, a compreensão e o amor da minha família sempre foram e são estruturais e fundamentais. Ao meu pai, Leopoldo, eu sigo buscando as palavras para aproximar da gratidão que lhe tenho. Agradeço pela mistura da incondicionalidade e da disponibilidade em se acercar bem de perto da pessoa específica que sou. Não há amparo mais completo, amor mais generoso. Agradeço pela preocupação e pelo carinho inesgotáveis. Pelo exemplo de luta e compromisso, pela vontade que em mim nutre de seguir a energia e a determinação dos seus passos. Pela confiança inabalável. E pelo generoso suporte financeiro que por tanto tempo me permitiu fazer a escolha acadêmica que fiz.

À minha mãe, Célia, agradeço por tudo. Tudo o que há e houve. Pelo diálogo fundamental de todo dia, que me supre como água e pão. É difícil agradecer a alguém que é quase uma parte indistinta de si. Como agradecer à própria perna, ou o próprio braço. Mas é por isso exatamente que o reconhecimento da gratidão é premente. Se assim sinto é porque ela se dedicou ao ponto de me cegar. Portanto, agradeço por essa dedicação e esse amor branco, e de todas as cores.

Ao Victor, meu irmão, por ser o contrário mais íntimo que tenho. Por ser o outro mais querido. Agradeço por tanto que aprendi e aprendo, pelo riso que você me arranca, pela paciência com meu mundo por vezes ensimesmado, por não me nem se levar tão a

sério. Por ser a inteligência mais feliz que eu conheço. Você é a melhor parceria do mundo, e isso é uma unanimidade.

Por fim, agradeço também a todos os meus familiares que enchem a vida de alegria e amizade verdadeira. Em especial à minha guerreira e amada tia Cecília, que é mulher corajosa, brilhante, amiga e amor não só do peito como no avesso, no riso, nas lágrimas, na confidência e na fruição. Obrigada por descortinar aos meus olhos tudo aquilo de que as mulheres são capazes. Também à minha avó Jeanette, agradeço por me fazer neta querida, que me aquece todos os nervos e me lembra de lembrar com saudade de um tempo que eu não vivi. E ao Cris, agradeço de todo o coração por ter sido um companheiro tão querido, de tantas horas e nuances, durante o meu percurso no doutorado.

EU ME ESQUECI DE DIZER QUE VOCÊ DEVERIA TER MUITO CUIDADO COM O QUE FALA NESTE DEBATE SOBRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO!
Ai !!!
DUKE

# RESUMO

Clarissa Piterman Gross. **Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária**. 354 p. Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esse trabalho corrobora a tese de que os discursos de ódio não podem ser proibidos em razão do seu conteúdo ou forma. A legitimidade da imposição coercitiva pelo Estado das decisões da maioria sobre as minorias só prevalece se a cada sujeito é garantida a liberdade de se expressar sobre temas éticos, morais, políticos e estéticos tanto no exercício da conformação de sua própria identidade quanto na contribuição para o ambiente valorativo no qual as pessoas conduzem suas vidas. Defendo essa tese, assentada nas teorias coerentistas da justiça de Ronald Dworkin e C. Edwin Baker, da crítica à proteção aos discursos de ódio feita por Jeremy Waldron. Crítica essa baseada em um conceito de dignidade que ele afirma ser distintamente jurídico. Argumento que as razões oferecidas pelo conceito de dignidade de Waldron para proibição de discursos de ódio colapsam em duas hipóteses fracassadas, incapazes de universalização, quais sejam, o argumento igualitário de natureza consequencialista, e aquele que procura defender um direito de não ser confrontado com o fato de que certas pessoas negam os fundamentos igualitários da justiça. Ainda, ofereço respostas dworkinianas a três críticas que buscam apontar para incoerências internas ao posicionamento de Dworkin. São elas: (1) se discursos de ódio atentam contra os fundamentos da reputação dos indivíduos, Dworkin não pode ao mesmo tempo advogar pela proteção de um direito individual de reputação e defender a proteção de discursos de ódio; (2) não faz sentido insistir que a ordem política é informada pela proteção da independência ética individual se o ambiente ético, moral, político e estético oprime a formação dessa independência em pessoas pertencentes a certos grupos sistematicamente desfavorecidos seja no acesso a recursos e oportunidades, seja na representação social do seu valor; (3) as mesmas razões que justificam a proibição de discurso de ódio em contextos especiais, como o local de trabalho e o campus universitário, justificam também a proibição desse discurso de forma geral. Em resposta às críticas (1) ofereço uma teoria da reputação que a entende como direito de justa competição contra a má percepção social de si, e que justifica a proibição e punição do discurso apenas com base na violação de deveres contextuais de cuidado com a imagem alheia. Essa concepção do direito à reputação é compatível com a proteção dos casos paradigmáticos de discurso de ódio. (2) Argumento que a teoria de Dworkin enseja deveres gerais positivos por parte do Estado de promoção da igualdade entre grupos sociais, compatíveis com a preservação da legitimidade do poder estatal por meio da proteção dos direitos individuais de expressão. (3) Por fim, mostro a plausibilidade de que contextos especiais apresentem razões específicas para proibição de discursos de ódio que não se estendem ao debate público em geral. Proibir o discurso de ódio para servir aos propósitos específicos desses contextos não mina a legitimidade do Estado justamente por haver outros espaços nos quais esse discurso pode ter livre expressão.

**Palavras-chave:** discurso de ódio, liberdade de expressão, reputação, direitos, democracia

## ABSTRACT

Clarissa Piterman Gross. **Can we say it or not? Hate speech, freedom of speech and the liberal egalitarian democracy**. 354 p. Doctorate - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

This work corroborates the thesis that hate speech can not be prohibited due to its content or form. The legitimacy of coercive imposition of majority decisions on minorities depends on each person being guaranteed the freedom to express herself on ethical, moral, political and aesthetic issues, both in service of her own personal identity and in contribution to the normative environment in which people lead their lives. I defend this thesis, based on Ronald Dworkin's and C. Edwin Baker's coherentist theories of freedom of speech, from the Jeremy Waldron's criticism grounded on what Waldron considers to be his distinctly legal conception of dignity. I argue that the reasons offered by Waldron's conception of dignity to prohibit hate speech collapse into two failed hypotheses, both incapable of universalization. The first one is the egalitarian argument of a consequentialist nature, while the second claims a right not to be confronted with the fact that certain people deny the egalitarian foundations of justice. I also offer Dworkinian answers to three criticisms seeking to point to internal inconsistencies in Dworkin's defense of the freedom to express hateful content. The criticisms are the following: (1) if hate speech runs counter to the foundations of the reputation of individuals, Dworkin can not at the same time advocate for the protection of a right to individual reputation and defend the protection of hate speech; (2) it makes no sense to insist that the political order is informed by the protection of individual ethical independence if the ethical, moral, political and aesthetic environment systematically prevents the formation of this sense of independence in persons belonging to disadvantaged and stigmatized groups; (3) the same reasons that justify the prohibition of hate speech in specific contexts, such as the workplace and university campi, also justify the general prohibition of such speech. In response to such criticisms, (1) I offer a theory of reputation as the right to the fair competition against the bad social perception of oneself. The right to reputation thus framed only justifies the prohibition and punishment of speech if, besides of having a deleterious impact on the social perception of a third party, the speech act violates contextual duties of care to other people's public image. This conception of the right to reputation is consistent with protetcing the paradigmatic cases of hate speech. (2) I argue that Dworkin's theory of justice entails general positive obligations on the part of the state to promote equality between social groups. These positive duties are consistent with preserving the legitimacy of the state coercive power for the dissenting minorities' individual freedom of speech rights are concomitantly protected. (3) Finally, I argue that it is plausible that specific contexts present specific reasons for prohibiting hate speech that do not extend to public debate in general. The prohibition of hate speech to serve the specific purposes of these contexts does not undermine the legitimacy of the State precisely because there are other channels through which this speech can find free expression.



**Key words:** hate speech, freedom of speech, reputation, rights, democracy

# RESUMÉ

Clarissa Piterman Gross. **Peut-on dire ou non? Discours de haine, liberté déxpression et la démocratie libérale égalitaire**. 354 p. Doctorat - Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2017.

Ce travail corrobore la thèse selon laquelle les discours de haine ne peuvent pas être interdits en raison de leur contenu ou format. La légitimité de l'imposition coercitive par l'Etat des décisions de la majorité sur les minorités prévaut seulement si chaque citoyen se voit garantir la liberté d'expression sur les thèmes étiques, moraux, politiques et esthétiques dans l'exercice aussi bien de la configuration de sa propre identité que dans celui de la contribution en ce qui concerne le système de valeurs dans lequel les personnes mènent leur vie. En nous basant sur les théories cohérentistes de la justice de Ronald Dworkin et de C. Edwin Baker, nous défendons la thèse de la critique à la protection des discours de haine faite par Jeremy Waldron et basée sur un concept de dignité qu'il affirme être distinctement juridique. Nous argumentons que les raisons offertes par le concept de dignité de Waldron pour l'interdiction des discours de haine abouti à deux hypothèses incorrectes, incapables d'universaliser, quelles qu'elles soient, l'argument égalitaire de nature conséquentialiste et celui qui cherche à défendre un droit de ne pas être confronté au fait que certaines personnes rejettent les fondements égalitaires de la justice. Nous proposons de plus des réponses Dworkiniennes aux trois critiques suivantes qui visent à présenter des incohérences internes dans le positionnement de Dworkin. A savoir : (1) si des discours de haine portent atteinte aux fondements de la réputation des individus, Dworkin ne peut, en même temps, plaider pour un droit individuel de réputation et défendre une protection des discours de haine ; (2) Cela ne fait aucun sens d'insister sur le fait que l'ordre politique ait comme intention la protection de l'indépendance étique individuelle si l'environnement éthique, moral, politique et esthétique opprime la formation de cette indépendance auprès de personnes appartenant à certains groupes systématiquement défavorisés, que ce soit dans l'accès aux moyens et aux opportunités ou dans la représentation sociale de leur valeur ; (3) les mêmes raisons qui justifient l'interdiction du discours de haine dans des contextes spécifiques, comme le lieu de travail ou le campus universitaire, justifient également l'interdiction de ces discours de manière générale. En réponse aux critiques ( 1) nous proposons une théorie de la réputation qui la comprenne comme un droit à la juste compétition contre la mauvaise perception sociale de soi et qui justifie l'interdiction et la punition du discours seulement sur la violation des obligations de diligence à la perception des autres personnes par le public. Cette conception du droit à la réputation est compatible avec la protection des cas paradigmatiques de discours de haine. (2) Nous argumentons que la théorie de Dworkin justifie de la part de l'Etat des devoirs généraux positifs de promotion de l'égalité entre groupes sociaux compatibles avec la préservation de la légitimité du pouvoir étatique au moyen de la protection des droits individuels d'expression. (3) Pour finir, nous montrons qu'il est plausible que certains contextes particuliers présentent des raisons spécifiques à l'interdiction de discours de haine qui ne s'étendent pas dans le débat public en général. Interdire le discours de haine pour servir des objectifs spécifiques de ces contextes ne porte pas préjudice à la légitimité de l'Etat justement en raison de l'existence d'autres espaces dans lesquels ces discours peuvent être exprimer librement.

**Mots clé** : discours de haine, liberté d'expression, réputation, droits, démocratie

# SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO ..... 19**
**1. Qual é o problema do discurso de ódio? ..... 19**
**2. Pequeno mapa conceitual ..... 46**
2.1 Ato discriminatório x ato discursivo de conteúdo discriminatório ..... 46
2.2 Debate ou discurso público x contextos discursivos especiais ..... 52
**3. A relevância do debate para o Brasil ..... 59**

**A DIGNIDADE ENQUANTO REPUTAÇÃO: O ARGUMENTO WALDRONIANO PELA PROIBIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO ..... 75**
**1. A dignidade em Jeremy Waldron ..... 75**
**2. Dignidade e posição social: uma abordagem positiva da dignidade ..... 81**
**3. Dignidade e discurso de ódio: negação pública e duradoura do status social ..... 89**
3.1 A estrutura do discurso de ódio ..... 92
3.2 Dignidade e as bases da reputação ..... 94
**4. Justificando a preservação das bases da reputação ..... 101**
4.1 A hipótese causal da discriminação em sentido estrito ..... 101
4.2 A hipótese do dano aperfeiçoado no discurso ..... 108
**5. A impossibilidade de universalização das hipóteses de justificação do argumento de Waldron ..... 113**
5.1 Crítica à hipótese causal da discriminação em sentido estrito ..... 113
4.2 O dano aperfeiçoado no discurso: direito de não confronto com posições não igualitárias? Direito de não confronto com posições erradas? Direito de não confronto com posições ofensivas? ..... 124

**INDEPENDÊNCIA ÉTICA E LIBERDADE: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE RONALD DWORKIN (E DE C. EDWIN BAKER) ..... 131**
**1. Dignidade: um conceito ético ..... 136**
**2. Valor objetivo igualitário, autenticidade e liberdade de expressão ..... 140**
2.1 Liberdade negativa e discurso de ódio: a esfera de exercício da autenticidade no âmbito privado ..... 141
2.2. Liberdade positiva e discurso de ódio: a legitimação do poder político ..... 149
**3. Três críticas ..... 170**
3.1 Uma linguagem inexistente: o silenciamento pela privação de si e pela privação da comunicação com o outro. O feminismo de Rae Langton e Iris Marion Young ..... 173
3.2 As condições de exercício da independência ética e as obrigações positivas do Estado: afirmando um ideal ético no debate público ..... 186
3.3 A proibição de discurso de ódio no contexto especial da educação básica ..... 192

**DISCURSO DE ÓDIO E DIFAMAÇÃO: O SENTIDO POSSÍVEL DO DIREITO À REPUTAÇÃO EM UMA DEMOCRACIA LIBERAL IGUALITÁRIA ..... 199**
**1. A reputação como controle da percepção social de si ..... 212**
**2. A reputação e o reino da verdade ..... 218**
**3. Concepção dworkiniana do direito à reputação ..... 235**
3.1 Autenticidade e responsabilidade individual ..... 235
3.2 O que a autenticidade não é: descumprimento das regras de distribuição dos deveres de cuidado com a imagem pública de terceiros ..... 243
3.3 A lacuna entre o que a autenticidade não pode proteger, e aquilo que ela não é: a engenharia da promoção da verdade, sem a necessária punição da falsidade ..... 247
3.4 O critério proposição de fato falsa x proposição de fato verdadeira é relevante? ..... 256
3.5 O critério pessoa pública x pessoa privada é relevante? ..... 262

**4. Discurso paradigmático de ódio: violação dos deveres de cuidado com a percepção social de grupos ou afirmação da própria identidade? ..... 264**
**5. Distinguindo Baker de Dworkin: a competição pela percepção social de si mesmo como problema distributivo ..... 268**
5.1 Entrelaçando a igualdade com a autonomia (ou independência ética) em Dworkin e Baker ..... 274
5.2 Duas críticas sucintas ..... 280
5.3 A ação comunicativa enquanto fundamento da teoria moral e política de Baker ..... 282
5.4 A implausibilidade do ponto de partida e daquilo que dele segue ..... 288
5.5 Um mínimo necessário de reputação? ..... 301
**A PROIBIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO EM CONTEXTOS DISCURSIVOS ESPECIAIS ..... 307**
**1. A proibição do discurso de ódio nas relações de trabalho ..... 308**
1.1 Razões de política ..... 308
1.2 Razões de princípio ..... 315
1.3 Realizando a proibição de discursos de ódio nas relações de trabalho ..... 321
**2. A proibição do discurso de ódio no contexto do discurso comercial ..... 325**
2.1 O discurso comercial e o valor da informação ..... 330
2.2 Discurso comercial, independência ética do ouvinte e regulação estatal ..... 332
**CONCLUSÃO ..... 339**
**REFERÊNCIAS ..... 347**

# INTRODUÇÃO

## 1. Qual é o problema do discurso de ódio?

Existe um direito à liberdade de expressão? Posta assim, a pergunta parece fácil para a maior parte daqueles nascidos e criados em democracias liberais mais ou menos estáveis. Coloque a pergunta em Berlim, Londres, São Paulo, Cidade do Cabo, Nova Iorque, Vancouver, Sidney ou mesmo em Deli, e a resposta provável será a de um resoluto, retumbante e irrefletido sim. Mas como muitos dos consensos políticos, o da liberdade de expressão guarda grande complexidade e sutileza. Experimente reformular a questão para torná-la mais concreta. Em países de populações culturalmente plurais, existe um direito de uma maioria de ridicularizar as crenças religiosas de uma minoria? Ou um direito de grupos religiosos distintos de afirmarem as suas crenças por meio da ofensa a aspectos de crenças diversas? Tornando a pergunta ainda mais exata, um pastor da Igreja Universal do Reino de Deus pode chutar a imagem de uma santa durante programa de televisão exibido em cadeia nacional, afirmando que se trata de um "boneco desgraçado"[1]?

É muito possível que, diante dessas reformulações, o firme consenso que encontraríamos em relação à primeira pergunta se dissolva em grande controvérsia. E podemos pensar em diversas outras formas de enriquecer a controvérsia. Atualmente, após mais de sessenta anos do fim da segunda guerra mundial, podemos permitir que partidos nazistas se constituam e que elaborem e imprimam panfletos com os símbolos da suástica, bem como construam e mantenham sites na internet advogando ideias de superioridade racial[2]? Podemos permitir a publicação de literatura nazista, como, por exemplo, a livre

[1] Conferir vídeo do Jornal Nacional da Rede Globo no qual foi feita a cobertura da controvérsia em torno da atitude do bispo Sérgio Von Helde da Igreja Universal do Reino de Deus, o qual chutou a imagem da santa católica Nossa Senhora de Aparecida e a ela se referiu como "boneco desgraçado", em crítica ao feriado católico em homenagem à referida santa. As agressões do pastor à imagem da santa foram exibidas no programa O Despertar da Fé, da Rede Record, em 12 de outubro de 1995. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=V1L_xYxCOiI>. Acesso em 11 nov 2016.

[2] Retirei o exemplo de caso verídico ocorrido nos Estados Unidos em 1977, mais precisamente na pequena cidade de Skokie, Illinois, na qual o partido nazista estadunidense pretendia realizar uma marcha. Naquele período, Skokie possuía um grande número de residentes judeus sobreviventes do holocausto ou diretamente relacionados a um sobrevivente. Em 1977, a Suprema Corte dos EUA se manifestou sobre o caso apenas para ordenar o Estado de Illinois a garantir direito de recurso ao partido nazista contra decisão do condado de Cook que proibiu os membros do partido de usar uniformes nazistas e exibirem suásticas na pretendida marcha. O desdobramento do caso se deu com a decisão da corte de apelação de Illinois derrubando a proibição do condado, exceto em relação às suásticas, e em seguida com a decisão da Suprema Corte de Illinois que, ao apreciar o caso, entendeu que mesmo as suásticas eram protegidas pelo direito de liberdade de

reedição de *Mein Kampf*, escrito por Adolf Hitler na década de 20 e considerado por muitos como a "bíblia nazista"[3]? E o que dizer acerca da produção consensual de pornografia pesada (garantindo que não sejam envolvidos menores de idade), com imagens de clara submissão sexual da mulher, e a sua distribuição para todo adulto que tenha interesse em consumir esse material[4]? Considerando as grandes vitórias democráticas do fim do Apartheid na África do Sul e dos direitos civis nos Estados Unidos nas décadas de 60 e 70, é possível defender um direito de movimentos racistas de publicar material vinculando os negros a uma degradação moral e à prática de crimes, assim como reivindicando superioridade intelectual e moral do homem branco, alertando a população sobre uma suposta incapacidade dos negros para o trabalho[5]?

---

expressão, por não constituírem, no entendimento da corte, incitação clara a atos ilícitos iminentes. Conferir *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977) (Todas as citações a decisões judiciais de tribunais dos Estados Unidos serão feitas nesse formato, que é o mais usual na literatura estadunidense. O conteúdo de todas as decisões pode ser encontrado no site <http://caselaw.findlaw.com/>).

[3] Essa questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no caso que ficou conhecido como Ellwanger. Tratou-se de pedido de *habeas corpus* impetrado por Siegfried Ellwanger, que havia sido condenado em segunda instância pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul pelo crime de racismo. Ellwanger havia editado livros veiculando diversas críticas aos judeus, muitas das quais poderiam ser consideradas de conteúdo discriminatório. Algumas das obras editadas incluíam a alegação de que os judeus, enquanto "raça", possuem determinadas tendências intrínsecas de parasitismo social, enquanto outras negavam a ocorrência do holocausto. Conferir BRASIL, 2004. Descreverei o caso com maior detalhe no item 3 dessa introdução.

[4] Nos Estados Unidos, a cidade de Indianápolis, Indiana, aprovou uma lei municipal anti-pornografia, proibindo a produção, distribuição, venda e exibição de material pornográfico definido como "a subordinação gráfica, sexualmente explícita, de mulheres por meio de imagens e/ou palavras". A lei definiu a pornografia como uma violação de direitos civis das mulheres e conferia a elas o direito de acionar qualquer violador da referida lei por discriminação, com a possibilidade de pleitear reparação civil. A lei foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Apelação para o Sétimo Circuito (*Seventh Circuit Court of Appeals*) em 1985 no caso *American Booksellers v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985). Já no Canadá, decisão em sentido distinto foi tomada pela Suprema Corte desse país no caso *R v Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452 (citações de decisões de tribunais canadenses serão feitas nesse formato, que é o padrão naquele país. Os casos podem ser acessados em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/nav.do>.). Donald Victor Butler possuía uma loja em Winnipeg e foi preso pela venda, posse para fins de venda e posse para fins de distribuição, de material pornográfico. Ele questionou a constitucionalidade dos dispositivos legais que fundamentaram a sua condenação nas instâncias inferiores. Em 1992 a Suprema Corte do Canadá decidiu que apesar de ser inconstitucional a proibição de material obsceno motivada por um juízo moral acerca de seu conteúdo, a proibição da parcela desse material que degrada a mulher e provoca violência era constitucional. A decisão encampou, dessa forma, a tese das feministas estadunidenses Catherine MacKinnon e Andrea Dworkin, que auxiliaram na redação da lei municipal de Indianópolis, segundo a qual o propósito da proibição da pornografia não é zelar pela manutenção de uma moralidade tradicional, mas a de proteger os direitos civis das mulheres. A Suprema Corte do Canadá considerou que a lei de proibição da pornografia então questionada deveria ser interpretada de forma a banir apenas a pornografia degradante, por ser essa a que guardaria relação causal possível com a violação dos direitos das mulheres. Essa decisão alterou de forma importante a regulação da pornografia no Canadá. Os argumentos feministas serão enfrentados mais especificamente nos capítulos 1 e 2 desse trabalho.

[5] A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, no caso *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), pela constitucionalidade de uma lei do Estado de Illinois que proibia a publicação ou exibição de qualquer material escrito ou imagem representando a "depravação, criminalidade, falta de castidade, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião". O caso envolveu a condenação de Beauharnais, presidente da *White Circle League of America,* pela distribuição de panfletos convocando para assinatura de uma petição a ser entregue ao prefeito da cidade de Chicago pedindo a ele para "parar a usurpação, o assédio e a invasão do povo branco, de sua propriedade, bairros e pessoas, pelo Preto". Um dos

Se responder acerca da existência de um direito à liberdade de expressão parece fácil, a resposta para essas outras perguntas já não se revela com tanta naturalidade. Essas são indagações elaboradas a partir de dilemas reais apresentados a tribunais de algumas democracias liberais. O direito de países diversos e a sua interpretação pelos respectivos tribunais revelam posicionamentos díspares, por vezes opostos, acerca de questões dessa natureza, embora a maior parte desses países exiba um compromisso constitucional com a liberdade de expressão[6]. Como explicar a controvérsia?

O debate contemporâneo acerca do sentido e alcance da liberdade de expressão considera os atos discursivos controversos mencionados nos parágrafos anteriores como instâncias de *discurso de ódio*. Apesar de figurar como expressão que pretende denotar uma categoria discursiva em diversos trabalhos e legislações, uma análise cuidadosa da sua utilização revela sob a sua cobertura uma pluralidade de sentidos.[7]

---

principais argumentos para a decisão pela constitucionalidade da lei foi a de que ela condenava a difamação de grupo (*group libel*), e a difamação era até então categoria tradicionalmente excluída do âmbito de proteção da Primeira Emenda (emenda constitucional que estabeleceu a liberdade de expressão) à constituição dos Estados Unidos. No entanto, embora essa decisão nunca tenha sido expressamente superada pela Suprema Corte, uma parte importante da literatura estadunidense a considera letra morta pelo fato de decisões subsequentes da Suprema Corte terem ampliado o âmbito de proteção tanto de discurso de conteúdo discriminatório, quanto de discurso danoso à reputação. Em *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), a corte decidiu que não se pode proibir e punir discursos incendiários a não ser que o discurso claramente incite a atos ilícitos iminentes. Nesse caso, a corte julgou inconstitucional uma lei do Estado de Ohio porque a lei proibia de forma genérica discursos que apoiavam a violência. Em *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), a corte considerou inconstitucional uma lei da cidade de St. Paul, Minnesota, que proibia discursos ou atos expressivos que provocam raiva, alarme ou ressentimento com base em cor, religião, raça, credo ou gênero. A corte entendeu que a lei era inconstitucional por deixar claro que as razões para proibição de certos discursos residia no conteúdo ou pontos de vista expressos, o que violaria a liberdade de expressão. Já em *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003), a Suprema Corte dos EUA decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei do Estado da Virgínia que considerava a queima de cruz como uma evidência *prima facie* da intenção de intimidar. A Corte considerou que essa forma de estabelecer a evidência *a priori* deixava de fazer a distinção necessária entre ameaças de amedrontamento e mensagens ideológicas, essas últimas garantidas pela liberdade de expressão. Quanto à jurisprudência da Suprema Corte em relação ao limite imposto pelo direito de reputação à liberdade de expressão, o caso mais famoso é *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964), no qual a corte decidiu que autoridades públicas não possuem direito a indenização por danos à reputação a não ser quando possam provar que uma imputação falsa de fato tenha sido feita com malícia real ("*actual malice*"), o que significa conhecimento da falsidade ou desconsideração temerária ("*reckless disregard*") acerca de se a imputação era falsa ou não. Essa decisão afirmou explicitamente que a Primeira Emenda à Constituição dos EUA abarca o discurso de resultado difamatório e que a sua restrição apenas será justificada se aplicáveis ao caso os mesmos critérios excepcionais que permitem a restrição dos discursos protegidos pela emenda em questão. Nesse sentido, conferir FREEDMAN, 1996, p. 950-952.

[6] Conferir nota de rodapé n. 7 acerca do tratamento variado que legislações distintas dão ao que na literatura é muitas vezes abarcado sobre a rubrica "discurso de ódio".

[7] Jeremy Waldron cita leis de diferentes países as quais ele entende tratarem de proibição de discurso de ódio. A lei canadense proíbe "asserções públicas que incitam 'o ódio contra um grupo identificável quando essa incitação provavelmente levará a uma perturbação da paz'" (WALDRON, 2012, p. 8, tradução minha. Todas as traduções de citações de trabalhos em língua estrangeira são minhas, a não ser quando de outro modo indicado); a proibição da lei dinamarquesa recai sobre "asserções 'pelas quais um grupo de pessoas é ameaçado, ridicularizado ou degradado por causa de sua raça, cor de pele, nacionalidade ou etnia'" (WALDRON, 2012, p. 8); a lei alemã proíbe "ataques à 'dignidade humana de outros ao insultar, maliciosamente difamar ou denegrir segmentos da população'" (WALDRON, 2012, p. 8); Na Nova Zelândia a lei proíbe "palavras ameaçadoras, abusivas ou insultantes que provavelmente provocam hostilidade contra

um grupo de pessoas, ou que o submetem ao desprezo público, com base na sua cor, raça, etnia ou origem nacional ou étnica desse grupo de pessoas" (WALDRON, 2012, p. 8); e ainda a lei britânica proíbe "o uso de 'palavras ou o comportamento ameaçador, abusivo ou insultante', quando esses possuem a intenção de 'incitar ódio racial' ou quando 'considerando todas as circunstâncias, o ódio racial será provavelmente incitado dessa forma'" (WALDRON, 2012, p. 8). As leis apresentam diferenças importantes de terminologia que indicam racionalidades distintas de justificação da proibição. Sem pretender esgotar o potencial comparativo dos poucos exemplos citados, a lei dinamarquesa fala em proibição de ameaças, enquanto a lei alemã fala em proibição de difamação maliciosa. Ameaça é diferente de difamação: os valores potencialmente subjacentes à proibição da ameaça são aqueles da tranquilidade e da proteção contra o medo e a intimidação que impedem que um indivíduo prossiga os seus afazeres sem a preocupação constante com a integridade de seus direitos (por vezes, a proibição da ameaça está relacionada com a própria prevenção do dano contra a vida, integridade física, propriedade ou outros direitos da pessoa ameaçada quando existe uma probabilidade importante de a ameaça vir a se efetivar). Já a difamação se ocupa da proteção da reputação, relacionada ao valor da percepção que a sociedade possui de cada um dos indivíduos que dela participam. Esse juízo social é importante para a maneira como o sujeito concebe a si mesmo, assim como para as suas oportunidades de interação social. Um discurso difamatório, portanto, nem sempre é ameaçador, assim como um discurso ameaçador nem sempre é difamatório. Ainda, a lei do Canadá condiciona a proibição do discurso a uma probabilidade de que o discurso leve a uma perturbação da paz, e a lei britânica, em sentido semelhante, afirma que a proibição do discurso ameaçador, abusivo ou insultante somente ocorrerá quando esse "incitar o ódio" racial ou quando, levando as circunstâncias em consideração, "ódio racial será provavelmente incitado". Essas duas formulações sugerem que o que justifica a proibição do discurso diz respeito a um resultado externo ao ato discursivo em si que pode ser ou não provocado pelo discurso. No caso da lei canadense, esse resultado é mais específico: a perturbação da paz. No caso da lei britânica, a expressão "incitação de ódio" é ambígua. Alguns interpretam que ela abarca a mera incitação de convicções ou ideias. Nesse caso, o mero fato da expressão pública de um conteúdo imoral, em razão do seu conteúdo ou forma, poderia levar à proibição do discurso. Outros entendem que a incitação ao ódio diz respeito apenas ao poder do discurso de levar a ações violadoras de direitos individuais largamente reconhecidos, tais como direito à vida, integridade física, ou o direito de acesso igualitário a oportunidades e recursos produzidos socialmente. A justificativa de proibição do discurso calcada no vínculo causal entre discurso e dano dissociado do conteúdo da mensagem é distinta daquela que é sugerida nas formulações legislativas que visam pura e simplesmente banir o discurso que ridiculariza, insulta ou degrada. Essas últimas formulações buscam, ao menos a primeira vista, proibir o discurso por causa da mensagem que ele carrega.

Uma pequena comparação entre o Brasil e a Alemanha pode ajudar a tornar mais concretas diferenças importantes. No Brasil, a lei n. 7.716 de 1989 (modificada pelas Leis n. 9.459 de 1997, 12.288 de 2010 e 12,735 de 2012) foi aplicada para proibir a publicação de literatura nazista (conferir item 3 da introdução em que discuto o caso Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003), assim como explicitamente proíbe a produção e exibição da cruz suástica para a divulgação do nazismo. Essa mesma literatura é permitida em diversos outros países, incluindo a Alemanha, país que possui legislação proibitiva de discurso de ódio (depois que a obra *Mein Kampf* escrita por *Adolf Hitler* e pela primeira vez publicada em 1925 caiu em domínio público em janeiro de 2016, a primeira reedição - anotada - do livro, editada pelo Instituto de História Contemporânea de Munique, se tornou um *best seller* naquele país no ano de 2016. Conferir reportagem do jornal português Público, de 6 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/01/06/culturaipsilon/noticia/as-vendas-de-mein-kampf-dispararam-na-alemanha--mas-nao-e-aquilo-que-parece-1757232>. Acesso em 01 fev 2017.).

Ainda sobre essas variações, conferir COHEN, 2014. O autor enfrenta a pergunta de se a proibição de discursos de ódio atingiu o status de direito internacional costumeiro (em face de declarações divergentes dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda e para a antiga Ioguslávia: o primeiro afirmando o referido status enquanto o segundo o negou). O autor conclui que a proibição de leis proibitivas de discurso de ódio muito provavelmente não atingiram tal status pela "ausência de uma definição consistente, a falta de uma aplicação uniforme e a persecução seletiva das leis proibitivas de discurso discriminatório". (COHEN, 2014, p. 232).

Conferir também ROSENFELD, 2012, no qual o autor procede a um estudo comparado do tratamento constitucional diverso dado a discurso de ódio, discurso esse que o autor define de forma pouco precisa como "o discurso concebido para promover ódio com base em raça, etnia, ou origem nacional." (ROSENFELD, 2014, p. 242) (Rosenfeld, no entanto, esclarece em determinado momento que a sua análise comparada irá focar apenas no discurso de ódio que "incita o ódio ou hostilidade racial mas que não chega a incitar a violência". (ROSENFELD, 2014, p. 247)). Rosenfeld afirma que o tratamento constitucional dado aos problemas colocados por discurso de ódio à liberdade de expressão tem sido "longe de uniforme, assim como as fronteiras entre propagação impermissível de ódio e discurso protegido variam de um contexto para

Para os fins desse trabalho, compreenderei como discurso de ódio dois tipos de discurso. O primeiro é aquele de conteúdo discriminatório, definido como toda a manifestação expressiva que de alguma forma nega o valor igualitário da vida ou do status político dos membros de um grupo social (definido por características de raça, cor, sexo, gênero, orientação sexual, religião, nacionalidade, etnia, ou qualquer outro aspecto cultural), ou os inferioriza em suas capacidades e habilidades, apenas pelo fato de tais pessoas pertencerem a tais grupos, como meio de argumentar pela negação a esses grupos de direitos, oportunidades ou recursos distribuídos socialmente[8]. Dos exemplos acima, o de publicação de literatura ou manifestação nazista[9] e a panfletagem de material advogando a superioridade racial dos brancos sobre os negros se encaixam nessa categoria.

O segundo tipo diz respeito aos discursos patentemente ofensivos. Esses são os discursos que utilizam de expressões, ações ou intonações que no uso ordinário da língua são tomados como indicações de grosseria, ou como ofensivos e chocantes, dirigidos a certos grupos de pessoas. Essas instâncias discursivas não necessariamente advogam por alguma negação de direitos ou status aos grupos-alvo, mas possuem o efeito potencial difuso de estimular atitudes de hostilidade, violência ou discriminação contra esses grupos. O critério de definição, portanto, reside na forma do discurso. O exemplo do pastor que vilipendiou uma imagem de uma santa católica em programa televisivo em rede nacional, assim como a pornografia pesada, participam dessa categoria. O elemento chocante da expressão do pastor reside no chute que ele desferiu na imagem da santa, assim como na

---

outro." (ROSENFELD, 2014, p. 242).

[8] Em tópico adiante discutirei a distinção entre discurso de conteúdo discriminatório e discurso discriminatório. Defenderei que enquanto o discurso discriminatório normalmente possui conteúdo discriminatório, nem todo discurso de conteúdo discriminatório é discriminatório no sentido de operar uma discriminação que deve ser legitimamente proibida. Assim, enquanto todo discurso deve gozar de uma presunção de proteção em relação ao seu conteúdo, aquele que além de veicular conteúdo discriminatório opera discriminação que deve ser legitimamente proibida, por consequência, deve ser legitimamente proibido. O termo discurso de ódio é utilizado de forma pouco rigorosa na literatura, muitas vezes se referindo tanto ao que eu estou chamando de discurso de conteúdo discriminatório quanto ao discurso discriminatório. No entanto, nesse trabalho, a expressão discurso de ódio remeterá a todo discurso de conteúdo discriminatório já que pretende rebater argumentos pela proibição de discursos em razão de seu conteúdo. O desafio será, portanto, o de determinar quais fatores, distintos do conteúdo da mensagem do discurso, legitimamente distinguem entre discurso de conteúdo discriminatório que pode ser proibido por ser também ele discriminatório, e discurso de conteúdo discriminatório que deve ser protegido apesar de seu conteúdo discriminatório (ou forma ofensiva).

[9] Enfatizo que o caráter controverso da literatura e da marcha nazista pode residir na sua natureza antidemocrática, no mesmo sentido em que poderia ser compreendida uma marcha comunista pela ditadura do proletariado. Apesar de os clamores totalitários de esquerda já terem sido alvo de campanhas de silenciamento em vários momentos históricos, não considerarei o caráter antidemocrático *per se* como fator de definição de discurso de ódio. O que não significa que várias instâncias de discurso de ódio não possam carregar consigo mensagens antidemocráticas, como é o caso flagrante de mensagens que negam igualdade de direitos políticos a uma classe de pessoas (e a depender do conceito que se adote de democracia, negação geral de status igualitário poderia ser também categorizado como discurso antidemocrático).

maneira grosseira com a qual ele se referiu à santa, chamando-a de "boneco desgraçado". Já no caso da pornografia pesada, a indignação é gerada pela maneira vulgar, objetificada, desumanizada e violenta pela qual as mulheres são representadas. Nenhuma dessas instâncias discursivas advoga articuladamente pela discriminação de católicos ou mulheres (mas pode ter o efeito difuso de estimular hostilidade, violência, ou discriminação contra esses grupos).

Essas classificações ajudam a compreender duas lógicas distintas de indignação frente a determinados discursos. São elas baseadas, respectivamente, em tipos específicos de conteúdo e forma da mensagem. Cada uma dessas lógicas entende que na forma ou no conteúdo reside um dano que justifica a proibição do discurso. Esse dano pode consistir no impacto não mediado do discurso nas pessoas pertencentes aos grupos-alvo (distorções de autoconcepção, problemas de autoestima, ansiedade nos mais diversos graus, e depressão, são muitos dos danos associados a esse impacto não mediado do discurso), ou no impacto mediado pela maneira como esses discursos influenciam no comportamento de terceiros em relação às pessoas pertencentes aos grupos-alvo (esses discursos podem levar à disseminação de crenças hostis àqueles pertencentes aos grupos-alvo, o que conduziria ao aumento da probabilidade de violações dos direitos dessas pessoas por terceiros).

Uma mesma instância discursiva, não obstante, pode apresentar os dois aspectos do que chamo de discurso de ódio. Um panfleto advogando pela inferioridade racial dos negros e pela negação a eles dos direitos políticos pode utilizar de epítetos, xingamentos ou expressões chocantes e ofensivas. Algumas feministas "lêem" na pornografia pesada não apenas uma representação chocante e hetedoroxa do sexo, mas uma mensagem de inferiorização da mulher frente ao sexo masculino e de que as mulheres seriam seres humanos de segunda categoria, subjugadas ao poder dos homens. As categorias, assim, não servem para o enquadramento engessado de instâncias discursivas, mas apenas para esclarecer o escopo do discurso que será tratado nesse trabalho, ao redor do qual debates acalorados emergem entre teóricos da moralidade política, ativistas de direitos humanos e operadores do direito

Grande parte das explicações filosóficas sobre a dificuldade que envolve o status normativo do discurso de ódio afirma que instâncias de tal discurso sintetizam um "conflito" entre valores políticos distintos. A síntese mais comum da controvérsia, seja entre aqueles que defendem a liberdade de expressar alguns "tipos" de discursos de ódio, seja entre aqueles que defendem a proibição dessas mesmas instâncias discursivas, é a de que ela se dá por causa de conflito entre os valores abstratos da liberdade, mais

especificamente a liberdade de expressão, e a igualdade[10]. Essa tese entende que valores políticos criam demandas opostas em alguns contextos, sendo o do discurso de ódio um deles. Enquanto a liberdade de expressão protegeria a prerrogativa de dizer do racista, misógino, homofóbico ou fundamentalista religioso, os direitos de igualdade dos grupos sociais vulneráveis atacados demandariam a limitação dessa mesma prerrogativa. A saída sugerida pela maior parte daqueles que enxergam esse conflito é o de balanceamento entre os referidos valores. Esse balanceamento, na maior parte das vezes, utiliza como métrica os efeitos sociais de cada uma das alternativas de proibição ou proteção do discurso de ódio. A abordagem é de custo-benefício[11]: aqueles que defendem a proibição de tais discursos afirmam que a medida é necessária para ceifar o vínculo causal existente, ainda que difuso, entre discursos de ódio e a violação de direitos civis dos grupos atacados, com vistas a redução dos atentados contra a vida, a integridade física e os direitos de igualdade no acesso a recursos e oportunidades dos membros de tais grupos. Ou afirmam que a proibição é necessária para proteção contra a ofensa e o estresse emocional dos membros de grupos sociais vulneráveis. Impedir esses danos ou as relações de causa e efeito em potencial entre discursos e danos, segundo essa posição, realizaria em maior medida o valor da igualdade do que restringiria aquele da liberdade, especificamente o da liberdade de expressão[12].

---

[10] Ao tratar da controvérsia envolvendo a proibição de discursos de conteúdo discriminatório em campi universitários, Steven Shiffrin afirma que a questão será decidida de formas distintas e igualmente legítimas a depender do "valor político" de partida, a igualdade ou a liberdade de expressão, pelo qual se decide abordá-la: "Minha visão é a de que as duas histórias são igualmente válidas. Juízes e administradores universitários não possuem uma maneira fácil, *a priori*, de escolher entre elas, de privilegiar uma sobre a outra. Eles poderiam criar uma exceção à liberdade de expressão, e assim dar primazia aos valores de proteção igualitária em questão. Ou, eles poderiam forjar uma exceção à igualdade, dizendo que na verdade as universidades devem proteger as populações minoritárias exceto quando isso restringir o discurso. Nada na teoria constitucional ou moral exige uma resposta em detrimento da outra." (SHIFFRIN, 1991, p. 348).

[11] Evito caracterizar toda abordagem de balanceamento como consequencialista porque muitos dos principais defensores do método de interpretação constitucional do balanceamento afirmam a incomensurabilidade abstrata dos valores e a impossibilidade de reduzi-los todos a uma única métrica (ou seja, negam que todos os valores possam ser unificados e mensurados sob um mesmo norte normativo para juízo das alternativas de ação, tal como faz a maior parte das abordagens consequencialistas). Para enfrentar o problema da incomensurabilidade, o balanceamento comprometido com a pluralidade dos valores afirma a possibilidade de atribuição de níveis distintos de realização (promoção ou violação) de cada um dos valores envolvidos em uma controvérsia concreta, para fins de comparabilidade no caso concreto dos níveis distintos de sacrifício e promoção dos valores envolvidos. Conferir ALEXY, 2003 e DA SILVA, 2011. Essa abordagem propõe uma análise de custo-benefício dos valores envolvidos para cada alternativa de ação sem redução dos valores a uma mesma métrica. Estou considerando que essa é uma abordagem que ainda assim se ocupa com os efeitos sociais das alternativas de ação, ainda que não os meça de forma consequencialista, porque são as circunstâncias concretas de cada caso o que determina os níveis distintos de realização e sacrifício, segundo essa concepção, de cada um dos valores. Não entrarei na controvérsia acerca da possibilidade de haver um sentido coerente para essa proposta, mas enfatizo que ela parte de um pressuposto não investigado do conflito entre valores, ideia essa rejeitada no presente trabalho.

[12] Steven Shiffrin identifica o caráter pragmático e consequencialista da maior parte do que ele chama de teoria do direito marginal (*outsider jurisprudence*) na qual se inserem os Estudos Raciais Críticos (*Critical*

Já os que defendem a liberdade de expressão de tais discursos com base nessa mesma abordagem de custo benefício enfatizam seja que a referida restrição da liberdade é injustificada face ao que se promove do valor da igualdade, seja que o vínculo causal entre proibição de discurso e promoção da igualdade não prospera. Isso porque a proibição pode se voltar contra os interesses dos próprios grupos que se pretende proteger, de forma que a luta pela erradicação do racismo, misoginia, homofobia e fundamentalismo religioso deveria ser travada em outros campos de batalha[13].

A abordagem que combina a mensuração de custo-benefício e o balanceamento de valores políticos precisa recorrer a argumentos de otimização de valores em cada caso específico, já que toda a controvérsia se resumiria na comparação entre os cenários sociais "com proibição" e "sem proibição" para julgar os benefícios de uma eventual proibição (medido em termos da promoção de resultados igualitários) em relação aos seus custos (medido em termos da "quantidade" ou "nível" de restrição das prerrogativas de expressão). Dificuldades de mensuração para fins de comparação do compromisso de cada

---

*Racial Studies*): "Na área do direito das relações raciais, a 'teoria do direito marginal' (*'outsider jurisprudence*') frequentemente se baseia na experiência vivida das pessoas de cor. Ela utiliza a análise particularista e é hostil a falsas pretensões de universalidade e neutralidade. A sua orientação geral é pragmática, e a sua missão é combater o racismo e a injustiça. A partir dessa perspectiva, as regras que afetam as relações raciais dependem para a sua justificação da medida em que elas combatem o racismo presente no conjunto existente de relações de poder; certamente, se elas entrincheiram essas relações de poder, essas regras não são legítimas." (SHIFFRIN, 1994, p. 45-46). Assinalando a metodologia de MacKinnon centrada no ponto de vista da mulher e a sua rejeição de categorias universalistas das teorias feministas liberais e socialistas, conferir LITTLETON, 1989. Ver também a perspectiva meta-teórica de YOUNG, 2011. Conferir MATSUDA, 1989 para uma defesa da criminalização do discurso racista com base em uma tocante reunião de inúmeros relatos das vítimas de racismo e, em especial, as páginas 2323-2326, para uma caracterização da teoria do direito marginal como uma que foca nos resultados e na lei como instrumento de transformação. Conferir DELGADO, 1989, para uma defesa do reconhecimento judicial da responsabilidade civil por insultos raciais, com base, dentre outros danos, no impacto psicológico do insulto sobre as vítimas: "Esse artigo irá argumentar que a responsabilidade civil independente por insultos raciais é tanto permissível quanto necessária" (DELGADO, 1989, p. 134).

[13] Denunciando o caráter contraprodutivo da proibição de discursos de ódio que não sejam dirigidos a pessoas individualmente consideradas ou a pequenos grupos de pessoas, conferir SHIFFRIN, 1994: "Eu argumento que a regulação do discurso racista que não é direcionado a nenhum indivíduo específico ou a um grupo pequeno de indivíduos será contraprodutiva em uma sociedade tão racista como essa [a sociedade estadunidense]." (SHIFFRIN, 1994, p. 47). Nedine Strossen, por sua vez, afirma não apenas que a proibição de discurso de ódio é ineficaz no combate ao racismo como pode dificultar a empreitada: "Censurar o discurso racista não apenas fracassaria na redução do viés racial, mas poderia prejudicar esse objetivo. Em primeiro lugar, não há evidência psicológica persuasiva de que a punição para xingamento altera atitudes profundamente sustentadas. Ao contrário, estudos psicológicos mostram que discurso censurado se torna mais atraente e persuasivo para muitos ouvintes apenas em virtude da censura. Nem há qualquer evidência empírica, dos países que baniram o discurso de ódio, de que a censura é um meio eficaz de combater o racismo." (STROSSEN, 1990, p. 554). Em sentido semelhante, argumentando contra a proibição de pornografia com base em argumentos feministas, conferir STROSSEN, 1993 (dentre os argumentos levantados, Strossen afirma que "qualquer esquema de censura inevitavelmente englobaria vários trabalhos que são especialmente valiosos para as feministas", "qualquer esquema do tipo seria imposto de forma a discriminar contra os grupos menos populares, menos poderosos em nossa sociedade, incluindo as feministas e as lésbicas;", "A censura perpetua estereótipos aviltantes acerca das mulheres, incluindo o de que o sexo é ruim para nós;" e que "A censura perpetua a noção desempoderadora de que as mulheres são vítimas em sua essência." (STROSSEN, 1993, p. 1111).

um dos valores a parte, ressalto o conceito de "direitos" subjacente a essa abordagem: um direito individual apenas existe na medida em que contribui para a promoção de resultados sociais benéficos ou para otimização concreta de um valor abstrato. Direitos seriam interesses mais ou menos importantes que as pessoas, individualmente ou coletivamente consideradas, possuem de forma geral, e a sua proteção seria uma função da sua importância relativa vis à vis o seu impacto deletério ou positivo nos interesses de outras pessoas ou grupos de pessoas. Daí a necessidade de balancear ou ponderar os interesses nas situações concretas nas quais eles entram em conflito[14]. Essa parece ser a posição

[14] A teoria da ponderação mais reconhecida internacionalmente é aquela de Robert Alexy. A ponderação consiste no último dos três passos da metodologia formulada por Alexy para análise da adequação da restrição de um "direito" em face da promoção de outro "direito" em situação de conflito. Essa metodologia é conhecida como teoria da proporcionalidade, empregada para adjudicação entre direitos fundamentais (concebidos como valores conflitantes, ou princípios conflitantes): "Princípios sao requerimentos de otimização, caracterizados pelo fato de que eles podem ser satisfeitos em diversos graus, e que o grau apropriado de sua satisfação depende não apenas do que é faticamente possível mas também do que é legalmente possível. O escopo do legalmente possível é determinado por princípios e regras em oposição". (ALEXY, 2002, p. 48). Quanto a forma de solucionar o problema que decorre de se partir do pressuposto de que princípios conflitam, Alexy afirma que: "Se dois princípios competem, por exemplo, se um princípio proíbe algo e outro o permite, então um dos princípios deve ser superado (*outweighted*). Isso não significa nem que o princípio superado é inválido nem que ele possui uma exceção em seu interior. Ao contrário, o princípio superado pode ele mesmo superar o outro princípio em outras circunstâncias. Em outras circunstâncias, a questão da precedência poderá ter que ser revertida. (…). Conflitos de regras são solucionados no nível da validade; já que apenas princípios válidos podem competir, competiçõees entre princípios são solucionadas na dimensão do peso (*weight)*" (ALEXY, 2002, p. 50). Sobre a relação necessária que Alexy enxerga entre o seu conceito de princípio e a proporcionalidade enquanto método de interpretação constitucional, conferir ALEXY, 2002, 66-69.
A princípio elaborada com base no método de análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, a teoria da proporcionalidade ganhou ampla aceitação nos países europeus, no direito europeu, em Israel, África do Sul, Canadá, Nova Zelândia, Austrália e em países da Ásia e América do Sul. Para uma descrição suscinta da expansão internacional da proporcionalidade como teoria e método de adjudicação constitucional de direitos fundamentais, conferir BARAK, 2012, p. 181-210. Para uma crítica contundente da proporcionalidade, conferir TSAKYRAKIS, 2009. O autor afirma que a proporcionalidade assume a possibilidade de quantificação dos níveis de realização de cada valor a partir de uma única métrica, o que "tende a desconsiderar, ou ao menos a não apreciar adequadamente, o fato de que o nosso universo moral inclui ideias não conducíveis à quantificação, com o resultado de que a essas ideias não é dada a devida consideração em nosso raciocínio," (TSAKYRAKIS, 2009, p. 475). Ademais, Tsakyrakis faz uma denúncia da concepção de direitos, pressuposta na abordagem da proporcionalidade, enquanto "nada mais do que interesses privados cuja proteção depende, em cada ocasião, de ser balanceada com interesses públicos rivais", porque isso, em última instância, "torna a Constituição inútil": "(...) se os direitos constitucionais protegem o mesmo tipo de interesses que aqueles do governo, e se a proteção depende de considerações acerca de algum tipo de 'peso' relativo dado aos interesses conflitantes, segue-se que a proteção conferida pela Constituição nunca pode ser estável mas é sempre condicional a várias circunstâncias e depende do resultado do balanceamento." (TSAKYRAKIS, 2009, p. 470). Para uma teorização acerca das razões pelas quais o balanceamento como método de interpretação constitucional se tornou atraente nos Estados Unidos a partir das décadas de 30 e 40 do século XX, e para uma crítica da sua adoção indiscriminada, conferir ALEINIKOFF, 1987. O autor afirma que "O balanceamento está minando nossa compreensão usual do direito constitucional como uma empreitada interpretativa. Ao fazê-lo, está transformando o discurso constitucional em uma discussão geral acerca da razoabilidade da conduta governamental." (ALEINIKOFF, 1987, p. 987). Aleinikoff reclama que pressuposto na abordagem do balanceamento está a compreensão dos valores constitucionais como um simples "convite para a discussão de boa política social". (ALEINIKOFF, 1987, p. 992). Ele conclama o retorno à noção moral básica de que "Por trás de muitas das decisões mais importantes que tomamos, das crenças mais importantes que mantemos, estão juízos de princípio que não se reduzem a balanceamento. Esses juízos podem ser profissões de fé; eles podem ser premissas, não provas.

teórica dominante, implícita ou explicitamente, entre teóricos do direito e constitucionalistas brasileiros, os quais afirmam o caráter conflituoso dos direitos fundamentais (lastreados em valores políticos constitucionais) bem como o dever do juiz ou legislador de ponderar entre os direitos nas situações em que o conflito se explicita[15].

---

Mas eles formam a fundação de nosso sistema moral." (ALEINIKOFF, 1987, p. 998). Para uma defesa da compatibilidade da proporcionalidade (e da ponderação como terceira etapa do método) com a adequada proteção de direitos fundamentais, conferir KLATT; MEISTER, 2015. Os autores defendem, dentre outros argumentos, que os direitos fundamentais podem ser adequadamente protegidos no âmbito da proporcionalidade pela limitação do leque de interesses que podem ser legitimamente balanceados com direitos fundamentais constitucionais (apenas os interesses que possuem status constitucional poderiam legitimamente competir com direitos fundamentais constitucionais), bem como pela atribuição de um peso de partida maior, ou seja, um peso maior aos direitos fundamentais constitucionais considerados abstratamente, em relação a outros interesses governamentais ou individuais constitucionais (KLATT; MEISTER, 2015, p. 35-41).

[15] Daniel Sarmento, em texto no qual busca caracterizar a recepção brasileira do movimento conhecido como neoconstitucionalismo, afirma que "há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, (...). (...). Estas novas ideias já reverberam fortemente na jurisprudência nacional, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, que, nos últimos tempos, tem cada vez mais invocado princípios abertos nos seus julgamentos, recorrido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade com frequência e até se valido de referências filosóficas na fundamentação de decisões." (SARMENTO, 2009, p. 129). Em texto intitulado A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech, Sarmento defende explicitamente a necessidade de "ponderação entre direitos por meio da métrica da proporcionalidade para solucionar os casos em que conflitam os direitos de liberdade de expressão e os direitos dos grupos à não discriminação." (SARMENTO, 2006, p. 257) (Nesse texto, Sarmento endossa a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger de proibição e condenação criminal da publicação de literatura nazista afirmando que a proibição de discursos de ódio de forma geral se justifica para evitar que a democracia se torne um empreitada suicida. No entanto, Sarmento defende o direito de religiosos a expressões de conteúdo homofóbico sem oferecer qualquer razão pela qual a justificativa democrática seria suficiente para banir a publicação e distribuição de literatura nazista, mas insuficiente para banir os discursos religiosos homofóbicos).

Afirmando o caráter aberto e conflituoso dos princípios e direitos constitucionais, Luís Roberto Barroso, constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, defende que "A Constituição, como se sabe, é um documento dialético, fruto de um compromisso político, e que, por isso mesmo, abriga princípios e direitos potencialmente conflitantes. Quando surgem efetivamente situações de conflito - como, e.g., as que contraponham o princípio da livre iniciativa e o da intervenção do Estado no domínio econômico, ou o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade - cabe ao intérprete buscar a conciliação possível entre as proposições aparentemente antagônicas, procedendo a uma ponderação de valores." (BARROSO, 2001a, p. 45). Conferir também: "Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da 1ógica do sistema, que é dialético. (...) À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação." (BARROSO, 2001b, p. 26). Partindo do caráter conflituoso dos direitos e princípios, Barroso defende a ponderação como método de interpretação constitucional por excelência: "A ponderação de valores é técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição." (BARROSO, 2001a, p. 45). O mesmo texto é praticamente repetido em "A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado

Entendo que essa é uma abordagem equivocada porque, utilizando a expressão de Ronald Dworkin, não "leva os direitos a sério"[16]. A abordagem que endosso é a de que os direitos em sentido forte dizem respeito a prerrogativas individuais não sacrificáveis em prol de interesses majoritarios[17], superáveis apenas quando a sua proteção causar danos em grandes proporções. Em outras palavras, em situações de normalidade social, aí incluindo as dificuldades, ordinárias em uma democracia, de promoção de justiça social e de certos valores humanos, os direitos em sentido forte não podem ser violados, ainda que a sua proteção importe em dificuldade para a promoção de algum objetivo social nobre, ou tenha consequências sociais indesejáveis. Essa noção de direito enquanto *trunfo* sobre certos fins

---

socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição." (BARROSO, 2001b, p. 27). Interessante notar que nesse último trecho, Barroso aproxima inequivocamente a ideia de valor com aquela de interesse. Reação a essa interpretação do sentido dos princípios e da ponderação como método interpretativo é encontrada em STRECK, 2015, em que o autor exorta a então presidenta Dilma Roussef a vetar o que é hoje o parágrafo 2 do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, o qual consagrou a ponderação como técnica de solução de conflito entre "normas". Concedendo a complexidade da teoria da ponderação ou da proporcionalidade de Robert Alexy, Streck afirma que ela é via de regra extremamente mal compreendida e aplicada no Brasil. Ele menciona justamente o caso Ellwanger, caso tido como paradigmático na jurisprudência do STF em liberdade de expressão: "Vamos falar a sério e admitir que o legislador não se houve bem? É melhor falarmos disso antes que os juízes levem a sério esse dispositivo e comecem a fazer aquilo que foi um dos ingredientes do caos em que se encontra a operacionalidade do direito, a ponto de, no julgamento do famoso caso Ellwanger, dois ministros do STF terem dito que lançaram mão da ponderação (sim, essa mesma "ponderação" de que trata o novo CPC) e...chegaram a resultados absolutamente discrepantes: em nome da ponderação um concedia a ordem de Habeas Corpus e o outro não." (STRECK, 2015).

Já Virgílio Afonso da Silva explicita a necessidade de diferenciar entre o argumento de fracasso teórico da teoria dos princípios e da ponderação de Alexy, do fracasso da aplicação da referida teoria no Brasil (DA SILVA, 2016, p. 107-108). Em artigo intitulado *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision* (2011), da Silva faz uma defesa da possibilidade de ponderação racional entre valores incomensuráveis. É interessante notar, no entanto, como o argumento em defesa da ponderação parte do pressuposto da incomensurabilidade dos, e do conflito entre, valores. Não há qualquer preocupação em investigar esse pressuposto. Todos os interesses ou bens humanos são concebidos em um patamar de equivalência, sem distinção entre interesses que associamos aos direitos civis, tais como a liberdade de expressão, de outros interesses coletivos, tais como a liberdade de imprensa, ou o desenvolvimento econômico: "Quanta satisfação do direito à privacidade é necessária para justificar uma dada restrição da liberdade de expressão ou liberdade de imprensa? Quanto desenvolvimento econômico justifica um certo nível de degradação ambiental? Pode a liberdade de profissão ser utilizada como uma razão para um nível menor de proteção da saúde dos indivíduos? A resposta a todas essas (e muitas outras) questões - muito comuns na argumentação jurídica e nas decisões judiciais - abarca comparações entre bens, valores e direitos que não podem ser assinalados em uma única escala de medida, isto é, não há nenhuma unidade de medida inequívoca aplicável a todos eles." (DA SILVA, 2011, p. 274). O mesmo pressuposto não explorado aparece na defesa que faz Da Silva da tese da ponderação de Alexy de críticas e má compreensões que ele atribui à teoria constitucional brasileira. Conferir DA SILVA, 2003.

[16] O nome do sétimo artigo da primeira coletânea de trabalhos de Ronald Dworkin, publicada em 1977, é "Levando os Direitos a Sério" ("*Taking Rights Seriously*"). Esse artigo foi publicado pela primeira vez em 1970 na *New York Review of Books* e é o artigo que dá nome à coletânea.

[17] "A existência de direitos contra o Governo seria prejudicada se o Governo fosse capaz de derrotar tal direito ao apelar ao direito de uma maioria democrática de impor a sua vontade. Um direito contra o Governo deve ser um direito a fazer alguma coisa mesmo quando a maioria pensa que seria errado fazê-lo, e mesmo quando a maioria ficasse em uma situação pior por ter essa coisa feita." (DWORKIN, 1977b, p. 194).

sociais desejáveis (mais uma vez utilizando a expressão de Ronald Dworkin)[18] incorpora o valor "sagrado" da vida individual. A concepção de justiça subjacente a essa noção de direito defende que a igualdade é melhor compreendida como proteção igualitária da independência ética[19] de cada indivíduo e do seu acesso à sua justa parcela de recursos e liberdades para exercício dessa independência ética. Em síntese, nenhum direito moral deve ser sacrificado em benefício de uma coletividade. Sendo assim, se a liberdade de expressão é um direito em sentido forte, assim como o direito à vida, o direito à liberdade religiosa, o direito à integridade física, dentre outros, a abordagem que pretende arbitrar acerca da proteção da liberdade de expressão com base nas consequências sociais difusas mais ou menos benéficas da proteção dessa prerrogativa não a toma como o trunfo individual que ela deve ser face a objetivos sociais igualitários[20].

O meu objetivo nesse trabalho é o de defender a proteção da liberdade de expressão de discurso de ódio enquanto uma exigência do direito à liberdade de expressão como trunfo. Eu o farei lastreada nas concepções de liberdade de expressão de Ronald Dworkin e C. Edwin Baker (e na teoria da justiça de Dworkin de forma geral). Argumento que a proibição e punição de expressões de ódio apenas se justifica quando:

(1) for possível identificar um vínculo causal direto entre a instância discursiva e um dano normativamente relevante[21], claro e iminente, ainda que a intencionalidade do discurso seja expressiva (em sentido normativamente relevante[22]); ou

---

[18] "(...) direitos políticos são trunfos sobre justificações de outro modo adequadas para a ação política" (DWORKIN, 2011a, p. 329). Conferir também o artigo *Rights as Trumps* (DWORKIN, 1985d).

[19] A ética, aqui e ao longo de todo o trabalho, possui sentido dworkiniano. Não é sinônimo de moral, mas compreende o campo de preocupações acerca do que significa viver bem. Já a moral é o campo de preocupações acerca de como devemos nos comportar e agir em relação às demais pessoas: "Eu tento ilustrar a unidade de ao menos os valores éticos e morais: eu descrevo uma teoria acerca de como é viver bem e acerca do que, se nós queremos viver bem, nós devemos fazer, e não fazer, para outras pessoas." (DWORKIN, 2011a, p. 1).

[20] Uma tal compreensão do sentido dos direitos, no entanto, requer seja uma teoria da justiça que concede a hierarquização entre valores políticos (compreensão recorrente da teoria da justiça de John Rawls, que estabelece "prioridade lexical" entre princípios de justiça), seja uma teoria da justiça que afirma a tese da unidade do valor, senão do valor em geral, ao menos dos valores políticos. A leitura que faço da teoria da justiça de C. Edwin Baker (que será trabalhada nos capítulos 2 e 3) é a de que ela propõe uma conceptualização unitária do valor político, definindo o sentido de princípios como os de igualdade, liberdade e democracia a partir do sentido atribuído aos demais. Ele, no entanto, exclui a ética (que nesse trabalho significa o campo que se ocupa acerca do bem viver) da teoria política. Já Dworkin propõe uma teoria do segundo tipo, que integra a ética (campo que indaga acerca do melhor sentido do bem viver) à moral (campo que indaga acerca de nossos direitos e obrigações interpessoais) e à política (campo que indaga acerca das obrigações e direitos entre a coletividade política, o Estado, e os sujeitos a ele subordinados). As diferenças entre Baker e Dworkin ficarão mais claras no capítulo 3.

[21] Por dano normativamente relevante eu quero enfatizar o sentido normativo da noção de dano que ora emprego e diferenciá-lo de uma outra noção corriqueira de dano usada tanto na linguagem corrente quanto na literatura em teoria política que o identifica a qualquer prejuízo a um interesse tipicamente humano. Nem toda forma de causar prejuízo e nem todo prejuízo a um interesse tipicamente humano justificam uma restrição nas prerrogativas de ação de terceiros. Um exemplo, importante para esse trabalho, de forma

(2) a intencionalidade do discurso não for expressiva no sentido normativamente relevante segundo a melhor teoria da liberdade de expressão, casos em que o discurso poderá ser restringido em razão de objetivos políticos importantes, tais como promover a igualdade social, ou poderá constituir, em razão da sua intencionalidade lesiva e alheia ao sentido de proteção da liberdade de expressão, dano normativamente relevante. Argumentarei que o discurso em desrespeito às regras contextuais de cuidado com a imagem alheia constitui dano à reputação, compreendida como o direito de competição justa contra a má percepção social de si.

(3) o discurso, ainda que expressivo em sentido normativamente relevante, seja proferido em contextos especiais nos quais direitos individuais de natureza distributiva ou objetivos institucionais específicos desses contextos justifiquem a proibição do discurso.

Defenderei essa tese de investidas restritivas que se pretendem distintas do mero cálculo de custo-benefício, ainda que também baseadas no conteúdo do discurso. Trata-se do argumento elaborado por Jeremy Waldron, ancorado em seu conceito de dignidade humana. Assim como vários filósofos políticos dos estudos raciais críticos e feministas, Waldron apresenta uma resposta negativa para a maior parte das questões controversas

---

normativamente irrelevante de causação de dano, ou seja, que não justifica a restrição de prerrogativas de ação de terceiros, é aquela da persuasão temporalmente dilatada exercida por um discurso de conteúdo injusto sobre as ações de terceiros. Mais concretamente, o fato de que um discurso partidário injusto a respeito da distribuição de ônus tributários convence a maioria do eleitorado a votar em políticos para implementação de um esquema injusto de tributação não justifica a proibição do discurso partidário. Isso terá implicações importantes para o debate acerca da restrição da liberdade de expressão de discurso de ódio. Já um exemplo de prejuízo a um interesse tipicamente humano normativamente relevante é a ofensa provocada pelas convicções ou estilos de vida de terceiros. Não podemos proibir o sexo homossexual, ou a expressão pública de afeto entre casais homossexuais apenas porque isso ofende o senso de decência e a moralidade sexual de algumas ou da maioria das pessoas. Não podemos proibir manifestações artísticas ou políticas que atacam de forma incisiva determinados dogmas religiosos apenas porque elas ofendem as sensibilidades religiosas de um grupo de pessoas. O sentimento da ofensa, apesar de ser experimentado de forma profundamente dolorosa por algumas pessoas, não justifica a restrição das prerrogativas de ação de outras pessoas em relação à sua vida sexual, afetiva ou ao exercício dos seus direitos políticos. Isso terá também implicações importantes para a discussão da proibição do discurso de ódio com base no conteúdo da mensagem. É claro que a definição das formas de causação de prejuízo e dos tipos de prejuízo a interesses humanos normativamente relevantes depende da construção e defesa de uma teoria da justiça. Tal como já afirmado, eu endosso, nesse trabalho, a maior parte da teoria da liberdade de expressão de C. Edwin Baker, e a teoria da liberdade de expressão, assim como a teoria da justiça mais ampla de Ronald Dworkin.

[22] Por intencionalidade expressiva ou normativamente relevante eu quero enfatizar os tipos de engajamento discursivo que realizam os valores que melhor justificam a liberdade de expressão enquanto direito individual. Nem todo ato de fala, escrita ou de comunicação pública ou privada realiza o valor da autonomia (em Baker), ou da independência ética (em Dworkin), que a meu ver melhor justificam a liberdade de expressão. Um exemplo de ação de comunicação que não serve à realização desses valores é a publicidade comercial. A publicidade é um ato comunicativo de empresas ou pessoas que carrega a intenção de divulgar produtos, serviços ou empreitadas econômicas visando o lucro ou benefícios econômicos. Isso não guarda relação com a autoexpressão, autorealização ou formulação de convicções identitárias centrais de natureza ética, política, estética ou moral. A atenção à intencionalidade do ato discursivo é importante para a discussão acerca da proibição ou não de discurso de ódio porque abre margem para a adoção e justificação de parâmetros distintos de restrição ou proteção de conteúdo odioso a depender da intencionalidade do ato discursivo em questão.

envolvendo a liberdade de expressão elaboradas no início dessa introdução. Ele criticou o resultado final do caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (WALDRON, 2012, p. 12), no qual o partido nazista dos Estados Unidos teve reconhecido em 1977 direito de marchar usando símbolos nazistas na cidade de Skokie, à época habitada por grande quantidade de sobreviventes judeus do holocausto. No mesmo sentido, ele defendeu a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Beauharnais v. Illinois*, julgado em 1952, no qual a corte considerou constitucional uma lei do Estado de Illinois que proibia a publicação ou exibição de qualquer material escrito ou imagem representando a "depravação, criminalidade, falta de castidade, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião". E também se manifestou favoravelmente às críticas que feministas lançam à tolerância social da pornografia, tanto em função do vínculo que as feministas enxergam entre pornografia e disseminação da violência e de atos de discriminação em geral contra a mulher, quanto em função do vínculo que Waldron crê haver entre pornografia e difamação das mulheres concebidas como grupo (WALDRON, 2012, p. 89-92).

Waldron escreveu extensamente nas áreas de Teoria Geral do Direito e Filosofia Política, mas não é considerado como um filósofo da liberdade de expressão, ou um teórico da Primeira Emenda. O seu trabalho mais robusto e recente sobre liberdade de expressão constitui-se do seu livro *The Harm in Hate Speech* (2012), no qual elabora a tese de que as formas mais virulentas de discurso de ódio devem ter sua expressão pública proibida e punida. Creio que algo deve ser dito a respeito da escolha de Waldron, e do seu posicionamento a respeito dos discursos de ódio, como um dos alvos centrais desse trabalho.

Entendo que a originalidade da crítica de Waldron à proteção de discursos de ódio reside no fato de que ela flui da articulação teórica mais íntima entre os conceitos de dignidade humana e de igualdade. Waldron afirma que o sentido jurídico da dignidade é o de status social, ou reconhecimento de uma condição social de valor. Afirmar a igualdade da dignidade das pessoas significa afirmar igualmente o pertencimento de cada uma delas à sociedade em boas condições, bem como a prerrogativa de cada uma delas de receber da sociedade um tratamento compatível com a sua posição igualitária de prestígio[23] em relação a todas as demais pessoas.

[23] Defender uma concepção de dignidade igualitária com base na noção de posição igualitária de prestígio pode parecer uma contradição. Mas Waldron argumenta que a dignidade, enquanto conceito jurídico, carrega a conotação de pertencimento de todo o grupo humano a um elevado estrato social. Seríamos todos os

Manifestações expressivas de conteúdo discriminatório negam, segundo Waldron, a dignidade de minorias religiosas, mulheres, negros ou quaisquer outros grupos-alvo. Isso ocorre pelo fato de comunicarem, explícita ou implicitamente, a negação a membros de cada um desses grupos de certas prerrogativas que consideramos devidas a todas as pessoas. O discurso pretende expor convicções que são contrárias à ideia de que todos são titulares de um mesmo status na sociedade, e pretende convencer as demais pessoas acerca das diferenças em termos de posição social e de prerrogativas entre grupos de pessoas. Para Waldron, a veiculação dessas mensagens é danosa para a dignidade das pessoas alvo pelo fato de que o exercício da dignidade, o direito mesmo à dignidade, implicaria em um direito a uma *garantia* de que as demais pessoas reconhecerão o status igualitário de cada uma delas na sociedade. Essa garantia só se perfaz pelo provimento de um bem público que Waldron define como um "meio ambiente moralmente saudável". A veiculação das mensagens de ódio funcionaria como um "poluidor" desse meio ambiente, impedindo a manutenção do pré-requisito da saúde social "invisível", implícita e necessária para o pleno gozo da dignidade.

Apesar de, em última instância, Waldron precisar recorrer à noção de balanceamento de valores, por reconhecer que a eliminação de certos discursos de ódio do debate público implica em uma perda para os valores da autonomia individual ou da legitimidade democrática, ele o faz como último recurso. A sua tese não parte, dessa forma, da premissa de que os valores liberdade e igualdade conflitam, ou de que a proteção de um direito individual de liberdade ou igualdade se estende apenas até o ponto em que a prerrogativa individual em questão contribui para um estado de coisas coletivo benéfico. Waldron defende uma metodologia propriamente jurídica de conceptualização da dignidade, conecta a dignidade à igualdade e daí defende uma posição acerca dos limites a serem impostos às prerrogativas de expressão. O que percebo em Waldron, portanto, é uma maior profundidade teórica, uma que não se contenta em lançar mão de uma retórica do balanceamento para fazer a misteriosa balança pesar, como num passe de mágica, para a conclusão que maior satisfaz as intuições normativas e sociais do freguês filósofo, ou jurista (ou, ainda mais delicado do ponto de vista das consequências, do freguês juiz, o

---

humanos parte de um mesmo grupo de certo prestígio e merecedor de respeito e consideração. A dignidade, em seu sentido jurídico, significaria um nivelamento igualitário por cima de todos os seres humanos. Essa noção de dignidade de Waldron será explorada em maior detalhes no capítulo 1. Negando a possibilidade e utilidade da universalização de uma noção "aristocrática" de dignidade, conferir: "A dignidade humana precisa ser mais do que oferecer a todos o tipo de dignidade jurídica uma vez desfrutada pelos aristocratas. Ela precisa reconstruir ou rejeitar essa dignidade porque ela possui nenhum interesse em moldar a dignidade enquanto a atividade arrogante de se comportar mal e de se recusar a ser responsabilizado por isso." (HERZOG, 2012, p. 106).

qual decide de forma definitiva acerca daquilo que as pessoas podem ou não fazer em esferas importantes do exercício de sua independência ética).

Ainda outro aspecto que entendo original do argumento de Waldron é o de que ele conecta a ideia de dignidade àquela de reputação. Waldron toma o dado de que a maior parte das democracias liberais reconhece alguma forma de direito de reputação e explora a sociologia das dinâmicas reputacionais. Ele enfatiza que a percepção social de indivíduos depende não apenas da recepção das características e ações da pessoa individualmente considerada, mas também dos grupos dos quais ela participa. Waldron chama a percepção social dos pertencimentos grupais de "fundamentos da reputação" individual. Esse é um passo importante para o desafio que Waldron coloca a liberais igualitários que defendem, ao mesmo tempo, a proteção de discurso de ódio e um direito de reputação. Isso porque se a reputação é um fenômeno relacionado também à maneira como os outros percebem as nossas filiações coletivas, o discurso que ataca essas coletividades ataca a reputação individual de cada um dos membros dessa coletividade. Mais uma vez, Waldron se vale de conexões conceituais, ou argumentos de coerência, para defender a sua tese pela proibição de discursos de ódio.

Creio que o desafio waldroniano se dirige de forma exemplar aos teóricos da justiça Ronald Dworkin e C. Edwin Baker (Waldron aborda argumentos específicos de Baker e Dworkin nos capítulos 6 e 7, respectivamente, de seu livro *The Harm in Hate Speech*). Ambos defendem, sob o resguardo da liberdade de expressão, o direito de nazistas, racistas e produtores e consumidores de pornografia de veicular e consumir mensagens discriminatórias e ofensivas (excluindo os casos em que é possível vislumbrar vínculo causal direto entre instâncias de tais discursos e violações de direitos de terceiros ou em determinados contextos nos quais vigem normas distintas daquelas aplicáveis ao debate democrático em geral) (BAKER, 2009b). Eles reivindicam, com base na igualdade dos indivíduos de participar na formação do ambiente político e moral da sua sociedade, o direito de produção e consumo de pornografia, mesmo daquela sadomasoquista (DWORKIN, 1996, p. 214-223, p. 236-239; BAKER, 1994). Dworkin se manifestou muito especificamente sobre o direito de nazistas manifestarem ideias de negação do holocausto, e de superioridade racial, bem como de exibirem publicamente seus símbolos, razão pela qual se posicionou favoravelmente ao resultado jurídico do caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (DWORKIN, 1996, p. 203-204, p. 223-226). Ele também defendeu a liberdade de expressão de racistas da Ku Klux Klan para manifestação pública de sua convicção de que "os negros devem ser reenviados para a África e os judeus para

Israel", tendo se posicionado favoravelmente à decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Brandenburg v. Ohio,* julgado em 1969, no qual a corte reverteu a condenação de Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan em Ohio, pela participação em uma passeata da KKK em que proferiu discurso defendendo a possibilidade de vingança contra negros e judeus, e acusando o Estado dos EUA de suprimir a raça caucasiana (DWORKIN, 2011, p. 373). Já Baker afirmou que a condenação do editor de jornal ruandês Hassan Ngeze por discurso de ódio pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi incorreta. Hassan Ngeze era Tutsi e publicou diatribes racistas contra os Hutus em seu jornal chamado à época *Kangura*. As publicações, no entanto, segundo Baker, ocorrem em momentos significamente anteriores ao genocídio dos Tutsis pelos Hutus (BAKER, 2009b, p. 155-156)[24].

Para Baker e Dworkin, a liberdade de expressão serve à realização das capacidades expressivas e criativas do indivíduo em domínios importantes para a sua identidade individual. Na terminologia de Dworkin, a proteção dessas capacidades é uma exigência da independência ética, um dos princípios da dignidade humana concebida como conceito ético, ou seja, como elaboração do sentido da boa vida e do viver bem. Já para Baker, a proteção dessas capacidades é uma exigência dos pressupostos da prática social da moralidade. A moralidade, para Baker, é um exercício de deliberação coletiva que visa ao acordo, algo que só faz sentido se pressuposto que cada pessoa age com autonomia de proposição, contribuição para o debate e negação das propostas alheias. Ambos os autores entendem que a estrutura e o ônus do argumento moral e político é o de fornecer uma explicação coerente do sentido dos diversos valores morais e políticos, uma que torne os direitos exigíveis por cada pessoa compatíveis com os deveres dessa mesma pessoa, assim como com os direitos e deveres das demais pessoas.

O primeiro capítulo desse trabalho inicia pela reconstrução do conceito de dignidade de Waldron e da maneira como esse conceito sustenta o pleito pela proibição de discursos de ódio. Nele, defenderei que, ainda que Waldron tente elaborar uma teoria original do sentido jurídico da dignidade humana e com isso busque uma narrativa teórica mais robusta pela proibição da expressão pública de discursos de ódio virulentos, a

[24] É importante destacar que Baker faz uma diferenciação entre a situação de Ngeze e aquela dos radialistas ruandeses que em meio ao genocídio conclamavam todo Hutu a matar ou denunciar os Tutsis, qualificando os últimos como baratas (BAKER, 2009b, p. 155). A diferença reside no vínculo causal mais claro e articulado entre o discurso dos radialistas e as práticas violentas já em curso em Ruanda, em comparação à relação entre as publicações de Ngeze, ocorridas em um período anterior ao genocídio (e por alguns caracterizado como de dominação dos Hutus pelos Tutsis, esses últimos até então formadores da elite do país), e essas mesmas práticas violentas que vieram a ocorrer.

maneira como ele defende a importância da dignidade acaba colapsando em uma de duas linhas argumentativas fracassadas. Ambas fracassam porque incapazes de universalização.

A primeira, que chamo nesse trabalho de *hipótese causal da discriminação em sentido estrito*, perfaz o argumento igualitário de natureza consequencialista. Ela defende a proibição do discurso de ódio por causa do vínculo causal, ainda que difuso, entre a circulação de conteúdo discriminatório (explícito ou implícito na ofensa) e as violações criminosas de direitos de membros dos grupos atacados, tais como os crimes de ódio (homicídios, estupros e lesões corporais motivadas por discriminação) ou vedações e impedimentos de acesso de membros de tais grupos a serviços, estabelecimentos ou quaisquer outros tipos de recursos e oportunidades por motivos de discriminação. Essa hipótese aponta para o dever de proibição de todo discurso que guarda conexões causais ainda que difusas com resultados sociais injustos. Argumento que esse fundamento de proibição nos exigiria conceder a correção da proibição de uma série de práticas discursivas que consideramos como instâncias centrais do exercício da liberdade de expressão em democracias liberais, as quais, em sua maioria, se encontram muito distantes de uma situação de justiça ideal. É o caso de discursos religiosos de conteúdo discriminatório em templos e práticas religiosas em geral, expressões com conteúdo sexista e racista velado ou "soft", tais como a representação de mulheres e negros em produtos da televisão, do cinema e outros da cultura popular em geral, assim como discursos não discriminatórios mas que mantém conexões semelhantes com resultados sociais extremamente injustos de grande impacto para a qualidade e a própria viabilidade da vida de certas pessoas, tais como discursos relacionados ao esquema de tributação e distribuição de renda, ou de política criminal. Ceder nesse sentido implicaria em ceder à tese de que apenas o discurso de conteúdo moralmente correto deve ser protegido, o que contraria não apenas as nossas práticas centrais de livre discurso como aquilo que mais valorizamos na prerrogativa de poder expressar e debater as nossas convicções éticas, morais e políticas.

Já a segunda hipótese explicativa da tese de Waldron, que chamo de *hipótese do dano aperfeiçoado no discurso*, promove a correspondência entre o direito de dignidade e um suposto direito de não confronto com o fato de que certas pessoas na sociedade negam o valor igualitário de alguns grupos. Ela fracassa porque a sua defesa não pode ser diferenciada da defesa de um direito de não ser ofendido. Um ponto em comum das teorias liberais da liberdade de expressão é o de que as reações emocionais subjetivas a ideias, teses ou convicções alheias não são admitidas como razões para restrição ou proibição dessas ideias, teses ou convicções, ou de sua expressão no debate público. Se assim fosse,

as concepções de bem humano, virtude ou justiça social de alguns poderia justificar o silenciamento de outros que possuem concepções distintas. E vice-versa. Em última instância, uma grande parte das pessoas seria silenciada em sociedades marcadamente plurais, e apenas posicionamentos incontroversos e possivelmente superficiais resistiriam ilesos ao policiamento contra a ofensa.

Entendo que os argumentos de Dworkin e Baker pela proteção de discursos de conteúdo discriminatório no debate público em geral são mais consistentes com as nossas práticas discursivas nas quais reivindicamos a liberdade de expressão. Ambos entendem que a liberdade de expressão serve ao exercício das capacidades criativas e de elaboração individual dos valores éticos, morais, políticos, estéticos, em suma, dos valores centrais na constituição da identidade pessoal e do ambiente valorativo social no qual as pessoas necessitam conduzir as suas vidas. Tanto Dworkin quanto Baker compreendem que essa concepção do sentido da liberdade de expressão é uma exigência da democracia. Argumentam que a imposição coercitiva das decisões coletivas pelo Estado apenas é legítima se essas decisões são tomadas mediante amplo debate social no qual toda pessoa pode expressar as suas convicções. Somente dessa forma a comunidade política manifesta reconhecimento da capacidade de todo indivíduo de formulação autônoma do que entende pela melhor concepção de bem humano e de justiça social. Cercear a liberdade de expressão de uma pessoa em função do receio da forma pela qual suas ideias serão recebidas subestima tanto a capacidade ética e moral daquele que fala, quanto daquele que escuta. A única maneira, portanto, de concatenar a imposição das decisões da maioria sobre uma minoria divergente, em uma democracia, com o respeito pelo sujeito enquanto ser capaz de formular para si os aspectos de uma vida bem vivida e as exigências da moral, é preservando o espaço de expressão individual. Ainda que isso implique em algum risco para a manutenção de algumas estruturas institucionais exigidas pela mesma concepção de legitimidade que requer a proteção da liberdade de expressão nesses termos. Esse risco, defendo, é um interno à democracia concebida não como regime político de uma sociedade bem ordenada, mas enquanto regime político que almeja à máxima legitimidade possível em uma sociedade na qual grande parte das pessoas mantém convicções extremamente equivocadas, muitas vezes repugnantes, acerca da justiça.

O argumento de Baker e Dworkin, que será reconstruído no segundo capítulo, concebe um valor intrínseco, constitutivo, para a liberdade de expressão. Ela deve ser protegida enquanto exigência não-instrumental da legitimidade do Estado. É por isso que figura como um direito em sentido forte, ou seja, um que não pode ser superado por causa

dos obstáculos ordinários que coloca à promoção de fins coletivos desejáveis. Ainda no segundo capítulo, defenderei a tese do valor intrínseco da liberdade de expressão para a democracia de outras teorias democráticas que atribuem a essa liberdade um papel instrumental. É o caso de teorias da liberdade de expressão inspiradas nos trabalhos de Alexander Meiklejohn, o qual defendeu que a melhor compreensão da liberdade de expressão assegurada na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos é aquela que a toma não como um direito individual, mas como um elemento da estrutura institucional do Estado[25]. No caso, a liberdade de expressão é compreendida como um mecanismo de promoção da informação do corpo eleitoral. A expressão individual é protegida não por causa do seu valor intrínseco, mas na medida em que útil para a ampliação e enriquecimento do debate público. Essa concepção da relação entre liberdade de expressão e democracia abre espaço para um dirigismo do debate público, pois o que importa não é que todos os interessados em se expressar possam falar, mas que tudo aquilo que vale a pena ser dito, seja dito. Se determinados discursos racistas, misóginos, homofóbicos, fundamentalistas ou discriminatórios de qualquer outro tipo possuem o efeito de silenciar as vozes e perspectivas dos grupos-alvo, a concepção de liberdade de expressão de base meiklejohniana defenderá a limitação desses discursos para reequilíbrio do debate público. Essa é justamente a tese de Owen Fiss e outros teóricos da liberdade de expressão contemporâneos que advogam pela proibição de discursos de ódio, regulação estrita de gastos corporativos em campanhas eleitorais e regulação da mídia como forma de evitar a "captura" da arena pública por aqueles que possuem poder.

Teorias de base meiklejohniana buscam contornar o problema do déficit de legitimidade que é provocado pela proibição imposta a algumas pessoas de falar insistindo

[25] Apesar de Meiklejohn conceber o seu trabalho como uma interpretação da Constituição estadunidense, ele pode ser lido como uma elaboração teórica do sentido da democracia e da relação entre essa e as garantias constitucionais da liberdade de expressão. Nesse sentido, Júlio César Casarin Barroso Silva justifica a recepção de argumentos de Meiklejohn para questionar uma série de problemas brasileiros relacionados à relação entre liberdade de expressão e democracia: "O Coletivismo oferece uma interpretação específica da Constituição estadunidense, centrando sua atenção na Primeira Emenda que, como se sabe, estabelece o princípio da liberdade de palavra naquele país. Apesar do âmbito nacional disciplinar restrito de discussão do princípio, a autocompreensão sobre a liberdade de expressão aí gestada - bem como de suas conexões com princípios democráticos mais amplos - está longe de ser paroquial. O refinamento do atual debate sobre a liberdade de expressão que tem lugar nos Estados Unidos fornece subsídios teóricos para o entendimento do tema em abstrato, capaz de interessar, em seus princípios, a qualquer sociedade que aspira ao ideal do autogoverno coletivo, (...). O debate é apropriado por nós como um debate sobre as relações entre liberdade de expressão e democracia." (SILVA, 2009, p. 1). Essa mesma lógica se aplica aos trabalhos de diversos outros autores, considerados como teóricos da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, discutidos nesse trabalho (são exemplos Robert Post, James Weinstein, Owen Fiss, Alexander Tsesis, e o próprio C. Edwin Baker. Ronald Dworkin, ao contrário de Baker, foi um teórico mais robusto da justiça, mas nunca desenvolveu um corpo teórico robusto de interpretação do direito estadunidense da Primeira Emenda. Ele não é de forma geral reconhecido como um constitucionalista da Primeira Emenda.).

que a igualdade política individual se manifesta, por excelência, não pelo direito de expressão, mas pelo direito ao voto. Uma vez que todos possuem o direito de votar, aí incluindo racistas, homofóbicos, misóginos, fundamentalistas religiosos e outros de convicções profundamente discriminatórias, e possam fazê-lo mediante o acesso ao maior leque de argumentos e informações possível (justamente aquilo que a proibição do discurso dessas mesmas pessoas busca promover), a legitimidade democrática seria preservada. Também no capítulo dois apresentarei as críticas dworkinianas e bakerianas a essa concepção de democracia. Dworkin afirma que, ao reduzir o sentido da igualdade política à suposta igualdade de impacto político garantida pelo voto, essa concepção por um lado não pode apresentar a democracia representativa como um modelo político atraente, e por outro reduz o valor do indivíduo na estrutura política a uma dimensão infinitesimal, já que o impacto de cada voto individual é quase nenhum na realidade das democracias de massa. Já Baker afirma que a melhor fundamentação para a igualdade política pressuposta em qualquer teoria democrática, qual seja, a de que todo indivíduo é livre e deve ter garantido o seu direito de participação na conformação da vontade política, exige não apenas igualdade de voto, mas proteção da liberdade em diversos outros âmbitos, dentre eles, o das capacidades expressivas na esfera pública e privada. Baker ressalta que o ambiente valorativo no qual as pessoas vivem é uma construção coletiva tão importante quanto as estruturas institucionais objeto de processos políticos decisórios. No entanto, o voto não opera diretamente  na conformação desse ambiente valorativo. O livre discurso no debate público é o meio pelo qual os indivíduos podem participar também da elaboração desse elemento coletivo central. Ademais, as teorias mekleijohnianas, que focam a instrumentalidade do discurso para a formação do eleitorado, são incapazes de explicar a proteção de discurso irrelevante para o debate de questões políticas. É o caso, por exemplo, das expressões artísticas em geral, mais especificamente aquelas de natureza abstrata que não formulam qualquer argumento.

O posicionamento de Baker e Dworkin pela proteção de discurso de ódio resiste bem a críticas pautadas no valor da democracia, bem como no objetivo estatal de promoção da igualdade social. Baker e Dworkin, ao enfatizarem a importância da autonomia ou independência ética avançam argumentos poderosos acerca do melhor sentido para a igualdade, a liberdade de expressão, e também para a democracia. O seu posicionamento, no entanto, é alvo de críticas direcionadas à suposta falta de coerência interna de suas teorias. Identifiquei três delas e nesse trabalho busco respondê-las. A primeira elaboro a partir de uma leitura de uma linha teórica feminista que denuncia a

cultura como uma força não apenas promotora de injustiça (distributiva, por exemplo), mas constitutiva da injustiça. Apresento os argumentos de Iris Marion Young e Rae Langton no sentido de que a própria linguagem e os esquemas de representação social minam o senso de valor individual e a própria capacidade de autoconcepção identitária em membros de grupos sistematicamente inferiorizados e estigmatizados. A crítica que daí segue à proteção de discursos de ódio é a de que esse discurso contribui de forma importante para a opressão da autoimagem dessas pessoas, desde a tenra infância. Assim, se o argumento de Dworkin é o de que a ordem política se estrutura para dar condições justas de exercício da independência ética, ele incorreria em contradição se permitisse que essa própria ordem política contribuísse para, e não tivesse nada a dizer acerca dos mecanismos linguísticos e culturais que inviabilizam de forma desigual a vivência dessa independência.

Ao final do capítulo segundo, concedo que a teoria política de Dworkin deve afirmar o dever geral[26] do Estado de promoção das condições igualitárias de exercício da independência ética e que isso inclui ação positiva para alterar o ambiente cultural e fortalecer o senso de identidade e estima das pessoas pertencentes a grupos sistematicamente desfavorecidos e estigmatizados. A teoria política de Dworkin não é neutra em relação a concepções do bem humano, tal como algumas leituras afirmam das teorias de John Rawls ou Bruce Ackerman. Dworkin retira muito da força de suas concepções específicas de liberdade e igualdade da sua teoria ética. Assim, se a igualdade dworkiniana está a serviço dessa independência ética, enquanto essa independência ética retira muito do seu valor quando exercida nas circunstâncias moralmente corretas (dadas pela teoria política), a ideia de que o Estado deve levar em igual consideração o destino de cada pessoa deve acomodar as preocupações feministas (e deve estendê-las a todos os grupos que sofrem de forma similar às mulheres, tais como negros, homossexuais e transexuais, sem prejuízo de outros). Em outras palavras, em contexto de sistemática estigmatização de certos grupos, o Estado possui o dever de investir o trabalho de seus agentes e demais recursos públicos para educar os cidadãos acerca da igualdade de valor e status social e político dos grupos desfavorecidos. Finalizo o segundo capítulo defendendo a restrição de discursos de ódio no ambiente da educação básica, como uma das medidas que decorrem desse dever estatal [27]. Identifico que uma das finalidades centrais do ensino

[26] Os deveres gerais do Estado se dirigem aos poderes executivo e judiciário, mas não podem ser exigidos de forma específica perante o legislativo. Eles se distinguem, dessa forma, dos direitos individuais enquanto trunfos. Essa distinção será suscintamente explorada ao final do capítulo 2.

[27] Distingo esse posicionamento, que entendo dworkiniano (apesar de Dworkin nunca ter escrito especificamente sobre uma teoria liberal da educação básica), daquele de Bruce Ackerman. O argumento

básico é a formação das competências e atitudes básicas para a busca individual pelo valor humano e para o convívio social. Se o valor da vida humana se funda no engajamento individual independente na determinação de uma trajetória de valor e no emprego dos melhores esforços para a sua realização, e se a vida de todos possui o mesmo valor de respeito, então a coletividade possui o dever de tentar oferecer condições igualitárias para que cada ser humano se aproprie de forma satisfatória dessa atitude. Muito importante é notar que as ações positivas do Estado para promoção de uma cultura igualitária não conflitam com a legitimidade da imposição coercitiva das decisões coletivas sobre as minorias. Essas ações positivas preservam as prerrogativas de expressão daqueles que discordam seja da ação específica do Estado, seja da tese ética, moral ou política que a embasa. O Estado não deve ser neutro em relação à tese do valor igualitário de toda vida. É pela afirmação dessa tese que ele retira a sua legitimidade. A proibição do discurso em ambiente escolar não o proíbe de forma geral, e é justamente por isso que essa medida específica é também compatível com a preservação da liberdade de expressão de discurso odioso.

A segunda crítica já foi antecipada acima e pode ser traçada ao conceito de dignidade de Waldron, o qual a associa aos fundamentos da reputação. Assim como Waldron, outros autores também fazem a associação entre discursos de ódio e violação da reputação dos indivíduos membros dos grupos-alvo. A crítica que daí segue é a de que se discursos de ódio atentam contra os fundamentos da reputação dos indivíduos, a proteção dos aspectos individuais da reputação, por meio da proibição de discurso difamatório dirigido a pessoas individualmente consideradas, por um lado, combinada com a proteção de discursos de ódio, por outro, não consistiria em outra coisa senão tratamento desigual perante a lei, ou proteção seletiva de direitos. Uma seleção um tanto perversa, já que o discurso de ódio protegido normalmente atinge aqueles que já experimentam situação de maior dificuldade na sociedade.

O tratamento teórico do direito à reputação e do ilícito da difamação é, a meu ver, bastante negligenciado no debate acerca da liberdade de expressão, apesar de o tema explicar divisões importantes no debate teórico sobre liberdade de expressão nos Estados Unidos[28]. Se a descrição da sociologia da reputação de Waldron estiver correta, e penso

---

desse último, que decorre previsivelmente de sua rejeição da ética na teorização política, é o de que a educação deve dar espaço a toda e qualquer concepção de bem humano, sem qualquer juízo de valor.

[28] O fato de a Suprema Corte dos Estados Unidos estabelecer regras de proteção distinta da reputação de pessoas públicas e pessoas privadas leva alguns teóricos da liberdade de expressão, como Robert Post e James Weinstein, a afirmar que o cerne do sentido da liberdade de expressão é a proteção de discursos de

que ela é plausível, então as teorias liberais igualitárias que buscam proteger discurso de ódio ao mesmo tempo em que reivindicam um direito individual de reputação precisam oferecer uma teoria da reputação que permita explicar as razões pelas quais, em geral, discursos de ódio podem ser coerentemente protegidos. É a essa tarefa que me dedico no terceiro capítulo. De forma consistente com a tese mais abrangente desse trabalho, entendo que o direito à reputação não é um direito de resultado[29]. Ele decorre da conjunção das expectativas de independência ética tanto daquele de quem se fala quanto daquele que fala.

Em relação às expectativas daquele de quem se fala, por um lado, se a independência ética afirma a responsabilidade individual pelas escolhas acerca da boa vida e das ações para realização dessa concepção individual, o sujeito não pode ter a expectativa de controle da reverberação social de suas próprias escolhas. Cada pessoa deve saber que as demais possuem um direito ao juízo acerca dos aspectos públicos de nossas vidas e que pessoa alguma possui direito à opinião favorável de ninguém. Por outro lado, a nossa reputação, definida como a percepção social de si, é um bem a que todos buscamos construir por meio de nossas ações e escolhas públicas. Assim, se as nossas oportunidades e o nosso acesso a recursos depende em certa medida da percepção social que se tem de nós, é justo que a estrutura institucional promova a circulação de informações condizentes com as nossas próprias escolhas no nível factual. Em outras palavras, é razoável que a estrutura institucional que media os direitos e responsabilidades pela imputação pública de fatos a terceiros promova a verdade.

Por outro lado, as nossas práticas discursivas apontam para o fato de que a liberdade de expressão não se reduz à liberdade de expressar fatos verdadeiros[30]. Muitas

---

relevância política ou de relevância para o debate público. Baker, por outro lado, rejeita a solução normativa da corte. Entendo que isso se relaciona ao fato de ele identificar o exercício da autonomia como fim último da liberdade de expressão, autonomia essa que não se restringe ao debate de questões levadas à deliberação e decisão coletiva. No Brasil, o debate conceitual não se aprofunda entre os principais constitucionalistas, nem sobre o melhor sentido para o direito da liberdade de expressão, tampouco acerca do sentido do direito à reputação. Entendo que isso ocorre porque a cultura da ponderação, e todos os pressupostos que ela carrega, se encontram extremamente enraizados entre juristas brasileiros.

[29] Por direito de resultado eu me refiro a um direito de obtenção de um resultado substantivo específico relacionado à percepção social de si. Eu nego, portanto, que o direito à reputação significa direito a uma percepção minimamente favorável de si, ou um direito de ter apenas informações verdadeiras acerca de si circulando socialmente. Mais adiante eu defenderei que ao direito à reputação correspondem deveres de respeito às normas contextuais de cuidado com a imagem alheia, bem como um direito a estruturas institucionais que promovam a verdade factual e moral acerca de si. No entanto, essas normas contextuais de cuidado com a imagem alheia determinam deveres contextualmente distintos relacionados ao zelo com a verdade, por exemplo, assim como as estruturas institucionais de promoção da verdade não implicam em punição de toda e qualquer imputação falsa a pessoas ou grupos de pessoas determinadas. Aquilo que é legítimo obter a partir de um direito à reputação é, portanto, sensível ao contexto discursivo, e diz mais respeito à legitimidade da intencionalidade discursiva de terceiros do que aos resultados dos seus discursos.

[30] O status das afirmações de inverdades na teoria da liberdade de expressão é controverso. Eu defendo que esse status se altera a depender do propósito da ação discursiva. Alguns autores, no entanto, parecem negar

vezes as pessoas expressam, com convicção e boa-fé, juízos que são falsos. Os exemplos são muitos no campo das convicções religiosas, da saúde humana, científico, político, criminal e no campo do consumo e da prestação de serviços. No capítulo terceiro defendo que as imputações falsas feitas em confirmadade com a boa-fé objetiva, sendo essa acessada pelas regras que regulam as expectativas razoáveis das práticas discursivas em contextos distintos, não podem ser punidas. Aquelas feitas em desconformidade com essas regras podem e devem ser punidas a título de discurso difamatório, seja ele dirigido a pessoas públicas ou privadas. De acordo com essa abordagem, as expressões de efeito deletério na percepção social de terceiros que podem ser punidas não se restringem a imputações falsas de fato, podendo abarcar as opiniões quando o contexto indicar que certas afirmações de opinião são feitas com intenção difamatória.

A combinação das expectativas de independência ética de quem fala com aquelas acerca de quem se fala indica para a necessidade de uma estrutura institucional que promova a circulação da verdade ao mesmo tempo em que pune apenas as afirmações de efeito deletério para a percepção social de terceiros feitas em desconformidade com as regras sociais que determinam os deveres de cuidado com a imagem alheia em contextos discursivos distintos. Defendo que as modificações propostas por Ronald Dworkin à regra de limites ao ilícito da difamação imposta pela Suprema Corte dos Estados Unidos aos estados federados no caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) respondem adequadamente às exigências da independência ética. Ao contrário do que sugerido pelo próprio Dworkin, entendo que a iniciativa do autor de propor tais alterações é melhor compreendida não apenas como uma medida de redução dos custos dos processos judiciais de difamação nos Estados Unidos[31], ou de promoção da verdade como um interesse

---

por completo o valor de afirmações falsas de fato (Conferir Dieter Grimm: "Uma mentira deliberada ou uma asserção de fato cuja falsidade já foi claramente estabelecida antes de a asserção ser feita não são protegidas de forma alguma (...). A negação do Holocausto foi considerada uma asserção de fato falsa cuja falsidade foi indubitavelmente estabelecida por vários depoimentos de testemunhas, pesquisa histórica, e não menos pelo processo judicial de Auschwitz de 1964/65 em Frankfurt." (GRIMM, 2009, p. 559). Até mesmo Robert Post nega valor intrínseco a instâncias discursivas que afirmam fatos falsos, reconhecendo a necessidade de proteção de algumas dessas instâncias apenas em função da prevenção do efeito inibidor (*chilling effect*) sobre discursos valiosos (Conferir POST, 1990, em especial p. 649-667). Esse posicionamento é, no entanto, completamente incompatível com a proteção, por exemplo, de várias instâncias que consideramos centrais no exercício da liberdade religiosa. E ninguém afirmaria que o direito de manifestar inverdades científicas flagrantes de fundo religioso, como a de que o mundo foi criado por Deus em sete dias, ou de que vacinas fazem mal para a saúde, é protegido por conta do risco de que a proibicão ou punição desses discursos iniba a expressão de outros conteúdos valiosos para o debate público.

[31] Dworkin e outros autores entendem que a regra estabelecida em *New York Times Co. v. Sullivan (1964)*, que restringiu o direito de indenização de autoridades públicas às afirmações falsas de fato cometidas com conhecimento da falsidade ou desconsideração temerária (*reckless disregard*) da falsidade, ao invés de proteger a imprensa contra os riscos de retaliações milionárias, apenas deslocou tais riscos. A regra geraria incentivos ruins pelo fato de impor um procedimento probatório muito caro.

coletivo difuso, mas como uma resposta institucional à melhor compreensão do direito de reputação. As sugestões de Dworkin condicionam a ação judicial a uma tentativa prévia de composição entre as partes acerca da versão dos fatos disputados. Essa medida prioriza a busca da verdade pela iniciativa da pessoa que se entende difamada, o que reflete a sensibilidade da norma para a importância da verdade para a autonomia desse que se entende difamado. Ademais, nesse confronto entre versões, a regra dá ao autor da imputação do fato ou opinião a chance de se retificar, tendo em vista que os mesmos padrões de análise da razoabilidade da aferição de fatos e da existência de contexto para a expressão de uma opinião valem tanto para aquele que fala quanto para aquele de quem se fala. A sugestão de Dworkin abole a necessidade de prova do estado mental de conhecimento de falsidade ou de desconsideração temerária acerca da falsidade, já que se aquele que fala teve oportunidade de se confrontar com as evidências intersubjetivamente relevantes para aferição de fatos, e se ele insiste na imputação de uma falsidade, ele deve ser responsabilizado por essa insistência, uma que revela má-fé.

A terceira crítica à abordagem de Dworkin e Baker nos leva ao quarto e último capítulo desse trabalho. Existe atualmente um debate importante acerca da proibição de discursos de ódio em contextos especiais, tais como nas relações de trabalho, nas relações e espaços universitários, ou no domínio publicitário[32]. Alguns críticos da proteção de discursos de ódio alegam que as mesmas razões que justificam a proibição desses discursos nesses contextos especiais - proibição essa endossada mesmo por alguns dos que protegem esses discursos no debate público - justificam a proibição em geral desse discurso. No entanto, entendo que tais contextos discursivos especiais se diferenciam do debate público em geral de três formas importantes. Em primeiro lugar, eles apresentam finalidades específicas que justificam a proibição de certos conteúdos e atitudes para a adequada realização de tais finalidades. É o caso das relações de trabalho (e também daquelas da educação terciária). Nessas, a mesma lógica da proibição de discursos de ódio no ambiente escolar se aplica. É justamente porque podemos fazer a diferenciação entre a esfera pública geral e contextos discursivos especiais que a proibição da circulação de certos conteúdos ou formas discursivas nesses últimos não viola a liberdade de expressão. O debate público permanece como espaço disponível para a veiculação de todos os posicionamentos, ainda

[32] O contexto da educação básica é também especial. Ele se difere dos demais, a meu ver, porque o que faz dele especial está intrinsicamente relacionado à formação das capacidades humanas para a independência ética. Por isso ele será abordado ao final do capítulo segundo, como um contexto cujo propósito é o de promover as próprias condições de dignidade que fundamentam toda a teoria dworkiniana da liberdade de expressão.

que repugnantes, o que preserva a dignidade de todos, mesmo daqueles que sustentam convicções odiosas.

Em segundo lugar, alguns desses contextos constituem elementos centrais da dinâmica distributiva de oportunidades e recursos socialmente produzidos. Esse é mais uma vez o caso das relações de trabalho e daquelas travadas no ambiente universitário. A proibição de discuro de ódio em algumas instâncias dessas relações se justifica para garantir igualdade de competição pelas oportunidades e recursos produzidos e distribuídos socialmente.

Em terceiro lugar, certos contextos discursivos não envolvem direitos de dignidade. Em outras palavras, o titular do discurso em tais contextos não os exerce em favor da sua independência ética. Esse é o caso do discurso comercial. A proibição de discurso publicitário de conteúdo discriminatório ou forma ofensiva é mais plausível pelo fato de não envolver a dignidade daquele que a expressa, já que o discurso comercial serve a propósitos instrumentais econômicos.

É certo que cada contexto específico para o qual pudéssemos pensar razões legítimas de restrição de conteúdo ou forma exigiria uma tese em separado. O meu objetivo não é, portanto, o de esgotar o assunto da proibição dos discursos em função de conteúdo ou forma, especificamente o conteúdo discriminatório e a forma ofensiva, nos contextos do local de trabalho e do discurso comercial, os quais abordarei brevemente no capítulo quarto. Pretendo apenas mostrar que não é necessário imaginar que a gramática dos direitos deva ser exatamente a mesma em contextos distintos.

Antes de passar ao primeiro capítulo desse trabalho, gostaria de oferecer um pequeno mapa conceitual ao leitor que acredito auxiliará na compreensão da tese de fundo: a de que um discurso não pode ser proibido em razão de seu conteúdo ou forma no debate público quando constituir exercício da independência ética, mas apenas pelo seu vínculo causal direto com um dano normativamente relevante claro e iminente. Penso ser importante, nesse sentido, diferenciar entre ato discriminatório (ainda que constituído por um ato de fala ou comunicação em sentido lato) e ato discursivo de conteúdo discriminatório. Importante também diferenciar o escopo do debate público de outros contextos discursivos nos quais a lógica normativa poderá ser, legitimamente, outra.

## 2. Pequeno mapa conceitual

### *2.1 Ato discriminatório x ato discursivo de conteúdo discriminatório*

Uma das distinções importantes para a compreensão de toda a discussão empreendida nesse trabalho é aquela entre atos discriminatórios (discursivos ou não)[33] e atos discursivos de conteúdo discriminatório. Os primeiros são os atos proibidos e punidos pela maior parte das legislações conhecidas como leis antidiscriminação. Eles consistem, em síntese, na negação de acesso a estabelecimentos, repartições e espaços públicos, elevadores, serviços e a postos de trabalho a pessoas em razão de sua raça, cor, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, religião, etnia, nacionalidade ou qualquer outro traço identitário cultural. Defendo que esses devem ser legitimamente proibidos. Já os segundos não podem ser proibidos no debate público em razão do seu conteúdo. A exceção à proteção de ato de conteúdo discriminatório se justifica não em razão do conteúdo em si da mensagem, mas pelo dano normativamente relevante que possa ser diretamente atribuído ao ato discursivo, ou em função da intencionalidade não protegida pela liberdade de expressão.

Essa distinção não coincide com uma que é do senso comum e, creio, enganosa e vulnerável, no debate acerca da liberdade de expressão. Trata-se da distinção entre discurso e ação. Um primeiro impulso superficial de justificação da liberdade de expressão poderia levar a buscar na compreensão literal dos dispositivos que afirmam a liberdade de expressão uma razão para a sua proteção. Essa estratégia orienta no sentido de que tudo que for ato discursivo, compreendido como ato de fala, escrita, publicação, ou qualquer outra ação que, digamos, no dicionário possa ser "enquadrado" como discurso, é protegido pela liberdade de expressão. Enquanto todo outro tipo de ação (com intencionalidade ou resultados expressivos ou não) restaria fora do escopo de proteção desse direito.

Previsivelmente, essa distinção fracassa ao tentar oferecer uma explicação puramente "semântica criterial"[34] para o sentido da liberdade de expressão. Uma primeira

---

[33] No capítulo 1, no qual discuto as hipóteses explicativas da tese de Waldron pela proibição de certos tipos de discurso de ódio, utilizarei a expressão "discriminação em sentido estrito" para caracterizar justamente os atos discriminatórios que, segundo a melhor teoria da justiça, devem ser legitimamente proibidos, a despeito da proteção de atos discursivos de conteúdo discriminatório.

[34] Por "semântica criterial" me refiro à classificação dworkiniana de um tipo de determinação do sentido de um conceito que se lastreia em critérios convencionais de uso desse conceito. Segundo Dworkin, "Alguns de nossos conceitos são criteriais nesse sentido: nós compartilhamos o conceito quando, mas apenas quando,

crítica óbvia à distinção reside no fato de que ela é incapaz de unificar coerentemente o sentido do que, em nossas práticas normativas, protegemos ou deixamos de proteger sob o pálio da liberdade de expressão. Essa distinção abarca muito do que jamais pensamos em proteger enquanto exercício dessa liberdade, assim como deixa de fora do seu escopo casos paradigmáticos protegidos por esse mesmo valor. Exemplos do primeiro tipo são a fraude contratual, a expressão difamatória, a formação de cartel, a publicidade enganosa, e muitos outros que sequer suscitam, ainda que remotamente, preocupações com liberdade de expressão, tais como a comunicação médico-paciente, ou aquela entre advogado e cliente. Todas essas são formas altamente reguladas de expressão. Por outro lado, muitas ações expressas por verbos que certamente não configurariam nas definições de dicionário dos vocábulos "expressão" ou "discurso", são protegidas pela liberdade de expressão. *Tocar* música, *queimar* uma bandeira em protesto político, *vestir* uma camiseta com certos dizeres, *silenciar*-se frente uma exigência de juramento. Todas essas são ações que, de acordo com uma compreensão semântica criterial, não são abarcadas pelos vocábulos "expressão" ou "discurso"[35].

---

nós usamos os mesmos critérios na identificação de instâncias." (DWORKIN, 2011a, p. 158). O sentido das palavras determinado em dicionário é um exemplo paradigmático do sentido convencional ou criterial a que me refiro. Conferir também DWORKIN, 2006b, p. 9-12.

[35] Nem todas as tentativas semânticas criteriais de distinção entre discurso e ação para fins de justificação da proteção do primeiro em face da segunda se baseiam em critérios simplistas de dicionário. Schauer afirma que nos argumentos de Thomas Emerson de tentativa de distinção entre discurso e ação para fins de justificação de proteção do primeiro de uma maneira especial em relação à segunda se encontra a premissa de que o que caracteriza o discurso é o fato de que ele é essencialmente comunicativo, atuando nas atitudes de terceiros por meio da mediação do pensamento, enquanto as ações atuariam nas atitudes de terceiros usurpando a sua autonomia decisória (SCHAUER, 2015, 436-440). A categoria do discurso assim definida poderia incluir formas de ação que a definição de dicionário de "discurso" provavelmente não abarcaria, tais como "queimar" uma bandeira, ou "vestir" uma camiseta com uma mensagem política. Assim como excluiria ações provavelmente abarcadas pelo sentido de dicionário do vocábulo "discurso", tais como "gritar" fogo em um teatro lotado, ou "gritar" de forma a assustar uma pessoa à beira de um penhasco, porque essas ações discursivas tendem a provocar efeitos danosos sem a mediação do pensamento dos destinatários da ação. Schauer afirma, ainda assim, que não há nada na categoria do discurso assim definida que justificaria a sua proteção em relação a outras ações, se tomarmos a autonomia dos sujeitos como base para a proteção do discurso. Ele coloca lado a lado as ações que normalmente consideramos como preparatórias para a efetivação de crimes (porte de uma granada ou porte de heroína, por exemplo) e os discursos que estabelecem uma relação mediada pelo pensamento com as ações que o direito de fato proíbe por efetivarem os danos relevantes. Schauer afirma que se punimos as ações preparatórias, é porque entendemos que há razão para desconsiderar a autonomia do agente de tomar ou não a escolha de efetivar o ato que de fato produz o dano. Se é assim, ações discursivas que estabelecem a mesma relação de probabilidade com a efetivação do dano que a relação de probabilidade existente entre atos preparatórios e ações de efetivação do dano deveriam também ser punidas (SCHAUER, 2015). O que Schauer, ao final, pretende defender, é que a autonomia, compreendida "criterialmente" como "a possibilidade de escolha do que fazer sem a interferência de terceiro" não consegue explicar a proteção especial do discurso, tomado "criterialmente" como "toda ação centralmente comunicativa", em relação às ações não-comunicativas, porque algumas ações não-comunicativas que estabelecem com a ação em si proibida a mesma relação de mediação pelo pensamento que aquela entre o discurso e a ação em si proibida são também proibidas pelo direito, sem que isso nos leve a questionar a violação da autonomia. Entendo que o problema do argumento de Schauer é o de se basear em definições "criteriais", tanto das categorias de ação ("comunicativa" e "não-comunicativa") quanto do valor

Um argumento, mais sofisticado e complexo, dirigido à minha pretensão de estabelecer uma distinção normativamente relevante entre ato discriminatório e ato discursivo de conteúdo discriminatório, e de defender para esse último um escopo de proteção imune a considerações acerca das relações causais difusas entre esses discursos e efeitos sociais indesejados e injustos, é aquele que afirma que todo discurso é também ação. Segundo alguns críticos das amplas garantias da liberdade de expressão, assim como outros tipos de ação, aquelas de caráter discursivo também produzem alterações importantes no estado de coisas no mundo. Essa crítica é comum entre feministas e teóricos dos estudos raciais críticos[36]. Eles afirmam que, por exemplo, a pornografia altera o mundo no qual as mulheres precisam conduzir as suas vidas. Ela também condiciona a sexualidade masculina a uma determinada representação da mulher. Para algumas feministas, a pornografia não é apenas a representação de um tipo de sexo. Não é apenas discurso. Ela é a própria conformação do sexo: que subordina, violenta e machuca as mulheres. Afirma-se ainda que a pornografia altera as próprias condições de produção de sentido expressivo pelas mulheres, ao condicionar a compreensão do uso da linguagem pela mulher de forma subordinada ao homem[37]. No mesmo sentido, argumenta-se que o discurso racista produz resultados no mundo: altera as oportunidades sociais dos membros de certas minorias, provoca ansiedade e distorções na autoconcepção dessas mesmas pessoas, e conforma um ambiente social propício para a perpetração de violência contra os grupos-alvo.

Não buscarei negar que, nesse sentido, os discursos de forma geral, o que inclui aqueles de conteúdo discriminatório, alteram o estado de coisas no mundo. No entanto, a contínua representação da mulher de forma estereotipada em telenovelas, peças publicitárias e na arte popular também altera de forma semelhante o estado de coisas no mundo. Da mesma forma como o fazem o discurso político libertário que milita pela redução dos impostos ou pelo desmantelamento de programas públicos de assistência social, ou o discurso que insiste no direito individual de porte de armas. Esses discursos alteram o estado de coisas no mundo, e o alteram muitas vezes para muito pior, com consequências injustas e nefastas para parcelas da população. Não obstante, aqueles que

("autonomia") em face do qual as distinções entre as categorias deverão ser justificadas. Em última instância, penso que toda tentativa de determinar criterialmente o valor da liberdade de expressão, bem como as categorias de ação que deverão ser protegidas para fins de realização do referido valor, fracassarão na incapacidade de oferecer uma explicação e justificação unificada das nossas práticas jurídicas e das nossas intuições acerca do que deve e não deve ser protegido sob o pálio da liberdade de expressão.

[36] Conferir MACKINNON, 1993, YOUNG, 2011, LANGTON, 1993; 2012 e LAWRENCE, 1990, p. 541-544.

[37] No capítulo 2, explorarei essa linha argumentativa nos trabalhos de Iris Marion Young e Rae Langton.

fervorosamente militam pela proibição da pornografia ou de conteúdo discriminatório tendem a concordar que essas outras ações discursivas, apesar do seu efeito ativo no mundo, são paradigmas do exercício da liberdade de expressão e devem ser protegidas.

Assim, o desafio não é o de negar o caráter ativo da ação discursiva. Mas entender o que, nessa ação, justifica a sua proteção de forma distinta de outros tipos de ação. Uma outra estratégia de argumentação pela proibição dos discursos de conteúdo discriminatório é o de inverter o caminho da analogia. Segundo essa crítica, a proibição dos discursos de conteúdo discriminatório se justifica não porque eles produzem no mundo os mesmos efeitos que justificam a proibição do que chamo de atos discriminatórios. A crítica afirma que a razão pela qual proibimos essas últimas ações é o fato de elas carregarem uma mensagem discriminatória. Em outras palavras, o resultado que justificaria essas proibições seria a veiculação da mensagem de inferiorização dos grupos-alvo, e não qualquer outra consequência que pudesse estar associada a tais atos de discriminação. Se esse for mesmo o caso, então a lógica se aplicaria com ainda mais força e obviedade a favor da proibição de discursos de conteúdo discriminatório, já que são eles os quais inequivocamente veiculam a mensagem de inferiorização[38].

Essa crítica, tampouco, pode prosperar. E isso concluímos pela identificação de várias esferas da vida, em especial a esfera "privada", nas quais é manifesto e incontroverso o direito de expressão de convicções discriminatórias, seja por meio da articulação propriamente discursiva, seja por meio do melhor sentido atribuível às ações individuais nessa esfera. Por exemplo, não contestamos o direito de um homem de dizer em alto e bom tom que só se casará com uma mulher que concordar em dedicar a sua vida aos cuidados da casa e dos filhos pelo fato de entender que esse é o lugar por excelência de seres tipicamente emocional e intelectualmente limitados, tais como o são, em sua opinião, as mulheres. E ninguém contestaria o direito desse homem de restringir as suas empreitadas românticas a mulheres que agissem em conformidade com essa convicção. Tampouco questionamos o direito de uma mulher de negar dividir um apartamento com uma outra mulher negra por achar que negros são tipicamente sujos, desorganizados, barulhentos ou intelectualmente limitados. Apesar de serem essas convicções odiosas e repugnantes, não negamos o direito dos indivíduos de fazerem escolhas nesse que chamamos de domínio privado orientados por tais convicções e de explicitarem

[38] É essa a interpretação que Lawrence (1990, p. 438-449) dá à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), o qual determinou a dessegregação racial das escolas naquele país. Confrontando e criticando essa interpretação, conferir STROSSEN, 1990, p. 541-547.

publicamente as razões de tais escolhas em sua vida privada. Reconhecemos, de forma inequívoca, uma esfera de autonomia individual na qual as pessoas podem guiar-se livremente por convicções racistas, machistas, homofóbicas ou discriminatórias em geral, deixando explícito o conteúdo discriminatório, ou a mensagem discriminatória, subjacente a tais escolhas.

Se é assim, aquilo que justifica a proibição de atos discriminatórios em sentido estrito não pode ser o fato de que essas são instâncias de veiculação de uma mensagem discriminatória a qual deverá ser proibida e punida em todas as outras instâncias de sua comunicação. O que justifica a proibição dessas instâncias de discriminação, com a qual concordam os dois ou muitos lados do debate acerca do discurso de ódio, deverá ser algo distinto da mera expressão da inferiorização dos grupos-alvo.

Defendo que a distinção normativa entre atos discriminatórios e atos discursivos de conteúdo discriminatório depende de uma teoria da justiça, em especial, uma teoria coerentista dos valores da liberdade e da igualdade distributiva. Os atos discriminatórios, cuja proibição é objeto de consenso entre a maior parte de teóricos liberais igualitários, impedem o acesso igualitário de membros dos grupos-alvo ao mercado de bens, serviços e oportunidades. Aquilo que caracteriza a injustiça de tais atos é a violação de direitos de igualdade distributiva dos membros dos grupos-alvo. Não posso vedar acesso a um negro em meu restaurante porque fecho as portas de uma parte do mercado de bens e serviços a esse indivíduo e com isso diminuo o valor dos recursos de que esse indivíduo dispõe para buscar realizar os seus propósitos de vida. Em outras palavras, a minha ação cria um desequilíbrio injustificado entre as condições de pessoas brancas e pessoas negras para a realização das suas concepções da boa vida. Esse desequilíbrio é injustificado porque a melhor compreensão do valor da igualdade afirma que a distribuição entre recursos e oportunidades socialmente produzidos não pode ser sensível à cor, nacionalidade, religião, sexo, orientação sexual, gênero ou à qualquer outro aspecto da identidade coletiva das pessoas[39]. O mesmo não corre quanto à distribuição de afetos. A igualdade, enquanto um direito que podemos legitimamente exigir, de forma coercitiva, de cada um dos nossos concidadãos, não requer que a distribuição de estima seja insensível a essas mesmas

[39] Mas pode ser sensível a outras diferenças. Por exemplo, entendo que a melhor teoria da igualdade distributiva deve ser sensível ao mérito. Isso significa que ela deve defender condições institucionais nas quais aqueles que dedicam maior quantidade do seu tempo para produzir bens para os quais existe grande demanda tenham acesso a uma quantidade maior de recursos do que aqueles que escolhem dedicar a maior parte do seu tempo ao lazer. Entendo que a igualdade deve reconhecer a relevância normativa dessa diferença de escolha em relação ao emprego do tempo. Mas não pode reconhecer raça, cor, sexo, religião, origem nacional, e outros aspectos da identidade grupal como fatores relevantes para operar distinções distributivas.

características. E isso se relaciona, justamente, com o melhor sentido do valor da liberdade. Se o valor da vida humana, a dignidade de cada indivíduo, depende da proteção da independência de cada pessoa para formar e exercer convicções centrais para a sua identidade individual, então a dignidade exige que o valor da liberdade signifique proteger a liberdade de escolha dos sujeitos nesses aspectos da vida individual. Se é assim, a igualdade enquanto valor de moralidade política não poderá impor a adoção ou o comportamento conforme convicções igualitárias nessas esferas da vida individual. Mas ela pode impor as condições distributivas nas quais essas escolhas individuais ocorrerão, já que a vida de cada pessoa possui valor igualitário. Assim, cada pessoa pode exigir que a coletividade não opere distinções na distribuição de oportunidades e recursos com os quais as pessoas exercem a sua independência ética com base em uma hierarquização valorativa das escolhas éticas ou das características identitárias de cada pessoa. É por isso que não se pode vedar a ninguém o acesso a escolas, hospitais, restaurantes, postos de trabalho, repartições públicas ou qualquer outro serviço, recurso ou oportunidade socialmente produzida com base em distinções de raça, cor, nacionalidade, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, etnia, religião, ou qualquer outro aspecto que a igualdade condene enquanto métrica distributiva.

O que nos permite, portanto, distinguir entre as ações discursivas ou expressivas que devem e aquelas que não devem ser proibidas é o fato de que as primeiras violam algum direito de caráter distributivo enquanto as últimas, por mais que sejam odiosas, não o fazem e, dessa forma, se restringem ao domínio da independência ética de cada indivíduo. É por isso que devemos proibir e punir a fraude contratual, o discurso difamatório, e os discursos que guardam algum vínculo causal direto com ações de violência ou de vedação ao acesso legítimo a recursos e oportunidades (sejam eles de conteúdo discriminatório ou não). Esses atos literais de expressão ou fala violam direitos de igualdade de outras pessoas e por isso devem ser proibidos. É isso o que nos permite distinguir entre o cartaz "Apenas brancos" dependurado na maçaneta da porta de um restaurante, do discurso proferido em palanque em praça pública que defende que as escolas públicas deveriam segregar entre brancos e negros porque os negros, sendo intelectualmente inferiores, atrapalham o desempenho dos brancos quando as duas "raças" são postas a trabalhar juntas. O cartaz no restaurante deve ser proibido porque, apesar de configurar um objeto de comunicação de uma mensagem, ele opera, substantivamente, a vedação de acesso igualitário de determinadas pessoas a um conjunto de bens e serviços. Dessa forma ele é um ato discursivo discriminatório, apesar de carregar também um

conteúdo discriminatório. Já o discurso racista no palanque em praça pública, apesar de repugnante, é um discurso de conteúdo discriminatório apenas, porque não opera ele mesmo a violação de direitos de igualdade distributiva. Assim, defendo que, caso esse discurso não ofereça perigos imediatos e claros à integridade física de ninguém, ele deve ser protegido.

Nesse trabalho, portanto, não busco defender a legitimidade de atos discriminatórios, sejam eles discursivos ou não. Defendo que os atos de conteúdo discriminatório não podem ser proibidos em função do seu conteúdo. O foco desse trabalho é o de defender essa tese de críticas que pretendem afirmar justamente o contrário: que discursos de conteúdo discriminatório, ainda que não guardem relação causal direta com violações de direitos de igualdade distributiva, violam, ainda assim, direitos de igualdade.

Nesse ponto, entendo que devo ao leitor um esclarecimento: disputas em torno da proibição ou não de discursos de conteúdo discriminatório muitas vezes dependem, implícita ou explicitamente, de conceitos distintos de igualdade. Não tentarei, no entanto, reconstruir o debate em torno do discurso de ódio com foco nos acordos ou desacordos em torno do conceito de igualdade[40]. Buscarei enfatizar a impossibilidade de universalização das razões que justificam certas propostas de proibição de discursos de conteúdo discriminatório. Ao fazê-lo, entendo deixar clara a implausibilidade do conceito de igualdade subjacente a essas propostas, seja ele qual for.

### *2.2 Debate ou discurso público x contextos discursivos especiais*

Outra noção importante para esse trabalho, e que será central nas discussões que se seguirão no capítulo quatro (e também naquela que desenvolverei ao final do capítulo dois), é a de que o argumento em defesa da proteção do discurso de ódio vale para o âmbito do debate ou discurso público. Isso significa reconhecer a distinção entre situações nas quais uma ampla liberdade de expressão é devida e contextos nos quais essa amplitude não necessita ou não deve ser preservada. O âmbito do discurso ou debate público é aquele

[40] Com exceção do conceito de igualdade de Baker, o qual abordo e critico explicitamente ao final do capítulo 3.

no qual as pessoas possuem o direito à ampla proteção das suas capacidades expressivas enquanto exercício de sua liberdade ética e política.

Assumir essa distinção entre discurso ou debate público e outros contextos discursivos coloca o ônus de explicitação dos critérios pelos quais o primeiro se define. Defendo que são três os parâmetros que auxiliam a circunscrever o âmbito do debate público: o critério do conteúdo, o critério da intencionalidade discursiva, e o critério do contexto institucional.

O primeiro critério nos auxilia a distinguir, por exemplo, entre os assuntos que podem ser legitimamente discutidos na esfera pública e aqueles que pertencem ao âmbito privado, protegido de disseminação pública pelo direito à privacidade[41]. Esse critério não

[41] Esse é um critério de distinção de conteúdo que não coincide com o critério adotado por Robert Post. Esse último afirma que o domínio do discurso público se constituiu por uma tensão entre um espaço de questionamento de todos os compromissos valorativos socialmente predominantes, sejam eles éticos, morais ou políticos, e um espaço de preservação de alguns desses mesmos compromissos majoritários de civilidade e decência, os quais Post considera necessários para a constituição da identidade individual e para a condução da vida política coletiva. Para Post, o domínio do discurso público é um de embate democrático, concebido como a possibilidade de defesa e experimentação de quaisquer concepções de valor humano, decência e civilidade. Esse embate não decorre de uma exigência de uma concepção do valor da vida humana, mas da própria impossibilidade de arbitrar normativamente acerca dessas questões, as quais deverão ser continuamente decidas (e provisoriamente impostas) por meio da deliberação pública. A minha concepção se distingue daquela de Post porque, para ele, todos os compromissos políticos democráticos, inclusive os de igualdade e de liberdade, são provisórios, históricos e contingentes, podendo ser legitimamente alterados por quaisquer que sejam os resultados das deliberações no discurso público. Seguindo essa mesma lógica, Post entende que quaisquer convenções éticas e morais, que ele denomina de concepções de decência e civilidade, podem legitimamente encontrar endosso majoritário e serem impostas pela maioria à minoria em determinados contextos. É assim que ele justifica a legitimidade, por exemplo, da proibição de material obsceno, por ser esse conteúdo contrário à concepção majoritária de decência e civilidade de uma dada sociedade em determinado tempo. E é com base no mesmo consenso majoritário acerca do significado da decência e da civilidade que Post justifica o banimento atual de atos de discriminação ou de uso de drogas. Já a minha defesa de restrição de certos conteúdos no debate público decorre de um compromisso normativo com uma determinada concepção da boa vida, ou seja, de um compromisso ético específico. Entendo que a privacidade deve ser protegida como uma exigência da independência ética, ou seja, como uma exigência da possibilidade de autodeterminação, que requer um espaço livre da exposição e do juízo público. Da mesma forma, entendo que essa mesma independência ética não permite a imposição de concepções específicas de civilidade e decência da maioria sobre a minoria. Repudio, dessa forma, a proibição da obscenidade com base na imoralidade do conteúdo da mensagem. Ainda, é por um compromisso normativo não apenas ético, mas moral e político específico, que entendo que atos discriminatórios (ainda que realizados por meio da fala ou da escrita) não podem ser protegidos, nem mesmo se a sua proteção for objeto da vontade da maioria. A neutralidade que eu defendo para o âmbito do discurso público decorre de uma concepção específica e unitária de valor da vida humana, e daquilo que ela aporta para o sentido da igualdade, da liberdade e da democracia. Já a neutralidade que Post defende para a esfera do discurso público decorre de uma concepção paradoxal de democracia (apartada de qualquer teoria da justiça): uma que ao mesmo tempo em que precisa preservar uma esfera de embate radical entre todos as concepções éticas, morais e políticas concebidas pelos indivíduos de uma dada sociedade, precisa também garantir que as concepções provisoriamente majoritárias em cada uma dessas esferas encontrem espaço de imposição na sociedade, até para possibilitar, segundo Post, a própria empreitada de deliberação racional na esfera pública. É por conta dessa concepção paradoxal de democracia que Post se vê forçado a reconhecer o que ele chama de paradoxo do discurso público: "À medida em que um compromisso constitucional com a interação crítica impede o direito de articular e manter um respeito comum pelas regras de civilidade que tornam possível o ideal da deliberação racional, o discurso público corrói as bases de sua própria existência. Esse pode ser chamado o 'paradoxo do discurso público'. Em geral nós nos tornamos tão acostumados com o paradoxo que nós mal o notamos." (POST, 1990, p. 643).

coloca muitos problemas à discussão que se desenvolve nesse trabalho porque um dos elementos centrais de definição do tema desse trabalho é baseado em conteúdo. O meu foco é o debate em torno da proibição ou proteção de uma certa categoria de discurso definida por veicular uma mensagem de discriminação ou de desprezo. O que concebemos como instâncias paradigmáticas de discursos desse tipo perfazem juízos de distinção de valor entre grupos de pessoas, associando características ou práticas de certos grupos a um status inferiorizado, seja do ponto de vista ético, moral ou político. A temática desse discurso pertence, inequivocamente, ao âmbito do debate ou discurso público, pois busca expressar um ponto de vista a respeito de como a sociedade deveria se organizar em termos éticos, morais ou políticos. Ainda que seja um discurso odioso e repugnante, ele incide sobre temas que são de interesse público. Entendemos que o discurso é repugnante justamente porque pensamos que ele contraria a melhor compreensão dos valores que devem orientar as pessoas em sua vida individual, em seu comportamento em relação aos outros e também a coletividade na estruturação dos direitos, deveres e políticas públicas. Temos um grande interesse em negar e rebater esse tipo de discurso o que explicita o fato de que ele se refere a temática de interesse público. Não me ocuparei de definir os critérios que distinguem os assuntos de ordem pública daqueles que circunscrevem domínios privados porque esse trabalho não foca na discussão do melhor sentido do direito à privacidade. É suficiente notar apenas que o tipo de discurso do qual esse trabalho se ocupa, no que diz respeito ao seu conteúdo, integra paradigmaticamente a temática de interesse público.

O critério da intencionalidade do discurso serve para distinguir entre atos discursivos que são melhor interpretados enquanto iniciativa de participação na dinâmica pública de expressão e recepção de ideias a respeito da conformação ética, moral e política da sociedade, de outros atos os quais, ainda que carreguem uma dimensão expressiva de conteúdo discriminatório ou de desprezo, tem como centro da sua intenção ações diversas, muitas das quais ilícitas. A intencionalidade é definida pelo contexto da ação expressiva: um mesmo conjunto de atos concretos podem carregar intenções bastante distintas a depender do contexto de sua realização, sendo essa diferença suficiente para que um deles deva ser defendido como exercício da liberdade de expressão no debate público enquanto o outro deva ser condenado como violação de direitos de terceiros. Usos distintos de símbolo amplamente expressivo do racismo pode auxiliar na compreensão do papel da intencionalidade para definição do escopo do debate público. Trata-se da queima da cruz, que no contexto estadunidense foi e é utilizada para comunicar a ideologia discriminatória

de grupos como a Ku Klux Klan. Podemos imaginar duas situações distintas: na primeira, uma reunião da Ku Klux Klan é agendada em um espaço público e o grupo promove a queima de uma cruz enquanto parte dos seus ritos. A cruz em chamas pode ser vista por quem quer que passe nas proximidades da reunião - brancos, negros, homens ou mulheres - já que ocorre em espaço público. Na segunda situação, o mesmo grupo da Ku Klux Klan decide queimar uma cruz no jardim de uma família negra que recém adquiriu uma propriedade em um bairro predominantemente branco no qual muitos membro do grupo KKK habitam.

O critério da intencionalidade nos auxilia a caracterizar a primeira situação como instância do exercício da liberdade de expressão do grupo racista, uma que deve ser protegida a despeito do seu caráter repugnante e profundamente imoral, enquanto nos orienta para proibir a segunda, porque é melhor interpretada como um ato de intimidação e ameaça, ainda que a cruz em chamas não cesse por essa razão de possuir também carga expressiva de conteúdo discriminatório ou de desprezo. O primeiro ato diz respeito à comunicação e reafirmação dos valores de um determinado grupo articulado a partir de certas convicções éticas, morais e políticas. Já o segundo ato pode ser compreendido como a comunicação de uma ideia mais específica de rejeição da presença de um grupo específico de pessoas em um determinado espaço. O ato expressa, além de ideias racistas em geral, a ciência de que uma família negra habita uma determinada casa. Que essa família é indesejada naquela vizinhança, e que o grupo está disposto a comunicar de forma inequívoca a sua rejeição por meio de um símbolo que é historicamente atrelado a atos de violência. Esse segundo ato, apesar de expressivo, altera de forma distinta a situação de uma família, porque inequívoca e deliberadamente transforma o meio específico no qual essas pessoas necessitam transitar para viver, além de comunicar a mensagem de que, se essa família insistir em coabitar a região, existe uma chance não negligenciável de que ela poderá sofrer violações de direitos tais como de propriedade, de integridade física ou até mesmo do direito à vida.

O critério da intencionalidade nos ajuda a distinguir, portanto, entre atos cujo núcleo de sentido é a participação no debate público de ideias daqueles os quais, ainda que expressivos de conteúdo próprio ao debate público, possuem como centro do seu sentido a realização de atos externos ao escopo de proteção da liberdade de expressão. A liberdade

de expressão não confere a ninguém o direito de ameaçar, ou de distorcer as condições do ambiente específico no qual pessoas específicas necessitam conduzir as suas vidas[42].

O terceiro e último critério do contexto institucional nos auxilia a compreender as razões pelas quais certos atos discursivos, ainda que versem sobre temática de relevância pública, e ainda que revelem a intencionalidade de defesa de uma perspectiva ética, moral ou política, podem ser legitimamente proibidos e punidos. Isso se dá quando tais atos ocorrem em contexto inapropriado ao amplo debate e exposição de ideias. Esse critério distingue entre os atos discursivos que são enunciados pelos indivíduos na sua capacidade de cidadãos daqueles que são enunciados por indivíduos na sua capacidade de representantes institucionais. Ele também distingue entre os atos discursivos enunciados pelos indivíduos na sua capacidade de cidadãos em locais e situações nos quais há ampla circulação de ideias e perspectivas, daqueles locais ou situações nos quais uma atividade específica está sendo conduzida para alcance de um propósito específico.

Os sujeitos podem ter o seu discurso restringido em função do seu conteúdo nas situações nas quais atuam em alguma capacidade institucional. Não fosse assim, seria impossível conceber as relações de hierarquia e subordinação pressupostas nos mais diversos contextos de trabalho, seja nas instituições governamentais, seja naquelas da iniciativa privada. Vamos imaginar uma situação na qual uma pessoa de convicções anarquistas ocupa uma posição no Ministério da Educação. Se o discurso dessa pessoa, enquanto representante do referido ministério, não puder ser restringido pelo seu conteúdo, não poderíamos defender o direito do chefe desse anarquista de ordenar a esse último que apresente e defenda em uma reunião interministerial um determinado projeto do Ministério da Educação de reforma do conteúdo da educação básica obrigatória. Ou ainda, vamos imaginar, no lugar de um anarquista, um racista de base "biológica" (exemplo esse mais adequado aos propósitos desse trabalho). Não poderíamos imaginar o direito desse mesmo chefe de ordenar a esse racista a apresentação e defesa, nessa mesma reunião interministerial, de uma campanha de combate ao racismo nas escolas públicas federais, se o discurso desse racista não pudesse ser restringido em função do seu conteúdo quando esse atua na sua capacidade de representante da instituição para a qual trabalha.

[42] As ameaças verdadeiras foram definidas e excluídas do escopo de proteção da liberdade de expressão nos Estados Unidos pela decisão da Suprema Corte no caso *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969). Nesse caso, um rapaz expressou, em uma pequena manifestação política, que se fosse obrigado a se juntar ao exército e a carregar uma arma, "o primeiro homem que entraria na minha [do rapaz] mira seria o L.B.J. [então Presidente dos Estados Unidos Lyndon B. Johnson]". O rapaz foi acusado e condenado em instâncias inferiores por ameaçar sabida e deliberadamente a vida ou a integridade física do Presidente dos Estados Unidos. Mas a Suprema Corte reverteu a condenação por considerar que o discurso do rapaz não constituía uma ameaça verdadeira, mas apenas uma expressão hiperbólica.

Ainda, mesmo o discurso de indivíduos atuando na sua capacidade de cidadãos com intenção de participação na conformação ética, moral e política de sua comunidade, pode ser restringido em situações e lugares dedicados à promoção de objetivos institucionais específicos. Vamos imaginar que a assembleia legislativa do Estado de São Paulo tenha marcado uma audiência pública a se realizar no dia 3 de julho de 2017, no plenário, de 13h às 17h, para discutir uma proposta legislativa de criação de cotas na Universidade de São Paulo. Digamos que nessa data, local e horário, um cidadão adentre o plenário e, ao pedir a palavra, inicie um discurso focado na corrupção generalizada que, segundo ele, assola o referido órgão político. O discurso desse cidadão poderá ser restringido, em razão do seu conteúdo, por impedir a continuidade de um debate público cujo objetivo específico é a discussão dos méritos, deméritos e possíveis formatos de uma política de cotas na USP. O espaço público do plenário da assembleia, naquele momento, estaria dedicado a um objetivo institucional específico, circunscrito a um tema específico, e qualquer iniciativa discursiva impertinente poderia ser restringida. Ainda que, de forma geral, o plenário da assembleia simbolize a arena pública, na qual o embate amplo de ideias acerca da mais ampla agenda pode e deve se desenvolver.

A distinção operada por Robert Post entre atuação do Estado na capacidade de governante do público em geral, que Post denomina de atividade de "governança" (*governance*), e aquela de gestor de suas próprias instituições, que Post denomina de atividade de "gestão" (*management*), pode auxiliar na compreensão do critério do contexto institucional na delimitação do escopo do debate ou discurso público. Post afirma que

> Quando administra suas próprias instituições, o governo é investido em uma forma de autoridade especial, a qual eu devo chamar "gestora" ("*managerial*"). A autoridade "gestora" é controlada por regras de Primeira Emenda diferentes daquelas que controlam o exercício da autoridade utilizada pelo Estado quando age para governar o público em geral. Eu devo chamar o último tipo de autoridade de "governança" ("*governance*"). Em situações de governança o Estado é vinculado aos princípios ordinários da teoria geral da Primeira Emenda, mas quando exerce autoridade gestora, os direitos ordinários da Primeira Emenda são subordinados à lógica instrumental característica das organizações, e o Estado pode, em larga medida, controlar o discurso com base na necessidade de uma organização de alcançar os seus fins institucionais. (POST, 1987, p. 1775).

Quando o Estado atua na capacidade de gestor, ele possui o direito de gerenciar o conteúdo do discurso seja daqueles que para ele trabalham, seja nos espaços ou recursos

públicos dedicados à persecução de algum objetivo institucional específico. É importante, no entanto, insistir que a restrição do discurso se justifica na medida em que de fato estabelece alguma relação instrumental razoável com propósitos institucionais, e não seja operada como um disfarce da restrição de prerrogativas protegidas pela liberdade de expressão.

A mesma lógica pode ser aplicada a instituições privadas. Empregadores em geral, por exemplo, podem dirigir e restringir o conteúdo do discurso de seus subordinados na medida em que seja necessário ao alcance dos objetivos específicos da atividade em questão. No capítulo quarto explorarei a legitimidade da proibição de discursos de ódio em razão do seu conteúdo ou forma nas relações de trabalho, por ser tal discurso prejudicial à manutenção de relações amistosas e de colaboração no ambiente produtivo.

Ainda, discutirei a ideia de que o trânsito em determinados ambientes institucionais é uma condição de acesso por determinadas pessoas a recursos e oportunidades. O direito de igualdade de acesso a tais recursos e oportunidades, dos quais as pessoas necessitam para viver, justifica não apenas um direito de gestores institucionais de proibição de certos conteúdos para a boa promoção dos objetivos da instituição, mas também um direito daqueles que frequentam a instituição de não se deparar com o discurso nesse *contexto especial*. Esse último direito existe quando a relação entre aquele que frequenta a instituição (por exemplo, o trabalhador) e a instituição (por exemplo, a empresa ou outro empregador) for uma que integra a dinâmica distributiva de recursos e oportunidades na sociedade[43].

O discurso ou debate público, portanto, corresponde a uma prática discursiva circunscrita por uma temática pertinente, uma que poderá ser amplamente debatida nos canais institucionais apropriados e pelos indivíduos atuando em sua capacidade de cidadãos intencionados à autodeterminação ética, moral e política, tanto individual quanto coletiva. A proteção dessa prática discursiva, o que engloba a proteção de expressão de discursos de ódio, é uma exigência da dignidade humana. Por consequência, a sua proteção da interferência estatal e do poder privado é uma condição de legitimidade da imposição coercitiva das decisões coletivas nas esferas cuja justa regulação é uma função das convicções majoritárias.

[43] Esse direito de ser poupado de certos conteúdos e formas discursivos em contextos aos quais o indivíduo possui direito de acesso e os quais não pode evitar se quiser participar da dinâmica social distributiva de recursos e oportunidades pode ser compreendido como uma das justificativas da doutrina do "*captive audience*" (audiência cativa) no direito estadunidense. Esse assunto será explorado no capítulo 4.

## 3. A relevância do debate para o Brasil

Apesar de grande parte desse trabalho se basear em literatura estrangeira, notadamente no debate estadunidense acerca dos fundamentos do direito à liberdade de expressão, entendo que a discussão que segue é de grande relevância para o cenário brasileiro.

Em verdade, entendo que o debate brasileiro acerca dos fundamentos da liberdade de expressão, e dos direitos civis e políticos em geral, é pouco organizado. Parte dessa desorganização, a meu ver, decorre justamente de uma determinada visão acera da conflituosidade dos valores políticos sobre os quais se lastreiam os direitos fundamentais. A visão da pluralidade confltituosa dos valores é combinada com uma concepção, que no mapa dworkiniano dos tipos de uso dos conceitos, é chamada criterial do sentido dos valores políticos. O uso criterial dos conceitos é baseado no compartilhamento de convenções que determinam as condições de correção para o emprego do conceito[44]. O conceito de "cadeira" é normalmente utilizado dessa forma: podemos dizer com alguma certeza que "cadeira" é o objeto que possui uma base, a qual sustenta um assento a uma distância razoável do chão, no qual é acoplado algum tipo de encosto. Quando os conceitos políticos são utilizados de forma criterial, assume-se que o seu sentido, ou os critérios de correção do emprego do conceito, correspondem a alguma formulação convencional. Assim, por exemplo, o sentido do valor político da liberdade é muitas vezes concebido como a possibilidade de fazer aquilo que se deseja sem a restrição de terceiros[45]. Se compreendida dessa maneira, certamente ela apresentará conflitos internos, assim como conflitará com outros valores também assim concebidos, como a igualdade.

Se os valores políticos, e os direitos fundamentais que se expressam na linguagem desses valores, forem tomados em sentido criterial, não há razão e nem espaço para

---

[44] "Alguns de nossos conceitos são *criteriais* neste sentido: nós compartilhamos o conceito quando, mas apenas na medida em que, usamos os mesmos critérios na identificação de instâncias. As pessoas compartilham os conceito de um triângulo equilátero, por exemplo, quando elas todas usam um teste específico - figuras com três lados iguais são triângulos equiláteros - para identificar espécies." (DWORKIN, 2011a, p. 158).

[45] Da Silva exprime justamente essa concepção do sentido dos valores políticos, ou direitos fundamentais, quando afirma que "a liberdade de expressão consiste, *prima facie*, na liberdade de exprimir o que se deseja por meio da forma que se deseja" (DA SILVA, 2003, p. 612, nota de rodapé 14). A ressalva pelo emprego da expressão "prima facie" se explica pelo fato de que, se a liberdade é concebida dessa forma, ela jamais poderá ser integralmente realizada e garantida para todo indivíduo, já que ela, certamente, apresentará conflitos internos, assim como conflitará com outros valores da mesma forma concebidos. Daí a necessidade de "ponderação" entre os valores.

esforços de refinamento teórico acerca do sentido desses mesmos valores e conceitos. Como entendo que a melhor maneira de compreender o tipo de raciocínio que fazemos na delimitação dos direitos e deveres lastreados em conceitos políticos é pela afirmação do uso interpretativo[46], e não criterial, dessas noções, entendo que explorar o debate estadunidense acerca do sentido da liberdade de expressão e das justificativas legítimas para restrição de discurso de ódio pode contribuir para o debate nacional. Ainda que nem todos os principais interlocutores etadunidenses expressamente admitam que um posicionamento teórico político seja necessário para debater o sentido da liberdade, da igualdade, da democracia, e, mais especificamente, da liberdade de expressão, o que a maior parte deles acaba fazendo na formulação e defesa dos seus posicionamentos é justamente assumir posições normativas razoavelmente articuladas acerca do melhor sentido desses valores[47].

Ademais, ainda que a posição majoritária na literatura e jurisprudência brasileiras seja aquela que pressupõe o conflito e a necessidade de ponderação entre valores[48], entendo que algumas tendências sociais recentes vêm fazendo pressão por uma maior clareza conceitual no âmbito da liberdade de expressão. No Brasil, a ampliação da visibilidade das reivindicações de minorias sociais, tais como negros, mulheres e a

[46] O sentido interpretativo de um conceito é aquele que é pressuposto em práticas que Dworkin chama de interpretativas. Nessas práticas, as pessoas "tratam certos conceitos como identificando um valor ou um desvalor, mas discordam acerca de como esse valor deve ser caracterizado ou identificado" (DWORKIN, 2011a, p. 160). No entanto, o que permite dizer que compartilhamos conceitos interpretativos é o fato de que "concordamos suficientemente acerca do que tomamos como instâncias paradigmáticas do conceito, e casos paradigmáticos de reações apropriadas a essas instâncias, para nos permitir concordar, de uma forma inteligível para outros que compartilham o conceito conosco, que uma caracterização particular do valor ou desvalor melhor justifica esses paradigmas compartilhados." (DWORKIN, 2011a, p. 160-161). Esse trabalho é melhor compreendido como um exercício interpretativo. Um que busca defender as conceptualizações de Ronald Dworkin e C. Edwin Baker do sentido da liberdade de expressão daquelas que considero as melhores críticas que podem ser dirigidas a essas conceptualizações porque também construídas a partir de uma abordagem ao menos em parte interpretativa dos valores políticos. Esse trabalho também busca continuar o trabalho de integração da teoria dworkiniana por meio da elaboração de uma concepção do direito à reputação coerente com o posicionamento de Dworkin acerca dos discursos de ódio e, em última instância com a sua teoria mais ampla da liberdade de expressão. Considero que essa é uma tarefa importante para que o posicionamento de Dworkin seja capaz de resistir a críticas interpretativas que denunciam a incompatibilidade desse posicionamento com a maneira pela qual a maior parte dos países, aí incluindo os Estados Unidos, protege o direito à reputação. O trabalho de integração interpretativa é também avançado pelo reconhecimento explícito de deveres positivos do Estado de promoção de condições razoavelmente igualitárias de formação para a independência ética e de competição pela distribuição de oportunidades e recursos socialmente produzidos.

[47] Macedo Júnior fez esse diagnóstico em texto no qual afirma a riqueza do debate sobre liberdade de expressão dos Estados Unidos e menciona três características da teoria da liberdade de expressão estadunidense com as quais o debate brasileiro teria muito a ganhar. São elas: "(I) críticas fundacionais ao conceito mesmo de liberdade de expressão (as suas principais racionalidades (*rationales*)); (II) o desenvolvimento de um rico aparato conceitual; (III) inovações metodológicas (a alternativa ao balanceamento ad hoc)" (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 284).

[48] Ver nota de rodapé n. 15.

comunidade LGBT, e a maior organização desses grupos tem feito aumentar as pressões por proibição civil e penal de discursos de conteúdo discriminatório[49]. Alguns desses grupos vem ampliando a sua atuação institucional, judicializando situações que envolvem, por vezes, discursos proferidos no âmbito de debates políticos, ou em programas veiculados pela grande mídia[50]. No campo do direito à honra, imagem ou reputação individual, o Brasil assistiu à condenação de Mônica Iozzi, atriz, apresentadora e comediante brasileira, ao pagamento de R$ 30 mil ao então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, a título de difamação e calúnia. O discurso que ensejou a propositura da ação, e a consequente condenação da atriz, foi uma postagem no aplicativo de imagem Instagram, na qual a atriz publicou uma foto do Ministro Gilmar Mendes e a legendou da seguinte forma "Cúmplice? Gilmar Mendes concedeu Habeas Corpus para Roger Abdelmassih, depois de sua condenação a 278 anos de prisão por 58 estupros. Se um ministro do Supremo Tribunal Federal faz isso... Nem sei o que

[49] Tramitou no Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara - PLC 122/2006 que, na sua versão final, tipificava como crime "praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero" com previsão de pena de reclusão de um a três anos e multa. O art. 3º do mesmo PLC 122/2006 buscava alterar o par. 3º do art. 140 do Código Penal, que dispõe sobre o crime de injúria, para atribuir-lhe a seguinte redação: "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero: Pena - reclusão de um a três anos e multa.". O PLC 122/2006 foi arquivado no final de 2014 após passar aproximadamente oito anos em tramitação no Senado. Face à demora na apreciação do PLC 122/2006, e ao que foi considerado como descaso do Estado, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou, em dezembro de 2013, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO n. 26, em andamento, sob relatoria do Ministro Celso de Mello) com o fim de obter, nas palavras da petição inicial, "a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) *das ofensas* (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)." (grifos meus). A petição inicial está disponível para consulta no site do STF e pode ser acessada por meio do link: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em 01 jun 2017.

[50] Em 2012 foi proposta ação civil pública contra a Rede Globo de Televisão em função de quadro do programa "Zorra Total" em que figurava personagem negra retratada como uma mulher com aspecto de pedinte, sem dentes, com cabelos mal cuidados e que comete vários erros grosseiros de português ao se expressar. A personagem manifestava ela mesma algumas posturas preconceituosas e grosseiras em relação à população pobre e negra. A ação civil pública foi proposta sob o argumento de que o quadro do programa viola o capítulo VI do Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288 de 2010), o qual pretende garantir os direitos individuais, coletivos e difusos da população negra, assim como igualdade de oportunidades, nos meios de comunicação. A sentença proferida pela 13.ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal negou provimento à ação e a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região negou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal afirmando que "A mera conjectura quanto à repercussão eventualmente nociva à imagem dos grupos de minoria. cujos direitos se alegam violados, não se revela suficiente ao amparo da pretensão deduzida, sobretudo quando evidenciado o 'animus jocandi' na produção dos quadros satíricos." (BRASIL, 2012).

esperar..."[51]. E em outro incidente o secretário de segurança do Supremo Tribunal Federal, Murilo Maia Herz, subordinado do então presidente do tribunal, o Ministro Ricardo Lewandowski, pediu à polícia federal para investigação e responsabilização de manifestantes em ato pelo impedimento da então Presidente da República, Dilma Rousseff, pelo uso de bonecos infláveis retratando o Ministro Ricardo Lewandowski e Rodrigo Janot. No pedido, Herz afirmou que a exibição dos bonecos, identificando Lewandowski e Janot como "Petralhas", além de apresentar grave ameaça à ordem pública e de atentar contra a credibilidade das instituições, também atentava contra "a honra do Chefe desse Poder [judiciário] e, em consequência, à própria dignidade da Justiça Brasileira, extrapolando, em muito, a liberdade de expressão que o texto constitucional garante a todos os cidadãos (...)."[52].

A ação movida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra o Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) e o seu então candidato às eleições presidenciais de 2014, Levy Fidelix, por discurso proferido em debate entre candidatos à Presidência da República[53], revela uma tensão importante no interior do judiciário paulista acerca da melhor forma de compreensão da liberdade de expressão, da discriminação proibida pelos direitos de igualdade, e do sentido possível do direito à honra.

Em resposta à pergunta de Luciana Genro acerca do reconhecimento da entidade familiar formada pela união de casais homoafetivos, Levy Fidelix afirmou que "dois iguais não fazem filho" e que "aparelho excretor não reproduz". Disse também que ele, sendo um pai de família e avô, não ia "deixar que tenhamos esses que aí estão achacando a gente no dia dia querendo escorar essa minoria a maioria do povo brasileiro". Ainda, em resposta à

[51] O caso foi comentado em vários meios de comunicação do país. Conferir matéria de O Globo de 2 de outubro de 2016, disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/monica-iozzi-tera-que-indenizar-gilmar-mendes-em-30-mil-20220766>. Acesso em 11 nov 2016.

[52] Ofício n. 98/2016-SEG, 6 de julho de 2016. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/bonecos-inflaveis-stf.pdf>. Quanto à caracterização do boneco do Ministro do STF, ele retratava Lewandowski com os pés cobertos de ratos, sustentando uma balança inclinada para o lado do prato que trazia uma estrela do PT, enquanto o outro prato, "de menor peso", levava uma bandeira do Brasil. A líder da manifestação, Carla Zambelli Salgado, quando procurada para se posicionar a respeito da iniciativa do STF de limitar e punir a exibição dos bonecos afirmou que "Grande ameaça são as decisões do Supremo e desembargadores amigos de preso que vem tentando desconstruir a Lava Jato, como a soltura do ex ministro Paulo Bernardo [que foi preso na Operação Custo Brasil], e a contrariedade ao entendimento da segunda instância fixado pelo próprio Supremo". Afirmou ainda que o STF deveria tomar os bonecos como uma crítica construtiva expressa em charges em terceira dimensão. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1789202-stf-pede-que-pf-investigue-bonecos-pixulekos-de-lewandowski-e-janot.shtml>. Acesso em 11 nov 2016.

[53] O debate foi transmitido pela Rede Record em 28 de setembro de 2014. O debate na íntegra está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Ca6TpSLXgeg>. Acesso em 11. nov 2016. Já o trecho específico que fundamentou a ação movida pela Defensoria Pública está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oPNs7owXs60>. Acesso em 11 nov 2016.

provocação de Luciana Genro no sentido de que ela defendia a proteção de todas as famílias, incluindo aquelas formadas por casais de homossexuais, Fidelix afirmou que

> Luciana, você já imaginou que o Brasil tem 200 milhões de habitantes? Se começarmos a estimular isso aí daqui a pouco vai reduzir pra 100. Vai pra Paulista e anda lá e vê. É feio o negócio, né? Então, gente, vamos ter coragem. Nós somos maioria, vamos enfrentar essa minoria, vamos enfrentá-los! Não ter medo de dizer que sou pai, mamãe, vovô! E o mais importante é que esses que têm esses problemas realmente sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas bem longe da gente, bem longe mesmo porque aqui não dá.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo pediu a condenação de Levy Fidelix e do PRTB à indenização de R$ 1 milhão por danos morais coletivos, bem como a realização de um programa de televisão com duração igual ao tempo do pronunciamento controverso de Fidelix para promoção dos direitos da população LGBT. O Ministério Público se manifestou favoravelmente à concessão da tutela antecipada e ao provimento da ação, afirmando que apesar da importância da liberdade de expressão, o discurso de Levy Fidelix havia violado a dignidade humana do grupo LGBT. Ademais, conforme paráfrase da manifestação do MP realizada na sentença, foi dada ênfase às consequências do discurso, nos seguintes termos:

> Nesse contexto, as consequências do discurso, pela gravidade do seu teor e porque divulgado em âmbito nacional no curso de eleições presidenciais, são deletérias à sociedade. De fato, os efeitos nocivos das declarações adotaram dimensões especialmente amplas, na medida em que as ofensas do então candidato à população LGBT propagam falso sentimento de legitimação política de condutas discriminatórias, fortalecendo-se as condutas de exclusão e violência contra essa minoria. (BRASIL, 2015a, p. 207).

A juíza de primeira instância proferiu sentença em 13 de março de 2015 deferindo a ação. Ela afirmou que Levy

> (...) ultrapassou os limites da liberdade de expressão, incidindo sim em discurso de ódio, pregando a segregação do grupo LGBT.
>
> Não se nega o direito do candidato em expressar sua opinião, contudo, o mesmo empregou palavras extremamente hostis e infelizes a pessoas que também são seres humanos e merecem todo o respeito da sociedade, devendo ser observado o princípio da igualdade.

> No que tange aos danos morais, a situação causou inegável aborrecimento e constrangimento a toda população, não havendo justificativa para a postura adotada pelo requerido. (BRASIL, 2015a).

Os trechos acima transcritos são os únicos na sentença dedicados à questão de saber se Levy Fidelix tinha ou não o direito de expressar, da forma como o fez, o seu posicionamento contrário ao casamento gay. Mais adiante na sentença (de 22 páginas), a juíza destinou 12 páginas ao argumento de que os homossexuais possuem sim o direito de ter a sua união civil reconhecida (já o restante da sentença focou os critérios para arbitramento dos danos morais).

Antes de prosseguir para a análise do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nesse mesmo caso, faço uma pausa para ressaltar a natureza dos argumentos endossados tanto pela sentença quanto pelo Ministério Público. O MP afirma um vínculo causal entre o discurso de Levy Fidelix e a propagação de um falso sentimento de legitimação política de condutas discriminatórias contra a população LGBT, com ênfase nas condutas de exclusão e violência. Em outro trecho, o MP afirmou que Levy Fidelix agiu de forma irresponsável e manifestamente contrária à Constituição Federal.

Já a juíza afirmou que Levy Fidelix, ao pregar a segregação da população LGBT, extrapolou a liberdade de expressão. Ela afirmou que o discurso violou a igualdade do grupo-alvo, mas não explicitou, tal como fez o MP, qual aspecto do direito à igualdade ela compreendeu violado. Importante também mencionar que a juíza entendeu haver dano moral pelo fato de o discurso ter causado inegável aborrecimento e constrangimento à população LGBT. Esse é um argumento comum e extremamente frágil para fundamentação de danos morais causados pelo exercício da expressão, já que, em última instância, estaria afirmando que ninguém possui o direito de exprimir ideias que constrangem ou aborrecem outrem. Denúncias de corrupção, críticas e performances realizadas pela própria comunidade LGBT dirigidas ao preconceito religioso, sátiras do conservadorismo político, e muitas outras instâncias de discursos que costumamos associar a movimentos progressistas poderiam ser restringidos com base nesse mesmo argumento[54].

[54] A hipótese não é apenas abstrata. A atriz transexual Viviany Beleboni, que desfilou pregada a uma cruz na parada gay da cidade de São Paulo em 2015, foi ameaçada de responsabilização judicial por várias entidades religiosas e personalidades políticas ligadas ao movimento evangélico no Brasil por vilipêndio, danos morais e outros tipos de suposta violação de direitos. Houve também várias mobilizações políticas por todo o Brasil para determinar por lei algum tipo de censura à parada gay de diversos municípios. Conferir reportagem no Jornal Opção de 13 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.jornalopcao.com.br/reportagens/crucificacao-da-transexual-na-parada-gay-e-reacao-ao-ato-revelam-civilidade-em-marcha-re-38003/>. Acesso em 11 nov 2016.

Ainda, e importante, a ênfase da sentença na questão acerca de se casais homoafetivos possuem ou não direito ao casamento pode indicar duas coisas distintas. Uma opção é a de que a juíza compreendeu muito mal o problema jurídico envolvido na lide, qual seja, não aquele de decidir se casais homoafetivos possuem ou não o direito de reconhecimento público de sua união civil, mas o de se Levy Fidelix poderia ter expressado a sua opinião acerca dessa última questão da maneira como o fez. Outra, é a de que, implicitamente, a juíza estivesse sustentando a tese de que a liberdade de expressão se resume à manifestação de ideias moralmente corretas. Nesse caso, ela de fato precisaria solucionar a questão acerca de se casais homoafetivos possuem ou não o direito de casamento antes de decidir se Levy Fidelix poderia ou não expressar as ideias que expressou no debate presidencial. Essa última hipótese de compreensão da liberdade de expressão é bastante restritiva e não corresponde às nossas práticas discursivas na esfera pública em geral.

Levy Fidelix e o PRTB apelaram e a sentença foi reformada pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O Desembargador Relator Natan Zelinschi de Arruda se baseou em variados argumentos para afastar a responsabilidade de Levy Fidelix e de seu partido, os quais podem ser resumidos da seguinte forma:

1. O relator destacou o ambiente no qual Levy Fidelix expressou o seu discurso. Enfatizou que se tratava de um debate público em período de campanha eleitoral, no qual os candidatos não primam pela verdade. Afirmou que o ambiente é caracterizado por ofensas recíprocas, pelo sensacionalismo e que os interlocutores não se ocupam de tomar cuidado para preservar o respeito mútuo. Nesse sentido, não poderia ser reconhecida violação à dignidade dos membros do movimento LGBT (fez uma imputação implícita à Dilma Roussef, à qual se referiu como candidata que fizera afirmações levianas sem nenhum cunho de verdade e que teria sido eleita Presidenta)[55].

[55] "Não obstante tais considerações, deve ser destacado o ambiente em que foram expostas as expressões referidas, qual seja, em um debate político, durante o período de campanha eleitoral, em que os candidatos não primam pela verdade, havendo ofensas recíprocas, consequentemente, ausente o respeito elementar entre esses mesmos candidatos, que, ao extravasarem algum tema, com ponto de vista pessoal, deixam de observar os cuidados necessários". (BRASIL, 2017, p. 1456).
"Assim, apesar da manifestação grotesca do candidato corréu, que, de forma deseducada, fizera manifestações contra homossexuais, não se identifica afronta específica à dignidade da pessoa humana dos integrantes do movimento LGBT, ante as peculiaridades que envolvem os debates políticos, sempre em busca do sensacionalismo, bastando ver a situação em que o país se encontra, quando outra candidata também fizera afirmações levianas e sem nenhum cunho de verdade e, ainda assim, fora eleita Presidente e, posteriormente, destituída do cargo, ante o impeachment". (BRASIL, 2017, p. 1456).

2. Ressaltou que ao discurso não se seguiram consequências relevantes do ponto de vista jurídico para justificar a punição de Levy e seu partido. Sustentou esse argumento enfatizando que o candidato obteve apenas 0,5% dos votos válidos nas eleições presidenciais, e que não se seguiram quaisquer episódios de violência que pudessem ser traçados ao discurso objeto da ação. Afirmou que o discurso, apesar de grosseiro e deselegante, não teve maiores repercussões, e teve insucesso perante os eleitores[56].

3. Por fim, destacou a necessidade de repúdio público de manifestações homofóbicas. Conclamou a sociedade a valorizar a autodeterminação de cada um, combatendo as manifestações que venham a denegrir, desdenhar ou diminuir o outro. No entanto, defendeu que essas afirmações, apesar de infelizes, não dão causa a indenização por dano moral por não identificarem nenhuma entidade ou pessoa específica e por se caracterizarem pela generalidade e superficialidade[57].

Chama atenção o esforço do relator de conceptualização do sentido da liberdade de expressão em contexto específico. Em nenhum momento ele faz uso do argumento da ponderação. Ele enfatiza a intencionalidade específica de discursos políticos em campanha eleitoral e enfatiza a ausência de compromisso com a verdade nesse contexto. Afirma que, por isso, o discurso não pode ser caracterizado como de incitação ao ódio. A ênfase na intencionalidade específica e na sua relevância para aferição da legitimidade da expressão se alinha com os argumentos defendidos nessa tese. Ademais, o relator chama a atenção para a inexistência de dano específico que possa ser diretamente relacionado ao episódio discursivo em questão. O argumento implícito é o de que vinculações causais difusas entre discurso e um determinado cenário social desvantajoso para determinados grupos não podem fundamentar a proibição e punição do discurso. O relator enfatizou, na realidade, o que compreendeu como efeito diverso do discurso de Levy Fidelix, ou seja, a reação de

---

[56] "Quanto ao corréu especificamente, este obtivera apenas 0,5% dos votos válidos, ou seja, optou por apelar para temas polêmicos e de modo deselegante, não obtendo, assim, nenhum sucesso junto aos eleitores." (BRASIL, 2017, p. 1456).
"Destarte, não se identifica suporte para a pretensa indenização por danos morais, haja vista a situação fática em que aconteceu o episódio, ressaltando, ainda, que nada fora demonstrado que configurasse incitação ao ódio, além do que, não se tem notícia de que tenha ocorrido repercussão de violência em sentido amplo, não obstante o procedimento inadequado do candidato corréu em que prevaleceram, no mínimo, aspectos grosseiros, no entanto, sem maiores consequências." (BRASIL, 2017, p. 1456-1457).

[57] "Convém ressaltar que expressões homofóbicas ou que tenham intuito de diminuir outrem por opção de sua sexualidade devem ser repudiadas, contudo, não existe suporte para a indenização por danos morais, haja vista não identificar especificamente nenhuma entidade ou algumas pessoas, ante o caráter genérico e superficial das declarações." (BRASIL, 2017, p. 1459).
"Finalmente, cabe à sociedade, como um todo, levar em consideração a autodeterminação de cada um, inclusive repudiando observações que venham a denegrir ou desdenhar outrem, uma vez que o verdadeiro direito humano é reconhecer o semelhante em seu todo e, especificamente, como ele é, e nada além disso." (BRASIL, 2017, p. 1459).

repúdio popular ao seu posicionamento refletido no seu flagrante insucesso nas urnas. O último ponto diz respeito ao fato de que o discurso não se dirigiu a nenhuma pessoa ou grupos de pessoas em especial. Apesar de não mencioná-lo expressamente, entendo que o desembargador se baseou implicitamente na noção de que para haver dano moral por injúria, difamação, ou atentado à honra e imagem, é preciso que o discurso se dirija a pessoa ou pessoas determinadas para que seja possível falar de dano especificável provocado pelo discurso.

A decisão do tribunal foi unânime. Não obstante, o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani proferiu voto convergente para expressar o seu posicionamento sobre a matéria. Identifiquei, além de alguma correspondência entre o posicionamento de Zuliani e aquele do voto do Relator[58], alguns argumentos distintos defendidos pelo primeiro.

1. Em primeiro lugar, e importante, Zuliani afirmou que "os pesos da razoabilidade" entre direitos garantidos em situações conflituosas pendem para a exclusão do caráter ilícito do discurso de Fidelix[59].

2. Defendeu o direito de expressão daqueles que insistem na conservação da família tradicional. Afirmou que a manifestação de Fidelix foi grosseira, e que a sua é uma postura ultrapassada, radical, mas "nunca ilícita"[60]. Afirmou que "A elegância do discurso não é privilégio de todos e os que sabem se comunicar expressam suas convicções sem ofender." (BRASIL, 2017, p. 1466). Disse que Fidelix e seu partido atuaram com total fidelidade aos seus valores e que eles acreditam nas ideias que expressaram. Proibir e punir essa expressão constituiria um golpe no debate político que "alimenta a democracia e fortalece o Estado de Direito."[61]

---

[58] Zuliani também enfatizou a inexistência de vínculo causal direto entre o discurso de Fidelix e consequências juridicamente reprováveis: "Não consta que as palavras de Fidelix tenham despertado mais do que uma repulsa passageira e que aumentou os índices de acessos em links da internet. A própria sociedade não creditou ao fato uma importância significativa ou de relevo social contundente." (BRASIL, 2017, p. 1464). E "Não há ilícito digno de reprovação jurídica, mas, sim, descontrole verbal que as urnas responderam." (BRASIL, 2017, p. 1467).
Zuliani foi ainda mais preciso do que o relator ao oferecer uma definição específica do discurso de ódio. Ele defendeu que: "Discurso de ódio é aquele que incita a violência e mobiliza a população, seja para concretizar atividades imediatas de ataque ou para engrossar condutas discriminatórias ou de rejeição desumana." (BRASIL, 2017, p. 1464).

[59] "A leitura das peças permitiu concluir que os pesos da razoabilidade entre direitos garantidos e prontos para serem exercidos em situações anormais ou conflituosas, pendem para a interpretação que exclui o caráter ilícito do lamentável discurso de Levy Fidelix (art. 186, do CC)." (BRASIL, 2017, p. 1462).

[60] "Grosseria nem sempre caracteriza ato ilícito e a ilicitude é pressuposto fundamental da responsabilidade civil." (BRASIL, 2017, p. 1467).

[61] "Embora as opiniões divergentes sejam até inexpressivas no cômputo geral, não há como calar a voz dessa oposição que insiste na conservação da família tradicional. É um direito constitucional possuir e expressar seu pensamento e convicções." (BRASIL, 2017, p. 1463)
"Há, contudo, discordância daqueles que não se adaptam ou continuam raciocinando que a família formada por homem e mulher é, ainda, a única estruturada, uma postura ultrapassada e talvez radical e nunca ilícita. É

3. Afirmou que ações judiciais que visam obter indenizações milionárias daqueles que expressam ideias como as de Fidelix constituem uma estratégia para "calar a boca" de certos grupos, bem como em nada contribuem para o aperfeiçoamento cívico. Segundo Zuliani: "Há, por detrás do excesso de demandas indenizatórias, a proposta de obter consenso compulsório sobre determinado item controvertido ou polêmico." (BRASIL, 2017, p. 1464).

4. Por fim, Zuliani diferenciou, para fins de reprovação jurídica, entre o discurso contrário ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e a violação da isonomia que, segundo ele, ocorre "quando há tratamento desigual de pessoas de raças, países diferentes ou cor de pele" (BRASIL, 2017, p. 1467). Ele afirma que o casamento homoafetivo ainda não "se enraizou como um primado completamente aceito ou que deva ser imposto à fórceps. É de se perguntar: porque o PRTB existe e defende esses valores?" (BRASIL, 2017, p. 1467).

Os argumentos de Zuliani se distinguem por, em primeiro lugar, fazer menção, já no início do voto, à ponderação e à noção de pêndulo, tão enraizada na retórica jurídica brasileira. No entanto, em nenhum momento Zuliani nos mostra a operação dessa ponderação, passando a um esforço de conceptualização do sentido da liberdade de expressão e das justificativas daí decorrentes para restrição das prerrogativas de fala (à maneira do voto do Relator). Ele enfatiza, de forma original no acórdão, o argumento de que a defesa de ideias conservadoras, ultrapassadas e radicais, de maneira grosseira e ofensiva, não constitui um ilícito jurídico, mas sim uma prerrogativa em uma democracia. Enfatizou também a intencionalidade genuína de Fidelix e seu partido na defesa de ideias coerentes com a linha política a que pertencem, de forma alinhada aos argumentos desse trabalho. Pareceu enfatizar também o efeito contraprodutivo de imposições arbitrárias de convicções. Por fim, lançou mão de um argumento ambíguo o qual, em alguns momentos, sugeriu que a licitude da expressão de ideias morais depende do status da referida ideia na moralidade convencional de uma determinada comunidade. Assim é que pareceu sugerir que a expressão de ideias racistas seria ilícita porque a nossa sociedade já internalizou a imoralidade do racismo, enquanto a expressão de ideias contrárias ao casamento homoafetivo seria lícita pelo fato de haver ainda grande controvérsia a respeito do tema na nossa sociedade. Se essa é a melhor forma de compreender o argumento de Zuliani, então

---

correlato a esse direito, segue a livre manifestação ou a publicidade das ideias. O partido e o candidato atuaram, naquele debate, com total fidelidade aos seus valores e eles acreditam nas propostas e a eventual condenação daqueles que defendem uma opção seria como que um golpe para a construção do debate político que alimenta a democracia e fortalece o Estado de Direito." (BRASIL, 2017, p. 1464).

entendo que ele se equivoca. A reprovação moral de uma conduta por ser ela discriminatória não depende da moralidade convencional. Os homossexuais não podem ter direitos não reconhecidos porque a coletividade ainda não aceita a igualdade dos homossexuais tal como aceita a igualdade dos negros. Os direitos fundamentais são, justamente, dispositivos de proteção do indivíduo contra flutuações majoritárias. Por uma questão de integridade, se o discurso de conteúdo racista deve ser proibido, então aquele de conteúdo homofóbico também deverá sê-lo. Por outro lado, o argumento de Zuliani, ao diferenciar entre uma convicção hostil aos homossexuais e a violação da isonomia por meio de "tratamento desigual" pode estar se referindo justamente à diferença que estabeleci entre ato discursivo de conteúdo discriminatório e ato discriminatório (discursivo ou não). Nesse caso, o seu argumento procede e deverá ser compreendido como uma defesa da liberdade de expressão de conteúdo hostil a quaisquer grupos bem como uma condenação jurídica dos atos discriminatórios dirigidos também a quaisquer grupos.

A detalhada reconstrução das duas decisões judiciais envolvendo o caso serve para mostrar a variedade de argumentos substantivos, bem como de metodologias argumentativas, que figuram no tratamento judicial do problema do discurso de ódio. Esses argumentos e métodos apontam para resultados bastante distintos. Isso fica claro quando observamos não apenas os posicionamentos opostos da juíza de primeira instância conjuntamente com o membro do Ministério Público que atuou em primeira instância em relação àquele dos desembargadores que julgaram a apelação, mas também do posicionamento de outras autoridades que se manifestaram em relação ao caso.

Em 21 de fevereiro de 2017 foi publicada decisão da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo mantendo multa no valor de R$ 25.070,00 aplicada pela Comissão Especial de Discriminação Homofóbica a Levy Fidelix pelas mesmas declarações pelas quais o ex-candidato à presidência foi absolvido pelo TJSP. A decisão foi emitida em processo administrativo baseado na Lei Estadual nº 10.948/2001, a qual atribui à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania o poder de promover processo administrativo para apuração e punição de "toda manifestação atentatória ou discriminatória praticada contra cidadão homossexual, bissexual ou transgênero".

Por outro lado, a Justiça Eleitoral arquivou diversas representações que buscavam a condenação de Levy Fidelix por crime de injúria contra a comunidade LGBT. O juiz acatou posicionamento do Ministério Público de SP que dessa vez afirmou que, por inércia

do legislador federal, o ato de Fidelix era atípico, já que não há previsão de crime de injúria contra coletividades, mas apenas contra pessoas determinadas[62].

Também muito importante é o confronto desse com o caso Ellwanger, considerado como paradigma do posicionamento do STF em matéria de discurso de ódio. Entre 1989 e 1990, Siegfried Ellwanger, editor e escritor, editou livros de autoria de terceiros e de sua própria autoria veiculando diversas críticas ao sionismo e negando a ocorrência do holocausto. Ellwanger foi condenado, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelo crime de racismo[63], ocasião em que foi reconhecida a imprescritibilidade do crime, conforme disposição do artigo 5, XLII da CF/88. Siegfried impetrou habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça contra a decisão do TJRS questionando a imprescritibilidade, alegando que os judeus não constituíam uma raça. A ordem foi denegada pelo STJ e novo habeas corpus, com base nos mesmos argumentos, foi impetrado perante o STF. Em 2003 o Supremo Tribunal Federal decidiu o habeas corpus denegando a ordem[64].

O acórdão do STF é enorme (são 488 páginas) e conta com os votos em separado de 11 ministros, sendo impossível divisar uma única racionalidade para denegação da ordem (BRASIL, 2004). Vários argumentos relacionados ao sentido da liberdade de

---

[62] Conferir reportagem da Veja.com de 22 de maio de 2015. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/politica/levy-fidelix-se-livra-de-processo-criminal-por-ofensa-a-gays/>. Acesso em 26 fev 2017.

[63] O crime era tipificado no artigo 20 da Lei n. 7.716/89, conforme redação dada pela Lei n. 8.081/90 o qual dispunha ser crime "praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional", e estabelecia para tanto a pena de reclusão de dois a cinco anos. O mesmo dispositivo recebeu nova redação pela Lei n. 9.459/97: "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
Pena: reclusão de um a três anos e multa.(Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa."

[64] Essa decisão do STF no caso Ellwanger foi citada pelo Juiz de Direito Dr. Alberto Salomão Júnior em decisão proferida em 2 de fevereiro de 2016 em ação cautelar de autoria do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de impedir a comercialização do livro Minha Luta (*Mein Kampf)* de autoria de Adolf Hitler pelas empresas do mercado editorial Centauro Editora e Distribuidora de Livros ME, Saraiva e Siciliano SA e Geração Editorial LTDA. A ação cautelar foi proposta para impedir o suposto cometimento do crime do art. 20 da Lei nº 7.716/89, exatamente o mesmo dispositivo legal que fundamentou a condenação de Ellwanger pelo crime de racismo. A medida cautelar foi deferida para determinar a proibição da "exposição, venda ou divulgação a qualquer título da obra intitulada 'Minha Luta'", sob pena de pagamento de multa de R$ 5.000 por exemplar divulgado ou vendido. Justificando a decisão, o juiz argumentou que "atualmente a hermenêutica do pós-positivismo soluciona a questão, pela harmonização entre os direitos fundamentais aparentemente em conflito. Aqui, no caso concreto, tenho que inexiste conflito real a ser solucionado, pois, a publicação da obra comumente chamada 'bíblia do nazismo' não está a tutelar o direito à informação." (BRASIL, 2016, p. 3).

expressão foram levantados em favor da denegação[65] do habeas corpus, os quais podem ser razoavelmente agrupados e elencados da seguinte forma: (i) a liberdade de expressão não comporta a "incitação ao racismo", a ofensa, o insulto ou o estímulo à intolerância, e não pode funcionar como salvaguarda de crimes contra a honra (votos do então Ministro Maurício Corrêa e do Ministro Celso de Melo); (ii) no caso havia um conflito entre direitos; o conflito devia ser decidido com base em ponderação; o resultado da ponderação foi o de que a proteção devia ser a favor dos direitos de todos aqueles pertencentes ao grupo-alvo do discurso discriminatório, já que esse discurso colocou em cheque a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário e até mesmo a vida dessas pessoas, criando um risco para todos esses bens; que o risco que esse tipo de discurso provocou não é uma utopia, já que crimes contra a humanidade aconteceram justamente em função do silêncio daqueles que tinham o dever de reagir e não o fizeram. (votos dos então Ministros Maurício Corrêa, Carlos Veloso e Cezar Peluso e dos Ministros Celso de Melo e Gilmar Mendes); (iii) discurso racista não pertence ao domínio científico, e em nada contribui para o aperfeiçoamento do conhecimento humano (votos do então Ministro Carlos Veloso e do Ministro Celso de Melo); (iv) discurso racista que não pode ser protegido é aquele que distingue e inferioriza irracionalmente um determinado grupo. Ou seja, constitui a

[65] Três Ministros votaram a favor da concessão da ordem, e foram derrotados. Foram eles os então Ministros Moreira Alvez, Carlos Britto e o Ministro Marco Aurélio. O voto do primeiro se restringiu a afirmar que a cláusula constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo deveria ser interpretada restritivamente, de forma a abarcar apenas as discriminações contra os negros, que constituía a preocupação daqueles que se ocuparam de inserir a cláusula na Constituição de 1988. O então Ministro Carlos Britto concedeu a ordem por perceber nas obras escritas e publicadas por Ellwanger um engajamento dialógico, ainda que ideológico. Afirmou que os textos convidavam à reflexão e à apreciação de fatos, documentos e evidências e não conduziam à liberação de instintos bestiais. Interessante que também o Ministro Carlos Britto invoca a proporcionalidade e a ponderação e menciona princípios constitucionais em conflito. Mas grande parte do seu voto revela uma cuidadosa análise conceitual, ainda que não dos conceitos políticos envolvidos, mas das palavras dos dispositivos constitucionais e legais relevantes. Já o Ministro Marco Aurélio apresentou a linha argumentativa mais alinhada à tese defendida nesse trabalho. Apesar de explicitamente afirmar e desenvolver o argumento de que o caso exigia a solução do conflito entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, Marco Aurélio identificou e desenvolveu o sentido de alguns princípios de justificação da liberdade de expressão. Foge aos propósitos desse trabalho o desenvolvimento exaustivo das diversas interpretações possíveis do voto do Ministro. Vale destacar que ele defendeu a liberdade de expressão como mecanismo instrumental de promoção da democracia, tanto por conta do seu papel na informação da opinião pública quanto naquele de possibilitar o controle das autoridades e do poder do Estado. Afirmou que essa liberdade não era absoluta, mas que a sua restrição apenas se justificaria em situações excepcionais. Dentre elas, aquela caracterizada por circunstâncias sociais, políticas e culturais que predispusessem a conversão da circulação de ideias preconceituosas em deflagração de violência ou violação de direitos contra pessoas pertencentes aos grupos-alvo das referidas ideias. Marco Aurélio destacou, então, a ausência de qualquer predisposição atual ou histórica da sociedade brasileira de preconceito contra os judeus, o que o levou a concluir pela inexistência de justificativa para a censura de ideologias preconceituosas contra esse grupo. Ficou também claro do voto de Marco Aurélio que ele distingue ações de racismo ou de discriminação que são objeto de proibição criminal do endosso e expressão de ideias racistas ou discriminatórias, na mesma linha da distinção entre ato discriminatório e ato discursivo de conteúdo discriminatório defendida nesse trabalho.

expressão de uma crença irracional que não se dispõe à refutação por meio da análise de fatos e de argumentos contrários (voto da Ministra Ellen Gracie); (v) o comportamento de Ellwanger era sistemático, ou seja, ele se especializou na publicação de material antissemita, o que revela intenção inequívoca de instigar e reforçar preconceitos históricos (votos dos então Ministros Cezar Peluso e Nelson Jobim); (vi) o sentido central da liberdade de expressão, até mesmo absoluto, é o de proteção contra censura prévia, o que não afasta a responsabilização *a posteriori* pelo abuso do mesmo direito (voto do então Ministro Sepúlveda Pertence).

O que parece ter ficado claro da leitura conjugada dos votos é que, no caso Ellwanger, o STF decidiu que discurso de ódio constitui crime de racismo e não é protegido pela liberdade de expressão. É também claro o recurso seja à retórica, seja a uma tentativa metodológica genuína de operação da ponderação, tanto entre os Ministros que concederam quanto entre aqueles que denegaram a ordem. Claro é também que a decisão do STF nesse caso conflita flagrantemente com a recente decisão da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP proferida no caso de Levy Fidelix.

Diferentes entidades da federação, diferentes instâncias judiciais, e órgãos de diferentes poderes, apresentam compreensão e dispensam tratamento bastante diverso à liberdade de expressão e ao seu escopo, bem como ao problema específico do discurso de ódio no Brasil. Essa situação de grande incerteza acerca do sentido de um dos mais importantes direitos civis aponta para a oportunidade desse trabalho. Nele, busco enfrentar e tomar partido frente a questão por meio da defesa de um conjunto sistemático de argumentos os quais, ao mesmo tempo em que configuram uma visão coerente dos valores de justificação da liberdade de expressão, também respondem a teses que compreendo equivocadas de proibição de discursos no debate público com base em conteúdo ou forma. Esse é um esforço importante para que possamos construir um sentido filosoficamente sólido e plausível, tanto para o direito constitucional da liberdade de expressão (Art. 5, IV, VI e IX da CF/88), quanto para o direito constitucional de igualdade e um dos seus aspectos centrais: a proibição constitucional da discriminação e do racismo (Art. 5, caput, e incisos I, VIII, e XLII da CF/88).

***

Finalizada a introdução, convido o leitor ao primeiro capítulo, no qual busco reconstruir e refutar as teses de Waldron pela proibição das instâncias mais virulentas de discursos de ódio.

Espero que a longa extensão dessa introdução seja compensada por alguma clareza na determinação não apenas dos problemas que vamos, eu e o leitor, enfrentar ao longo da tese, como também dos presupostos conceituais de que necessitaremos. Espero também ter convencido o leitor da urgência de discussão do tema no Brasil e também tê-lo estimulado o suficiente para prosseguir na leitura. Afinal de contas, queremos todos saber: o que significa a liberdade de expressão?

# A DIGNIDADE ENQUANTO REPUTAÇÃO: O ARGUMENTO WALDRONIANO PELA PROIBIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

## 1. A dignidade em Jeremy Waldron

O foco desse capítulo é a análise do argumento de Jeremy Waldron para a proibição das formas mais virulentas dos discursos de ódio. Compreendo que o argumento de Waldron traz um ônus importante e original para Ronald Dworkin, C. Edwin Baker e outros que como eles defendem a liberdade de expressão de discursos de ódio com base na independência ética (no caso de Dworkin) ou na autonomia individual (no caso de Baker) e que negam que a restrição das prerrogativas de expressão possa ser fundamentada apenas no caráter imoral da mensagem. Esse ônus diz respeito ao fato de que parte do argumento de Waldron se baseia em uma ampliação da noção de reputação. Nesse sentido, o argumento de Waldron ganha força ao "puxar para si" a força e peso próprios do ilícito da difamação, ilícito esse reconhecido pelos mais diversos regimes jurídicos ocidentais, inclusive nos Estados Unidos, país no qual as prerrogativas de expressão são mais amplas do que na maior parte das demais democracias do ocidente.

Waldron constrói seu posicionamento normativo acerca dos limites à liberdade de expressão e dos desenhos institucionais desejáveis de implantação desses limites com base em um conceito normativo bastante particular de dignidade, que a aproxima da noção de reputação.

Primeiramente, Waldron entende proveitosa a compreensão da dignidade enquanto uma questão de status ou de posição social, uma compreensão que a princípio seria contraditória com o igualitarismo contemporâneo. Enquanto resposta a essa possível incoerência, ele afirma que a dignidade é proveitosamente compreendida quando o fenômeno da sua universalização é interpretado como a universalização da reivindicação da especialidade do valor do grupo humano. Especialidade e valor esses que comandariam respeito. Essa ideia, segundo Waldron, é importante para conceber nossa atitude perante a dignidade de todos os seres humanos como uma atitude de deferência, ou seja, manifestação de um dever de reconhecimento de importância, e não apenas enquanto uma atitude indiferente que se explica não pelo reconhecimento de um valor, mas pela inexistência de uma justificativa para uma atitude de "desvalor".

Em segundo lugar, essa noção de dignidade justifica, segundo Waldron, um direito a um "meio ambiente moral" que reflita a ideia da dignidade igualitária entre os seres humanos. Esse vínculo entre dignidade e meio ambiente moral é traçado no livro *The Harm in Hate Speech* (2012), principal obra de Waldron de discussão dos limites à liberdade de expressão em relação aos discursos de ódio. A reivindicação de um meio ambiente moral saudável possui implicações, no argumento de Waldron, para o tipo de discurso que ele considera especialmente lesivo à dignidade de certas pessoas. É nesse ponto do argumento que Waldron estabelece a equivalência entre o direito à dignidade enquanto status e a proteção da reputação dos sujeitos. O discurso de ódio é, na maior parte das vezes, tomado como o discurso intencionado à desqualificação de grupos inteiros de pessoas. Waldron afirma que esse discurso provoca danos aos fundamentos da reputação de cada indivíduo membro do grupo-alvo. Esses fundamentos são a forma pela qual a sociedade em geral percebe não apenas os traços, características e tendências pessoais de cada indivíduo, como também as filiações e identidades coletivas da pessoa.

Penso que duas linhas distintas de fundamentação da proibição dos discursos de ódio ressoam ao longo do argumento de Waldron. Nesse capítulo, buscarei formulá-las e identificar a sua especificidade. A primeira delas eu denomino hipótese *causal da discriminação em sentido estrito,* a qual enfatiza o vínculo causal entre os discursos de ódio e as práticas discriminatórias em sentido estrito proibidas por lei (recusa de prestação de serviço, de oferta de emprego, ou de acesso a outros recursos e oportunidades que a igualdade requer sejam distribuídos de forma igualitária, bem como os crimes contra a vida, integridade física ou propriedade dos indivíduos pertencentes aos grupos-alvo). Já a segunda chamarei de hipótese do *dano aperfeiçoado no discurso*. Ela afirma que o dano provocado pelo discurso de ódio a ser prevenido ou punido é independente do impacto do discurso nas convicções e ações de terceiros em relação aos sujeitos alvo do discurso[66].

Argumentarei que a tentativa de reconhecimento de um direito a um "meio ambiente moralmente saudável", seja pela fundamentação na hipótese causal da discriminação em sentido estrito, seja naquela do dano aperfeiçoado no discurso, é incompatível com a proteção integral de duas prerrogativas que compreendo centrais para

[66] Ressalto que essas duas hipóteses de compreensão do argumento de Waldron não são circunscritas pelo próprio Waldron mas são por mim construídas como duas linhas distintas de argumentação que, acredito, permeiam a defesa feita por Waldron da proibição dos discursos de ódio. O meu argumento, portanto, é o de que apesar de Waldron tentar oferecer um fundamento original para a proibição de discursos de ódio com base em uma concepção original de dignidade, as razões substantivas que ele apresenta para justificar um direito aos fundamentos da reputação colapsam nas linhas argumentativas que eu pretendo captar por meio das hipóteses *causal da discriminação em sentido estrito* e do *dano aperfeiçoado no discurso*.

a liberdade de expressão: o direito de crítica, e o salvo-conduto em relação à percepção de terceiros. A pretensão de Waldron de garantia de um meio ambiente moralmente saudável e de definição, a priori, de tipos de discursos comprometedores desse meio ambiente, se revelam impeditivas para apresentação, pelo autor, de uma métrica capaz de distinguir o discurso de ódio do discurso crítico, bem como de uma fundamentação para a proibição do discurso de ódio que, na prática, não se confunda com uma reivindicação de direito de ser poupado da experiência, se não emocional, ao menos cognitiva de apreensão do fato de existirem pessoas que negam igualdade de valor a outras pessoas.

Por fim, explicarei que, apesar de Waldron reconhecer algumas razões de princípio, não-consequencialistas, de fundamentação do direito de liberdade de expressão, ele ou não elabora com precisão os contornos desses princípios, ou não nos apresenta os critérios de articulação entre esses princípios e a sua concepção de dignidade. Essa falta de articulação conceitual redunda na necessidade de recorrer à proporcionalidade para balanceamento dos princípios em casos limite, proporcionalidade que é justamente contrária a uma postura interpretativa, em sentido dworkiniano, que Waldron afirma por vezes adotar. A falta de preocupação de Waldron com o fato de que direitos conflitam parece advir de uma noção (ainda que não utilitarista) de valor moral enquanto interesse, uma que transparece em alguns trabalhos do autor. Nos trabalhos de Waldron, essa noção admite a distinção entre interesses de maior e de menor importância (o que permite escapar de uma abordagem utilitarista orientada para a maximização do interesse enquanto categoria unitária), mas que, não obstante, não insiste em uma conceptualização integrada dos valores morais[67].

---

[67] Apesar de Waldron não admitir um endosso normativo da concepção de direito enquanto "interesse de maior importância", elaborado por Joseph Raz, é essa a concepção que Waldron explora em artigo chamado *Rights in Conflicts* (1989) no qual explica justamente porque essa concepção implica no reconhecimento de conflitos de direitos e da necessidade de elaboração de metodologia para arbitramento desses conflitos: "Nós sabemos que os interesses dos indivíduos frequentemente conflitam uns com os outros - esse é o material da vida moral e política" (WALDRON, 1989, p. 505). Essa mesma concepção de direitos enquanto interesses de maior importância aparece implícita em artigo chamado *Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer* (1994), no qual Waldron defende a noção de que valores seriam incomensuráveis em sentido fraco, o que implica em negar uma métrica única pela qual medir e comparar relações de custo-benefício na realização de valores distintos em diferentes opções de ação, mas que ao mesmo tempo admite a possibilidade de estabelecer relações de prioridade entre os valores. A incomensurabilidade fraca, no entanto, necessita do balanceamento e da ponderação para fins de determinação do sentido e escopo dos valores a serem categorizados em um sistema de prioridades. Essa ponderação consistiria na avaliação acerca da importância dos diversos interesses que possuímos e na maneira como entendemos devida a sua priorização. (Waldron menciona a tese dos direitos como trunfos de Dworkin, da prioridade lexical de Rawls e das restrições laterais de Nozick como exemplos de aplicação da tese da incomensurabilidade fraca. Entendo que essa é uma interpretação muito equivocada ao menos da teoria dos direitos enquanto trunfos de Dworkin justamente por negligenciar a maneira interpretativa pela qual Dworkin concebe o sentido dos valores.). Waldron afirma que "(...) como nós estabeleceríamos a maneira de definir os valores aos quais seria dada prioridade, os detalhes de sua formulação, e as várias exceções e cláusulas de escape (*scape clauses*) - tais

A escolha pelo escrutínio mais detalhado e cadenciado do argumento de Waldron dirigido à liberdade de expressão de discursos de ódio se justifica por duas razões. A primeira delas, rapidamente mencionada na introducão a esse trabalho e início desse capítulo, diz respeito à originalidade da fundamentação de um direito de proteção contra discursos de ódio baseado no valor da reputação. Ao aproximar o problema da liberdade de expressão de discursos de ódio ao problema da proteção da reputação, Waldron cria um ônus argumentativo às teorias que defendem a liberdade de expressar mensagens de conteúdo imoral discriminatório e ofensivo. Se o direito à reputação, e o ilícito correspondente da difamação, são elementos enraizados nos sistemas jurídicos da maior parte das democracias liberais[68], os quais a maior parte dos teóricos da liberdade de expressão endossam, e se Waldron reclama semelhanças entre as situações nas quais concebemos a ocorrência de violações da reputação e aquelas de expressão de discursos de ódio, a coerência do argumento pela proteção da liberdade de engajamento em discurso de ódio passa pela possibilidade de elaboração de um argumento de princípio capaz de explicar porque as instâncias paradigmáticas de discurso de ódio não violam direitos de reputação de pessoas membros dos grupos-alvo (ou capaz de justificar de forma convincente o erro normativo que residiria em uma prática jurídica extremamente enraizada nas democracias liberais que é a do reconhecimento do direito à reputação). Isso requer uma maior elaboração teórica do direito à reputação, tarefa essa que enfrentarei no capítulo terceiro desse trabalho.

A segunda razão consiste em que o "rastreamento" do conceito de dignidade de Waldron providencia oportunidade para discussões de ordem metodológica acerca da melhor abordagem de teorização de conceitos jurídicos. Tal como já mencionado na introdução, Waldron busca teorizar pela proibição de certas instâncias de discurso de ódio por meio de uma estratégia conceitual, identificando as implicações de um conceito normativo, no caso, o conceito de dignidade, para o devido escopo dos direitos de liberdade, no caso, a liberdade de expressão. Dessa forma Waldron nega, ao menos no

---

como a do periogo claro e atual, do fogo em um teatro lotado, e a dos vendedores de milho enquanto aqueles que matam de fome os pobres?" (WALDRON, 1994, p. 820). Waldron responde argumentando que definir o escopo dos valores "requer que nos engagemos no tipo de casuísmo que os homens leigos e os advogados normalmente associam com um processo de sopesamento e balanceamento." (WALDRON, 1994, p. 821). Waldron então conclui que "a articulação pensada de nossos princípios e prioridades morais inescapavelmente involve o que as pessoas comuns poderão considerar como sopesamento ou balanceamento." (WALDRON, 1994, p. 821).

[68] Ainda que exista grande diversidade de critérios de determinação da ilicitude entre os países, e apesar de verificarmos distinções também relevantes em termos da punição que se estabelece à violação do direito à reputação (alguns países abordam o direito à reputação não apenas civilmente como também criminalmente. Outros restringem a difamação a um ilícito de caráter civil).

âmbito dessa empreitada teórica específica, que o problema de saber se discursos de ódio devem ser proibidos é uma questão de balanceamento entre os valores da dignidade e da liberdade, ou dos valores da igualdade e da liberdade. Se o argumento de Waldron pela proibição dos discursos de ódio é especialmente desafiador e interessante nesse sentido, por outro lado ele revela um aspecto "sociológico" que invibiliza a pretensão de teorização conceitual coerentista na qual Waldron por vezes se engaja. Waldron reivindica uma vantagem aparentemente normativa da sua concepção de dignidade por ser ela especificamente "jurídica", lastreada na evolução histórica do uso propriamente jurídico da noção de dignidade (em textos, normas e materiais reconhecidos como jurídicos). Esse sentido especificamente jurídico da dignidade lastreia muito do seu sentido, segundo Waldron, na linguagem natural. Waldron entende que muitas das elaborações filosóficas da dignidade são meramente estipulativas e seriam, nesse sentido, inadequadas para oferecer uma concepção coerente do sentido do conceito embebido nas várias instâncias recorrentes do seu uso jurídico.

A concepção de dignidade de Waldron, no entanto, leva a implicações restritivas do direito de liberdade de expressão que são incompatíveis com as implicações de outros valores que Waldron reconhece residirem na base de fundamentação da liberdade de expressão, tais como os valores da autorealização individual e aquele da participação democrática. É por isso que Waldron, no limite do seu argumento, necessita recorrer ao balanceamento, justamente o tipo de mecanismo incompatível com a natureza da argumentação teórica na qual Waldron originalmente se lança. Esse problema, a meu ver, origina-se justamente na fidelidade que Waldron busca manter a uma teorização de caráter histórico/sociológico do conceito de dignidade, por julgar ser essa a metodologia genuinamente jurídica, em contraste com o que ele chama de abordagens filosóficas estipulativas.

Waldron não justifica, no entanto, as razões pelas quais um conceito de dignidade de aplicações jurídicas deve ser exclusivamente jurídico, ou seja, deve guardar um sentido específico a ser utilizado nas práticas jurídicas em contraste com outros sentidos possíveis do mesmo conceito, por exemplo, o seu sentido filosófico. Ainda, Waldron não explica porque a melhor forma de teorização jurídica deve ser histórico/sociológica, ou seja, porque ela deve buscar o sentido histórico de um conceito no seu uso comum. A reflexão acerca dos resultados teóricos do método histórico/sociológico de Waldron no caso do conceito de dignidade e das suas implicações para a regulação da liberdade de expressão é uma oportunidade para acessar não apenas o mérito dos seus argumentos substantivos

acerca das exigências da dignidade em relação à restrição de discursos de ódio, mas também de acessar a relação entre nosso juízo acerca de tais argumentos substantivos e o mérito da própria estratégia histórico/sociológica de teorização.

Quanto ao aspecto metodológico da discussão, contra-argumentarei que a concepção dworkiniana da dignidade, apesar de pouco preocupada em esmiuçar a história da instanciação do conceito nas mais diversas manifestações formais do direito, não é meramente estipulativa. Ela busca articular o que para Dworkin consiste em uma ideia basilar e fundamental na teorização acerca do valor, que é o valor da vida humana. Para Dworkin, esse valor é melhor explicado em termos éticos, no sentido bem específico da ética na teoria dworkiniana, qual seja, o do valor objetivo da jornada, da vida enquanto percurso dotado de narrativa e integridade, que a cada ser humano cabe traçar. Para Dworkin, a compreensão desse valor ético, o qual permite articular o sentido do que é viver uma boa vida, é muito importante para a teorização moral e da justiça. E o material que Dworkin utiliza na articulação do valor ético da vida, aquilo que ele chama de dignidade, são justamente as nossas práticas éticas, ou seja, a nossa forma de vida, de comportamento e as nossas reações em relação ao que ocorre com nossa própria existência. Nisso não há nada de estipulativo: o que Dworkin apresenta é uma teoria rival, tanto do ponto de vista metodológico quanto substantivo, acerca da melhor maneira de articular o sentido da dignidade para fins, inclusive, jurídicos. Dworkin dispensa fidelidade às convenções históricas do uso de conceitos de caráter valorativo justamente por compreender que a melhor maneira de entender as práticas de uso desses conceitos não é convencional, mas interpretativo. Práticas interpretativas são aquelas nas quais a disputa acerca do melhor sentido de um conceito com o fim de determinar as exigências práticas do conceito em determinadas situações é considerada como parte constitutiva do uso do conceito. O próprio Waldron irá descrever parte desse fenômeno quando identifica um período histórico no qual o sentido aristocrático do conceito de dignidade passa a ser contestado em alguns movimentos literários e em parte da literatura religiosa. Defenderei que a concepção de dignidade de Dworkin, além de não ser estipulativa, oferece o melhor sentido para esse conceito por conseguir organizar de maneira coerente o grande conjunto de intuições centrais que possuímos acerca do valor igualitário da vida humana e de determinadas liberdades que julgamos centrais para realização desse valor. Assim como o a concepção waldroniana, aquela de Dworkin se funda na articulação do sentido de experiências humanas fundantes e não há nada nela que a torne menos adequada do que a concepção waldroniana para fundamentar juízos jurídicos.

Mas estou me adiantando em relação ao argumento de Dworkin. Por ora, vou explorar, a seguir, o conceito de dignidade de Waldron e as suas implicações para o que ele compreende como limitações legítimas à liberdade de expressão com base no conteúdo odioso da mensagem.

## 2. Dignidade e posição social: uma abordagem positiva da dignidade

Em artigo publicado em 2007, chamado *Dignity and Rank*, Waldron pretende propor uma leitura do sentido da invocação da dignidade na linguagem dos direitos humanos. Waldron busca por um sentido da dignidade que perpasse de forma geral os discursos de fundamentação de diversos direitos considerados universais. Ele parte do pressuposto de que esse sentido existe e desempenha um papel na nossa forma de conceber os direitos humanos e de pensar os direitos humanos existentes, escapando da conclusão de que a linguagem da dignidade, nesses contextos, não faz mais do que constituir retórica persuasiva, porém vazia de conteúdo.

Waldron distingue entre conceitos estipulativos de dignidade e sentidos independentes da dignidade construídos no uso da linguagem natural (WALDRON, 2007, p. 208-209). Ele menciona como tipo de conceito estipulativo aquele que encontramos em algumas teorias políticas, tais como, segundo Waldron, nas teorias de Immanuel Kant e Ronald Dworkin[69] (2007, p. 2010-2014). Waldron afirma que não pretende desenvolver um conceito estipulativo, mas abrir-se de forma sensível às contribuições da linguagem natural para a compreensão do uso da dignidade em discursos de direitos humanos[70].

---

[69] Não discutirei, nesse tópico, o diagnóstico de Waldron em relação ao conceito de dignidade de Dworkin. Waldron entende que a sua construção da dignidade enquanto status ou posição social é interpretativa no sentido dworkiniano (e com isso parece implicar que, porquanto o trabalho de Dworkin seria interpretativo em várias de suas dimensões, ele não guardaria tal qualidade em relação à concepção de dignidade). Já adiantei na introdução a esse capítulo, e buscarei mostrar com mais detalhe, no capítulo 2, como o método de teorização dworkiniano do conceito de dignidade é interpretativo, e não estipulativo.

[70] Waldron não leva essa distinção entre conceito estipulativo e sentido próprio da linguagem natural muito a sério no artigo de 2007. Ele reconhece que essa é uma distinção que não se sustenta face a uma análise mais detida da relação entre sentidos teóricos e aqueles da linguagem natural, já que o uso teórico apresenta ressonância importante dos usos dos conceitos na linguagem natural. Essa relação seria imprescindível para explicar porque elaboramos teoricamente um determinado sentido sob o pálio de um conceito tal como dignidade e não, digamos, "azulidade" ou "xdade". Por outro lado, e ao mesmo tempo, quando privilegiamos um dos usos de um conceito na linguagem comum, fazemos essa seleção com base em considerações normativas de mesma natureza daquelas que utilizamos para construir conceitos filosóficos (estipulativos, na visão de Waldron). Ainda, conceitos teóricos (estipulativos) podem ser apropriados de forma generalizada por uma sociedade tornando-se parte importante do sentido do conceito na linguagem natural. É justamente

Waldron explora os sentidos do uso comum da dignidade que a associam a um status ou posição social diferenciada. Ele menciona vários contextos nos quais o termo dignidade se refere àquele que detém um status social especial ou um cargo especial, e também aos privilégios e direitos relacionados a esse status ou cargo (WALDRON, 2007, p. 215-217).

Explorar uma possível afinidade entre o uso do conceito de dignidade no contexto dos direitos humanos e a ideia de status ou posição social traria uma dificuldade relacionada ao fato de que as ideias de nobreza, posição social ou status nos remetem a uma diferenciação entre as pessoas que contradiz o espírito igualitário associado aos direitos humanos (WALDRON, 2007, p. 216-217).

Waldron soluciona essa questão chamando a atenção para um processo histórico de "transvaloração"[71] da dignidade, que passa a ser considerada atributo não apenas daqueles que ocupam certas posições sociais ou que pertencem a certos estratos nobres da sociedade, mas sim de todo ser humano[72]. Waldron afirma, no artigo *Dignity as Rank* (2007) que uma forma privilegiada de compreender essa alteração significativa do uso do conceito de dignidade é entender a reivindicação da dignidade de todo ser humano não como um abandono da ideia de status ou posição social, mas como uma extensão do reconhecimento "nobiliárquico" a todos os seres humanos. Isso significa conceber a sociedade enquanto corpo organizado de forma aristocrática, porém com um único estrato social ao qual pertencem todos os seres humanos[73].

---

essa interrelação que Dworkin explora na sua concepção de dignidade. E se Waldron reconhece que a reflexão filosófica em geral não é apenas estipulativa, a crítica da qual ele parte para rejeitar os conceitos de dignidade de Kant e Dworkin parece minada já em sua raiz.

[71] "Transvaloração" é o termo que entendo melhor traduzir a ideia de "*transvaluation*" utilizada por Waldron.

[72] Esse processo teria sido ajudado por teorias religiosas que distinguem a espécie humana enquanto espécie dotada de uma posição superior face às demais espécies, bem como pelo discurso literário do período romântico que destaca as virtudes próprias da vida do homem simples, do homem comum, atribuindo dignidade a esse homem e não à forma de vida frívola do estrato nobre. Esse processo de "transvaloração" do uso do termo "dignidade" pode ser compreendido como um processo de interpretação do sentido do termo. Não há razão, dessa forma, para que Waldron adote um sentido de um termo com base em uma investigação histórico/sociológica do uso do termo sendo que essa mesma investigação histórico/sociológica aponta para o fato de que a prática do uso do termo é constituída por uma atitude de disputa acerca do melhor sentido do referido conceito. A fidelidade ao uso histórico/sociológico do conceito de dignidade exigiria um engajamento substantivo do filosófo acerca dos méritos substantivo-normativos de variados sentidos possíveis atribuíveis ao conceito, ou seja, um engajamento interpretativo. Nesse capítulo, eu me lançarei a um juízo sobre o sentido substantivo de dignidade priorizado por Waldron. O critério adotado é o da aferição dos méritos dessa concepção na organização principiologicamente coerente de nossas intuições acerca do que significa para um sujeito possuir direito de liberdade de expressão.

[73] Ideia essa que Waldron identifica ter sido desenvolvida em um artigo de Gregory Vlastos de 1984 (*Justice and Equality*), trabalho esse que Waldron considera importante e negligenciado na academia (WALDRON, 2007, p. 221).

Essa é uma ideia que permite conceber a dignidade enquanto uma designação igualitária de posição social. E que agrega à noção de dignidade a reivindicação de respeito e deferência, ou seja, uma exigência de atitude positiva de reconhecimento de valor por cada uma das pessoas em relação às demais[74]. A dignidade não seria apenas atributo justificando uma abstenção indiferente, ou a indicação de uma igualdade fundamentando apenas a proibição de invasões de um sujeito na esfera dos demais, mas um atributo exigindo deferência, ou seja, um atributo que comanda a manutenção de uma atitude positiva de reconhecimento. Esse ponto é relevante porque ajuda a compreender a relação que Waldron estabelece entre a dignidade e os limites à liberdade de expressão de discursos de ódio[75].

---

[74] "Quando nós finalmente nos voltamos contra esse sistema de estratificação, nós poderíamos nos imaginar nos voltando contra ele de duas formas. (1) Poderíamos dizer que ninguém é intitulado ao tipo de respeito que os nobres vêm reclamando. Ou (2) nós poderíamos dizer que todos são intitulados ao tipo de respeito que os nobres vêm reclamado. Eu creio que a forma como falamos sobre dignidade humana é uma indicação de que a posição que adotamos é a (2), ao invés de a (1)." (WALDRON, 2007, p. 224). A concepção de dignidade de Waldron enquanto igualdade de status, uma que exige comportamento de deferência à posição igualitária de valor de todos na sociedade, guarda semelhanças importantes com o fundamento do liberalismo relacional de Samuel Scheffler e Elizabeth Anderson. Scheffler afirma que "Igualdade, tal como é mais comumente compreendida, não é, em primeira instância, um ideal distributivo, e o seu objetivo não é compensar pelo infortúnio. Ela é, ao invés disso, um ideal moral governando as relações nas quais as pessoas tomam posição de ação umas em relação às outras (*stand to one another*). Ao invés de focar a atenção nas contigências distintas das características, habilidades ou outras circunstâncias de cada pessoa, esse ideal abstrai das diferenças inegáveis entre as pessoas. Ele reivindica que as relações humanas devem ser conduzidas com base na premissa de que a vida de cada um é igualmente importante, e que todos os membros de uma sociedade possuem igual status." (SCHEFFLER, 2003, p. 21-22). E, segundo Anderson, "(...) a igualdade democrática é o que eu deverei chamar uma teoria relacional da igualdade: ela vê a igualdade como uma relação social. (...). a igualdade democrática considera duas pessoas como iguais quando cada uma delas aceita a obrigação de justificar suas ações por meio de princípios aceitáveis para a outra, e na qual elas tomam a consulta, reciprocidade e reconhecimento mútuos como certos." (ANDERSON, 1999, p. 313). Em princípio, a abordagem relacional de Scheffler e Anderson teve como alvo o enfoque distributivo de um conjunto de teses igualtirárias que os autores denominam de "igualitarismo da sorte" (*luck egalitarianism*), dentre os quais identificam Dworkin. Eu não consegui identificar trabalhos publicados discutindo as implicações da abordagem relacional da igualdade para a regulação dos discursos de ódio. Tive notícia apenas de uma tese de doutorado de Daniel Putnam, elaborada no departamento de filosofia da Yale University, a qual a princípio teria um capítulo discutindo o tópico. O texto, no entanto, não foi disponibilizado publicamente. Ainda, não discutirei, por fugir aos objetivos desse trabalho, a procedência das críticas de Scheffler e Anderson ao aspecto distributivo da teoria da justiça de Dworkin (Dworkin mesmo providencia excelentes respostas a Scheffler e Anderson, respectivamente, nos textos *Equality, Luck and Hierarchy* (2003) e *Sovereign Virtue Revisited* (2002)).

[75] Waldron afirma que se nossa abordagem fosse a número (1), ou seja, aquela que nega que a dignidade tenha universalizado o respeito devido aos nobres, as pessoas estariam intituladas a "empurrar umas às outras, silenciar e subjugar umas às outras por meio de gritos, negar espaço para as outras, negligenciar as opiniões ou preferências das outras. A dignidade de ser igual a um outro seria apenas negativa, na medida em que o respeito fosse considerado". (WALDRON, 2007, p. 225). Penso que Waldron erra nessa derivação de consequências normativas da adoção da opção (1) porque a negação de dever de reconhecimento de valor não é incompatível com a afirmação de um dever de proteção de espaço de autonomia. Podemos fundamentar um dever de não empurrar ou impedir a prerrogativa de fala de uma pessoa em um direito da pessoa de proteção a um espaço de autonomia, e não em um direito a um reconhecimento de valor. Alguém pode preservar profundo desprezo por uma pessoa, e pode considerá-la indigna de respeito enquanto pessoa humana e mesmo assim se abster de empurrá-la ou de impedi-la de falar (ainda que apenas pelo receio da coerção da lei em caso de violação do espaço de autonomia alheio).

Em *Dignity as Rank* (2007), Waldron afirma que a dignidade enquanto status ou posição social ajuda a refletir tanto sobre os fundamentos quanto sobre o conteúdo dos direitos, pois ela é uma ideia que faz sentido tanto como justificativa para o reconhecimento das pessoas enquanto sujeitos de direitos, como ainda enquanto ideia-invólucro para uma série de exigências específicas, ou seja, enquanto um continente abrigando o conteúdo específico de uma série de direitos. Waldron afirma que a dignidade assim concebida pode ser proveitosamente trabalhada como mecanismo construtivista, ou seja, como um modelo para a derivação de direitos. Esse modelo pode tanto iluminar a nossa reflexão acerca dos direitos que já temos, como aquela acerca dos direitos que deveríamos ter.

Enquanto mecanismo de reflexão acerca dos direitos que deveríamos ter, Waldron afirma que o conceito de dignidade enraizado nos esquemas históricos de nobreza e status social nos exige pensar sobre quais "privilégios", que no passado eram atribuídos apenas a um estrato social diferenciado, devemos universalizar, e por quais razões. Por outro lado, Waldron entende que o conceito de dignidade enquanto pertencimento a um status humano elevado lança nova luz acerca da importância e do sentido dos direitos humanos já reconhecidos. A ideia é enxergar como esses direitos se apresentam quando os concebemos envoltos na aura da dignidade atribuída a partícipes de um status social elevado.

Importante nesse texto é notar a cautela de Waldron em assumir normativamente essa compreensão de dignidade. Ele nega que esteja endossando essa compreensão enquanto a compreensão correta, ou enquanto a melhor compreensão do sentido da dignidade no contexto discursivo dos direitos humanos.

> Um último ponto acerca da analogia com Dworkin. Eu não quero dizer que a interpretação que ofereci é a melhor ou a compreensão correta de dignidade. Eu penso que é uma linha de compreensão importante que tem sido negligenciada e que suporta muita investigação. Algumas vezes, a concepção de Dworkin de interpretação é associada - correta ou incorretamente - com a visão de que há apenas uma resposta correta para cada questão interpretativa. Eu quero evitar qualquer ideia desse tipo aqui. (2007, p. 235)

Waldron afirma que o exercício que realiza no artigo é interpretativo, no sentido dworkiniano, na medida em que o sentido explorado de dignidade não decorre de uma abordagem puramente descritiva, e nem puramente normativa (2007, p. 233). Ele não chega ao sentido de dignidade enquanto posição social por conta de uma constatação de que é isso que as pessoas querem dizer quando afirmam que temos direitos à dignidade ou

que a dignidade é o fundamento de nossos direitos. Tampouco diz que esse é o sentido de dignidade que "deveríamos" adotar. Ele afirma que o seu esforço é o de formular um dos possíveis sentidos da dignidade que vale a pena ser considerado quando pensamos na nossa insistência no uso desse conceito enquanto fundamento e enquanto conteúdo dos direitos humanos, de forma a tornarmos mais consciente e mais valioso o nosso uso desse conceito. Mas Waldron não se compromete com essa leitura enquanto melhor leitura, mas apenas enquanto uma dentre outras boas leituras possíveis.

O tom desse compromisso se altera no tratamento dado por Waldron ao sentido de dignidade nas *Tanner Lectures on Human Values* de 2009[76]. Waldron retoma a mesma compreensão de dignidade enquanto posição social, enquanto reconhecimento do pertencimento de todos os seres humanos a um único estrato de alto valor, o qual comanda deferência e respeito. Mas, nesse texto, Waldron endossa um compromisso normativo mais forte.

Enquanto no artigo de 2007 Waldron não dispensou explicitamente as compreensões da dignidade que chamou de estipulativas, nas *Tanner Lectures* de 2009 Waldron avança razões que segundo ele justificam preferir a sua compreensão de dignidade às elaborações de Dworkin ou Kant, por exemplo.

Waldron inicia a primeira palestra afirmando que a dignidade é um princípio moral e um princípio jurídico. Afirma que o princípio da dignidade é da maior importância, que é importante que possamos oferecer uma boa explicação filosófica desse princípio, e que isso é o que ele vai tentar oferecer nas palestras.

Ele afirma que podemos escolher entre dois caminhos. O primeiro, de partir da dignidade enquanto ideia moral, para depois analisar de que forma essa ideia foi bem ou mal incorporada ou refletida na linguagem jurídica de forma geral (no texto de leis, constituições ou tratados internacionais, ou nas decisões judiciais que constituem nossas doutrinas e jurisprudência). O segundo nos orienta a iniciar pela investigação da maneira como esse conceito funciona na linguagem jurídica, por meio de uma filosofia do direito, para investigar como o seu sentido jurídico contribui para elaborações de filosofia moral. Waldron opta pelo segundo caminho, e justifica a escolha observando que o conceito de dignidade circula de forma mais natural e corrente na linguagem jurídica, sendo que nas conversações morais ele mal aparece. O seu uso na filosofia moral se revela como um

[76] Palestras ministradas por Jeremy Waldron em abril de 2009 na Universidade da Califórnia em Berkeley. Disponíveis em: <http://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/w/Waldron_09.pdf>. Acesso em 16.05.2014. Nas citações a esse texto, remeterei à sua publicação em coletânea *The Tanner Lectures on Human Values* de 2011.

artefato, um construto utilizado pelos filósofos para explicar e conferir sentido a ideias morais mais corriqueiras (como aquelas de respeito e valor) (WALDRON, 2011, p. 209). Segundo Waldron, se a dignidade é "importada" do direito pelos filósofos, então melhor é, por meio de uma filosofia do direito, e não moral[77], trabalhar o sentido jurídico da dignidade para compreender como ele contribui para as elaborações de filosofia moral.

Iniciando o escrutínio do uso da dignidade no contexto jurídico, Waldron chama atenção para uma dualidade relacionada ao fato de que, em alguns momentos, a dignidade é invocada como fundamento dos direitos, e em outros como conteúdo de direitos: "Por um lado, ouvimos que os direitos humanos 'derivam da dignidade inerente da pessoa humana'. Por outro lado, é dito que as pessoas possuem o direito de serem protegidas contra 'tratamento degradante' e 'violações da dignidade pessoal'". (WALDRON, 2011, p. 212).

Waldron considera que essa dualidade é muito importante na maneira como se dá o uso da dignidade na linguagem jurídica e que uma filosofia jurídica da dignidade deverá ser capaz de chegar a um conceito que explique essa dualidade e que estabeleça o vínculo entre esses dois usos distintos do termo.

Waldron defende que a compreensão da dignidade enquanto posição social, ou status, oferece essa explicação unificadora. Ele afirma que a dignidade é "um status normativo e que os direitos humanos devem ser compreendidos como incidências desse status" (WALDRON, 2011, p. 212). O exemplo análogo do qual ele faz uso para explicar a relação entre formulações que estabelecem a dignidade enquanto conteúdo de direitos e formulações que a estabelecem como fundamento de direitos é aquele da relação entre a dignidade ou status geral de um juiz, e o ilícito de ofensa à autoridade do tribunal ou de seus funcionários. A dignidade de um juiz não se resume à proibição da ofensa à sua autoridade, mas essa proibição pode ser considerada indispensável para manutenção dessa dignidade. E junto a essa proibição, somam-se outras normas de imposição de obrigações específicas, todas elas apresentando-se como instâncias indispensáveis para realização da dignidade do juiz.

[77] Por vezes, Waldron parece afirmar que a filosofia de conceitos jurídicos dependerá de uma atitude de justificação moral do privilégio dado a certas acepções dos termos no contexto jurídico, considerando a plurivocidade de termos tais como a dignidade. No entanto, ele não pode compatibilizar essa concessão à importância da justificação moral com a tese de que um conceito jurídico de dignidade é melhor do que um filosófico moral porque fundado em convenções sociais de uso do conceito. Waldron recorre em algumas passagens à definição de dignidade do dicionário (conferir WALDRON, 2011, p. 2015-2016, 225), ou a padrões históricos de utilização do termo dignidade (que apontam para o sentido de dignidade enquanto atribuição e privilégio de quem ocupa uma posição de prestígio ou um posto social).

Assim, para Waldron, uma explicação filosófica do uso jurídico da dignidade não pode apenas buscar um propósito comum, mais imediato, do conjunto de normas que estabelecem direitos específicos de dignidade. Isso porque

> (...) se fôssemos tomar esse rumo, a questão de saber o que o direito está fazendo quando também fala em termos mais gerais (indiscriminadamente) sobre a dignidade da pessoa humana permanece. E ele assim o faz. Uma vez que precisamos oferecer uma explicação disso de qualquer forma, certamente vale a pena tentar produzir uma teoria que unifica o que dizemos sobre dignidade em geral e o que dizemos acerca desses requisitos específicos (pormenorizados) de dignidade."(WALDRON, 2009. p. 2011).

Um terceiro elemento que Waldron entende merecer explicação é a "ressonância" no termo dignidade de aspectos físicos, estéticos e de aparência, que Waldron chama de "ortopedia moral da dignidade humana". A questão aqui é de oferecer uma explicação filosófica da dignidade que faça jus às ideias que nos vem à mente quando dizemos que alguém tem dignidade: formamos a imagem de alguém que possui um tipo de presença, uma retidão de atitude, auto-controle, alguém que se apresenta como sujeito que deve ser levado em consideração, e que não é abjeto, objeto de pena ou excessivamente submisso em circunstâncias de adversidade.

Esse terceiro elemento compõe os aspectos que uma boa teoria filosófica da dignidade deverá integrar e explicar:

> Eu penso que é uma boa coisa em uma explicação filosófica da dignidade, não apenas unir os uso no atacado (*wholesale*) e no varejo (*retail*) de 'dignidade' no direito, mas fazê-lo de uma forma que construa um sentido esclarecedor dessas intuições em relação à ortopedia moral. Uma boa explicação da dignidade humana irá explicá-la como um status bastante geral. Mas irá também produzir uma explicação dela enquanto atitude nobre e uma explicação da importância do banimento de tratamento humilhante e degradante. Isso é o que eu estou tentando fazer com uma explicação da dignidade como um status de alto escalão (*high-ranking status*), comparável com o status de nobreza - apenas um status atribuído hoje a toda pessoa humana, igualmente sem discriminação: dignidade enquanto nobreza para o homem comum. (WALDRON, 2011, p. 216)

Essa integração e uma deferência à linguagem jurídica da dignidade é o que Waldron entende faltar nas abordagens filosóficas da dignidade de Kant e Dworkin que ele explora novamente nas *Tanner Lectures* de 2009.

No caso de Dworkin, o seu uso de "dignidade" diz respeito a dois princípios que para ele formulam o valor abstrato na situação humana. O primeiro, chamado princípio do autorrespeito, afirma o valor objetivo da vida humana. O segundo é o princípio da autenticidade, segundo o qual cada pessoa possui uma responsabilidade especial pelo desenrolar de sua própria vida. Esses dois princípios estabelecem os fundamentos e condições da dignidade, segundo Dworkin[78].

Waldron não possui objeção ao reconhecimento de que esses dois princípios de fato refletem valores incorporados na teoria política ocidental. A questão é que eles nem sempre foram chamados "princípios de dignidade". Segundo Waldron, Dworkin não tem porque não chamá-los assim, se isso é o que ele quer fazer. Mas esse seria um uso apenas estipulativo do termo "dignidade". O seu emprego para denominar os princípios identificados por Dworkin não lança, segundo Waldron, nenhuma luz especial sobre a maneira como compreendemos os referidos princípios. Ademais, os princípios elaborados por Dworkin não incorporam nem se baseiam em nenhuma das conotações da dignidade que Waldron identifica na linguagem jurídica, as quais deveriam ser explicadas e integradas, segundo Waldron, em uma boa abordagem filosófica jurídica da dignidade (WALDRON, 2011, p. 216-217).

Já em Kant, dignidade, segundo Waldron, expressa as ideias de "valor além de qualquer preço" ou ainda de "valor intrínseco não fungível, não negociável, que é inerente a cada ser humano em virtude de sua capacidade moral" (WALDRON, 2011, p. 218). Essas são ideias extremamente importantes, mas que não precisariam ser veiculadas por meio do termo "dignidade", segundo Waldron. A palavra valor ou as expressões "valor além de qualquer preço" seriam, justamente, suficientes.

Waldron entende que o sentido kantiano de valor intrínseco e um conceito independente de dignidade podem se relacionar, mas não se confundem. Na verdade, se distinguiriam de várias maneiras. Podemos dizer que alguém possui dignidade (ou seja, certo status), por causa do seu valor fundamental. Mas isso constitui uma derivação e não uma correspondência entre os sentidos de valor intrínseco e dignidade. Ademais, dignidade e "valor em si" se diferenciariam em relação ao tipo de atitude que comandam. Dignidade

[78] Eu desenvolverei o conteúdo desses dois princípios no capítulo 2. De forma suscinta, o primeiro princípio da dignidade significa, segundo Dworkin, que "cada pessoa deve levar a sua vida a sério: ela deve aceitar que é uma questão de importância que a sua vida seja uma performance bem sucedida ao invés de uma oportunidade desperdiçada." (DWORKIN, 2011a, p. 203). O segundo princípio afirma que "cada pessoa possui uma responsabilidade especial, pessoal, pela identificação daquilo que conta como sucesso em sua própria vida: ela possui a responsabilidade de criar essa vida por meio de uma narrativa ou estilo coerente que ela mesma endossa." (DWORKIN, 2011a, p. 204).

exigiria respeito e deferência perante àquele que a possui. Já o "valor em si" nos exigiria uma atitude voltada para o seu aperfeiçoamento, sua proteção e sua maximização. (WALDRON, 2011, p. 218)[79].

Percebe-se, dessa forma, que, nas *Tanner Lectures* de 2009, a adoção do sentido de dignidade enquanto status ou posição social elevada e universalizada se dá a partir de uma postura mais marcadamente normativa. Waldron afirma que sua visão de dignidade decorre do reconhecimento de que "devemos nos esforçar para nos manter fiéis de alguma forma à sua conexão antiga a posição nobre ou alto cargo" (2011, p. 225). Como fundamento para o seu posicionamento mais marcadamente normativo, Waldron defende que o seu conceito é capaz (1) de articular os diversos empregos jurídicos do termo (uso "no atacado" e uso "no varejo") e ainda (2) de abarcar as ressonâncias nobiliárquicas relacionadas a uma certa atitude ou "ortopedia moral". Articulações essas que Waldron explicitamente afirma como parâmetros de uma boa elaboração teórica jurídica da dignidade.

### 3. Dignidade e discurso de ódio: negação pública e duradoura do status social

Retomando a hipótese clara defendida por Waldron nas *Tanner Lectures* de 2009 da relação entre dignidade e status nobiliárquico:

> Aqui está a minha hipótese: a noção moderna de dignidade humana envolve uma equalização por cima de categoria, de forma que hoje tentamos atribuir a cada ser humano algo da dignidade, posição e expectativa de respeito que eram antigamente atribuídas à nobreza. (2011, p. 229)

Na segunda palestra, Waldron afirma identificar uma série de formas pelas quais entende que o direito contemporâneo explicitamente reivindica e protege a dignidade, compreendida como status ou posição social, do homem comum. À maneira como, no

[79] Vale mencionar que Waldron reconhece a possibilidade de interpretação do conceito de dignidade em certos momentos da obra de Kant como um de transformação e universalização da ideia de honra. Waldron atribui a Elizabeth Anderson (2008) uma interpretação de Kant que aproxima o conceito de dignidade kantiano em método e conteúdo às conotações tradicionais nobiliárquicas que Waldron busca abarcar em seu próprio conceito.

passado, reivindicava e protegia a dignidade de certos estratos sociais por meio de certas exigências de respeito, deferência, e privilégios.

Apesar de explorar de forma preponderante a ideia de que a própria noção de direitos incorpora de forma inescapável certo reconhecimento da dignidade[80], a segunda palestra reivindica que leis contra discursos de ódio, observadas em vários países, são exemplos de legislação contemporânea cujo objetivo é proteger prerrogativas próprias do status ou posição social elevada igualmente atribuídos a todas as pessoas, sem distinção. Junto com leis que proíbem tratamento degradante, as que proíbem discursos de ódio seriam instâncias contemporâneas de manifestação da dignidade como posição social, demandando um nível incorruptível de respeito e de consideração, à maneira como tal nível era garantido aos que pertenciam a estratos elevados da sociedade, ou que ocupavam cargos de alto escalão, mesmo em situações de submissão e controle por parte de um inimigo.

Essa seria uma proteção contra um insulto à posição social básica de pessoas pertencentes a certos grupos. Nos países em que há proteção contra esse tipo de insulto, Waldron afirma que a proibição recai, de forma geral, sobre "publicações abusivas, ameaçadoras ou ofensivas" calculadas para provocar desprezo público em relação a certos grupos étnicos e raciais.

---

[80] Waldron afirma que isso é o que concluímos quando observamos que os direitos são prerrogativas que podem ser exercidas e reivindicadas com independência, ou seja, importam no reconhecimento de um poder por parte do titular do direito de exigir o que lhe é devido sem hesitação ou vergonha. Ademais, a existência de um sistema jurídico se baseia na premissa de que de forma geral as normas serão auto aplicadas pelas pessoas a elas submetidas. Ou seja, pressupõe a capacidade das pessoas de compreenderem uma norma, de julgarem sua situação corretamente de acordo com a norma e de se comportarem conforme a norma, sem a necessidade de serem guiadas ou coagidas a tanto. O direito, portanto, se basearia no reconhecimento de uma capacidade da qual todas as pessoas são dotadas. O elemento do contraditório seria ainda outro aspecto do direito enquanto mecanismo de governança que reconhece que as pessoas possuem uma perspectiva acerca da aplicação de uma norma social à sua própria conduta. O direito, dessa forma, reconheceria a capacidade das pessoas de se explicarem. E ainda, sendo o direito uma questão de argumento e de ordem sistêmica e coerente, essa instituição reconheceria as pessoas a ela submetidas como dotadas de inteligência e racionalidade para apreender a lógica subjacente às normas individualmente consideradas, com vistas à sua interpretação de forma coerente com todo o sistema. Em síntese, o direito demonstra compromisso com a dignidade enquanto status ou posição de respeito de maneira explícita e também implícita, sendo que essa última forma transpareceria na estrutura e na própria ideia que atualmente possuímos de direito.
O argumento acerca dos compromissos implícitos do direito perante a dignidade pressupõe que o direito poderia ser organizado de uma forma totalmente distinta e ainda assim ser considerado direito. Ou seja, poderia ser organizado de forma a simplesmente submeter as pessoas a uma obediência sob coerção ou sob orientação oficial, ou poderia considerar como ato lícito apenas aquilo que fosse expressamente autorizado oficialmente. Para entender que o direito atual contém compromissos implícitos com a dignidade concebida como ideia também jurídica, o autor precisa entender que o direito continuaria sendo direito se não apresentasse esses mesmos compromissos. E isso é o que Waldron parece mesmo sugerir, quando menciona o direito romano ou sistemas jurídicos tais como o do Apartheid na África do Sul, ou aquele da escravidão nos Estados Unidos, reconhecendo-os como sistemas de direito que não reconheciam a racionalidade, inteligência ou prerrogativas autônomas de certos grupos de pessoas (WALDRON, 2009, p. 233-253).

Esse é o tipo de exigência da dignidade que Waldron irá desenvolver, de forma mais detida, na obra *The Harm in Hate Speech* (2012). Os compromissos normativos de Waldron com o conceito de dignidade enquanto status ou posição social parecem inegáveis quando confrontamos esse texto, já que nele Waldron parte desse conceito de dignidade para fazer a defesa de leis proibitivas de discursos de ódio[81].

As leis proibitivas de discursos de ódio afiguram, portanto, como demandas da dignidade, ou seja, demandas do reconhecimento pelo direito do pertencimento de cada ser humano a uma categoria social elevada. Essa relação de decorrência, no entanto, não é "natural", ou automática. Não há nada necessário na ideia de dignidade enquanto pertencimento a um status social igualitário elevado que implique em um direito ao qual corresponderia um dever geral de abstenção de expressão de discursos que neguem, de alguma forma, esse pertencimento.

Nos próximos tópicos, delinearei a especificidade da exigência de respeito que Waldron entende violada por discursos de ódio. Isso depende do tipo de deferência que Waldron crê implicada pela dignidade e que seria violada por tais discursos. Seria um direito de ser tomado, pelas convicções das demais pessoas, como um igual? Ou seja, seria um direito a que as pessoas tivessem um tipo de convicção, crença ou pensamento que incluísse o reconhecimento da dignidade igualitária de todas as demais? Isso importaria em direito de controle das convicções e pensamentos das demais pessoas no que diz respeito, pelo menos, ao status elevado básico de todas as demais. Um tal direito de controle certamente justificaria uma proibição de discursos de ódio, pois a expressão da convicção é o que, na maior parte das vezes, nos permite acessar a própria convicção. Proibir e penalizar esse discurso funcionaria como penalização pela convicção e como dissuasão das pessoas na sociedade de forma geral em relação ao endosso ou recepção desse tipo de convicção.

Essa, no entanto, não é a defesa que Waldron faz de leis proibitivas de discursos de ódio. Indetificarei, em um primeiro momento, o que Waldron considera como discurso de ódio. Posteriormente, procurarei definir qual é o bem específico, correlacionado à dignidade, que Waldron entende tutelado por leis proibitivas de tais discursos.

---

[81] Grande parte das ideias desenvolvidas no livro *The Harm in Hate Speech* apareceram já de forma bastante estruturada nas *Oliver Wendell Holmes Lectures* proferidas por Waldron entre 5 e 7 de outubro de 2009 na Universidade de Harvard. As palestras foram publicadas em três partes na *Harvard Law Review* em 2010. A primeira parte das palestras corresponde a partes significativas dos capítulos 3 e 5 do livro; a segunda parte das palestras corresponde basicamente ao capítulo 4 do livro e a terceira parte corresponde a partes significativas dos capítulos 6 e 7 do livro. Farei referência às ideias trabalhadas nos dois textos tal como aparecem em sua última formulação no livro *The Harm in Hate Speech* (2012).

### *3.1 A estrutura do discurso de ódio*

Um ponto importante para a própria compreensão do papel que Waldron atribui a leis proibitivas de discursos de ódio enquanto leis que tutelam um direito decorrente da dignidade é a apreensão do tipo de discurso que Waldron entende que deve ser proibido enquanto discurso de ódio.

Waldron enumera uma série de leis de países democráticos e liberais que ele considera instâncias de realização do tipo devido de proibição. São elas a lei canadense que proíbe "asserções públicas que incitam 'o ódio contra um grupo identificável quando essa incitação provavelmente levará a uma perturbação da paz'" (2012, p. 8); a lei dinamarquesa que proíbe "asserções 'pelas quais um grupo de pessoas é ameaçado, ridicularizado ou degradado por causa de sua raça, cor de pele, nacionalidade ou etnia'" (2012, p. 8); a lei alemã que proíbe "ataques à 'dignidade humana de outros ao insultar, maliciosamente difamar ou denegrir segmentos da população'" (2012, p. 8); a lei neozelandesa que proíbe "palavras ameaçadoras, abusivas ou insultantes que provavelmente provocam hostilidade contra um grupo de pessoas, ou que o submetem ao desprezo público, com base na sua cor, raça, etnia ou origem nacional ou étnica desse grupo de pessoas" (2012, p. 8); e ainda a lei britânica que proíbe "o uso de 'palavras ou o comportamento ameaçador, abusivo ou insultante', quando esses possuem a intenção de 'incitar ódio racial' ou quando 'considerando todas as circunstâncias, o ódio racial será provavelmente incitado dessa forma'" (2012, p. 8).

Segundo Waldron, todas essas leis, apesar de guardarem diferenças entre si, estão preocupadas com o "uso de palavras que são deliberadamente abusivas e/ou insultantes e/ou ameaçadoras e/ou degradantes dirigidas a membros de minorias vulneráveis, calculadas para incitar o ódio contra esses membros" (2012, p. 9). Waldron reconhece que algumas dessas leis não especificam que o discurso proibido é aquele voltado a minorias vulneráveis. Mas, em outros momentos da obra, ele deixa claro que a preocupação maior é (ou deve ser) com as minorias historicamente vulneráveis[82]. E essa especificidade deverá

[82] Apesar de Waldron buscar elaborar um propósito subjacente a diversas leis proibitivas de discurso de ódio, e apesar de ele considerar que o conceito que ele oferece de discurso de ódio como o discurso que deve ser proibido unifica as definições que encontramos nas diversas leis, a realidade é que essas leis, tanto em sua formulação literal quanto no modo de sua aplicação se referem a tipos de discurso distintos, seja pela sua intenção, seu resultado, ou seu conteúdo. Essas leis diferem, portanto, no escopo e na intenção da proibição que efetuam. Waldron, no entanto, ou não percebe ou não reconhece essas distinções. Conferir nota de rodapé n. 7 e textos que acompanham.

ser levada em consideração para nos ajudar a definir com maior precisão qual é o bem que Waldron entende ser necessário tutelar por meio dessas leis.

Vale ressaltar um ponto importante da definição waldroniana de discurso de ódio relativa à intenção do discurso. O objeto de preocupação da lei é o discurso que visa à incitação do ódio contra certos grupos[83]. A princípio, isso poderia nos levar à conclusão de que palavras abusivas, degradantes, ameaçadoras ou insultantes poderiam ou não visar à incitação do ódio, e que somente aquelas que tivessem esse objetivo deveriam ser objeto de proibição. No entanto, em várias passagens, Waldron sugere argumentos no sentido de que todo discurso desse tipo é calculado para incitar o ódio (2012, p. 5). E veremos mais adiante que incitar ao ódio significa incitar à negação, de alguma forma, do status elevado igualitário de um determinado grupo de pessoas. A incitação, para Waldron, reside, portanto, no conteúdo ou forma do discurso (sem qualquer menção à relação entre enunciação e contexto para fins de definição da intenção do ato discursivo), e abarca a disseminação de ideias e convicções (não se restringe à promoção do que na introdução chamei de atos discriminatórios ou a atos de violência).

Waldron critica a expressão "discurso de ódio" porque inapta para designar propriamente o objeto de proteção de leis que proíbem discurso desse tipo. Ele afirma que o termo "discurso" poderia transmitir a ideia equivocada de que o Estado estaria preocupado em restringir a palavra falada, ou que o Estado estaria preocupado com as conversas privadas. Ou ainda, que o Estado estaria preocupado com o controle do vocabulário utilizado pelas pessoas de forma geral, o que redundaria em pretensão de banir o uso de epítetos raciais por meio da imposição jurídica da linguagem "politicamente correta".

Ele afirma que essa é uma impressão equivocada:

> (...) o tipo de ataque a minorias vulneráveis que induzem tentativas de regular e suprimir 'discurso de ódio' inclui ataques que são impressos, publicados, afixados ou postados na internet - expressões que se tornam uma parte permanente ou semipermanente do ambiente visível no qual nossas vidas, e as vidas dos membros de minorias vulneráveis, devem ser vividas. (2012, p. 37)

[83] Não fica muito claro, na obra de Waldron, como ele concebe essa intenção: se enquanto aquilo que o autor queria dizer, ou se enquanto sentido atribuído ao discurso a partir do contexto discursivo. Essa, no entanto, não me parece uma questão importante para a discussão dos argumentos de Waldron em defesa de leis proibitivas de discursos de ódio.

O tipo de discurso que preocupa e que merece o foco da legislação é aquele que permanece longamente acessível no espaço público, ou seja, aquele que possui longa "meia vida" (*half-life*). É a "presença persistente da palavra publicada ou da imagem postada que é particularmente preocupante nessa conexão; e é nisso em que o debate acerca da regulação do 'discurso de ódio' deveria ser focado" (WALDRON, 2012, p. 38).

Waldron insiste em nos alertar para diferenças relevantes entre o discurso privado - as conversas domésticas e restritas - e o discurso público; e para a diferença entre o discurso efêmero - a palavra falada - e o discurso permanente e persistente, que compõem o ambiente no qual todos nós devemos conduzir nossas vidas[84].

Em síntese, e em um primeiro momento, Waldron busca circunscrever o foco de leis proibitivas de discursos de ódio a manifestações *públicas* insultantes, ameaçadoras, degradantes ou abusivas, *permanentes ou semipermanentes*, que *visam à incitação do ódio* contra determinados grupos, em especial contra as *minorias vulneráveis*.

Todos esses elementos serão importantes para a discussão a seguir das hipóteses de justificação dessas leis que podemos de forma plausível atribuir a Waldron. Antes, no entanto, explorarei o tipo específico de exigência da dignidade que Waldron concebe enquanto direito violado por discursos de ódio.

### *3.2 Dignidade e as bases da reputação*

Waldron apresenta a ideia do bem cuja proteção exige leis de proibição de discursos de ódio por meio de um apelo às intuições que uma vez motivaram leis e decisões judiciais de proteção da reputação nos Estados Unidos e em outros países. Apesar do fato de os Estados Unidos não mais possuírem leis penais de difamação[85], Waldron nos

[84] Mais adiante, questionarei a consistência do argumento de Waldron no que diz respeito ao foco no discurso permanente, já que parte do seu argumento para a defesa de leis de proibição a priori dos discursos de ódio parece não se basear nos problemas específicos relacionados com o discurso impresso, afixado, postado ou de outra forma permanentemente publicado.

[85] O conceito jurídico de difamação varia bastante entre diversos países. As variações dos padrões de regulação do discurso com base no valor da reputação informam, inclusive, linhas teóricas distintas da liberdade de expressão. Em outras palavras, padrões jurídicos distintos de proteção da reputação servem como pontos de partida distintos para teóricos da liberdade de expressão em busca de uma racionalidade valorativa subjacente ao conjunto de normas restritivas e protetivas do discurso. Creio que no campo da teoria da liberdade de expressão (ou do seu limite) há uma sub-teorização do sentido do valor da reputação que permite que teorias distintas manejem a força retórica da noção e a infusionem do sentido mais apropriado para servir ao restante dos objetivos ou pontos de chegada da teoria. A meu ver, a teoria de

chama atenção para o fato de que o tratamento penal da difamação não é estranho a esse país, assim como também não o é para outros países[86]. Waldron afirma, mais especificamente, que o tipo de difamação que recebeu e recebe, tipicamente, tratamento penal, é a difamação de grupo e não a difamação individual, e que a ideia de difamação de grupo nos oferece uma chave privilegiada para pensar o objeto de tutela de leis proibitivas de discursos de ódio.

Para Waldron, leis que tradicionalmente tratam da difamação são de dois tipos: civil e penal. Cada uma delas trata de cobrir dois aspectos complementares de um mesmo domínio, qual seja, o da reputação das pessoas.

---

Waldron dos limites da liberdade de expressão no caso dos discursos de ódio se vale justamente desse mecanismo: contrói um sentido para o direito à reputação que a conecta ao valor da dignidade sem enfrentar maiores ônus argumentativos tendo em vista a escassez das discussões normativas em torno do conceito. É sintomático que Waldron se sinta compelido a justificar a preferência do seu conceito de dignidade perante outros conceitos rivais, em especial aqueles de Kant e Dworkin, mas encontra o caminho teórico aparentemente livre para a construção da sua noção de reputação. Um dos objetivos desse trabalho (enfrentado no capítulo terceiro) é sugerir os traços gerais de uma teoria normativa do direito à reputação que possa ao mesmo tempo (1) explicar e justificar a tendência de diversos países de reconhecer um direito individual à reputação contra discursos dirigidos a pessoas ou grupos de pessoas determinadas; (2) identificar e criticar certas categorias normalmente adotadas por muitas das leis ou padrões normativos de difamação em diversos países as quais, apesar de buscarem dar concretude a algumas intuições importantes acerca do valor e dos limites do discurso que causam impacto negativo na percepção social de determinadas pessoas, causam confusão para a teorização acerca da liberdade de expressão em geral, por não formularem com precisão tais intuições; (3) ser coerente com a proibição de restrição de discursos de ódio com base em seu conteúdo.
No Brasil, o crime de difamação consiste na imputação de fato ofensivo à reputação de alguém, confome artigo 139 do Código Penal. A exceção da verdade é admitida apenas "se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções". No capítulo terceiro, contrastarei o padrão normativo adotado no Brasil e aquele vigente nos Estados Unidos, e criticarei aspectos conceituais de ambos.

[86] Waldron cita o fato de que, até 1993, a Nova Zelândia possuía lei penal cominando pena de um ano de prisão para difamação individual (2012, p. 45-46). No Brasil, é possível afirmar que há o reconhecimento tanto do crime de difamação pessoal quanto daquele constituído pelo discurso dirigido a certos grupos de pessoas. O código penal brasileiro prevê o crime de difamação pessoal enquanto crime contra a honra (art. 139 do Código Penal). É possível considerar que o tipo de difamação de grupo foi tipificado no artigo 20 da Lei n. 7.716 de 1989 (alterado pela Lei n. 9.459 de 1997): "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". Isso porque, no Brasil, existe uma tendência de interpretação do sentido normativo da incitação como um que inclui a defesa e disseminação de ideias preconceituosas ou discriminatórias. Essa tendência se revela nas diversas iniciativas de punição penal pela expressão e publicação de ideias preconceituosas, dentre elas a que culminou na condenação de Siegfried Ellwanger e na decisão mais recente do judiciário do Rio de Janeiro de proibir a exibição e venda do livro *Mein Kempf* (conferir item 3 da intodução desse trabalho). Essa interpretação é fortalecida pela criminalização, no parágrafo 1º do referido art. 20, da "fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propagandas que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divugação do nazismo". Esse dispositivo não condiciona a punição do ato discursivo a qualquer vínculo causal provável com atos de discriminação em sentido estrito, reforçando a noção de que o dispositivo em questão se presta à punição de pura e simples veiculação de ideias. Ademais, o parágrafo segundo desse mesmo art. 20 aumenta a punição pelo crime descrito no caput se ele for cometido "por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza". Ao aumentar a punição para condutas centradas claramente na comunicação de ideias, o dispositivo também contribui para a compreensão de que a incitação de que trata o caput abarca a mera "incitação de ideias".
Se, por um lado, há um movimento de organizações da sociedade civil de promoção de direitos de liberdade de expressão pela descriminalização de atos ofensivos à honra no Brasil, há também movimentos de promoção de direitos de minorias, pressionando pela criação de novos tipos penais para tratamento de discursos discriminatórios. Conferir nota de rodapé n. 49 na qual descrevo o PLC n. 122/2006 (arquivado no Senado) e a ADO n. 26.

> Por um lado, há a preocupação com a reputação personalizada nos casos cíveis. Por outro lado, há uma preocupação com os fundamentos da reputação de *qualquer pessoa* ou com a sua dignidade cívica enquanto um membro da sociedade em boas condições. (...). A última tem sido a preocupação da lei penal de difamação. (...). De forma distinta da difamação civil, a difamação penal tem tradicionalmente se preocupado (...) em proteger o fundamento da reputação de cada pessoa. (WALDRON, 2012, p. 52).

Para Waldron, portanto, os fundamentos da reputação de toda e qualquer pessoa é aquilo em que consiste o bem protegido por leis que proíbem discursos de ódio. Engana-se aquele que pensa que a reputação é apenas uma questão relacionada aos aspectos específicos de cada pessoa. Ela se relaciona também, e de uma maneira basilar, com a maneira pela qual a sociedade concebe os grupos sociais dos quais as pessoas fazem parte. Para ilustrar e deixar claro o seu ponto, Waldron afirma que integra a reputação das pessoas o pressuposto socialmente compartilhado de que elas são, a princípio, consideradas basicamente honestas e cumpridoras da lei. Esse pressuposto intergra o fundamento da reputação de toda e qualquer pessoa e não tem qualquer relação com a maneira particular pela qual uma pessoa específica, justamente em razão de suas especificidades, é percebida socialmente:

> (...) os aspectos elementares da dignidade cívica que são protegidos são os mesmos em todos os casos. As pessoas são tomadas como basicamente honestas e cumpridoras da lei; assume-se que os atributos básicos das pessoas - por exemplo, o fato de que elas são homem ao invés de mulher, negra ao invés de branca, judia ao invés de cristã - não dispõem, em si e por si mesmos, as pessoas à criminalidade endêmica ou a um caráter antissocial. (WALDRON, 2012, p. 53).

Os discursos de ódio, aqueles que utilizam palavras "ameaçadoras, degradantes, abusivas ou insultantes" com intuito de submeter certos grupos ao desprezo público, atentam, segundo Waldron, contra os fundamentos da reputação dos membros do grupo-alvo, fundamentos esse que Waldron entende serem os mesmos para toda e qualquer pessoa. Pois o discurso reivindica que certas pessoas, apenas em função de alguns de seus atributos básicos, não são merecedoras do benefício basilar de serem reconhecidas como aptas à convivência e às transações normais da vida civil.

Waldron afirma que, tendo os fundamentos da reputação das pessoas em vista, não há sentido em dispensar leis proibitivas de discursos de ódio com base no argumento de que discursos dirigidos contra grandes grupos de pessoas não é capaz de atingir a

reputação de ninguém individualmente considerado e que, portanto, tais leis não poderiam ser defendidas com base em direitos de reputação[87]. Pois o que está em jogo não é o que Waldron chama de aspecto personalizado da reputação, mas os seus fundamentos. E os fundamentos estão relacionados não a uma postura perante os fatos, características, histórico e atributos da pessoa individualmente considerada, mas a uma postura perante as identidades das quais as pessoas de forma geral participam (WALDRON, 2012, p. 53).

Outro ponto importante enfatizado por Waldron é que a proibição do discurso de ódio não visa à proteção do grupo (religiosamente, nacionalmente, etnicamente, racialmente, ou de qualquer outra forma definido), enquanto grupo. O objeto de proteção não é o elemento identitário do grupo, o objetivo não é o de resguardar essa identidade ou de promovê-la: "A primeira coisa a se notar é que não é o grupo enquanto tal aquilo com o que nós nos preocupamos em última instância - tal como alguém poderia se preocupar com uma comunidade, uma nação ou uma cultura. A preocupação, no fim, é individualista" (WALDRON, 2012, p. 56)[88]. O ataque ao grupo por meio da associação de alguma de

[87] Esse é, justamente, o argumento do famoso juiz estadunidense Learned Hand em carta enviada ao editor de *The Saturday Review of Literature*, publicada em 15 de março de 1947, em resposta a um editorial publicado em 1 de fevereiro de 1947 propondo a promulgação de leis criminais de punição da difamação de grupo para fazer frente a ataques a minorias. Na carta, Hand afirma "Eu estou certo de que qualquer lei criando 'difamação de grupo' seria indesejada. Enquanto um ilícito civil para o qual danos seriam o remédio, ele seria praticamente letra morta, haveria poucos ou nenhum caso no qual o requerente poderia provar que ele teria sido realmente lesado." (HAND, 1947). Não me parece que o vínculo causal entre discursos dirigidos a grupos e danos causados a pessoas específicas seja de tão difícil comprovação em alguns casos. O que penso é que o direito à reputação não corresponde a um direito de proteção contra qualquer discurso que provoque a má percepção social de si (levando a prejuízos materiais ou não). Penso que essa proteção só é devida contra engajamentos discursivos que violam as normas das interações discursivas em determinados contextos. E, tal como argumentarei no capítulo 3, defendo que as normas que disciplinam o discurso político em democracias liberais necessitam acolher discursos de conteúdo discriminatório e ofensivo dirigido a grupos quando não é possível comprovar vínculo causal direto entre o discurso e danos imediatos e prováveis a pessoas específica, grupos de pessoas específicas ou a ordem pública de forma geral. Discutirei concepções distintas de direito à reputação, e do ilícito correspondente da difamação que cada uma delas justifica, no capítulo 3 dessa trabalho.

[88] Nesse sentido, entendo que o fundamento waldroniano para a defesa de leis proibitivas de discurso de ódio é distinto daquele de base comunitarista. Waldron foca na proteção das bases da reputação como condição para a igualdade de oportunidades de desenvolvimento da individualidade. Ele nega, ao menos expressamente, que o objeto das leis seja a proteção contra a ofensa. Já a defesa de base comunitarista de leis proibitvas de discurso de ódio enfatiza os compromissos e valores coletivos como a própria estrutura que viabiliza escolhas individuais racionais. Sendo assim, o comunitarismo afirma a importância de proteger esses valores e compromissos da desqualificação operada pelos discursos de ódio. E isso porque o questionamento desses compromissos e valores centrais para a identidade das pessoas leva a um sofrimento psicológico. A inação do Estado frente a esse sofrimento comunica, segundo a tese comunitarista, desrespeito ao valor igualitário das pessoas pertencentes aos grupos-alvo do discurso de ódio. Conferir "O argumento comunitarista para restringir expressões de difamação de grupo centra nas condições da liberdade. Ele inicia com a percepção (*insight*), ignorada pelo liberalismo contemporâneo e pela justificação liberal da liberdade de expressão, de que o pertencimento a um grupo é uma precondição da autonomia individual. Nessa visão, a capacidade de engajar em escolhas refletivas, deliberadas, acerca de como viver é possibilitada apenas em virtude dos sentidos comuns implícitos nas comunidades constitutivas às quais o indivíduo pertence. Tolerar o vilipêndio de tais grupos, dessa forma, fracassa em respeitar a personalidade dos cidadãos vilipendiados; e ao falhar em igualmente respeitar a personalidade de todos os membros da comunidade política, a tolerância

suas características à negação do pertencimento social dos membros do grupo em boas condições importa, no caso, porque afeta individualmente cada um dos membros do grupo. Esse ataque abala o pressuposto de que os membros desse grupo também são titulares de um status de pertencimento social aos quais se garante, por meio do direito, uma rede de tratamento respeitoso.

Waldron tenta alinhavar explicitamente a relação entre a dignidade, ou seja, o pertencimento igualitário a um status ou posição social elevada, e as bases da reputação.

> Individualmente ou em conjunto, esses ataques à reputação constituem ataques à *dignidade* das pessoas afetadas - "dignidade" no sentido de sua posição social básica, as bases de seu reconhecimento social enquanto iguais e enquanto titulares de direitos humanos e constitucionais. (2012, p. 59).

Esse trecho sugere uma identidade entre as bases da reputação e a dignidade jurídica tal como compreendida por Waldron. Sugere que o pertencimento de toda e qualquer pessoa à sociedade, tomada a sociedade enquanto um grande e único estrato social garantidor de tratamento respeitoso, não diz respeito apenas a um valor humano inerente. Segundo Waldron, o reconhecimento desse valor inerente seria, filosoficamente, importante, e poderia até mesmo fundar a dignidade jurídica. Essa última, porém, diria respeito a uma prerrogativa de tratamento conforme. Ou seja, trataria de uma posição que exige deferência ativa por parte das demais pessoas. Waldron parece sugerir que o tratamento conforme abarca e exige não só deveres gerais de abstenção de violação da integridade física ou propriedade dos titulares do status, mas também o próprio reconhecimento desse status. E isso parece ser assim porque a dignidade, "enquanto status jurídico e social, precisa ser estabelecida, sustentada, mantida e reivindicada pela sociedade e pelo direito, e isso (...) é algo para o qual todos nós somos obrigados a desempenhar um papel" (2012, p. 60).

Cabe perguntar, no entanto, onde reside a importância específica de insistir em um dever de cada pessoa, em suas manifestações públicas, de não negar, ridicularizar ou afrontar o pressuposto de que todas os seres humanos pertencem a um mesmo status social elevado que demanda deferência e um nível inviolável de respeito. Essa é uma pergunta pertinente porque não assumimos, de forma geral, um dever de concordância ou de manifestação de concordância, ou ainda de abstenção de discordância, imponível a todas as

---

corrói a concepção do bem que anima a vida política americana." (A COMMUNITARIAN DEFENSE, 1988, p. 700-701).

pessoas, em relação a todos direitos que plausivelmente poderíamos considerar como exigências da dignidade. Por exemplo, é muito plausível pensar que o direito à dignidade implica em direitos humanos básicos. Dentre eles poderíamos razoavelmente considerar os direitos mínimos de subsistência, tais como alimentação, saneamento básico, atendimento básico de saúde e moradia. São direitos que exigem um mínimo de esforço distributivo por parte do Estado, bem como prestações positivas por parte do Estado no domínio dos serviços públicos. Não obstante o status plausivelmente dignitário desses direitos, não negamos às pessoas, via de regra, o direito de defender posicionamentos libertários contrários a toda e qualquer intervenção estatal na economia, ou contrários ao reconhecimento de deveres sociais, ainda que mínimos. Esses discursos, os quais consideramos legítimas participações no debate público, contrariam reivindicações plausíveis da dignidade. O que, portanto, na dignidade, justificaria a proibição de discursos de negação do status igualitário das pessoas, enquanto permitiria a negação de direitos de dignidade também intrínsecos ao mesmo status igualitário?

Antes de passarmos às hipóteses possíveis, é necessário ressaltar um aspecto da crítica de Waldron à expressão "discurso de ódio" enquanto expressão inapta para designar propriamente o objeto de proteção de leis que proíbem discurso desse tipo. Esse aspecto é desenvolvido pelo autor na comparação entre a ideia de crimes de ódio e a ideia de discursos de ódio:

> A ideia de crimes de ódio é uma ideia que definitivamente foca na motivação: ela trata a alocação de certas motivações relacionadas a atos ilícitos tais como lesão corporal ou homicídio como um elemento distinto do crime ou como um fator agravante. Mas na maioria das leis proibitivas de discursos de ódio, o ódio é relevante não como a motivação de certas ações, mas como um possível *efeito* de certas formas de discurso. (2012, p. 35)

Esse trecho deixa claro que o objeto de preocupação de leis proibitivas de discursos de ódio não são os pensamentos. Waldron afirma que essas leis não tem como objetivo corrigir as paixões e as emoções das pessoais e também não visam punir as pessoas por suas crenças. Se é assim, a dignidade enquanto pertencimento a um status social igualitário elevado não parece implicar no direito de que as pessoas sejam subjetivamente reconhecidas dessa forma, ou seja, no direito de figurar enquanto titular de um status, de uma prerrogativa básica elevada, nas convicções das demais pessoas.

O problema, tal como o último trecho transcrito sugere, está no efeito do discurso. Que efeito é esse que Waldron imputa de forma geral aos discursos de ódio, e que

justificaria a adoção de leis que proíbem de forma geral e *a priori* discursos desse tipo? Vou trabalhar com duas hipóteses que são ambas sugeridas no livro de Waldron e parecem fundamentar de forma concomitante e independente a tese de Waldron pela proibição de discursos de ódio.

A primeira delas é a hipótese que chamarei *causal da discriminação em sentido estrito*. Essa é a hipótese que afirma a preocupação de Waldron com o vínculo causal entre discursos de ódio e os atos de discriminação em sentido estrito proibidos pela maior parte das democracias liberais. A razão por trás da proibição dos discursos de ódio seria o impacto negativo desses discursos na manutenção de um comportamento social geral de tratamento dos membros do grupo-alvo conforme as exigências juridicamente impostas de sua dignidade. Ou ainda, os riscos relevantes, associados a esses discursos, de aumento dos atos de discriminação que a dignidade, tal como concebida por Waldron, corretamente penaliza e proíbe. Os atos de discriminação em sentido estrito são aqueles que previnem o acesso de membros de certos grupos a certas oportunidades e recursos, e que atentam concretamente contra a liberdade, vida ou integridade física desses membros[89]. Esses seriam os atos finais de uma cadeia causal os quais, propriamente, violariam exigências de respeito e deferência decorrentes da dignidade de toda e qualquer pessoa. Porém, os discursos de ódio, por provocarem esses atos, por constituírem elos da cadeia causal que redundaria nesses atos, deveriam ser proibidos. Nesse sentido, constituiriam um atentado à dignidade.

No entanto, Waldron também aponta para uma outra compreensão de que o discurso em si, apenas por ser enunciado, provocaria um dano que não se confunde com o seu vínculo causal em relação a outros atos de violação das exigências da dignidade. Chamarei essa de hipótese do *dano aperfeiçoado no discurso*. A enunciação do discurso em si constituiria uma violação de uma exigência da dignidade. Nesse caso, Waldron estaria afirmando que o reconhecimento público, ou ao menos a abstenção de negação pública, da dignidade abstrata de cada um por cada uma das demais pessoas seria um direito autônomo decorrente da dignidade, e constituiria uma instância do comportamento conforme demandado pela dignidade.

Nós próximos tópicos explorarei como cada uma dessas hipóteses se constrói no texto de Waldron, bem como se cada uma delas pode ser sustentada de forma coerente.

---

[89] Dentre eles: homicídios e lesões corporais motivadas por discriminação, recusa de contratação ou de promoção no trabalho motivadas por discriminação, recusa de acesso a estabelecimentos comerciais, a serviços de saúde, educação, ou a quaisquer outros em razão de discriminação, dentre tantos outros atos impeditivos do exercício da vida civil e política em razão de discriminação.

## 4. Justificando a preservação das bases da reputação

### *4.1 A hipótese causal da discriminação em sentido estrito*

O capítulo 4 do livro *The Harm in Hate Speech* é chamado *The Appearance of Hate* (A Aparência do Ódio*).* Waldron explicita que nesse capítulo pretende testar a tese de muitos liberais de que uma sociedade bem ordenada é uma sociedade na qual permitimos exibição pública de símbolos nazistas, descrições bestiais de determinados grupos sociais, ou sinais que os retratam enquanto subumanos, mensagens afirmando que membros de certas religiões não são pessoas decentes e que devem ser deportados, dentre outras manifestações públicas discriminatórias. E que, ao mesmo tempo, é uma sociedade na qual proibimos atos discriminatórios em sentido estrito contra esses mesmos grupos-alvo dos discursos de ódio. Segundo esses liberais, apesar da aparência desagradável que uma sociedade como essa poderá vir a apresentar, essa sociedade demonstraria um forte compromisso com a liberdade de expressão. Ela deveria manter esse compromisso, tolerando a aparência odiosa que possa vir a assumir, ao mesmo tempo em que deveria combater as ações discriminatórias em sentido estrito por meio da punição daquelas que de fato ocorrem e prevenção por meios positivos (campanhas educacionais, por exemplo) daquelas que possam vir a ocorrer.

Waldron desafia essa tese afirmando que a aparência de uma sociedade não é apenas uma questão de como ela se apresenta, mas uma parte importante de como as coisas realmente são nessa sociedade. Alguns elementos desse capítulo indicam que o argumento pela proibição de discursos de ódio diz respeito ao que Waldron considera como uma íntima conexão entre essa aparência e os atos de discriminação que também os liberais concordam que devem ser combatidos e proibidos.

Para Waldron, a aparência de uma sociedade é importante porque ela tem relação com as garantias e a segurança que uma sociedade deve oferecer aos seus cidadãos (WALDRON, 2012, p. 81-82). Uma sociedade deve garantir a seus cidadãos que eles serão tratados pelos seus concidadãos com base no respeito aos fundamentos da justiça, ou seja, com base no respeito da igualdade das pessoas em relação ao seu pertencimento a um mesmo status social. A aparência de uma sociedade, o tipo de mensagem que permitimos circular publicamente e que permitimos caracterizar o espaço público, integraria uma das

formas importantes de transmitir essa garantia (WALDRON, 2012, p. 82). O trecho a seguir comunica de forma mais clara o vínculo que Waldron concebe entre a manutenção pública do pressuposto da igual dignidade de todas as pessoas e a manutenção de uma realidade social na qual as pessoas são de fato tratadas de acordo com as exigências da dignidade juridicamente protegidas:

> A dignidade de uma pessoa não é apenas um fato decorativo acerca desse indivíduo. É uma questão de status e, como tal, é em larga medida normativa: é algo acerca de uma pessoa que comanda respeito por parte dos outros e do Estado. *Ademais, uma pessoa possui um certo status não apenas quando ocorre de alguém possuir um dado conjunto de direitos, mas quando o reconhecimento desses direitos é basilar para a forma como esse alguém é tratado*. O elemento da garantia de que uma pessoa será tratada nessas bases é uma parte intrínseca do que a dignidade requer. Assim também o é com os fundamentos da reputação social. (...). Nós atribuímos dignidade às pessoas com base no tipo de seres que as pessoas humanas são, e nós nos preocupamos profundamente quando é dito publicamente que algumas pessoas, em virtude de seu pertencimento a um grupo racial, étnico ou religioso, não são realmente seres daquele tipo e, portanto, não são titulares daquela dignidade básica. *Essas reivindicações odiosas não são apenas especulações antropológicas; elas anunciam que as pessoas em questão devem esperar serem tratadas de forma degradante se a pessoa fazendo a reivindicação odiosa e os seguidores que ela apela possuir tiverem o caminho livre*. (WALDRON, 2012, p. 85-86, grifos meus).

Para Waldron, a dignidade e suas exigências positivas de deferência e respeito não fazem sentido se não pudermos oferecer segurança de que essas exigências serão observadas. A afirmação da dignidade implica na eliminação dos riscos que as interações sociais envolveriam se não pudéssemos contar com o fato de que, ao acordar, nos depararemos com pessoas agindo com base nos fundamentos da justiça[90] em suas interações cotidianas conosco.

[90] Waldron toma o cuidado de ressaltar que aquilo que devemos esperar não é um consenso, entre as pessoas com as quais interagimos, acerca do que consiste o tratamento justo, ou ainda que as pessoas de forma geral adotem concepções plausíveis de justiça. O que Waldron, no entanto, enfatiza, é que podemos exigir das pessoas que partam de alguma concepção de justiça, ou seja, que não descartem, em suas manifestações públicas, os próprios pressupostos da justiça. O que consiste em prerrogativa de exigir das pessoas que resguardem, em suas expressões públicas, o pressuposto de igualdade entre todas as pessoas. Para Waldron, isso implica em resguardar o pressuposto de que as pessoas pertencem igualmente a um mesmo estrato social elevado, ou seja, que detêm todas a mesma dignidade. O que justificaria, portanto, a proibição de discursos de ódio. Esse elemento básico da justiça é o que une a teoria da justiça de Waldron e a sua teoria da democracia. Waldron entende que a teoria da democracia é uma que estabelece as exigências da igualdade básica entre as pessoas para os processos de tomada de decisão coletiva em sociedades plurais nas quais as crenças sobre justiça são muito diversas e incompatíveis entre si. Conferir WALDRON, 1999. Como as reivindicações de Waldron de proibição de discursos de ódio alcançam apenas as negações dos pressupostos básicos da justiça, seria possível dizer que elas não seriam incompatíveis nem com a teoria da justiça do autor, nem com a sua teoria da democracia.

Waldron faz referência ao dano cumulativo dos discursos de ódio por meio de recurso a uma analogia. Ao reivindicar a promoção, pelo Estado, de uma estética política que considera importante como meio de oferecer às pessoas garantia de tratamento digno igualitário, Waldron nos orienta a pensar acerca dessa estética em termos "ambientais". Assim como o meio ambiente natural é um bem público cuja manutenção é imprescindível para que cada pessoa, individualmente considerada, possa conduzir adequadamente a sua vida, Waldron reivindica que o "meio ambiente moral" também o seria.

Nesse sentido, Waldron insiste que, na proteção do meio ambiente, não exigimos a demonstração de um vínculo causal estrito entre cada ato individual e a provocação de um dano para concordarmos com a restrição do ato individual. O exemplo utilizado é o do sistema de controle de emissão de gases em veículos particulares:

> Suponha que disséssemos que contanto que alguém mostre que o meu automóvel causa envenenamento por chumbo com prejuízo direto e dano iminente para a saúde de indivíduos determináveis, eu não deveria ser obrigado a ajustar um dispositivo de controle de emissão no cano de descarga do meu carro. Seria irresponsável raciocinar dessa forma em relação à regulação ambiental; ao invés disso, nós calculamos que os impactos minúsculos de milhões de ações - cada uma aparentemente insignificante em si - pode produzir um efeito tóxico de larga escala que, mesmo em um nível de massa, opera insidiosamente como um tipo de veneno de ação lenta, e que as regulações devem se orientar às ações individuais com essa escala e esse ritmo de causação em mente. (2012, p. 97).

A analogia remete a uma aproximação entre a relação *"pequenas" ações individuais x danos ambientais* e a relação *"pequenos" episódios de discursos de ódio* x *ocorrência de violação de direitos de dignidade (ou igualdade)*. Assim como as ações individuais não provocam, cada uma por si só, os danos ambientais, os episódios de discurso de ódio não provocam, cada um por si só, as violações a direitos de dignidade (ou igualdade). Mas cada uma das ações individuais está causalmente implicada no dano ambiental. E Waldron argumenta que o mesmo se passa com os discursos de ódio: inserem-se na cadeia causal que leva às violações de direito dos membros dos grupos-alvo[91].

---

Elaborarei mais adiante, crítica no sentido de que embora as pessoas de fato possuam obrigação moral de reconhecer e, por conseguinte, de não negar discursiva e publicamente, a igualdade do valor objetivo da vida de cada pessoa, não podemos impor juridicamente nenhuma dessas obrigações.

[91] Uma linha argumentativa semelhante é defendida por TSESIS: "O discurso de ódio apresenta uma ameaça de longo prazo para o bem estar social de uma democracia que se distingue da ameaça imediata de dano associado a palavras de luta (*fighting words*). Com o tempo, preconceitos populares podem se tornar características normais do discurso local ou mesmo nacional." (2009, p. 514). Conferir também, TSESIS,

O "meio ambiente moralmente saudável" consiste, conforme argumento de Waldron, em um direito, um bem que todas as pessoas podem exigir. Para viabilar-se, esse bem demanda não só a postura do Estado, mas também das demais pessoas. Esse não é um bem público que pode ser fornecido por uma "companhia de serviços públicos", tal como o bem da iluminação pública. Pois o Estado não tem como providenciar, para cada membro de grupos-alvo de discursos de ódio, um agente público para acompanhá-lo em suas atividades cotidianas, de forma a garantir que ele será tratado conforme as exigências da dignidade em seus afazeres e interações com as demais pessoas (WALDRON, 2012, p. 97-100). A proibição do discurso de ódio serviria à manutenção das condições de aplicação e de observância das regras que proíbem tratamento discriminatório.

Essa mesma associação transparece na reivindicação de Waldron de que aqueles que manifestam mensagens de ódio publicamente tem a intenção não só de minar as condições que garantem a manutenção de interações igualitárias, como a de instaurar aquilo que ele chama de *bem público rival*. Não há uma definição clara do que seja esse bem público rival, mas Waldron explicita que se relaciona com a intenção de "fornecer um ponto focal para a proliferação e coordenação das atitudes que essas ações expressam, uma manifestação pública de ódio por algumas pessoas para indicar para outras que elas não estão sozinhas em seu ódio ou intolerância." (2012, p. 95). Discursos de ódio se apresentariam como sinais para coordenação daqueles que tem em vista, justamente, o desrespeito das leis que impõem obrigação de tratamento igualitário. E essa coordenação colocaria em risco a garantia de que a sociedade observará, de forma geral e pressuposta, o compromisso igualitário.

---

2002. O autor explora exemplos históricos de genocídio ou violência sistemática e oficial contra grupos sociais específicos (holocausto judaico perpetrado pela Alemanha nazista, genocídio da etnia Tutsi em Ruanda, escravização negra na América, e outras políticas de violêcia de Estado contra etnias específicas em países africanos como Sudão e Kenya), os quais, segundo ele, tiveram como uma de suas causas relevantes campanhas sistemáticas de disseminação de conteúdo discriminatório contra o grupo alvo. Também Matsuda explora a diferença de percepção do sentido dos discursos de ódio por pessoas membros de grupos-alvo em relação à percepção daqueles que não fazem parte dos grupos atacados. Enquanto os primeiro enxergam cada instância de discurso discriminatório como um elo em um esforço combinado de promoção da exclusão e da violência, os últimos entendem os mesmos incidentes como casos isolados e inofensivos. Mas Matsuda adverte que: "Violência é uma parte necessária e inevitável da estrutura do racismo. Ela é a solução final, tal como os fascistas sabem, mal mantida à distância enquanto as armas táticas da segregação, depreciação, e propaganda de ódio fazem o seu trabalho. A conexão histórica entre todos esses instrumentos do racismo é um registro contra o qual considerar uma resposta jurídica ao discurso racista." (MATSUDA, 1989, p. 2335). Tyrrell Lynne explora com mais detalhes o que ele chama de "jogos de linguagem genocida" que precederam o genocídio dos Tutsis pelos Hutus em Ruanda em 1994. Ele afirma que a alteração de padrões de uso da linguagem derrogatória da etnia Tutsi foram constitutivas da legitimação e da possibilitação de atos físicos de violência no episódio genocida específico (LYNNE, 2012). Waldron repete a caracterização do discurso de ódio como um veneno cumulativo em debate do Ford Hall Forum, disponível em <:https://www.youtube.com/watch?v=4BLuqPZ1jYw> (Acesso em: 09 nov 2016).

Waldron chama a atenção para o fato de que as sociedades reais em que vivemos são marcadas por um histórico de sujeição de grupos sociais inteiros a tratamento degradante, indigno e marcadamente desigual. Nesses períodos, a política prevalente não partia do pressuposto do compartilhamento de prerrogativas de respeito mútuo mínimo por todos os seres humanos. Esse espectro do passado, a prova de que somos capazes de nos organizar a partir de pressupostos não igualitários, forneceria uma razão mais forte para adoção de leis proibitivas de discursos de ódio. A menção ao passado funciona como indicação dos riscos aos quais estamos sujeitos, e nos remete a uma razão para afastamento desses riscos[92].

Esses são elementos que, na obra de Waldron, apontam para o reconhecimento de que a hipótese causal da *discriminação em sentido estrito* fundamenta a reivindicação de leis proibitivas de discurso de ódio. Segundo esse fundamento, a dignidade exige tratamento igualitário em uma série de domínios, situações da vida e das interações entre as pessoas. O dano a esses bens é extrínseco ao discurso de ódio, não se aperfeiçoa no discurso, mas com ele mantém uma relevante relação de causalidade. Não é relação causal estrita, imediata. É difusa, mas é certamente importante, pois persistente e cumulativa. E o compromisso com a igualdade não será genuíno e completo se não supuser a eliminação dos riscos e fatores que, de forma persistente e cumulativa, podem encaminhar a sociedade a um abandono do compromisso sistemático, geral e implícito com o pressuposto da dignidade igualitária.

Encontramos essa mesma hipótese de justificação da proibição do discurso de ódio na argumentação de outros autores que trabalham em linhas teóricas diversas. O argumento aparece nos textos de diversas autoras feministas na defesa que fazem da proibição da pornografia em função do impacto que entendem haver do material pornográfico no aumento e perpetuação da violência e discriminação em sentido estrito contra as mulheres. Catharine MacKinnon, autora feminista de repercussão, cujos textos costumam apelar bastante para as imagens da violência contra a mulher como forma de sensibilização para o problema da misoginia, afirma:

> A desigualdade social é substancialmente criada e imposta - ou seja, realizada - por meio de palavras e imagens. A hierarquia social não pode existir e não existe sem ser incorporada em sentidos e expressa em comunicações. (1993, p. 13)

[92] Conferir TSESIS: "A evidência histórica de que o discurso de ódio é crítico para a perpetração de violência é avassaladora" (2009, p. 516). Conferir também TSESIS, 2002.

E acrescenta:

> (...), no fim da ponta do consumo, não são as ideias na pornografia que atacam as mulheres: os homens, sim, homens que são construídos, modificados e impelidos por ela [a pornografia]. A pornografia não pula para fora da prateleira para atacar as mulheres. As mulheres poderiam, em teoria, caminhar seguras por armazéns inteiros cheios dela, tranquilamente repousada em suas embalagens. É o que é preciso para produzi-la e o que ocorre por meio do seu uso que são o problema. (1993, p. 15)[93].

MacKinnon também faz a aproximação do discurso discriminatório com a ideia de difamação de grupo, articulando um argumento bastante parecido com aquele de Waldron:

> O estereotipar e a estigmatização de grupos historicamente desfavorecidos por meio de propaganda de ódio ao grupo formula a sua imagem e reputação social, o que controla o seu acesso a oportunidades de forma mais poderosa do que as suas habilidades individuais jamais controlarão; (...) é impossível para um indivíduo receber igualdade de oportunidade quando circundado por uma atmosfera de ódio de grupo. (1993, p. 99)[94]

Também Rae Langton, em crítica ao trabalho de Ronald Dworkin (e de autores liberais em geral), afirma que Dworkin é incapaz de confrontar o argumento feminista pela proibição da pornografia fundado na igualdade. Ela afirma que o vínculo entre pornografia e a violência contra a mulher não é uma questão de moralismo, ou seja, não é um problema relacionado ao juízo moral acerca da concepção de sexualidade propagada pela pornografia, mas uma relacionada à proteção de prerrogativas individuais das quais as mulheres são igualmente titulares em função de direitos de igualdade.

---

[93] Conferir também: "a pornografia aumenta as atitudes e os comportamentos de agressão e outras discriminações contra as mulheres." (MACKINNON, 1991, p. 798), e "Quando sexo explícito e violência expressa contra a mulher são combinados, particularmente quando estupro é representado como prazeroso ou positivo para a vítima, o risco de violência contra a mulher aumenta como um resultado da exposição. É incontroverso que a exposição a esses materiais aumenta a agressão contra as mulheres em ambiente de laboratório, aumenta as atitudes que são relacionadas à violência contra as mulheres no mundo real, e aumenta a probabilidade autodeclarada de estupro." (MACKINNON, 1991, p. 799).

[94] Não obstante, em texto de 1991, *Pornography as Defamation and Discrimination*, MacKinnon insiste na distinção entre discriminação e difamação. O seu intuito é reivindicar que a pornografia deve ser tratada, em última instância, como prática discriminatória, apesar de ser também difamatória. Isso porque, segundo MacKinnon, o dano da pornografia não se resume a questões de reputação, mas a violações do próprio status dos membros dos grupos-alvo. MacKinnon, de forma astuta, percebe que um argumento centrado no paralelo entre a pornografia e a difamação limita o escopo de restrição à pornografia porque, nos Estados Unidos, a jurisprudência da Suprema Corte definiu que o ilícito da difamação se restringe a afirmações falsas (o que exclui as afirmacões não passíveis de avaliação conforme o critério veracidade/falsidade) enunciadas, ao menos, com culpa.

> Se ninguém achasse a pornografia nojenta ou ofensiva, isso não faria qualquer diferença para o raciocínio do argumento feminista da igualdade. Ele não depende do nojo por parte das mulheres. Ele não depende da ofensa das mulheres. Ele depende apenas da hipótese empírica, causal, acerca do efeito provável sobre a igualdade social de uma política de proibição [da pornografia]. (1999, p. 117).

Em uma linha semelhante à argumentação feminista, trabalhos no campo dos estudos raciais críticos também endossam o argumento do vínculo causal entre o discurso discriminatório e um cenário social de violação dos direitos de grupos vulneráveis. Charles Lawrence é uma voz importante na teorização do direito a partir da racialização social, ressaltando o impacto de discursos discriminatórios na formação do inconsciente e, por conseguinte, na dimensão não racional do comportamento racista e violador do direito à igualdade de oportunidades de indivíduos negros:

> Um fator crucial no processo que produz racismo inconsciente é o estereótipo cultural tacitamente transmitido. Se um indivíduo nunca conheceu um médico ou um advogado negro ou é exposto a negros apenas pela mídia de massas na qual eles são retratados nos papéis estereotipados de comediantes, criminosos, músicos, ou atletas, ele provavelmente deduzirá que negros como um grupo são naturalmente inclinados a certos comportamentos e inadequados para certos papéis. Mas a lição não é explícita: ela é aprendida, internalizada, e usada sem consciência de sua fonte. Assim, um indivíduo pode selecionar um candidato branco a uma posição de emprego em detrimento de um negro igualmente qualificado e honestamente acreditar que a sua decisão foi baseada em aspectos intangíveis não relacionados à raça. (1987, p. 343)[95].

Na esteira de Tsesis (2009; 2002), Delgado e Stefancic retomam o vínculo não apenas causal entre discursos de ódio e instâncias de opressão de massas, mas também, segundo eles, o vínculo "conceitual":

> É possível que a conexão entre o discurso de ódio em geral e instâncias de opressão em massa seja não apenas estatística e contingente, mas conceitual e necessária. A ação concertada requer uma intenção inteligível ou uma racionalidade capaz de ser compreendida pelos outros.

[95] Nesse texto específico, *The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism* (1987), o foco de Lawrence não é o escopo da liberdade de expressão. Ele discute especificamente a importância de considerar o racismo inconsciente, internalizado por meio de estruturas sociais, no juízo acerca do propósito racista de leis e atos de autoridades públicas face ao direito de igualdade estabelecido na Décima Quarta Emenda à Constituição dos EUA. Conferir também LAWRENCE, 1992, em que discute mais especificamente a relação de impacto entre discurso discriminatório e o direito constitucional de igualdade e critica a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *R.A.V. v. City of St. Paul* (199*2)* envolvendo a queima de uma cruz no quintal de uma família negra no estado de Minnesota.

> Uma pessoa não pode destratar um outro grupo sem antes articular uma razão acerca do porquê essa pessoa está fazendo isso - caso contrário, ninguém a não ser um sadista irá tomar parte. (2009, p. 364)[96]

O vínculo causal entre o discurso de ódio e atos de discriminação claramente violadores de direitos individuais (no caso, de direitos de indivíduos membros de grupos-alvo de discriminação "crônica") é uma preocupação constante entre aqueles que focam de maneira importante no valor da igualdade. Aponta-se esse vínculo como justificativa para proibição de um tipo de discurso que, conforme a lógica comumente seguida pelo argumento, compromete de forma mínima o direito de expressão de poucas pessoas em prol de uma promoção muito significativa da igualdade de pessoas socialmente vulneráveis. São muitas as vozes que enfatizam o fato de que o argumento não se ocupa do caráter meramente ofensivo do discurso de ódio, mas do seu efeito corrosivo na proteção dos direitos de igualdade não questionados nem por quem advoga a proteção de tal discurso.

Em tópico adiante enfrentarei o argumento e questionarei a sua plausibilidade em função da impossibilidade de sua universalização. No entanto, antes de passar à crítica da hipótese *causal da discriminação em sentido estrito*, explorarei uma segunda leitura possível do argumento de Waldron pela proibição do discurso de ódio.

### *4.2 A hipótese do dano aperfeiçoado no discurso*

No capítulo 6 da obra *The Harm in Hate Speech*, Waldron se dispõe a enfrentar o que considera ser um poderoso argumento, baseado na autonomia, contra leis proibitivas de discurso de ódio. Trata-se de argumento elaborado por C. Edwin Baker que insiste na importância central do discurso para a autoexpressão dos sujeitos tomados como lócus de um ponto de vista, de uma perspectiva do mundo[97]. Pessoas não são apenas pequenas células de comportamento: elas são seres que elaboram e reagem a ideias. E é dessa forma

[96] Se é possível que exista uma relação conceitual entre instâncias de opressão de massas e a articulação de uma narrativa de demonização ou diminuição da humanidade do grupo-alvo, a relação inversa não se prova, no entanto. Nem sempre a emergência de certos nichos de discursos de ódio se alastram de tal forma a levar, necessariamente e "conceitualmente" a situações de opressão em massa. É sobre essa contingência que se baseia muitos dos argumentos de inadequação da proibição *a priori* e acontextualizada de discursos de ódio.

[97] A versão de Baker da teoria da liberdade de expressão baseada na autonomia será cotejada com a posição dworkiniana no próximo capítulo.

que as pessoas desejam se apresentar e interagir com as demais pessoas. O discurso seria a forma mais explícita e inequívoca de apresentar as ideias que definem o sujeito.

Waldron recebe este como o melhor argumento que pode ser feito em favor da liberdade de expressão[98]. Ao reconhecer a importância do discurso, e mesmo do discurso de ódio, como veículo do exercício da autonomia, Waldron admite que leis proibitivas de discurso de ódio envolvem um compromisso de valores[99]. O seu argumento, no entanto, é que os danos associados às formas mais virulentas de discursos de ódio dizem respeito a um bem fundamental, a dignidade, cuja importância supera aquela da perda da autonomia.

> Nós reconhecemos, em geral, que as considerações que argumentam em favor da importância ampla da liberdade de expressão se estendem *sim* ao discurso que tenta provocar o ódio racial ou religioso; mas nós dizemos que, não obstante, esse discurso deve ser regulado, e em casos extremos, proibido, por causa do mal que ele faz.
> (...)
> Nós reconhecemos que uma restrição sobre o discurso de ódio racial ou religioso envolve um compromisso (*trade-off*), e nós especificamos tão claramente quanto podemos a natureza e a importância dos valores em cada lado da balança. (WALDRON, 2011, p. 147).

Waldron afirma que Baker reconhece a relação entre o discurso de ódio e os danos relativos à violência e a práticas de discriminação contra membros de determinado grupo. Mas segundo Baker essa relação entre o discurso e o dano seria instrumental. Ou seja, esse tipo de dano não se confunde com o discurso. Ele depende do encadeamento de uma série de ações, sendo que as ações últimas de violência e de discriminação, aquelas que de fato provocam consequências materiais proibidas por lei, são as que deveriam ser objeto de proibição e penalização[100]. É nessa altura que Waldron, sem afastar a importância entre o

---

[98] "Eu não disputo a explicação de Baker da importância da autoexpressão por meio do discurso. Eu penso que ele faz o melhor argumento que pode ser feito para respeitar a liberdade de expressão - melhor do que as explicações orientadas para o 'livre mercado de ideias', e melhor do que o argumento acerca de legitimidade política que vamos considerar no capítulo 7. (...)." (WALDRON, 2012, p. 165). É interessante que o argumento da legitimidade a que Waldron se refere é um argumento que ele atribui a Ronald Dworkin. Waldron não formula, no entanto, o vínculo entre o argumento da legitimidade política e aquele da "autonomia" individual (que em Dworkin aparece como independência ética) na obra de Dworkin, tampouco percebe a maneira sofisticada pela qual tanto um quanto outro argumento se articulam nas obras não só de Dworkin mas também de Baker, e como tais argumentos retiram força, na obra de Dworkin, de um conceito ético de dignidade, o qual rivaliza em conteúdo e método com o conceito de Waldron (o conceito de Dworkin de dignidade será explorado no capítulo seguinte).

[99] Relembrando que, ao contrário do que sugere Waldron, as leis proibitivas de discurso de ódio, tal como existem em diversos países, não são homogêneas e não circunscrevem os tipos de discurso às quais se dirigem da mesma maneira. Conferir nota de rodapé n. 7 e textos que acompanham. Um dos objetivos desse trabalho é o de defender que, a depender do que se compreende por incitação ao ódio, leis proibitivas de discursos que "incitam ao ódio" não necessariamente envolvem compromisso de valores.

[100] Esse argumento é desenvolvido de forma detida e detalhada por Baker no texto *Harm, Liberty and Free Speech* (1997), no qual ele afirma que apesar dos danos causados por atos de fala poderem ser extremamente

vínculo existente entre o discurso e atos de violência e discriminação em determinadas circunstâncias (justamente a causalidade relacionada na hipótese *causal da discriminação em sentido estrito*), afirma que "os danos enfatizados nesse livro são frequentemente danos *constituídos* pelo discurso, ao invés de meramente *causados* pelo discurso." (2012, p. 166).

Waldron afirma que um efeito importante do discurso de ódio é performático. A autoexpressão daquele que possui convicções racistas ou odiosas em relação a algum grupo, especialmente as minorias vulneráveis, é aquilo que por si só afasta a garantia generalizada de que toda pessoa terá sua dignidade reconhecida pelas demais. Essa expressão de ideias contrárias ao pressuposto de que todas as pessoas pertencem a um mesmo estrato social minaria, no momento da enunciação, esse mesmo pressuposto.

> (...) a ênfase de Baker na distância instrumental entre o ato discursivo e as consequências ruins do discurso de ódio não sobrevive ao escrutínio. O dano é a dissipação da garantia, e a dissipação da garantia é o ato discursivo - é o que o falante está fazendo em sua autoexpressão, tanto quanto ele é capaz. (WALDRON, 2012, p. 167).

Como Baker responde a esse argumento? Waldron sugere que Baker interpõe mais um nível causal em uma relação que Waldron argumenta ser intrínseca. Ainda que não estivéssemos tratando do vínculo entre atos discursivos e atos de violência ou discriminação em sentido estrito, mas sim de um vínculo entre o ato discursivo e um dano cumulativo à manutenção generalizada do pressuposto da dignidade igualitária, Baker ainda poderia afirmar a existência de um "espaço" entre o discurso e o dano. Esse espaço seria ocupado pela mediação mental dos destinatários do discurso. Entre o discurso e o dano da diminuição da adesão social ao pressuposto da dignidade igualitária haveria não uma relação intrínseca, mas uma relação mediada. Nesse sentido, todas as consequências que possam advir, no curto, médio ou longo prazo, da livre circulação do discurso de ódio, devem ser atribuídas, segundo Baker, àqueles que interagem com o discurso e com base nessas ideias decidem agir. Mais uma vez, Baker insiste, o ponto no qual o direito deve intervir é o ponto da ação violenta ou discriminatória em sentido estrito.

---

prejudiciais, a forma como tais danos são causados é diferente daquela pela qual outros danos são provocados por ações, por exemplo, de coerção física. A diferença reside no fato de que o dano provocado pelo discurso se dá por meio de persuasão, enquanto o dano provocado pelos atos de coerção física (e mesmo alguns provocados por alguns atos de fala que são corretamente proibidos por lei, tais como a fraude) se dá pela instrumentalização de uma pessoa por outra, anulando a autonomia daquela que sofre o dano.

Waldron insiste no vínculo intrínseco entre o ato discursivo de ódio e o dano. É nesse ponto da insistência que o seu argumento reivindica um dano independente até mesmo da reação, ainda que mental, real ou provável, dos destinatários do discurso.

> (...) a preocupação aí não é apenas com a incitação; é com o prejuízo a um bem público, a dissipação de uma garantia dada pela sociedade a seus membros mais vulneráveis. Isso não precisa se dar por meio da 'mediação mental' das mentes dos membros de uma audiência excitável. Eu disse que o ato discursivo constitui a dissipação de uma garantia, sejam outros racistas influenciados por isso ou não. Na visão de Baker, entretanto, essa não é uma descrição precisa. O discurso de ódio racista pode ser caracterizado como dissipador de uma garantia essencial à dignidade apenas porque é ouvido de uma certa maneira por aqueles cuja dignidade está em questão. (WALDRON, 2012, p. 169).

A última frase do trecho enfatiza que o dano ocorre apenas no fato de o discurso de ódio ser ouvido por aqueles cuja dignidade é atacada. Ainda que Waldron esteja disposto a admitir que mesmo esse dano necessita de uma mediação mental, qual seja, aquela entre o discurso e o aperfeiçoamento do sentido do discurso para aquele que é parte do grupo alvo, o importante aqui é que já não se trata mais do potencial do discurso para influenciar *terceiros*. O problema do discurso já não é mais o impacto que pode ter na vida dos membros do grupo atacado em função da atitude que *terceiros* possam vir a tomar. A questão é o impacto direto do discurso na atitude daquele que é parte do grupo-alvo.

> o propósito de uma garantia implícita e geral dada pela sociedade a todos os seus membros, mantendo sua dignidade comum, é que não deveria ser necessário para eles evocar de forma trabalhosa a coragem para sair e tentar florescer no que agora se apresenta para eles como um ambiente parcialmente hostil. Na medida em que a mensagem transmitida pelo racista já os coloca na defensiva, e os distrai dos afazeres comuns da vida com a firme determinação de tentar e agir como um cidadão normal contra todas as probabilidades - nessa medida, o discurso racista já logrou sucesso em um dos seus objetivos destrutivos. (WALDRON, 2012, p. 171).

As longas citações se prestam a deixar clara a linha de argumentação que foca na relação intrínseca entre discurso e dano e, não apenas isso, na localização do dano não no fato da interação de terceiros com um discurso público e semipermanente, mas no fato da interação entre o membro do grupo alvo e o discurso.

Esse é um aspecto do argumento de Waldron que já se insinuava em alguns outros momentos da obra. Há trechos nos quais provoca o leitor a refletir sobre como os membros desses grupos socialmente vulneráveis poderão levar as suas vidas, conduzir seus afazeres,

sob o espectro de manifestações de ódio. Vários são os exemplos de discurso de ódio explorados a partir da reação do membro do grupo alvo ao se deparar com tais discursos. São trechos que aludem para a importância do impacto direto do discurso no indivíduo parte do grupo atacado pelo discurso. E que corroboram para a compreensão de que a hipótese do *dano aperfeiçoado no discurso* pode ser lida como uma relação essencial entre discurso e dano que em parte se baseia em preocupações de reputação, mas que em parte também delas se afasta.

Ao defender que um dano se aperfeiçoa com a interação do membro do grupo alvo com o discurso, Waldron afirma um direito em si de toda pessoa de não se deparar com manifestações que negam a sua participação em um estrato social elevado cujos membros são titulares de prerrogativas de respeito e consideração. Em outras palavras, esse seria um direito de cada pessoa de não se ver forçada a conduzir a própria vida em meio à circulação de ideias que negam a sua dignidade.

Essa leitura é corroborada por momentos em que Waldron afirma um dever de todas as pessoas de não negar, em suas manifestações públicas, os fundamentos da justiça. Ou seja, de não negar o status dignitário igualitário, ainda que as pessoas possam discordar, em suas diversas concepções, acerca das exigências mais específicas e detalhadas da justiça[101].

Outros autores enfatizam também os efeitos maléficos que a confrontação com discursos de ódio provoca em membros de grupos alvo. Delgado e Stefancic afirmam que, no balanceamento entre os interesses daqueles que gostariam de expressar ideias de ódio e aqueles dos membros dos grupos-alvo, é importante considerar o caráter reiterado do dano de natureza psicológica sofrido pelos últimos.

> O sistema jurídico, em várias situações, reconhece o dano de um ato que sabidamente inflige dano cumulativo. (...). Quando absolutistas da liberdade de expressão trivializam o dano do discurso de ódio como simples ofensa, eles ignoram como ele atinge a vítima por causa de uma

[101] No capítulo 4 de *The Harm in Hate Speech*, Waldron alega utilizar a ideia Rawlsiana de uma sociedade bem-ordenada para explorar qual seria a aparência dessa sociedade. Ao conjecturar se o próprio Rawls concordaria com o emprego da noção de sociedade bem-ordenada para a defesa de leis proibitivas de discursos de ódio, Waldron menciona o posicionamento de Rawls no sentido de que manifestações de insubordinação social, ou sedição, deveriam ser protegidas pela liberdade de expressão. No entanto, Waldron afirma que não tem certeza se "Rawls pensa que isso deve se estender mesmo ao posicionamento contrário aos fundamentos da justiça - por exemplo, a tentativas de defender publicamente a exclusão ou subordinação de um dado grupo, ou a cassação dos seus direitos, a sua segregação, escravização, concentração, deportação ou seja lá o que for. (...); ele não considera o status do discurso ou da publicação que, em seu conteúdo e tom, contraria a garantia que os cidadãos supostamente possuem do compromisso com a igualdade de uns em relação aos outros." (WALDRON, 2012, p. 70-71).

> condição que ele ou ela não pode alterar e que é parte da identidade mesma da vítima. Os enunciadores do ódio "se empilham", ferindo de uma forma pela qual a vítima já foi ferida várias vezes antes. Aquele que seria o enunciador do ódio forçado a manter os seus pensamentos para si mesmo não sofre nenhum dano comparável. (2009, p. 367-368).

Esse argumento combina o elemento cumulativo que Waldron evoca na comparação entre os discursos de ódio e a emissão de gases de efeito estufa para a compreensão não da ameaça posta pelos efeitos corrosivos do discurso na atitude de terceiros, mas do sofrimento psicológico dos próprios indivíduos-alvo.

São esses os dois principais fundamentos de defesa de leis proibitivas de discursos de ódio que consigo identificar na obra de Waldron *The Harm in Hate Speech*. Não me parece, no entanto, que esses dois argumentos possam ser sustentados de forma coerente porque a universalização de suas implicações acabaria por levar à restrição de discursos que muitos de nós consideramos protegidos por direitos de liberdade de expressão.

Ademais, a hipótese do dano aperfeiçoado no discurso, tal como construída por Waldron, acaba por afirmar um direito de não ter que se deparar com as convicções contrárias aos fundamentos da justiça que terceiros possam possuir. Waldron se esforça por afirmar que esse é um direito que não se confunde com um direito de não ser ofendido, ou de não ter os sentimentos feridos. Apesar desse esforço, penso que não há outra forma de conceber um direito de não se deparar com manifestações de ódio que não passe pela proteção contra o impacto subjetivo do discurso, já que, nesse caso, o que está em questão, segundo o próprio Waldron, não é o efeito do discurso na percepção de terceiros acerca dos fundamentos da identidade dos membros do grupo-alvo.

## 5. A impossibilidade de universalização das hipóteses de justificação do argumento de Waldron

### *5.1 Crítica à hipótese causal da discriminação em sentido estrito*

Catharine MacKinnon, em seu livro *Only Words* (1993), afirma que a pornografia não é "apenas" discurso, mas é uma ação. Uma ação que desumaniza, estupra, violenta, machuca, oprime, denigre, subjuga e até mata mulheres. Pornografia não são apenas ideias,

porque, segundo MacKinnon, a maneira como é produzida e a maneira como é consumida, não se dão conforme os processos de articulação e interação com pensamentos e convicções. MacKinnon chama a atenção para o fato de que a indústria da pornografia se constrói com base em uma realidade de desigualdade de gênero, contando com a situação de vulnerabilidade da mulher para explorá-la e submetê-la a uma atividade degradante para que o material seja produzido. E, ademais e muito importante, aquele que consome pornografia não a consome enquanto material que articula convicções, ideias e pensamentos, mas enquanto um instrumento de condicionamento do comportamento. Para o consumidor da pornografia, a foto ou vídeo não seriam ideias sobre sexo, mas sexo em si, o dispositivo que deflagra a própria experiência física. E é com base nesse condicionamento que o consumidor de pornografia internaliza que sexo é instrumentalização, objetificação, submissão e agressão da mulher. Esse será o impulso sexual e o comportamento que ele replicará socialmente (MACKINNON, 1993, p. 3 - 21).

Alegar que o discurso pornográfico não é só discurso, mas é ação em si, insiste no fato de que discursos "agem" no mundo, ou seja, produzem efeitos e são eles mesmos, muitas vezes, performativos, modificando pela sua própria enunciação o estado de coisas no mundo. E, para MacKinnon, o discurso pornográfico em especial modifica no mundo a maneira como os homens visceralmente experimentam o sexo e passam, por conta disso, a replicar na realidade os impulsos inconscientes de sua expectativa sexual naturalizada. A pornografia, dessa forma, funcionaria como causa íntima da violência sexual contra as mulheres.

Não negarei que discursos sejam ações. Manifestações discursivas de fato alteram o estado de coisas no mundo. A questão não é se atos discursivos, tal como a enunciação de discursos de ódio, ou a publicação de material pornográfico, possuem ou não intencionalidade, se provocam algo no mundo ou não. Esses discursos certamente a possuem e alteram coisas no mundo[102]. A questão é saber o que exatamente provocam,

[102] Concordo com a crítica de muitos que apelam a leis proibitivas de discursos discriminatórios à distinção forjada na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos entre discurso e ação para fins de proteção do discurso. Entendo que discursos são formas de agir no mundo, as quais provocam efeitos relevantes. A questão que deve ser enfrentada quando discutimos a correção, do ponto de vista normativo, de proibição de qualquer esfera de ação no mundo, discursiva ou de outro tipo, é a de saber se ela produz um dano normativamente relevante, e se a forma como produz esse dano possui alguma relevância normativa para fins de definição da pertinência da proibição. Sendo assim, evito traçar qualquer raciocínio de proteção de discursos discriminatórios com base no argumento simplista e equivocado de que a proteção da liberdade de expressão é categórica para todo e qualquer ato verbal ou puramente comunicativo em geral, excluindo os atos não puramente comunicativos. Eu afastei esse argumento simplista na distinção que tracei na introdução entre atos de conteúdo discriminatório e atos discriminatórios.

como provocam, o que exatamente podemos atribuir a esses discursos, se o seu impacto é contextualmente sensível. Ademais, para fins de decisão da adoção ou não de medidas para sua proibição, é preciso compreender se aquilo que provocam e a intensidade com que provocam é de tal maneira diferenciada da intensidade e da natureza do impacto de outros discursos que podemos justificar a sua proibição enquanto defendemos a circulação dos demais.

A hipótese causal da discriminação em sentido estrito defende a proibição do discurso de ódio em função do vínculo causal entre o discurso e práticas de discriminação em sentido estrito corretamente proibidas em democracias liberais. É possível imaginar que ao menos parte das práticas de discriminação de fato não existiriam se não existissem as convicções relacionadas aos preconceitos e diferenciações de valor entre grupos de pessoas[103]. Dizemos de parte porque, além de ideias de negação da igualdade de valor entre as pessoas, podemos imaginar muitos outros motivos e fundamentos para essas práticas. Pessoas podem discriminar por defenderem não uma diferença de valor entre grupos de seres humanos, mas por acreditarem que o grupo a que pertencem possui direitos exclusivos de exploração e fruição de um determinado território e dos benefícios de uma determinada comunidade política. Ou ainda, podem discriminar não por uma convicção genuína da diferença de valor entre certos grupos, mas por conta de interesses egoísticos.

A determinação das motivações que em sua maior parte se encontram na base de práticas discriminatórias é uma questão de investigação empírica, que foge ao escopo desse trabalho. Cumpre, no entanto, observar que a reivindicação da existência entre um vínculo

---

Para uma posição cética em relação à diferenciação normativa entre o tipo e a foma de provocar o dano pelo discurso e o tipo e a forma de provocar o dano por outros tipos de ação, conferir SCHAUER, 2014: "é dificilmente claro que o respeito pela autonomia de um agente deverá levar outros agentes, ou o Estado, a tolerar ações comunicativas autônomas que são consideradas como provavelmente causadoras de dano para terceiros em maior medida do que ações autônomas não comunicativas cujas consequências são equivalentes." (SCHAUER, 2014, p. 36). Para uma categorização dos tipos de danos flagrantemente provocados por ações discursivas e reconhecidos enquanto tal pela Suprema Corte dos EUA, acompanhado de argumeto de necessidade de mensuração empírica comparada entre danos e benefícios da proibição de certos discursos paradigmaticamente protegidos pela jurisprudência da corte, conferir SCHAUER, 2012.

[103] Andrea Dworkin insiste em afirmar que a pornografia não é apenas a veiculação de ideias excêntricas sobre sexualidade. Ela é um elemento central de sistematização e disseminação de um sistema de valores de dominação das mulheres pelos homens. Ela reivindica que a relação entre a subordinação e desumanização da mulher na vida real, na concretude da escravização sexual, dos assassinatos e dos estupros, não seria possível sem o esquema conceitual de subordinação da mulher que é reiterada e lucrativamente disseminado pela indústria da pornografia: "O maior tema da pornografia enquanto gênero é o poder masculino, sua natureza, sua magnitude, o seu uso, o seu sentido. O poder masculino, tal como expresso na e pela pornografia, é discernível em linhas separadas porém entrelaçadas: (...). Essas linhas do poder masculino são intrínsecas tanto à substância quanto à produção da pornografia; e os caminhos e meios da pornografia são os caminhos e meios do poder masculino. (DWORKIN, 1989, p. 24). Schauer (2014) afirma que ainda que não seja possível afirmar que aquele que nutre uma ideia potencialmente danosa irá praticar a ação que leva ao dano, é plausível afirmar que aquele que possui a ideia potencialmente danosa apresenta probabilidade muito maior de praticar a ação danosa do que aquele que não nutre a mesma ideia.

geral entre convicções de negação da igualdade de valor entre grupos de pessoas e práticas de discriminação em sentido estrito depende de apresentação das evidências empíricas.

Acredito que é de fato razoável assumir que uma parte significativa e importante dos atos de discriminação são motivados por crenças e convicções que negam a igualdade de valor entre grupos de pessoas. E essas crenças e convicções se perpetuam justamente pela sua circulação, pública ou privada.

O argumento causal da discriminação em sentido estrito é focado no resultado último de uma cadeia causal na qual o discurso de ódio se insere. A sua preocupação é com o ato de violência ou discriminação em si, e a proibição do discurso se justifica, no caso, pelo seu vínculo causal com os atos de violência e discriminação. O que nos levaria à concluir que, se essa é a racionalidade relevante, a proibição deveria recair sobre os atos discursivos que mantém um vínculo causal importante com os resultados violadores das exigências de dignidade.

Nesse ponto, o argumento de Waldron enfrenta um problema de universalização. Porque, a despeito da falta de dados empíricos, podemos imaginar que uma grande variedade de atos discursivos que não se restringem aos discursos que chamaríamos de ódio impactam causalmente, da mesma forma importante, a disseminação de uma atitude relacionada a atos de discriminação em sentido estrito ou de outros atos que atentam também de forma importante contra exigências centrais da dignidade. Esses são, não obstante, atos discursivos que não pensamos em criminalizar, ou proibir e penalizar juridicamente de alguma outra forma.

É o caso, por exemplo, de discursos discriminatórios religiosos enunciados nos espaços de culto e templos religiosos. Todo dia, em cultos, encontros e espaços de congregação religiosos são proferidos discursos para grandes quantidades de pessoas acerca, por exemplo, da indignidade, do caráter herético e desprezível, de certas práticas sexuais (tais como as práticas homossexuais) e de outras práticas religiosas (tais como os discursos de muitos líderes evangélicos acerca das práticas de religiões de origem africana). Nesses discursos muitas vezes se diz que essas práticas são uma ameaça à juventude, ou que são profanas, heréticas e ameaçadoras do ponto de vista da disseminação do bem e da comunhão das pessoas com o bem verdadeiro.

É extremamente plausível pensar que, do ponto de vista causal, esses atos discursivos possuem um impacto extremamente importante para a disseminação de atitudes diretamente ligadas a atos de discriminação em sentido estrito. Não obstante, a maior parte de nós entende que o controle dos discursos dentro de templos e espaços

religiosos não é razoável. Apesar de sabermos que esses discursos possuem íntima conexão com o tipo de atitude que leva a preconceitos e a atos ilícitos de discriminação em sentido estrito, nossas intuições nos indicam que o controle dessas expressões religiosas é incompatível com a liberdade religiosa.

O argumento de Waldron, se de fato se baseia no problema do resultado provocado pelo discurso, deveria recair de forma firme sobre as práticas discursivas que de forma mais plausível se conectam com a formação e disseminação de atitudes de negação da igualdade de valor entre grupos de pessoas e que levam a ações discriminatórias em sentido estrito. A universalização do argumento exigiria a defesa de uma proibição da disseminação de algumas crenças e convicções em espaços religiosos, medida essa que colide frontalmente com a proteção de práticas de exercício paradigmático da liberdade de expressão e religiosa.

O argumento de Waldron poderia tentar uma exclusão dos discursos proferidos em espaços e cultos religiosos por meio de duas vias. A primeira, afirmando que esse tipo de discurso não é permanente ou semipermanente. Ou seja, é um discurso proferido oralmente. Não é impresso, publicado, ou disseminado por via de qualquer plataforma ou mídia que mantenha a circulação do discurso como elemento do meio ambiente moral da sociedade. Ocorre que o próprio Waldron relativiza a importância da mídia para a caracterização do discurso enquanto elemento de composição relevante do meio ambiente moral:

> Ao sugerir que um epíteto racial gritado é relativamente efêmero, eu não quero dizer que ele não se demora na experiência das pessoas, nem quero dizer que o ferimento do seu impacto melhora de forma mágica assim que a pessoa que o gritou vai embora. Sob certas condições, o eco de um epíteto pode permanecer e se tornar uma parte desfigurada do ambiente social. (WALDRON, 2012, p. 117).

Waldron afirma que isso é ainda mais verdadeiro quando há uma probabilidade de que esse tipo de manifestação irá se repetir. É justamente o caso dos dogmas e doutrinas religiosos, que são repetidos à exaustão em cultos e encontros religiosos com vistas a formar pessoas que compartilham um conjunto sólido e homogêneo de crenças, muitas delas preconceituosas.

Uma segunda possibilidade é a de descaracterizar o discurso religioso proferido em espaços religiosos enquanto discurso público. Um argumento que poderia se desenvolver no sentido da pouca importância do discurso religioso em espaços religiosos

por não compor de forma explícita o ambiente moral social e, por isso, ter pouca relevância no sentido da contribuição para manutenção ou dissipação do pressuposto da dignidade igualitária.

Esse, no entanto, é um argumento que revela a assunção de uma premissa equivocada, de que discursos que se encontram em espaços manifestamente públicos, como a rua, a mídia televisiva, o rádio ou a internet, são os que mais impactam causalmente a disseminação de uma atitude relacionada a atos de discriminação em sentido estrito. É muito plausível supor que os discursos religiosos em espaços de cultos, encontros e congregações religiosas possuem um impacto na formação de convicções muito mais importante do que publicações, panfletos ou cartazes com os quais as pessoas podem ocasionalmente se deparar na rua, já que a rua, diferentemente dos espaços de culto, não constitui ambiente por excelência ao qual as pessoas se voltam repetidamente para formação de sua identidade[104].

A comparação entre discursos de ódio normalmente protegidos em cenários religiosos e violações crônicas de direitos à vida, integridade física, e igualdade de grupos vulneráveis, por um lado, e os discursos de ódio manifestos publicamente e que são alvo da pretensão proibitiva de Waldron e outros teóricos da liberdade de expressão e as mesmas violações, por outro, busca iluminar a semelhança do mecanismo do dano encontrado nos últimos e nos primeiros. Por uma questão de coerência, a pretensão de proibição dos últimos deveria levar a uma pretensão de proibição dos primeiros (o que soaria como grande atentado à liberdade religiosa). Assim como a pretensão de proteção dos primeiros deveria levar a uma pretensão de proteção dos últimos.

A minha suspeita é a de que Waldron estaria disposto a abandonar a coerência, em última instância, em prol da conciliação com alguma proteção à liberdade religiosa, ainda

[104] Chamo atenção para uma decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em caso envolvendo a publicação, por instituição religiosa, de mensagens de condenação da homossexualidade em outdoors em Ribeirão Preto dias antes da parada do orgulho LGBTT naquela cidade. A curta decisão enfatiza reiteradamente a dignidade da pessoa humana como fundamento para a proibição da publicação do conteúdo pela igreja, mas não esclarece o sentido de dignidade que endossa. Em certo ponto da argumentação, lê-se o seguinte: "não se trata de simples expressão de religiosidade, o que poderia perfeitamente ocorrer no interior do templo, na presença dos fiéis respectivos, observando-se, aí sim, a liberdade de crença e também de culto, porém, a igreja apelante se predispôs a fazer lobby de sua cconvicções religiosas, no entanto, referido procedimento afronta a opção sexual de outros, o que não pode sobressair." (BRASL, 2015). A objeção ao argumento do impacto do discurso discriminatório como fundamento de proibição se aplicaria de forma importante a essa decisão. Se a preocupação implícita à noção de dignidade reiteradamente empregada for uma de vínculo causal entre discurso e ato ilícito, a decisão muito provavelmente padeceria de contradição ao afirmar que o discurso publicado em outdoors deveria ser proibido enquanto aquele proferido dentro do templo deveria ser protegido pela liberdade religiosa, já que o discurso nos templos possui um grande potencial de formação da atitude discriminatória que uma possível leitura do argumento da proibição do outdoor estaria afirmando buscar suprimir.

que isso envolva algum discurso de conteúdo discriminatório nos ambientes religiosos por excelência, com a proibição de algumas instâncias permanentes ou semipermanentes desses mesmos discursos, em especial daqueles proferidos em espaços públicos. Essa conciliação, uma vez pouco justificável principiologicamente, se daria com base em um "modelo do balanceamento" que Waldron defende adequado para abordar os casos de conflitos entre direitos importantes (WALDRON, 2012, p. 144-147). A adoção explícita de um modelo do balanceamento indica o endosso por Waldron de uma concepção conflitiva dos valores, que pode estar associada a uma concepção de direitos enquanto interesses mais ou menos importantes.

Essa abordagem, a meu ver, decorre da falta de esforço de Waldron, e dos demais teóricos do direito e da justiça que partem do pressuposto de que direitos e valores conflitam, de investigar a fundo a importância moral de uma série de prerrogativas que associam à dignidade (ou à igualdade). A falta dessa reflexão acerca daquilo que faz valiosa a dignidade ou daquilo que faz valiosa a liberdade de expressão, impede a construção de um quadro teórico coerente capaz de justificar coerentemente as nossas intuições e nossas decisões de limitação da ação de terceiros[105]. O valor dessa coerência não reside na sua elegância estética, ou na simplicidade para compreensão e aplicação de um certo sistema de valores e regras. A coerência é uma exigência, em última instância, da própria igualdade, porque a igualdade exige integridade temporal e espacial no tratamento das diversas situações submetidas à apreciação do direito. É isso o que significa, em síntese, tratar de forma semelhante os casos semelhantes. A coerência é um pressuposto da igualdade no tratamento de cada indivíduo como detentor do mesmo valor e das mesmas prerrogativas que possuem todos os demais sujeitos. A integridade é uma exigência da própria dignidade[106].

---

[105] A equivalência entre valor moral e interesse, ao meu entender, pode estar na base do mecanismo sugerido por Waldron de derivar, a partir da ideia de dignidade enquanto status ou posição social, quantidades ilimitadas de direito a partir da universalização da maior quantidade possível de prerrogativas historicamente já atribuídas aos mais diversos estratos sociais, cargos oficiais e títulos de nobreza. Esse exercício parece pressupor que as pessoas teriam interesse em acumular prerrogativas na maior quantidade possível, sem preocupação com o valor, ou com o que faz de uma prerrogativa valiosa e meritória de reconhecimento moral, quanto mais jurídico. Conferir nota de rodapé n. 67 e textos que acompanham.

[106] Conferir o capítulo 5 do livro *Law's Empire* (1986) de Dworkin para uma discussão mais aprofundada do valor da integridade, ou seja, do tratamento igualitário de cada cidadão de acordo com um esquema coerente de valores, ainda que esse esquema não seja equivalente a um esquema de justiça ideal. ("Essa conexão entre a integridade e a retórica da proteção igualitária é reveladora. Nós insistimos na integridade porque nós acreditamos que os compromissos internos negariam o que é usualmente chamado de 'igualdade perante a lei' e às vezes de 'igualdade formal'. Está na moda dizer que esse tipo de igualdade é desimportante porque ela não oferece proteção contra a tirania. Essa denigração assume, no entanto, que a igualdade formal é apenas uma questão de aplicação das regras, quaisquer que sejam elas, que tenham sido estabelecidas na legislação, no espírito do convencionalismo. Os casos de igual proteção mostram o quão importante a igualdade formal

Antes de passar à crítica da hipótese do *dano aperfeiçoado no discurso*, chamo atenção para um ponto levantado por Brian Leiter em resenha da obra *The Harm in Hate Speech* (2012). Se o foco da preocupação de Waldron é com o dano que discursos podem provocar para grupos vulneráveis, porque devemos considerar apenas os danos que podem ser causalmente associados a discursos de ódio, tal como concebido por Waldron? O exemplo de Brian Leiter é o do grupo de idosos que depende de serviço público de saúde nos Estados Unidos. Discursos políticos manifestamente contrários à manutenção de gastos com serviços públicos de saúde podem receber aderência social e podem acabar convencendo a maioria da população de que gastos elevados com serviços públicos de saúde são ineficientes e danosos à promoção do bem estar geral. Isso poderia, de forma plausível, levar a decisões políticas que diminuíssem ou mesmo praticamente extinguissem os gatos públicos com saúde. Nessa situação, o grupo de idosos se veria totalmente desprotegido e incapaz de sobrevivência, quiçá de manutenção de um bem estar mínimo (LEITER, 2012, p. 9 - 10).

Creio que a discussão recente no Brasil, acerca da Emenda Constitucional n. 95 de 2016 de limitação do aumento dos gastos públicos à inflação do ano anterior, oferece um exemplo interessante para refletir acerca da objeção levantada por Leiter. Muitos dos movimentos autoidentificados com a esquerda política no Brasil consideram a alteração constitucional absurda do ponto de vista da garantia de direitos sociais fundamentais como saúde e educação. Esses movimentos afirmam que a emenda é extremamente injusta porque significa a escolha por um ajuste fiscal que passa pela oneração de parte enorme da população mais vulnerável que depende de serviços públicos para sobreviver. Isso em detrimento do que entendem constituir alternativas supostamente mais justas, tais como a reforma tributária (com aumento da tributação da renda e introdução da tributação de dividendos), auditoria da dívida pública e diminuição drástica dos privilégios dos servidores públicos. Se o diagnóstico distributivo desses setores estiver correto, seria possível dizer que aquilo que a Emenda Constitucional n. 95 irá provocar é um aumento significativo da desigualdade ilegítima de acesso a recursos com consequências graves para o direito à vida e saúde de grande parte da população. Não obstante a iminência de tal injustiça, com impactos inegáveis inclusive na expectativa de vida de um setor importante da população, os autointitulados de esquerda não se aventaram em nenhum momento a

---

se torna quando é compreendida como requerendo integridade assim como mera consistência lógica, quando ela demanda fidelidade não apenas a regras, mas às teorias de equidade e justiça que essas regras pressupõem enquanto meio de justificação." (DWORKIN, 1986, p. 185).

possibilidade de limitação do debate acerca da referida proposta de emenda à constituição. Ou, mais absurdo ainda, a punição daqueles que ousaram propor (e aprovar!) tal emenda[107].

A relação causal entre discursos contrários a serviços públicos essenciais e decisões políticas de diminuição ou extinção desses serviços não é menos relevante do que a relação causal entre discursos de discriminação e atos discriminatórios em sentido estrito. Na realidade, já vivemos em uma sociedade marcada por uma série de injustiças relacionadas ao volume e forma de tributação da riqueza e da atividade econômica, às prioridades no e formas do emprego de verbas públicas, às decisões relacionadas aos tipos de atos tornados crimes e às escolhas de políticas de controle da criminalidade. O impacto das escolhas injustas sob as quais vivemos diariamente são enormes e extremamente graves porque tem relação com o tipo e volume de oportunidade que somos capazes de oferecer para as massas de vulneráveis e desfavorecidos que são os pobres. Esse impacto reflete diretamente na taxa de mortalidade observada entre esses grupos, seja por falta de condições sanitárias, desnutrição, falta de acesso a serviços de saúde, ou pela sua eliminação pelos agentes do tráfico de drogas ou pelos agentes de combate ao tráfico, por exemplo.

Não obstante, nos parece inadequado promover a proibição de discursos políticos que defendem a diminuição brusca de gastos com serviços públicos essenciais, assim como nos parece também inadequada a proibição de discursos que primam pela manutenção, por exemplo, da criminalização do uso de drogas, ou pelo recrudescimento da política de combate ao tráfico de drogas. E isso apesar das estatísticas apontando para a alta taxa de mortalidade, principalmente entre jovens pobres e negros, associada ao tratamento penal da produção, comercialização e consumo de drogas. Vivemos em uma sociedade injusta em vários aspectos e que nega igualdade de tratamento há vários grupos vulneráveis. Essa realidade é em parte fruto de nossas escolhas políticas equivocadas, de aspectos perversos de nossa cultura, que se mantém em parte pela possibilidade da circulação e perpetuação de ideias injustas de alto impacto.

Desvelar a conexão causal que existe entre uma série de injustiças nas quais já estamos imersos e um panorama discursivo com o qual lidamos em nosso cotidiano nos ajuda a perceber que o argumento causal precisa ser "esmiuçado", detalhado, para que

[107] Outro exemplo extremamente atual e que coloca o mesmo tipo de problema para as condições de manutenção de subsistência mínima para parcelas vulneráveis da população é o debate atual sobre a reforma da previdência.

possamos identificar os tipos de relações causais entre discurso e dano que podem ser sancionadas e aquelas que não podem. Nas palavras de Baker:

> (...) a chave para compreender se um comportamento em particular deve ser sujeito a restrição legal depende não de se ele causa dano mas de como ele causa dano. Ela sugere que as intuições das pessoas de que o discurso deve ser geralmente protegido reflete a maneira como o discurso causa dano. (1997, p. 981)

O que Baker procura mostrar é que certas relações causais entre discurso e dano não podem ser proibidas e sancionadas pois dizem respeito justamente ao tipo de relação entre discurso e realidade que é constitutivo do valor que justifica a própria liberdade de expressão. Nas palavras de Baker, se alguns discursos que causam dano não nos podem ser proibidos, tais como os discursos de alto impacto na manutenção de esquemas distributivos extremamente injustos, isso deve se dar

> seja por causa de algo normativamente relevante acerca de como o discurso causa dano ou algo normativamente valioso acerca do discurso ou acerca de se ser capaz de se engajar livremente em atos discursivos. Essas duas possibilidades são relacionadas se a chave para o modo como o discurso causa dano é também o elemento do discurso que possui valor normativo especial. (BAKER, 1997, p. 989)

A diferenciação de tipos de relações causais entre discurso e dano será mais explorada no capítulo seguinte para distinguir entre o tipo de discurso que poderá ser criminalizado enquanto incitação a crime específico, e aquele que não poderá sê-lo. O primeiro tipo é o da relação causal direta entre discurso e um dano específico real, provável e iminente. O outro é a relação causal difusa entre discursos de determinado conteúdo e a prática de crimes ou violações de direitos em geral. Defendo a proibição do discurso no caso da constatação de relação causal do primeiro tipo. E rejeito a proibição no caso de constatação de vínculo causal do segundo tipo, porque afirmar a proibição nesse caso equivaleria a sancionar o discurso por causa do seu poder persuasivo. E isso, como já argumentei e voltarei a argumentar, é inconsistente com o desafio da democracia.

Waldron talvez pudesse argumentar que a diferença entre discursos contrários ao provimento de serviços públicos essenciais ou de apoio a uma política de drogas que perpetua altos índices de mortalidade e os discursos de ódio, assim definidos pelo seu conteúdo ou forma, estaria na diferença da gravidade moral daquilo que é comunicado. Por mais que o impacto dos discursos e convicções atualmente circulantes na sociedade

contrários ao provimento, reforma ou ampliação de certos serviços públicos seja enorme e grave, o que o discurso comunica não é a desigualdade basilar de valor entre grupos de pessoas, ou seja, não é a negação do que Waldron chama de fundamentos da justiça.

Nesse caso, no entanto, não haveria como defender que o fundamento do argumento para proibição de discursos de ódio reside no impacto causal do discurso nas circunstâncias concretas de vida dos grupos vulneráveis. O problema, no caso, teria relação com o conteúdo do discurso em si, ou seja, com a gravidade moral daquilo que veicula, e não com os resultados normalmente associados à livre circulação desse discurso.

Isso nos remete, justamente, à hipótese do *dano aperfeiçoado no discurso*. Antes de passar à crítica dessa segunda hipótese de compreensão da tese de Waldron, é importante retomar o ponto de que a hipótese causal da discriminação em sentido estrito é bastante combatida não apenas no que diz respeito à sua plausibilidade normativa (justamente o tipo de contra-argumento que procurei desenvolver nesse tópico), mas também internamente, no que diz respeito às relações empíricas que reivindica entre proibição de discurso e diminuição tanto das crenças preconceituosas quanto dos atos de discriminação em sentido estrito. Ao contrário do que poderíamos imaginar, algumas autoras do pensamento feminista são veementemente contra a proibição da pornografia. Nadine Strossen é uma delas, fundamentando o seu posicionamento em argumentos que compartilham ceticismo em relação aos efeitos da censura. Ela afirma que proibir a pornografia produziria mais danos do que benefícios para a promoção dos objetivos do movimento feminista. Dentre esses argumentos, ela afirma que:

> 1. Qualquer esquema de censura inevitavelmente abarcaria muitos trabalhos que são especialmente valiosos para as feministas; 2. Qualquer tal esquema seria aplicado de uma forma que discriminaria contra os grupos menos populares, menors poderosos, da nossa sociedade, incluindo as feministas e lésbicas; 3. A censura perpetua estereótipos que rebaixam as mulheres, incluindo que o sexo é ruim para nós; 4. A censura perpetua a noção desempoderadora de que as mulheres são essencialmente vítimas; 5. A censura distrai de abordagens construtivas da discriminação e violência anti-feminina; 6. A censura causaria danos às mulheres que voluntariamente trabalham na indústria do sexo; 7. A censura causaria danos aos esforços das mulheres para desenvolver a sua própria sexualidade; 8. A censura fortaleceria o poder da direita religiosa, cuja agenda patriarcal cercearia os direitos das mulheres; 9. Ao minar o discurso livre, a censura deprivaria as feministas de um instrumento poderoso para avançar a igualdade das mulheres; (...)." (STROSSEN, 1993, p. 1111-1112).

As razões de número 1, 2, 4, 5 (em especial) e 9 poderiam facilmente ser aplicadas ao debate acerca da proibição de discursos de ódio em geral, por exemplo, às pretensões de proibição de discursos racistas. Nas palavras de Strossen, ainda que tenhamos em mente o dano psíquico provocado pelo discurso (aperfeiçoado pelo discurso, proteção contra o qual será justamente o objeto da crítica do próximo tópico), "a razão pela qual não deixamos o governo suprimir ou prevenir esses danos psíquicos ou emocionais reais é bem resumida em um outro dito antigo: 'A cura é pior do que a doença'" (STROSSEN, 2011, p. 33). A parte do argumento de Strossen que busco salientar é aquele de caráter consequencialisa, que questiona tanto a relação de causalidade entre pornografia e dano propagandeada pelas feministas que pretendem a proibição da pornografia, quanto os benefícios da proibição quando comparados aos danos que essa mesma proibição provocaria.

Ainda nesse sentido, algumas críticas à proibição dos discursos de ódio afirmam que a tentativa de exclusão de pessoas com visões extremistas do debate público pode levar não à dissolução, mas ao agravamento do radicalismo de certos grupos[108]. A proibição da exposição dessas pessoas faz com que a sociedade perca a chance de desarticular as convicções injustas e preconceituosas por meio da maneira mais eficiente: o enfrentamento direto do mérito dessas convicções e o seu descreditamento e ridicularização públicos.

### *4.2 O dano aperfeiçoado no discurso: direito de não confronto com posições não igualitárias? Direito de não confronto com posições erradas? Direito de não confronto com posições ofensivas?*

Explorarei a hipótese de que uma das possibilidades de fundamentação waldroniana de leis proibitivas de discursos de ódio, tal como ele os concebe, reside na proteção contra a confrontação de um discurso que nega a certas pessoas a participação social em boas condições.

[108] Cass Sunstein (2009) explora extensamente os mecanismos da polarização de grupos provocados por processos comunicativos entre pessoas de convicções e inclinações semelhantes isoladas de linhas de argumentação dissonantes das suas.

Argumentei que a hipótese causal da discriminação em sentido estrito não pode ser universalizada sem acabar por abarcar uma série de manifestações que, de forma paradigmática, entendemos contempladas por direitos de liberdade de expressão. Essas manifestações, sobre o sistema tributário, ou sobre gastos públicos com serviços de saúde, por exemplo, guardam o mesmo vínculo causal com o fato de mantermos certas escolhas políticas injustas, e com riscos de que a injustiça de nossas escolhas possa a vir a se agravar (em termos de deterioração do tratamento dispensado a certos grupos sociais), que aquele observado entre discurso de ódio e injustiça. A possibilidade de diferenciar entre umas e outras manifestações estaria centrada na diferença de gravidade moral do conteúdo veiculado por umas e outras. Por certo, negar igualdade pura e simplesmente entre as pessoas, muitas vezes em função de características por elas compartilhadas pelas quais essas pessoas não possuem qualquer responsabilidade (como a cor da pele, ou origem nacional, por exemplo), é mais grave do que militar pela adoção de uma concepção completamente equivocada (ou seja "injusta") de justiça, uma que, ainda que provoque muitos danos graves à vida de muitas pessoas, não implica na diferenciação basilar entre grupos distintos de pessoas.

A questão que precisa ser enfrentada é: sem negar que manifestações de ódio, tal como definidas por Waldron, consistem em manifestações extremamente graves do ponto de vista moral, como podemos justificar um direito do sujeito de não entrar em contato com esse tipo de manifestação que não passe, justamente, pela proteção contra a ofensa?

Essa é exatamente a pretensão de Waldron, uma pretensão que, a meu ver, não se realiza. O autor dedica o capítulo 5 da obra *The Harm in Hate Speech* para diferenciar entre a ofensa e as bases da reputação. O autor nega que prevenir as pessoas de serem ofendidas seja, ou deva ser, o objetivo de leis proibitivas de discursos de ódio: "proteger os sentimentos das pessoas contra ofensa não é um objetivo apropriado para o direito." (WALDRON, 2012, p. 106). Ele afirma que a diferença entre a indignidade e a ofensa reside, em grande parte, na distinção entre "os aspectos objetivos ou sociais da condição de uma pessoa na sociedade, por um lado, e os aspectos subjetivos do sentimento, incluindo sofrimento, choque, e raiva, pelo outro." (WALDRON, 2012, p. 106).

No entanto, como conceber um aspecto social, objetivo, da condição de uma pessoa na sociedade, se Waldron afirma que o dano "não precisa se dar por meio da 'mediação mental' das mentes dos membros de uma audiência excitável" (WALDRON, 2012, p. 169), e se "o discurso de ódio racista pode ser caracterizado como dissipador de

uma garantia essencial à dignidade apenas porque é ouvido de uma certa maneira por aqueles cuja dignidade está em questão." (WALDRON, 2012, p. 169)?

Talvez Waldron tente situar o aspecto objetivo na tomada de conhecimento, no confronto com o discurso que nega dignidade, distinguindo-o dos danos ao sentimento e do sofrimento. No caso, seria difícil conceber como esse aspecto manteria um caráter social, pois Waldron afirma que o dano se aperfeiçoa independentemente da interação da sociedade de forma geral com o discurso. Mas seria possível conceber uma objetividade, diferente da suscetibilidade subjetiva, nesse sentido.

Delgado sugere um fundamento semelhante para a criação de um ilícito civil específico nos Estados Unidos por insultos raciais, afirmando que "apesar de o dano emocional causado ser variável e depender de muitos fatores, sendo que o ultraje do insulto é apenas um deles, um insulto racial é sempre uma afronta à dignidade, uma violação direta do direito da vítima de ser tratada com respeito." (1982, p. 143). Também Tatjana Hörnle (2012), influenciada pela noção de "sociedade decente" de Avishai Margalit (1996), busca fundamentar a proibição de discursos de ódio no contexto alemão com base no caráter humilhante do discurso, deslocando o sentido de humilhação dos sentimentos para o sentido intersubjetivo.

O problema, no caso, seria justificar um direito a não entrar em contato com manifestações que negam pertencimento à classe intitulada de dignidade em função da gravidade moral do conteúdo manifesto. Ou, na linguagem de Hörnle, por que deveríamos impedir o desafio discursivo a certos sentidos intersubjetivamente compartilhados, e não a outros? Qual é exatamente o dano que se aperfeiçoa quando uma pessoa entra em contato com discursos que negam a sua dignidade que possa ser diferenciado, com base em razões normativamente relevantes, do dano que se aperfeiçoa quando uma pessoa entra em contato com outros tipos de discursos injustos? Se o foco da preocupação não são os riscos e efeitos que esse discurso pode desencadear nas convicções e comportamentos socialmente compartilhados, e nem na ofensa aos sentimentos, autoestima, ou honra da pessoa, o que exatamente justificaria a proibição do confronto com esses discursos?

Waldron não oferece resposta para essa pergunta. No capítulo em que ele insiste na distinção entre a ofensa e a violação da dignidade ele nos remete, em muitos momentos, à dimensão do impacto social do discurso de ódio enquanto fundamento para sua proibição, ou seja, justamente à relação causal entre o discurso e a deterioração da garantia de que as pessoas serão tratadas conforme o reconhecimento de pertencimento a um estrato

social digno e igualitário[109]. Mas, se essa não for a hipótese que estivermos levando em consideração como fundamento da proibição do discurso de ódio, como diferenciar, ainda assim, entre a ofensa e a violação da dignidade? Penso que não seja possível. Afastada a hipótese *causal da discriminação em sentido estrito*, Waldron carece de fundamentos para proibição *a priori* dos discursos de ódio, tal como pretende[110].

O autor se incomoda especialmente com discursos que, segundo ele, veiculam mensagens de ataque às condições de boa participação social de certos grupos apenas em função de certas características que o grupo compartilha. A questão parece ser a imoralidade escandalosa que reside no fato de que certas pessoas possam veicular publicamente convicções absurdas desvalorizando outras enquanto pessoas, ou parceiros em uma empreitada humana, apenas por compartilharem determinado traço ou característica.

No entanto, o nível da imoralidade da crença ou da convicção não é capaz, por si só, de afastar um direito à sua manifestação, sem qualquer consideração adicional acerca de excepcionalidades do efeito da manifestação, ou de razões diversas do juízo ético ou moral sobre o conteúdo do discurso. Paradigmaticamente, a liberdade de expressão implica em direito de expressar aquilo que é profundamente equivocado. Liberdade de dizer não diz respeito apenas à liberdade de dizer o que é o correto, o que é justo, o que é verdadeiro, seja do ponto de vista fático ou moral. Pois a liberdade de expressão diz justamente respeito, de forma central, a uma liberdade contra o controle do conteúdo daquilo que é enunciado, publicado, veiculado.

Se o valor da autonomia da autoexpressão e da legitimidade estão intimamente relacionados à liberdade de expressão, tal como também Waldron reconhece, ele precisa de um argumento forte para se dispor a comprometê-los. Os argumentos que consegui identificar e que nesse capítulo avaliei não são suficientes.

Isso significa que as pessoas podem dizer tudo e qualquer coisa que bem entenderem, em qualquer circunstância? Não. Isso significa apenas que Waldron traçou a

---

[109] Por exemplo, "Então, proteger as pessoas da ofensa ou de serem ofendidas é protegê-las de um certo tipo de efeito em seus sentimentos. E isso é diferente de proteger sua dignidade e a garantia de seu tratamento decente na sociedade." (WALDRON, 2012, P. 107), e "Proteger as pessoas de ataques à sua dignidade protege indiretamente os seus sentimentos, mas o faz apenas porque as protege de uma realidade social - um denigrir de status e uma debilitação da garantia - o que, na medida em que ocorre, impacta naturalmente em seus sentimentos" (WALDRON, 2012, p. 108).

[110] O argumento de Waldron parece mais, segundo Brian Leiter, uma tentativa de revestir a ofensa de uma linguagem acadêmica de teoria política, reclamando que seria mais honesto construir um argumento no sentido de justificar que "grupos de pessoas vulneráveis deveriam ser protegidas de abusos verbais perversos e humilhantes cometidos em público" (LEITER, 2012, p. 12). Ou seja, melhor seria assumir que o problema está sim na ofensa, tal como muitos excertos da obra de Waldron parecem sugerir.

régua em lugar errado. Ele oferece critérios para limitação do discurso que não se harmonizam com uma explicação coerente de nossas convicções acerca de instâncias discursivas abarcadas pela liberdade de expressão. Esses critérios são incapazes de integrar, portanto, uma teoria normativa da liberdade de expressão apta a orientar acerca de quando proibir e penalizar, ou não, uma ação discursiva.

No próximo capítulo apresentarei a concepção ética de dignidade de Ronald Dworkin e como essa concepção parece explicar de forma satisfatória nossas convicções acerca do valor da vida humana. Mostrarei como essa concepção de dignidade exige o resguardo de um espaço para a expressão pública de ideias políticas e éticas importantes na estruturação da identidade individual, ainda que essas ideias sejam extremamente injustas e revoltantes.

A explicitação da concepção de dignidade de Dworkin me permitirá também mostrar, nos capítulos seguintes, como o argumento dworkiniano pela proteção da prerrogativa individual de expressão de conteúdo imoral, incompatível com o princípio da igualdade universal, é elemento de uma teoria da justiça não apenas permeável a, mas que exige a regulação[111] desses mesmos discursos em uma série de contextos linguísticos específicos.

Nos capítulos 2 e 3, argumentarei que manifestações discursivas são e devem ser, de forma geral, objeto de controle. No entanto, o foco do controle reside não no conteúdo da mensagem, mas no dano específico que o discurso provoca ou poderá, muito provavelmente, provocar[112], por um lado, e, muito importante, no tipo de engajamento discursivo, ou seja, na intencionalidade discursiva, por outro lado[113]. O que não é possível, de forma geral, é fundamentar a proibição na associação do dano provocado pelo discurso com o próprio conteúdo do discurso ou com a simples tomada de conhecimento da mensagem, em função do conteúdo da mensagem, pela pessoa alvo do discurso.

No último tópico do capítulo 2 e no capítulo 4 explicitarei contextos especiais em que discursos de ódio poderão ser restringidos e punidos em função do seu conteúdo

---

[111] A regulação é diferente da censura justamente por proibir a circulação de um conteúdo em função das circunstâncias contextuais de enunciação. A censura, por outro lado, é justamente o banimento de uma ideia pautado no juízo geral acerca do mérito do seu conteúdo.

[112] A restrição em função do vínculo causal estrito entre ato discursivo e dano será explorada no próximo capítulo. Explicarei que o valor da democracia em Dworkin permite e exige limites discursivos fundados apenas na causação direta de danos imediatos e prováveis.

[113] No terceiro capítulo explorarei as razões pelas quais discursos podem ser proibidos e punidos em determinados contextos quando apresentarem intencionalidade de violação dos deveres de cuidado com a imagem de terceiros. Nesse caso, o fundamento da proibição se encontra na junção entre intencionalidade não expressiva e dano. O conteúdo da mensagem por si só, no entanto, não é suficiente para a configuração do ilícito (será relevante apenas para a determinação da plausibilidade do dano).

específico. Essas proibições se baseiam em três tipos distintos de razões: (1) na legitimidade de proteção das condições contextuais de certos espaços discursivos para que as atividades e objetivos aos quais esses espaços se destinam possam ser realizadas da melhor maneira possível; (2) na justiça da proibição de certo conteúdo nesses espaços em função de exigências da igualdade distributiva; (3) e na legitimidade da restrição de certos conteúdos para a promoção de interesses sociais coletivos quando a intenção discursiva não for uma de exercício da independência ética ou autonomia. O ambiente da educação infantil, as relações de trabalho, e o discurso comercial perfazem três exemplos. Essas proibições, no entanto, não implicam em restrição completa de expressão de ódio no debate público, e por isso podem ser coerentemente defendidas no escopo de uma teoria da justiça liberal igualitária pautada na proteção e promoção da independência ética dworkiniana, ou da autonomia bakeriana.

A elaboração das racionalidades subjacentes às hipóteses de restrição de discurso de ódio mostrará que a exigência normativa de tais restrições se impõe não por um compromisso "balanceado" entre valores distintos e conflitantes, mas como uma instância de um todo valorativo coerente. Tais exigências de restrição na teoria da justiça de Dworkin se afiguram, portanto, como a expansão universalizadora de uma teoria unitária do valor ético e moral, essa mesma expansão que se mostra impossível no argumento de Waldron e que compreendo como uma exigência do próprio valor da igualdade.

Por fim, a concepção liberal de dignidade de Dworkin nos permitirá perceber como a sua teoria, diferentemente de outras teorias liberais, não é indiferente às possibilidades de fruição do bem viver. Creio que o liberalismo de Dworkin afirma o compromisso da autoridade política com o bem viver dos sujeitos sob sua autoridade. Isso permite à teoria de Dworkin enfrentar uma série de críticas ao liberalismo advindas de várias versões dos estudos críticos de base feminista ou racial, por exemplo. Isso porque penso que o liberalismo de Dworkin é compatível com o reconhecimento de um dever positivo, por parte do Estado, de ao menos promover (se ele não é capaz de garantir) o contexto adequado ao florescimento independente de cada vida humana. Os últimos tópicos do próximo capítulo são dedicados à fundamentação do dever geral de ação positiva do Estado para combate ao que poderíamos chamar de cultura discriminatória endêmica, sem que isso signifique contradição com um dever concomitante de proteger a liberdade de expressão de conteúdo odioso.

# INDEPENDÊNCIA ÉTICA E LIBERDADE: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE RONALD DWORKIN (E DE C. EDWIN BAKER)

No capítulo anterior procurei mostrar como a conexão entre o conceito de dignidade de Waldron e a sua tentativa de fundamentação de proibição dos discursos de ódio não se ajusta a uma série de práticas que consideramos centrais no exercício da liberdade de expressão. Nesse capítulo, vou reconstruir o conceito de dignidade de Dworkin e a maneira como esse conceito irradia implicações para a teoria da justiça do autor, em especial para a defesa da prerrogativa de expressão de discurso de ódio no debate público.

Desde o início de seus trabalhos, Dworkin chamou a atenção para o fato de que grande parte das controvérsias importantes no debate jurídico teórico e prático são de natureza moral. Isso significou afirmar que tais questões exigem a reflexão acerca daquilo que é certo ou errado fazer em relação a outras pessoas[114]. No entanto, essa constatação firme não foi de imediato acompanhada por uma teoria da justiça completamente articulada (tal como seria muito difícil de se esperar), tampouco pela mesma clareza filosófica acerca da natureza do argumento moral e do seu método, o que Dworkin veio a destilar em seus trabalhos mais maduros[115]. Muito importante, o argumento político e

[114] O primeiro capítulo *Jurisprudence* (1977c, p. 1-13) do seu primeiro livro *Takings Rights Seriously* (1977a), pretende discutir a natureza das perguntas que devem ser tratadas pela teoria do direito. Como exemplo de questões que entende suscitar problemas teóricos, Dworkin identifica as seguintes: o problema ético que se coloca quando um jurista se pergunta não se uma lei é eficaz (*effective*), mas se é justa (*fair*); os problemas que emergem quando o jurista tenta descrever o direito em conceitos que são equívocos, tal como o conceito de culpa e o desacordo entre juristas acerca de se um tribunal, ao decidir um determinado caso, estava seguindo princípios jurídicos estabelecidos, ou criando novo direito (DWORKIN, 1977c, p. 1). Dworkin entende que no centro dessas perguntas está não desacordos empíricos ou históricos, mas problemas morais. No texto *The Model of Rules I*, Dworkin critica o que considera ser a mais sofisticada versão da teoria positivista do direito, aquela de H. L. A. Hart, pela explicitação do caráter moral de padrões normativos (princípios) cujo uso é generalizado na argumentação jurídica e os quais fundamentam reivindicações de direitos e deveres jurídicos (DWORKIN, 1977d, p. 22-39). E no texto *The Model of Rules II*, Dworkin aperfeiçoa a sua crítica ao positivismo jurídico para afirmar não apenas que o direito é permeado por argumentos de conteúdo moral, mas que a operação desses argumentos obedece a uma gramática própria da argumentação moral, uma que não restringe os padrões compartilhados de avaliação da correção da argumentação à observância das fontes puramente sociais das regras (DWORKIN, 1977e, p. 48-58).

[115] A tese unitária do valor, importante para a compreensão das formulações mais bem acabadas dos conceitos políticos na obra de Ronald Dworkin, e da diferença da sua abordagem teórica daquela de Jeremy Waldron, John Rawls ou Robert Alexy, por exemplo, foi elaborada e explicitamente defendida nas obras mais recentes e robustas do autor em teoria política e moral. A linguagem e os conceitos forjados por Dworkin em seus primeiros trabalhos oscilam quanto à natureza e ao funcionamento do argumento moral. No texto *The Model of Rules I*, Dworkin descreve princípios de natureza moral como razões não definitivas para a tomada de decisão em certa direção. Esse caráter não definitivo tem relação com o que ele então reconhece como a dimensão do peso dos princípios, que deve ser levada em consideração nos casos de conflitos entre

moral de Dworkin não era ainda explicitamente acompanhado por uma reflexão acerca do valor da vida humana e do sentido da boa vida e do bem viver[116].

Dworkin sempre defendeu amplas liberdades de expressão, tal como demonstra seus primeiros textos que de forma central ou incidental tocam em temas como a liberdade de produção e consumo de pornografia, ou a liberdade de expressão de discursos discriminatórios[117]. A fundamentação do seu posicionamento, no entanto, foi se

---

eles. Isso aponta para uma pré-compreensão dos valores morais como preceitos conflitantes e não articulados de forma interpretativa (DWORKIN, 1977d, p. 26). No entanto, mesmo em textos mais antigos, Dworkin já apresentava argumentos no sentido de uma abordagem coerentista e unitária dos valores. Essa abordagem é sugerida no texto *Liberty and Liberalism*, em que Dworkin faz uma crítica à crítica de Gertrude Himmelfarb ao texto *On Liberty* de John Sturat Mill. Nesse texto, Dworkin reconhece possibilidades de conceitualização mais amplas ou mais restritas dos princípios morais. Ele menciona essas possibilidades para distinguir o conceito de liberdade como "licensa", mais amplo, daquele de liberdade como "independência", mais restrito. Ele parece manifestar uma preferência pelo conceito mais restrito de liberdade como independência pelo fato de que assim concebida a sua defesa não precisa implicar compromisso de outros valores, tais como o de segurança ou igualdade (DWORKIN, 1977f, p. 262-264). Já no texto *What Rights Do We Have?*, Dworkin expressa claramente que o conceito amplo de liberdade enquanto "licensa", o qual equaciona a liberdade com a prerrogativa de se fazer tudo aquilo que for do interesse pessoal sem restrições de qualquer natureza, provoca um desserviço ao pensamento político no sentido de que "cria a falsa sensação de um conflito necessário entre liberdade e outros valores quando regulação social (...) é proposta". (DWORKIN, 1977g, p. 271). Ainda, em texto *Justice and Rights*, Dworkin busca elaborar e revelar o que entende como compromissos normativos implícitos nas estratégicas metodológicas de Rawls e os quais afirma endossar. Dworkin compreende que, por trás da "técnica" do equilíbrio reflexivo existe um compromisso filosófico com uma teoria coerentista da moralidade, uma que "exige que as decisões tomadas em nome da justiça nunca devem superar a habilidade de uma autoridade pública de oferecer uma explicação para essas decisões por meio de uma teoria da justiça, mesmo quando essa teoria tiver que comprometer algumas das intuições dela." (DWORKIN, 1977h, p. 162). A exigência de consistência na justificação do conjunto de convicções morais para que as nossas posições morais possam ser genuinamente respeitadas enquanto tal é também defendida no texto *Liberty and Moralism* (1977i, p. 240-265), no qual Dworkin critica o conceito de "moralidade pública" de Lord Devlin baseado em sentimentos.

[116] Uma vez que uma nota constante de seu trabalho constituiu a reivindicação do caráter moral da argumentação jurídica, Dworkin articulou, desde muito cedo, uma noção da ideia de igualdade da qual fosse possível partir para a argumentação acerca da existência ou não de direitos e obrigações em casos específicos, e para discutir os deveres e os limites implicados na adjudicação. Nessas primeiras formulações, Dworkin defendeu a razoabilidade do postulado igualitário de que "o governo deve tratar as pessoas com (...) igual consideração e respeito" (DWORKIN, 1977g, p. 272-273). Ele afirma que tratar as pessoas com respeito significa tratá-las como "seres humanos que são capazes de formar e agir com base em concepções inteligentes de como as suas vidas devem ser vividas" (DWORKIN, 1977g, p. 272). Nessa concepção de respeito está embebida uma noção ética (em sentido dworkiniano) a respeito do valor da vida humana que impacta naquilo que Dworkin irá reconhecer como exigências da igualdade e que irá distinguir a sua concepção de igualdade daquela de outros teóricos liberais igualitários, por exemplo, daquela de Rawls. No entanto, nesse ponto de sua teorização, Dworkin ainda não defende explicitamente a integração de sua teoria da justiça com uma teoria ética, e trata a sua concepção de igualdade como um postulado com o qual todos poderiam razoavelmente concordar. Em alguns textos mais antigos, a igualdade de respeito e consideração é articulada como uma sofisticação do argumento utilitarista, o que leva inclusive à má compreensão, por parte da feminista Rae Langton (1999; 1990) acerca do sentido do argumento de princípio e do sentido das reivindicações de direitos na teoria dworkiniana.

[117] Em *Liberty and Moralism*, Dworkin desafia a possibilidade de elaboração de convicções morais genuínas, ou seja, aptas aos "testes" que Dworkin impõe a um posicionamento moral para que seja respeitável enquanto tal, de justificação da proibição da produção e consumo da pornografia (DWORKIN, 1977i, p. 256-258). Apesar de, em texto chamado *Do We Have a Right to Pornography?* (1985b, p. 335-372), Dworkin argumentar por um direito das pessoas de produção e consumo privado de pornografia baseado em "um direito de não sofrerem desvantagem na distribuição de bens e oportunidades sociais, incluindo desvantagens nas liberdades a elas [às pessoas] permitidas pelo direito penal, somente pelo fundamento de que as

aperfeiçoando com a complexificação de sua teoria da justiça e, de forma importante, com a integração de sua teoria da justiça com uma teoria ética. Na obra de Dworkin, é importante ter em mente o sentido específico com que usa os termos ética e moral: "padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; padrões éticos, como devemos viver nossas vidas" (DWORKIN, 2011a, p. 191).

Para Dworkin, a melhor teoria acerca do sentido e escopo de nossos direitos e obrigações retira força de justificação, assim como oferece força justificatória, à melhor teoria acerca do bem viver. De forma que é possível dizer que uma defesa de cada um dos pontos dessas teorias se apoia, de certa forma, em cada um dos demais pontos, bem como na capacidade das concepções e justificativas oferecidas acerca de cada um deles de se apresentarem enquanto um todo coerente (DWORKIN, 2011a, p. 193; 2002, p. 4-7)[118].

A sua teoria da justiça é complexa e se constitui de várias teses acerca do sentido de diversas noções políticas, tais como igualdade, liberdade e democracia, as quais se apoiam e justificam mutuamente. Foge do escopo desse trabalho, no entanto, a reconstrução de cada um dos aspectos e dos conceitos trabalhados por Dworkin em sua teoria da justiça e da sua interrelação com cada ponto de sua teoria ética. Esse seria um trabalho de grandes proporções que desviaria o foco dessa reflexão[119].

Nas páginas seguintes, me ocuparei de mostrar como a teoria da dignidade de Dworkin aporta para a sua compreensão da liberdade de expressão, e como ambas as concepções são capazes de oferecer uma justificativa coerente do posicionamento de Dworkin acerca do tratamento dos discursos de ódio. Uma justificativa que também se harmoniza com outras noções centrais da justiça, tal como a noção de democracia. Para tanto, não me preocuparei com uma reconstrução cronológica de cada um dos conceitos relevantes na obra de Dworkin, mas me servirei do que compreendo serem as suas formulações mais bem acabadas sobre os conceitos de dignidade, liberdade (em particular

---

autoridades ou seus concidadãos pensam que as opiniões delas sobre a maneira certa de elas viveram as suas próprias vidas é ignóbil ou errada" (DWORKIN, 1985b, p. 353), e apesar de Dworkin considerar esse como um direito de independência moral, a fundamentação que ele oferece a esse direito decorre de uma interpretação da premissa igualitária do utilitarismo (ele explica como o utilitarismo deveria adotar uma esfera de direitos de independência moral como resguardo contra a possível contagem indevida de preferências extenas). Ou seja, a fundamentação (e dessa forma, o próprio sentido) que Dworkin desenvolve para a independência moral, nesse texto, não decorre de uma teoria ética liberal e de sua integração à teoria da justiça.

[118] Conferir DWORKIN, 1995a, em que o autor trabalha de forma sistematizada as razões e estratégias de integração de sua teoria política à sua teoria ética, situando-as dentre outras razões e estratégias seja de conciliação do liberalismo com a ética, seja de rejeição do liberalismo em função de um suposto conflito entre essa teoria política e a melhor concepção acerca da boa vida.

[119] Para uma reconstrução detalhada da integração do sentido da liberdade na teoria política dworkiniana à sua teoria da igualdade como igualdade distributiva de recursos e à sua teoria ética, conferir ROSA, 2014.

a liberdade de expressão), e igualdade política, sobre a maneira como eles se articulam, bem como sobre as implicações desses conceitos para a regulação de discursos de ódio.

Dworkin foi um teórico do direito extremamente prolífico e também um importante teórico da justiça de importantes e originais contribuições para o debate em filosofia política. As suas ideias sobre liberdade integram o seu projeto de fôlego de teorização acerca da natureza do argumento moral e político, e de concepção de um esquema distributivo pautado no que ele concebe como as melhores concepções dos valores políticos que estruturam a gramática valorativa do nosso tempo. Ele não foi, no entanto, um teórico específico da liberdade de expressão, ou um constitucionalista voltado especificamente para a interpretação da dogmática de regulação do discurso. Não obstante, optei nesse capítulo por seguir a estrutura argumentativa dworkiniana que considero especialmente poderosa em função da sua abrangência. Ela será acompanhada pelo posicionamento de C. Edwin Baker, importante constitucionalista e teórico da liberdade de expressão estadunidense, o qual se dedicou de forma mais detida a uma pluralidade maior de questões jurídicas específicas relativas à liberdade de expressão. Baker elaborou, mesmo antes de Dworkin, muitos dos que entendo serem os principais elementos da construção teórica de Dworkin sobre a liberdade de expressão. Curiosamente (mas não surpreendentemente, dada a afinidade teórica entre ambos) Baker elabora esses elementos baseando-se em alguns aspectos da abordagem interpretativa de Dworkin, aspectos esses explicitados em alguns dos primeiros trabalhos de Dworkin de crítica ao positivismo jurídico[120].

C. Edwin Baker esteve particularmente preocupado com o sentido do direito constitucional à libetdade de expressão na ordem normativa dos Estados Unidos. No entanto, Baker endossa em seu trabalho a mesma postura metodológica defendida por Dworkin acerca da natureza do argumento jurídico, qual seja, a que pretende oferecer uma construção do sentido da ordem legal que possa justificar a sua legitimidade[121]. A fundamentação de Baker para a liberdade de expressão na autonomia igualitária é bastante semelhante àquela oferecida por Dworkin. Partindo de compromissos acerca do valor da

[120] Penso que é possível localizar uma dialética interessante entre os trabalhos de Dworkin e Baker. O primeiro parece ter lançado as bases de uma abordagem teórica do direito de que o último se apropriou para desenvolver elementos fundacionais de sua teoria da liberdade de expressão. Elementos esses retrabalhados e aperfeiçoados por Dworkin no interior de sua própria teoria da justica (e, dentro dela, sua teoria da liberdade). Penso que uma reconstrução mais detida das semelhanças, diferenças e contribuições mútuas entre as duas teorias seria bastante proveitosa. No entanto, deixarei esse esforço para outra oportunidade.

[121] "(...) a minha premissa operativa é de que a Constituição deve ser compreendida como uma tentativa de estabelecer um governo legítimo e viável - ou ao menos que a interpretação constitucional deveria positivar esse objetivo." (BAKER, 2011a, p. 260).

vida humana (em Dworkin) ou de práticas humanas universais (em Baker), ambos chegam ao que poderíamos considerar, em uma primeira leitura, a conclusões idênticas sobre o escopo da liberdade de expressão. No entanto, a teoria da igualdade de Baker, e por conseguinte o seu posicionamento acerca de questões distributivas, é significativamente diferente da de Dworkin. Defenderei no capítulo 3 que, por coerência teórica, isso deverá levar a teoria dworkiniana a posicionamentos distintos da teoria bakeriana em relação ao status e escopo do direito à reputação. Essa diferença possui o potencial também de marcar distinções acerca dos limites priocipiológicos que cada um dos autores estaria disposto a reconhecer às prerrogativas de expressão, incluindo as prerrogativas de expressão de discurso de ódio.

A exploração da teoria da liberdade de expressão de Baker em conjunto com aquela de Dworkin, nesse capítulo, me permitirá mostrar mais adiante como a fundamentação da liberdade de expressão na independência ética, ou autonomia igualitária, e a adoção de uma abordagem interpretativa e unitária do valor não levam, necessariamente, à mesma teoria política ou à mesma concepção dos principais valores políticos em uma teoria da justiça.

Iniciarei o capítulo explorando o conceito ético de dignidade em Dworkin e seguirei reconstruindo as suas implicações para o que Dworkin considera constituir as duas dimensões da liberdade: a negativa e a positiva. Explorarei a seguir o sentido em que cada um desses conceitos de liberdade exige a proteção da prerrogativa de expressão de discurso de ódio. Também explicitarei o tipo específico de vínculo causal entre dano e discurso de ódio que pode justificar a proibição e penalização desse discurso. Enfatizarei que, no caso, a justificativa para proibição se norteia pelo dano independente do conteúdo da mensagem e no caráter estrito, direto, imediato e contextual do vínculo causal entre discurso e dano. Esse vínculo se distingue da relação de causalidade difusa entre circulação de ideias e danos. Essa última não pode fundamentar restrição na liberdade em uma democracia preocupada não apenas com resultados igualitários, mas também com a moralidade do percurso de desenvolvimento político e social da comunidade (ainda que isso nos provoque algum pesar). Por fim, explicitarei que, sendo a teoria política liberal dworkiniana comprometida com um ideal ético, e não completamente neutra em relação ao sentido do bem viver, a constatação de desigualdades importantes nas condições de constituição das subjetividades para fins de realização das potencialidades humanas faz recair sobre o Estado um dever positivo de emprego de esforços e recursos para tentar reparar tais desequilíbrios. O dever, portanto, é um de manifestação da atitude comprometida com o

valor individual de cada vida humana. Não é, e não poderia ser, também por respeito a princípios éticos e morais, um dever de resultado ou equalização forçada das condições linguísticas e culturais da comunidade política.

Mas veremos mais adiante as consequências últimas do desdobramento desse argumento. Por ora, o que Dworkin quer dizer por dignidade humana?

## 1. Dignidade: um conceito ético

Na obra de Dworkin, a dignidade nos informa acerca da fonte de valor e sobre a responsabilidade pelo valor da vida humana. Esse não é um conceito forjado como dispositivo de determinação imediata de direitos e deveres políticos (tal como a concepção de dignidade de Waldron), mas como uma elaboração acerca de duas perguntas éticas. A primeira nos indaga acerca de se a vida humana possui valor objetivo, se existe alguma importância na maneira pela qual as pessoas vivem e de que natureza seria essa importância. A segunda questiona acerca de a quem cabe a responsabilidade pela efetivação do valor da vida de cada pessoa.

A resposta que Dworkin oferece à primeira pergunta constitui o primeiro princípio da dignidade, o qual afirma que a vida de cada pessoa possui valor objetivo. Segundo esse princípio, é objetivamente importante que a vida de uma pessoa seja bem sucedida. Isso significa que é importante que a vida de cada um se desenvolva como um percurso dotado de sentido e não seja desperdiçada (DWORKIN, 2006, p. 9-10; 2002, p. 5-6). Esse valor objetivo independe do fato de a pessoa de cuja vida se trata reconhecer importância em sua própria vida, ou seja, não se confunde com o valor subjetivo que a nossa vida possa ou não ter para nós mesmos. Ademais, esse valor objetivo é igual para cada vida humana. Em seu sentido ético, ou seja, enquanto uma das noções orientadoras do sentido do bem viver, Dworkin denomina esse de *princípio do autorrespeito* (DWORKIN, 2011a, 205-209). É eticamente importante que toda pessoa reconheça o valor objetivo da sua vida, o fato de que ela é detentora de uma potencialidade valiosa e que é importante que essa potencialidade seja bem sucedida.

Para Dworkin, esse é um princípio que organiza as nossas noções inarticuladas mas poderosas acerca do sentido de nossa existência. Ele explica as nossas experiências de arrependimento, vergonha ou orgulho perante os acontecimentos de nossa vida e perante a

narrativa que somos capazes de construir a respeito dessa vida. Essas são experiências que não fariam sentido se não a partir do forte pressuposto de que é importante que façamos um bom trabalho da tarefa de viver a vida que temos para viver (2011a, p. 205-209). Nesse sentido, Dworkin segue a distinção de Stephen Darwall (1977) entre dois tipos de respeito em relação à nossa ou à vida de terceiros: o respeito de reconhecimento (*recognition respect*) e o respeito de apreciação (*appraisal respect*)[122]. O autorrespeito constitutivo do primeiro princípio da dignidade reporta-se a um respeito de reconhecimento, e não de apreciação relacionada seja ao impacto da vida de alguém no mundo, ou mesmo da sua capacidade ou sucesso de viver bem um percurso que ela escolheu conforme a sua própria concepção do bem humano. O reconhecimento do valor objetivo da nossa vida depende, na realidade, da nossa capacidade de perder o respeito de apreciação seja pela nossa performance ou pela performance dos demais. É justamente porque essa performace importa, e porque escolhas acerca de como proceder na nossa vida são tão importantes, que podemos chegar a conclusões decepcionantes em relação ao nosso próprio desempenho ou daqueles de outras pessoas (DWORKIN, 2011a, p. 205-206). O respeito de reconhecimento do valor objetivo intrínseco a cada vida humana é o que precede e confere sentido aos juízos que fazemos acerca do nosso ou do sucesso dos outros frente a esse valor objetivo por meio de nossas escolhas e desempenho na vida.

Esse é também um princípio que justifica várias de nossas experiências de prazer e dor, pois muito daquilo que consideramos prazeroso e buscamos para nossa vida, e do que consideramos doloroso e procuramos evitar, assim se afigura a nossos olhos em função do juízo crítico que exercemos sobre tais experiências. Essas sensações não são arbitrárias, algo que apenas nos acontece sentir. Elas são muitas vezes desencadeadas pelo juízo que fazemos acerca do seu valor objetivo, um que não podemos deixar de reconhecer.[123] Assim como dependem do juízo que fazemos sobre nós mesmos, sobre os valores que nos definem e que entendemos centrais para a maneira como fruímos nossas experiênias:

---

[122] Segundo Darwall, "As pessoas podem ser o objeto de respeito de reconhecimento. Em verdade, é justamente esse tipo de respeito que é dito ser devido a todas as pessoas. Dizer que as pessoas enquanto tal possuem direito a respeito é dizer que elas possuem direito a que as outras pessoas levem a sério e ponderem adequadamente o fato de que elas são pessoas ao deliberar acerca do que fazer. Esse respeito é o respeito de reconhecimento;". (DARWALL, 1977, p. 38). Já o objeto do respeito de apreciação são "pessoas ou características que são consideradas como manifestando sua excelência enquanto pessoas ou enquanto engajadas em alguma empreitada específica." (DARWALL, 1977, p. 38).

[123] Dworkin menciona o exemplo de pessoas que gostam de esquiar: a maneira como descrevem o prazer na atividade se conecta intimamente com o valor que identificam nas experiências visuais e físicas que o esporte proporciona. Ou seja, a sua vontade de praticar o esqui é deflagrada pelo juízo crítico que possuem sobre a atividade (2011a, p. 207).

> Autoimagens - escolhas de identidade pessoal - desempenham o papel crítico que desempenham porque elas são construídas não daquilo que apenas descobrimos que gostamos mas daquilo que descobrimos que admiramos e pensamos ser apropriado. Esses são em si juízos críticos: nós visamos corresponder a um padrão, não apenas escolher qualquer um de um menu. (DWORKIN, 2011a, p. 208).

A resposta à segunda pergunta leva ao segundo princípio da dignidade, que em seus últimos trabalhos Dworkin chamou de *princípio da autenticidade*. Segundo esse princípio, uma vez que partimos da importância objetiva de nossa vida e devemos realizar bem a tarefa de viver, é importante que nossa trajetória reflita um compromisso pessoal de cada um com um ou um conjunto de valores que consideramos importantes e norteadores de nossas escolhas. Esse princípio afirma que não existe apenas uma maneira de viver bem, mas várias maneiras: devemos fazer nossas escolhas considerando as nossas circunstâncias. O princípio da autenticidade nos exige assumir uma postura de autores da nossa própria narrativa, concebendo a vida como autoexpressão dentro de um determinado contexto (DWORKIN, 2011a, p. 209-210; 2006a, p. 10).

Dworkin ressalta dois aspectos do princípio da autenticidade. O primeiro, é o da responsabilidade pessoal. Esse aspecto nos comanda reconhecer que cada um possui responsabilidade especial pela direção geral da própria vida. Isso não significa dizer que a cultura, circunstâncias econômicas, ou nossa estrutura psíquica ou biológica não tenham um papel causal no fato de enxergarmos valor em determinadas formas de vida. A questão é a de que, uma vez que escolhas acerca de como viver precisam ser feitas e são feitas, ainda que dentre um espectro limitado de alternativas, a responsabilidade por tais escolhas é daquele de cuja vida se trata (2011a, p. 211; 2002, p. 6).

O segundo aspecto é o da independência ética, e devemos atentar para esse aspecto da autenticidade em função da sua importância na concepção dworkiniana dos direitos igualitários de liberdade de expressão. A independência ética afirma que o valor de uma vida é não só objetivo mas constituído na formulação independente que cada pessoa faz acerca do que é, para ela, uma boa vida. O valor ético de uma vida reside no ato de assumir a empreitada de construir uma vida dotada de sentido e é minado se à pessoa é imposto um determinado caminho. Pessoas cujas circunstâncias, econômicas ou de saúde por exemplo, não permitem grande amplitude de escolha ainda assim podem levar vidas tão autênticas quanto aqueles para quem o horizonte de possibilidades é mais largo. Aquilo que ceifa o valor ético de uma vida não são as limitações de circunstância impostas pela sorte ou aquelas decorrentes da justa distribuição de recursos, mas as limitações

especificamente intencionadas enquanto usurpação de escolha. O contrário da independência ética é a dominação que ocorre quando alguém é forçado a um caminho apenas em virtude do juízo de outrem acerca dos valores e objetivos que esse outro, e não a pessoa de cuja vida se trata, acredita devem ser promovidos (DWORKIN, 2011a, p. 211-213; 2002, p. 6).

É importante notar que a teoria ética de Dworkin, constituída pelos dois princípios do autorrespeito e da autenticidade, pode ser considerada minimalista por não especificar, *a priori*, quais são as formas valiosas de vida que as pessoas devem escolher. Isso não significa negar que existem projetos de vida mais valiosos do que outros[124].A questão é que um dos pilares da vida valiosa é que ela seja conduzida com independência. Uma vida vivida a partir da imposição de terceiros, ainda que o objeto da imposição (um casamento, uma profissão) possa ser considerado uma forma de vida objetivamente valiosa, não carrega qualquer valor por ter sua origem na dominação[125]. A escolha livre é, portanto, uma condição do valor ético da vida.

A partir dessa ideia, Dworkin formula o seu modelo de valor ético, o qual denomina *modelo do desafio*, em contraste com outra forma muito comum de conceber o valor de uma vida pelo seu *valor de produto*.[126] O valor de uma vida se aperfeiçoa na performance de cada um frente ao desafio de conduzir um percurso valioso em meio às próprias circunstâncias, e não no impacto dessa vida para o mundo, em termos de adição de coisas ou realizações valiosas. O valor performático está intimamente conectado à intencionalidade por trás da performance. Não há, portanto, valor performático na tarefa de viver sem endosso por convicção daquilo que se vive.

Como já mencionado, a teoria ética de Dworkin ao mesmo tempo informa a sua teoria da justiça e é informada por ela. Esse é um elemento de extrema importância, pois permite compreender como a teoria de Dworkin, que foca na independência ética, não acaba por redundar na equiparação da ética com uma concepção absoluta de autonomia. Dworkin entende que as limitações às escolhas impostas pela justiça constituem os

---

[124] Certamente, alguém que vive uma vida monótona, sem a preocupação ainda que esporádica com o sentido do próprio caminho, vive uma vida menos valiosa do que alguém que estabelece para si propósitos desafiadores e que os abraça por convicção.

[125] A religião oferece um bom exemplo: ainda que uma pessoa religiosa considere extremamente valioso o conjunto de práticas que a sua religião prescreve, ela não pode reconhecer valor na vida de alguém que é forçado às referidas práticas e não as exerce por convicção (DWORKIN, 2002, p. 269; 1995a, p. 265).

[126] Dworkin chama de *modelo do impacto* aquele que mede o valor de uma vida a partir do seu impacto no mundo, ou seja, o seu valor de produto. Sobre uma elaboração mais detalhada acerca do *modelo do desafio* e a sua distinção em relação ao *modelo do impacto*, e sobre a maneira como o modelo do desafio organiza de forma mais convincente e coerente as nossas intuições éticas, conferir DWORKIN, 1995a e 2002, capítulo 6.

parâmetros adequados em meio aos quais as pessoas fazem suas escolhas éticas. Tais parâmetros não são eticamente neutros, mas elementos que acrescem ao valor da vida por conformarem corretamente o desafio ético a que as pessoas devem responder (DWORKIN, 2011a, p. 200-202; 2002, p. 234-236, 260-267; 1995a, p. 253-262.). Isso significa que o valor ético de uma vida é diminuído não apenas por usurpação de independência, como também quando as escolhas éticas devem ser feitas em circunstâncias injustas. Se a distribuição de recursos em uma comunidade política é desigual, isso afeta negativamente o valor ético tanto da vida daqueles que detêm mais recursos do que aqueles que seriam atribuídos pela distribuição igualitária, quanto daqueles que detêm menos. Esse ponto será de fundamental importância para a reflexão acerca do sentido possível do direito à reputação no capítulo 3. Nos próximos tópicos, explorarei brevemente como a teoria ética de Dworkin informa a sua teoria da justiça, especialmente a sua concepção do direito de liberdade de expressão.

## 2. Valor objetivo igualitário, autenticidade e liberdade de expressão

Dworkin afirma que o reconhecimento do valor objetivo de nossa própria vida nos exige reconhecer o valor objetivo da vida dos demais humanos, uma vez que não somos capazes de apontar uma razão, consistente com o restante de nossa rede de crenças, para que algum atributo nosso ou de um grupo a que pertencemos sirva como justificativa de diferenciação entre o valor de nossa vida e aquele da vida das demais pessoas (2011a, p. 255-258).

Esse dever vale também e de forma crucial para a relação entre o Estado e aqueles que dele fazem parte e a ele são subordinados. Se é importante que cada pessoa faça algo de valioso da sua vida, e essa importância é igualmente válida para todas as pessoas, o Estado precisa reconhecer essa importância igualitária e refletir nas suas políticas igual respeito e consideração pelo destino de cada pessoa a ele subordinada.

Ainda que o Estado possa adotar uma determinada concepção de igualdade e, dispensando-a a todas as pessoas, reivindicar respeito ao valor igualitário objetivo da vida humana, o fenômeno da autoridade estatal imediatamente nos coloca a questão do seu impacto sobre a independência ética. Como justificar a legitimidade da autoridade estatal e das escolhas coletivas, as quais muitas vezes restringem as possibilidades de ação dos

indivíduos e com as quais muitos deles não concordam? Essas são perguntas que levam a duas implicações do princípio da autenticidade para a concepção de liberdade de Dworkin (e também de Baker): a primeira, acerca dos limites da interferência estatal em assuntos centrais para a formulação da identidade pessoal (ou em assuntos centrais para a autoexpressão, conforme Baker). A segunda, acerca dos direitos políticos que devem ser garantidos para que cada pessoa possa ser ver como partícipe na formação das decisões coletivas. A primeira implicação, na teoria de Dworkin, diz respeito à liberdade negativa. A segunda, à liberdade positiva[127]: A liberdade de expressão, e especificamente a liberdade de expressão de discursos de ódio, é uma exigência de ambos os aspectos da liberdade.

### *2.1 Liberdade negativa e discurso de ódio: a esfera de exercício da autenticidade no âmbito privado*

Estamos diante de um conflito, ao menos aparente: ao mesmo tempo em que o princípio da autenticidade exige que cada indivíduo assuma a responsabilidade por conceber para si mesmo o sentido de uma vida valiosa, e se engaje nas ações e atividades que possam levá-lo a realizar os seus planos e objetivos, a comunidade política com poder coercitivo se apresenta como uma realidade inevitável e, não só isso, importante para que tenhamos condições de acesso a uma série de oportunidades, recursos, à ordem e à eficiência os quais inexistiriam na hipótese de uma vida de eremita ou em agrupamentos

[127] Outros filósofos políticos já haviam forjado a distinção e nesse sentido destacamos o texto *Two Concepts of Liberty*, de Isaiah Berlin (2002). Dworkin endossa a compreensão da liberdade a partir desses dois aspectos, mas a maneira como concebe a liberdade negativa, e a natureza da justificativa que oferece para o reconhecimento desses dois aspectos do valor da liberdade, são distintos da abordagem de Berlin. Isso se dá porque Dworkin entende cada um desses aspectos da liberdade como exigências no âmbito das instituições políticas do princípio da autenticidade. Isso leva Dworkin a compreender cada um dos aspectos da liberdade como elementos coerentes que se reforçam mutuamente, e não como valores conflitantes, tal como os conceptualiza Berlin. Em texto *Moral Pluralism* (2006d, p. 105-116), Dworkin critica a posição de Isaiah Berlin de presumir no ponto de partida de uma teoria política o conflito entre os valores. Dworkin procura explicitar que a gramática de nosso raciocínio moral é uma que procura determinar as razões pelas quais devemos proteger certas prerrogativas e pelas quais devemos impor certas responsabilidades às pessoas umas em relação às outras e ao Estado em relação a cada um. Essa gramática caracteristicamente nos leva a conclusões coerentes acerca da existência ou não de direitos e de deveres correspondentes, porque caracteristicamente as razões para avaliar o valor da proteção de uma prerrogativa não nos recomendam ao mesmo tempo protegê-la e restringi-la. Essa gramática nos orienta a entender os valores não como definições criteriais de qualificação das nossas ações, mas como noções para designação daquilo que é valioso em conjuntos específicos de ações. Iluminando a estrutura do nosso raciocínio moral, Dworkin revela como a linguagem sobre valores é uma na qual a noção de um valor é utilizada para auxiliar na delimitação do sentido e escopo de realização dos demais. A estrutura é coerentista, e não conflituosa.

destituídos de autoridades oficiais (DWORKIN, 2011a, p. 320; 2002, p. 219). Um aspecto central de se viver em comunidade, no entanto, envolve a obediência às regras elaboradas pela comunidade. Por exemplo, somos obrigados ao pagamento de impostos para o provimento de uma série de bens públicos. Como devemos entender a relação de toda a rede regulatória da ação humana em sociedade face ao princípio ético da autenticidade, que afirma que devemos fazer por nós mesmos as nossas escolhas centrais de vida?

Alguns teóricos entendem que a vida em sociedade de fato implica em perda e compromisso do valor da liberdade no campo ético. Eles afirmam que a liberdade significa poder fazer aquilo que se deseja sem sofrer intervenção de terceiros. Nesse sentido, alguns afirmam que a vida em sociedade é importante, e apesar de implicar compromisso do valor da liberdade, a sua importância supera a perda em liberdade que dela decorre. Esse não é o posicionamento de Dworkin.

Para Dworkin, é necessário uma interpretação do valor da independência ética, e dos princípios de justiça que regulam a vida em sociedade, de forma que cada um deles aporte para a construção de sentido do outro com promoção recíproca da força normativa de cada um. O caminho para tanto é o de focar naquilo em que de fato enxergamos valor e nomeamos por meio dos princípios abstratos éticos e políticos, e não o de tratar tais princípios como conceitos estáticos constituídos de critérios semânticos para identificação de instâncias de sua realização. Esses conceitos não são como uma peneira, de trama única, na qual "jogamos" uma série de situações para identificar, com base no filtro estático da peneira, aquelas que refletem o valor que buscamos denominar por meio dos conceitos. Assim é que uma concepção de liberdade que simplesmente a define como poder de fazer aquilo que se deseja sem intervenção de terceiro não serve enquanto definição do valor da liberdade. Isso porque nem sempre enxergamos valor ou importância central em fazer seja lá o que for sem intervenção de terceiros. Por exemplo, não há valor ético, em termos de definição de uma trajetória e um sentido de vida, em poder decidir por dirigir do lado esquerdo ao invés de do lado direito da rua[128].

[128] É verdade que em muitos contextos utilizamos a noção de liberdade criterialmente, no sentido de remetê-la à pura licensa de se fazer aquilo que se quer sem restrição de terceiros. Nesse sentido, podemos até mesmo chegar a dizer que alguém "não tem direito" à liberdade de cuspir, bater, ou agredir fisicamente uma outra pessoa. Essa expressão indica a liberdade não como uma designação de direito, mas como uma mera situação de falta de restrição. Esse uso da noção de liberdade, no entanto, não reflete a lógica do uso da noção no âmbito da reflexão propriamente moral. Liberdade enquanto valor é uma liberdade que designa direitos, e não apenas a descrição da ausência de restrição. Uma ausência de restrição precisa ser valiosa para que integre as instâncias de liberdade e para que a possamos defender enquanto direito. Dworkin adverte para as viariações de uso de conceitos, diferenciando, por exemplo, entre conceitos de tipo natural, criteriais e interpretativos (sendo que esses últimos perfazem o tipo de uso dos conceitos morais). Atentar para a maneira como uma mesma palavra ou noção pode ser utilizada de forma distinta em contextos linguísticos distintos é

A independência ética, dessa forma, diz respeito à possibilidade de escolher aquilo que é central na vida de cada um. Nem tudo em nossa vida é central. Mas podemos reconhecer certos aspectos da nossa vida que consideramos constitutivos de nossa identidade e da estrutura dorsal da nossa existência. O livre exercício desses aspectos, sem violação das condições para que outros façam o mesmo, é indispensável para que possamos nos enxergar como autores de nossa própria história e para que possamos endossar com convicção a nossa caminhada[129]. O Estado nos insulta quando nos proíbe a elaboração discursiva dessas convicções centrais ou nos proíbe acesso a discursos alheios acerca desses aspectos centrais, pois nos nega a capacidade e responsabilidade de decidirmos por nós mesmos sobre o mérito de diferentes ideias de relevância ética[130].

Já em seu primeiro texto sobre a teoria da liberdade de expressão no constitucionalismo norte-americano, *Commercial Speech: a Problem in the Theory of Freedom*, escrito em 1976, C. Edwin Baker negava a formulação predominante, tanto nos meios acadêmicos quanto em parte da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, de que a proteção de prerrogativas de expressão possui um valor instrumental de promoção do debate para fins de descoberta da verdade. Baker afirmava a teoria de que a razão pela qual se protege a liberdade de expressão nos Estados Unidos, aquela que poderia explicar de forma mais convincente e atraente o escopo de proteção do discurso nos EUA, era a promoção da autorrealização individual (BAKER, 1976, p. 6). O discurso é importante porque é por meio dele que as pessoas estruturam o seu mundo:

> O indivíduo usa o discurso para criar o mundo de uma forma desejada e como um instrumento para compreender e comunicar sobre esse mundo de formas que ele ou ela acha importantes. Na verdade, os valores apoiados ou funções desempenhadas pelo discurso protegido resultam de esse discurso ser uma manifestação da liberdade e da escolha individual. (BAKER, 1976, p. 3)[131].

---

essencial, segundo Dworkin, para a boa apreensão do caráter do raciocínio moral. Conferir DWORKIN, 2006b, p. 9-12.

[129] Conferir, no entanto, interessante trabalho de Brian C. Murchison, *Speech and the Self-Realization Value* (1998). Nesse trabalho ele contrasta as abordagens de Charles Taylor e do Juiz Thurgood Marshall, de um lado, daquela representada nos romances de Kazuo Ishiguro, de outro. Os primeiros são otimistas quanto à relação entre discurso e o desenvolvimento da identidade individual, porque o discurso seria constitutivo do engajamento cívico e do refinamento de concepções do bem exteriores ao próprio sujeito, e essas seriam formas por excelência de elaboração de compromissos identitários. Ishiguro disputa esse otimismo com uma representação mais sombria do papel da linguagem no aprisionamento do indivíduo em noções estáticas, endurecidas e superficialmente abstratas do bem humano, assim como na alienação do indivíduo dos seus deveres morais.

[130] Conferir o capítulo *Why Must Speech Be Free?* em DWORKIN, 1996b, p. 195-213.

[131] Nesse seu primeiro texto, cujo principal argumento é a exclusão de discursos comerciais do escopo de proteção da Primeira Emenda à Constituição estadunidense (BAKER, 1976), Baker parece subsumir ao valor da autorrealização indidividual todos os demais valores que ele considera até então formulados pela teoria do

Quais são as questões éticas, ou de estruturação de mundo, humanamente importantes? Penso que esse é o caso de nossa orientação sexual e identidade de gênero, por exemplo. Não podemos conceber nossa vida enquanto nossa sem a liberdade de nos colocar no campo privado e público a partir do gênero com o qual nos identificamos. Da mesma forma, muitos de nós não pode conduzir uma vida plena sem a liberdade de poder construir com independência os seus laços íntimos e familiares, de acordo com a própria orientação sexual.

A liberdade religiosa é também considerada como faceta importante e central da independência ética. A crença religiosa exerce um papel estrutural na vida de muitas pessoas, orientando o sentido da sua trajetória e organizando as demais esferas da sua vida.

Extremamente relevantes para esse trabalho, as convicções políticas são também centrais na maneira como as pessoas concebem o seu papel no mundo em que vivem. Nesse sentido, discursos discriminatórios, tais como discursos de grupos nazistas ou racistas, apesar de extremamente imorais e detestáveis, são discursos que expressam convicções importantes daqueles filiados aos referidos grupos (DWORKIN, 2011a, p. 369). São convicções políticas pois dizem respeito a ideias acerca da organização ideal do Estado e das leis. Essas pessoas possuem o direito de manifestar publicamente essas crenças como parte do seu direito de participação na conformação do ambiente ético da sociedade (DWORKIN, 2011a, p. 371). Ademais, cada um de nós, quando somos impedidos de entrar em contato com tais discursos, também temos nossa independência ética violada. Se a única justificativa que pudermos conceber para a proibição de tais discursos for o juízo de que devemos impedir que as pessoas endossem ideologias visceralmente discriminatórias enquanto norte de vida, o Estado estará violando a autenticidade de todos aqueles sob a sua autoridade, por negar a todos a capacidade de julgarem por si mesmos os méritos éticos de uma determinada forma de vida (DWORKIN, 2011a, p. 369).

---

direito como fundamentos plurais da liberdade de expressão (BAKER, 1976, p. 6-7). No entanto, em textos imediatamente posteriores, Baker propõe uma organização dos fundamentos da liberdade de expressão que enfatiza separadamente os aspectos negativo e positivo da liberdade, uma estrutura de justificação das liberdades individuais que só encontraremos explicitamente organizada em Dworkin nos seus trabalhos mais recentes. Baker reconheceu desde logo que cada aspecto da liberdade imporia exigências distintas de teorização acerca dos direitos individuais. "Os valores da autorrealização e da participação na mudança impõem requerimentos de certa forma diferentes sobre uma teoria satisfatória. A ênfase no '*self*' da autorrealização requer que a teoria delineie uma esfera de liberdade para processos autodeterminados de autorrealização. O valor da participação na mudança requer que a teoria especifique e proteja atividades essenciais para processos de mudança democráticos, participatórios." (BAKER, 1978, p. 991). Conferir também BAKER, 1989, p. 45-51.

O que dizer, no entanto, do discurso pornográfico, que muitas feministas afirmam degradar e inferiorizar a mulher, aproximando o argumento pela proibição da pornografia daquele pela proibição dos discursos de ódio em geral? Se o discurso de ódio racista possui uma conotação muitas vezes inegavelmente política, por se referir, por exemplo, a um critério de determinação da cidadania, ou por reivindicar políticas migratórias discriminatórias, o discurso pornográfico, não propriamente misógino, não pode ser facilmente da mesma forma categorizado. A pornografia que se restringe a fotografias, vídeos ou textos de representação da mulher em situações sexuais degradantes, sádicas ou de clara subordinação ao poder sexual masculino, sem qualquer reivindicação explícita de consequências especificamente políticas ou de regulação coletiva, é um discurso relevante do ponto de vista da autodeterminação ética? Esse discurso deverá também ser protegido? Em que bases?

Creio que esse discurso deve sim ser protegido com base no mesmo valor do exercício da independência ética. Valores religiosos, de orientação sexual, de determinação de gênero e políticos são estruturais da conformação da identidade pessoal. As escolhas de práticas sexuais consensuais são também de extrema relevância para a autorrealização. A liberdade de exploração das potencialidades e fantasias do corpo e da energia sexual é uma parte muito importante da vida privada das pessoas, sobre a qual elas reivindicam controle, desde que isso não envolva a violação, no ato das práticas em si, da liberdade de terceiros. Defender, portanto, a produção e o consumo da pornografia é diferente de defender uma estrutura produtiva da pornografia violadora de direitos ou o emprego violento ou abusivo do material pornográfico. MacKinnon e Andrea Dworkin afirmam que a pornografia não é apenas um discurso, ela é ação, ela é um sistema que alimenta e se alimenta de uma estrutura de poder masculino, constitui a sexualidade na subordinação e "acontece" na vida das mulheres (DWORKIN, 1989, p. xxxviii, 24; MACKINNON, p. 1987a, p. 148-149). As autoras, em seu discurso de aversão à pornografia, realizam uma correspondência entre a produção de materiais pornográficos nos quais as mulheres são representadas de forma objetificada, subordinada, violentada e degradada, com a coerção que pode ou não ser empregada para a produção desses materiais. Elas realizam também a correspondência entre o uso desses materiais para fins de excitação ou estimulação sexual com a reprodução não consensual das práticas violentas, degradantes ou de subordinação representadas nos materiais.

Essa correspondência, no entanto, é falsa. Em primeiro lugar, não é necessário que materiais pornográficos sejam produzidos por meios coercitivos. E a eventual

produção coercitiva e violadora das liberdades de escolha e autodeterminação das mulheres deve ser punida por leis criminais já existentes, assim como deverá ser combatida pelos meios institucionais de fiscalização. Em segundo lugar, seria absurdo reivindicar que todos aqueles que consomem e fazem uso de materiais pornográficos representando algum tipo de subordinação feminina são levados à reprodução não consensual dessas mesmas práticas com as mulheres com as quais se relacionam concretamente. A relação causal imaginável entre o uso da pornografia e a incursão em violações de direitos à vida, integridade física e liberdade sexual das mulheres seria talvez comparável à relação causal entre o uso do alcóol e a incidência de crimes violentos contra mulheres, contra homens, crianças ou crimes de trânsito. Algumas vezes a bebida está sim relacionada à ocorrência de crimes. Mas isso não justifica a proibição total do consumo de álcool. O Estado, ao mesmo tempo em que permite o uso do álcool, promove campanhas para o seu consumo responsável. E aplica a legislação de proibição e punição de crimes quando cometidos, seja por influência do álcool ou não.

Da mesma forma, é possível regular a disponibilização de material pornográfico: é possível proibi-lo a menores de 18 anos por razões paternalistas, por exemplo, assim como é feito com a bebida. É possível promover campanhas de afirmação da igualdade da mulher e do caráter abjeto dos crimes contra as mulheres[132]. Mas não podemos proibir totalmente o consumo de pornografia sob pena de violação de um aspecto central do exercício da independência ética, que se constitui na escolha das práticas sexuais consensuais.

A autenticidade, no entanto, deve ser compreendida e exercida a partir dos limites impostos pelos direitos políticos de terceiros. Se todos possuem direito de autenticidade,

[132] Em texto *Do We Have a Right to Pornograhy?* (1985b), Dworkin explora as possibilidades de regulação da atividade comercial de venda e disponibilização de material pornográfico. Nesse texto ele mostra como um argumento utilitarista extirpado do que ele chama de preferências externas, ou seja, extirpado das preferências que dizem respeito não a como uma pessoa deseja viver a sua própria vida, mas daquelas que dizem respeito à valorização ou desvalorização da vida de terceiros, poderia justificar, por exemplo, o zoneamento urbano para fins de delimitação de áreas para venda e acesso a material pornográfico. Entendo que a teoria política de Dworkin se aperfeiçoou no sentido de negar que um cálculo utilitarista, ainda que extirpado de preferências externas, pudesse justificar legitimamente seja a proibição ou a regulação de escolhas centrais para o exercício da autenticidade. No entanto, creio que a regulação em termos de zoneamento poderia ainda assim ser justificável sob a teoria da justiça dworkiniana enquanto uma política de correção dos resultados distributivos do mercado real distorcido por altos custos de transação. Em outras palavras, para realização do arranjo mais fidedigno ao resultado que as trocas legítimas entre as pessoas provocariam não fosse a existência de altos custos de transação. Não explorarei com mais detalhes esse tópico porque não me parece que ele seja relevante para responder a reivindicações de defensores da proibição de discursos de ódio. Para o posicionamento de Dworkin a respeito da possibilidade de regulação de atividades econômicas com fundamento na correção dos efeitos distorcivos dos custos de transação, com possível aplicação para a regulação das atividades econômicas de venda de pornografia, conferir DWORKIN, 2000, capítulo 3, mais especificamente p. 153-158.

então não se pode admitir que o exercício da autenticidade de um tenha como efeito específico a violação da autenticidade do outro. A proibição de discursos de ódio, dessa forma, se justifica apenas quando há razões e indícios suficientes para vislumbrar um risco específico a direitos de terceiros (tais como direito à vida, à integridade física ou à propriedade) que seria provocado pela combinação entre a enunciação discursiva e um contexto específico (DWORKIN, 2011a, p. 369). Nesse caso, não estaríamos falando de um risco sistêmico e estrutural de certas sociedades relacionado a crimes motivados por ódio, já que vimos, na crítica à hipótese causal da discriminação em sentido estrito de Waldron, que a relação causal estrutural entre discurso de ódio e crimes motivados por discriminação, além de não ser embasada suficientemente por evidências, não nos parece universalizável. O tipo de relação causal que justificaria a restrição seria aquela que pudéssemos razoavelmente prever entre uma enunciação discursiva específica, em um contexto específico, e a violação imediata de um direito de terceiro. Importante perceber que, no caso, o mérito do discurso não agrega qualquer razão para a sua proibição. Trata-se do reconhecimento da pertinência de se estender, para certos contextos de discursos de ódio, a lógica de proibição e punição de alguém que grite "Fogo" em um cinema lotado[133]. O foco é no vínculo entre qualquer discurso e o dano, temporalmente próximo, extremamente provável e específico que ele possa vir a causar, e não no mérito moral do discurso.

Exercício de orientação de gênero e sexual e expressão de convicção religiosa e política são aspectos da vida que não podem sofrer interferência das decisões coletivas. Essa não é uma lista exaustiva, e poderá haver controvérsia acerca do que deve constituir a esfera de identidade central do sujeito. Mas os referidos domínios ajudam a compreender o sentido da liberdade negativa e a importância de que o Estado se abstenha de impor, para as pessoas, uma determinada concepção do bem viver. Tais imposições desconectam tragicamente a vida conduzida pelas pessoas do ato, de valor ético fundante, de formulação independente do sentido de sua própria existência. E essa formulação se dá de forma muito importante pela liberdade de expressão.

Se por um lado a afirmação da independência ética pode soar como uma afirmação muito contudente do valor da liberdade em detrimento de outros valores, por outro lado, ela restringe de forma relevante o escopo daquilo que consideramos como

[133] Exemplo mencionado pelo juiz Oliver Wendell Holmes da Suprema Corte dos Estados Unidos na decisão proferida no caso *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), ressaltando a necessidade de observar o contexto de enunciação de cada discurso para avaliar a existência ou não de razões para a sua proteção ou restrição.

instâncias de realização da liberdade. Essa conceitualização da liberdade negativa nega que o valor da liberdade resida pura e simplesmente na licensa de se fazer que quer que seja sem restrições de terceiros. Isso abre espaço para a compreensão de que várias políticas de limitação das ações das pessoas, desde as consideradas mais centrais e importantes, como a proibição de matar, até as mais laterais, como aquelas que proíbem dirigir sem cinto de segurança, não implicam em violação de direitos de liberdade ("ainda que necessárias") ou no compromisso do valor da liberdade, porque não comprometem o exercício da liberdade em domínios centrais de autodeterminação. Esse espaço é importante para a reflexão acerca da plena realização de outros valores, e nesse sentido destaco o valor da igualdade (empunhado pelos que reivindicam a proibição e punição de discursos de ódio), sem qualquer resquício moral de compromisso de valores de liberdade:

> Eu assumo que qualquer concepção aceitável [de liberdade] irá rejeitar a visão anarquista de liberdade como licensa; ela não irá contar qualquer restrição na liberdade (*freedom*) dos cidadãos de agir tal como eles possam desejar como uma invasão de sua liberdade (*liberty*). Ao invés disso, ela irá identificar direitos a certas liberdades (*freedoms*) designadas como essenciais para a liberdade (*liberty*), (...). Esses direitos irão incluir, no mínimo, direitos de liberdade de consciência, compromisso, expressão, e religião, e de liberdade de escolha em questões tocando aspectos centrais ou importantes da vida pessoal de um agente, tais como trabalho, arranjos familiares, privacidade sexual, e tratamento médico. (DWORKIN, 2000, p. 127).

É também nesse sentido que Baker define o que ele chama de autonomia:

> A autonomia, tal como especificada aqui (...) em nenhum sentido abrange todo o comportamento desejado por uma pessoa - ela é completamente consistente com a maior parte do direito, o que eu chamei em outro lugar de 'regras de alocação', as quais determinam sobre quais recursos uma pessoa possui o direito de tomar decisões ou os quais possui o direito de usar.
>
> Geralmente, o respeito pela autonomia envolve o respeito pelas escolhas de uma pessoa sobre si mesma e, talvez, sobre os seus recursos até o ponto em que a sua escolha envolver usurpar a escolha de outra pessoa sobre si ou seus recursos (...). (2011a, p. 257-258).

*2.2. Liberdade positiva e discurso de ódio: a legitimação do poder político*

Dworkin afirma que a vida em uma comunidade política é uma necessidade que aporta valor ético para a existência de cada um. No entanto, ela nos coloca ao mesmo tempo a questão de como conceber a preservação de nossa independência ética no cenário de submissão a decisões coletivas das quais discordamos.

Essa é uma questão que Dworkin precisa responder por meio de uma teoria da democracia capaz de justificar a obrigação política sem compromisso do valor ético. Dworkin entende que um governo é legítimo perante aqueles a ele subordinados quando trata os subordinados com igual respeito e consideração. Considerando a exigência da independência ética, a exigência de tratamento igualitário só se aperfeiçoa quando o Estado se estrutura como uma forma de autogoverno. A independência ética exige que cada um de nós possa exercer igualmente uma contribuição para a conformação das decisões políticas (DWORKIN, 2011a, p. 379; 1996, p. 200-201).

Como, dessa forma, a liberdade de expressão se revela como uma exigência da igualdade política? Por que motivo a proteção da liberdade de expressão constitui uma exigência da liberdade de contribuição para a conformação das decisões políticas? Em última instância, Dworkin necessita mostrar porque resguardar um amplo escopo para a expressão individual contra investidas majoritárias perfaz uma exigência da noção de autogoverno. Essa não é uma tarefa trivial, como ele mesmo parece reconhecer em textos mais antigos nos quais afirma que

> se estivermos preocupados apenas com o poder dos indivíduos de influenciar as condições nas quais eles precisam tentar prosperar, qualquer teoria do autodesenvolvimento que proíbe à maioria o uso da política e do direito, mesmo do direito penal, é ao menos *prima facie* autodestrutiva. (DWORKIN, 1985b, p. 349)[134].

De fato, a empreitada implica contra-argumentar em relação a uma concepção de autogoverno focada em duas ideias centrais: a primeira, a promoção da qualidade da

[134] Em *Why Speech Must be Free?* (1996b, p. 195-213), Dworkin critica a perspectiva Madisoniana que o Juiz William J. Brennan da Suprema Corte dos EUA adotou na fundamentação da decisão no caso *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Na ocasião, Brennan afirmou que a liberdade de expressão é instrumentalmente importante para que o povo se mantenha a cargo de seu autogoverno. Dworkin afirma que esse argumento "não ajuda a explicar porque a maioria das pessoas não deveria ser autorizada a impor a censura que ela aprova e deseja." (DWORKIN, 1996b, p. 203).

deliberação pública. A segunda, uma que iguala igualdade política com igualdade de poder de voto.

Essa é uma concepção de democracia com uma importante tradição no debate democrático estadunidense e que encontra aceitação importante no trabalho de alguns reconhecidos teóricos da liberdade de expressão nos Estados Unidos. Talvez um dos seus maiores expoentes seja Alexander Meiklejohn, o qual negou que as primeiras dez emendas à Constituição dos Estados Unidos constituíam uma "Lista de Direitos" (*Bill of Rights*). Segundo ele, elas na realidade seriam uma "Lista de Direitos e Poderes" (*Bill os Rights and Powers*) (MEIKLEJOHN, 1961, p. 254). Ele assim compreendia a Primeira Emenda (a qual proíbe o Congresso de, por meio de lei, restringir a liberdade de expressão) como uma disposição constitucional de regulação não de direitos individuais, mas de poderes de autogoverno. Assim, para Meiklejohn,

> A Primeira Emenda não protege uma "liberdade de falar". Ela protege a liberdade daquelas atividades de pensamento e comunicação pelas quais nós "governamos". Ela se preocupa, não com um direito privado, mas com um poder público, uma responsabilidade de governar.
>
> Na linguagem específica da Constituição, as atividades de governo das pessoas aparecem apenas em termos de depositar um voto. Mas no sentido mais profundo da Constituição, o voto é apenas a expressão externa de um número amplo e diverso de atividades por meio das quais os cidadãos tentam cumprir as responsabilidades de emitir juízos, a qual aquela liberdade de governar estabelece para eles. Aquela liberdade implica e requer o que chamamos de "dignidade do indivíduo". O autogoverno só pode existir na medida em que os eleitores adquirem a inteligência, integridade, sensibilidade, e devoção generosa ao bem estar geral o qual, em teoria, o depósito do voto supostamente expressa. (MEIKLEJOHN, 1961, p. 255).

O papel da liberdade de expressão, nessa concepção de autogoverno, é instrumental. O discurso livre e amplo serve à qualidade do debate e à ampliação das possibilidades de informação do cidadão para que ele possa exercer adequadamente a responsabilidade do voto. O que decorre desse foco no ouvinte é a preocupação com o equilíbrio do debate. A meta legítima do Estado é resguardar, portanto, um espaço adequado para a circulação das mais diversas ideias sem que uma ofusque ou tome proporções muito maiores do que as demais. Ela poderá ser alcançada, inclusive, dado o caráter meramente instrumental da liberdade de expressão, por meio de restrição das prerrogativas de discurso.

É essa a ideia de liberdade política que subjaz à defesa feita por Owen Fiss da restrição de discursos de ódio. Em relação ao valor instrumental da liberdade de expressão, Fiss argumenta que:

> O propósito da liberdade de expressão não é a autorrealização individual, mas sim a preservação da democracia, e o direito do povo, enquanto povo, de decidir o tipo de vida que ele quer viver. (...). Nós permitimos que as pessoas falem para que outros possam votar. O discurso permite que as pessoas votem inteligentemente e livremente, conscientes de todas as opiniões e em posse de todas as informações relevantes. (FISS, 1986, p. 1409-1410)[135].

Enfatizando que o debate público é marcado pela situação de escassez e não de abundância, seja pelo espaço limitado para expressão na grande mídia, seja pela capacidade limitada das pessoas de digerir informação, Fiss elabora o argumento de subordinação das prerrogativas individuais de expressão em favor do que ele compreende como equilíbrio do debate:

---

[135] Fiss parece defender essa concepção da democracia na interpretação da Constituição dos Estados Unidos por razões históricas. É essa a mensagem que ele transparece ao comparar a finalidade da liberdade, e da liberdade de expressão em particular, no trabalho filosófico de John Stuart Mill e aquela que acredita incorporada na Constituição dos EUA (comparação essa que fundamenta a sua crítica à Suprema Corte dos EUA por ter adotado uma concepção milliana da liberdade de expressão na jurisprudência consolidada em meados do século XX em detrimento da intenção constitucional histórica): "No domínio constitucional americano (...) a liberdade de expressão não é como um princípio filosófico como o de Mill mas sim uma regra jurídica articulada no processo de criação de uma estrutura de governo. Ela possui assim um caráter mais político do que pessoal. Apesar de a Constituição dos Estados Unidos fazer algumas suposições acerca da natureza humana e talvez em última instância busque garantir o desenvolvimento mais completo dos cidadãos e da sociedade em geral, o seu propósito imediato era mais limitado. Os constituintes (*framers*) não buscavam criar as condições necessárias para o indivíduo florescer, e eles nem nunca declararam tal direito; (...).
O debate livre e aberto pode, tal como Mill argumentou, ajudar os indivíduos a determinar como eles devem viver as suas vidas, mas pela perspectiva da Primeira Emenda esse benefício é incidental à busca do fim mais político: dotar os cidadãos da informação e do conhecimento que eles precisam para exercer a sua prerrogativa democrática eficazmente e sabiamente." (FISS, 2003, p. 184). A defesa de uma interpretação histórica da constituição é extremamente problemática tal como Dworkin demonstra na discussão que faz acerca do melhor sentido a ser atribuído à intenção do legislador: se devemos deferir ao que ele chama de *intenção semântica*, uma comprometida com a melhor elaboração possível do sentido moral dos valores abstratos enovelados na Constituição (ainda que isso signifique negar no futuro certas instâncias que dada comunidade historicamente situada entende como realizações apropriadas do valor em questão), ou se devemos deferir à *intenção política ou de expectativa*, uma restrita às instâncias específicas e discriminadas que um conjunto de legisladores compreende como casos de realização do valor em questão (o que significaria submeter todas as situações novas que eventualmente se apresentassem, assim como toda e qualquer pretensão de modificação do sentido de valores constitucionais a procedimentos de revisão constitucional. Isso contraria manifestamente a prática constitucional da maior parte das democracias liberais de atualização do sentido constitucional por meios legislativos menos complexos e, principalmente, judiciais). Dworkin afirma que a melhor compreensão da interpretação de orientações abstratas, pautadas em valores abstratos, é uma fiel à melhor concepção que o intérprete pode fazer do referido valor e da sua incidência em situaçõs concretas distintas (DWORKIN, 2006c, p. 117-139). Também defendendo uma interpretação textual e histórica da Constituição, em função de uma certa compreensão do valor da democracia, e analisando o sentido assim concebido da liberdade de expressão constitucional nos Estados Unidos, conferir BORK: "O juiz deve se ater próximo ao texto e à história, e às suas implicações claras, e não construir novos direitos" (BORK, 1971, p. 8).

> De forma geral ele enriquece o debate público? O discurso é protegido quando (e apenas quando) ele o faz, e precisamente porque ele o faz, não porque ele é um exercício de autonomia. Na verdade, a autonomia não acrescenta nada e, se for necessário, ela deverá ser sacrificada para que se tenha certeza de que o debate é suficientemente rico para permitir a verdadeira autodeterminação. (FISS, 1986, p. 1411).

Uma vez que Fiss compreende a liberdade de expressão como uma liberdade política instrumental à organização do debate público amplo e equilibrado, o passo para a defesa da proibição de discursos de ódio se revela natural como uma exigência da própria liberdade de expressão. No argumento de Fiss isso se dá pela ênfase no impacto de silenciamento do discurso de ódio, no sentido de que o caráter intimidador desse discurso inibe os membros dos grupos-alvo de se engajar no debate público (por medo, alienação, ou falta de confiança no valor da própria perspectiva). O debate, por essa razão, seria seriamente comprometido em sua qualidade, amplitude e equilíbrio, pois deixaria de contar com importantes perspectivas acerca das mais diversas questões submetidas à deliberação coletiva. Ao discutir o posicionamento da Suprema Corte dos EUA acerca da constitucionalidade de proibição de um tipo de discurso discriminatório, o "cross burning"[136], Fiss argumenta que:

> (...) a queima da cruz (*cross-burning*) não apenas insulta os negros e interfere no seu direito de escolher onde eles querem viver. Ela também os desencoraja de participar nas atividades deliberativas da sociedade. Eles sentem que possuem menos direitos e se sentem menos inclinados a vocalizar os seus pontos de vista na praça pública e mais inclinados a se recolher em si mesmos. Eles são silenciados tão eficazmente quanto se o Estado tivesse intervindo para os silenciar. (FISS, 1995, p. 287).
>
> Ao favorecer os direitos de expressão dos negros, dessa maneira, o Estado não está fazendo um juízo acerca do mérito - constitucional ou de outro tipo - dos pontos de vista que cada lado tende a expressar, (...), mas apenas que esse setor da comunidade precisa ser ouvido de forma mais completa se for para o público fazer uma escolha informada sobre todo um conjunto de questões na agenda pública, desde ação afirmativa, até educação e políticas de bem estar social. (FISS, 1995, p. 288)[137]

[136] Trata-se de um símbolo da cultura racista dos Estados Unidos largamente associada à Ku Klux Klan que se constitui da queima de cruzes.

[137] A formulação instrumental do sentido constitucional da liberdade de expressão é o que permite a Fiss conceber a controvérsia acerca da regulação dos discursos de ódio enquanto uma tensão interna ao próprio valor da liberdade (FISS, 1995, p. 287-288). Fiss entende que essa é uma vantagem em favor do seu argumento pela proibição desses tipos de discurso em comparação com o argumento pautado no valor da igualdade promovido por grande parte daqueles que batalham do mesmo lado da trincheira (pela proibição do discurso de ódio). Isso porque se ambos os valores são fundamentais Fiss, entende que aqueles que pendem para a igualdade não possuem nenhum argumento suficientemente persuasivo para apresentar àqueles que pendem pela liberdade. Também MacKinnon sugere o problema do silenciamento como um interno ao próprio valor da liberdade de expressão (MACKINNON, 1993, p. 73). Essa versão do argumento do

O que está, portanto, implícito nessa teoria da relação entre liberdade de expressão e democracia é que o melhor sentido de igualdade política é expresso na garantia de igualdade de poder de impacto nas decisões coletivas por meio da igualdade de poder de voto. Toda a discussão acerca das exigências da democracia centra-se na compreensão do melhor sentido do voto livre. A liberdade de expressão é tratada como um código para a noção de livre debate. O que deve ser livre é a amplitude do debate relevante para promoção do voto livre. É fácil concluir que a prerrogativa de expressão individual não tem lugar nessa relação instrumental reservada ao discurso na democracia. O que é constitutivo da democracia é a ampla circulação de ideias e informações para o melhor posicionamento político do eleitor, e não um direito de fala individual.

Não será pelo questionamento da importância de um debate amplo, livre e robusto para a democracia que os posicionamentos de Dworkin e Baker irão marcar a sua distinção em relação às teorias da liberdade de expressão irmanadas à teoria constitucional de Meiklejohn. Nem Dworkin e nem Baker negariam a importância de um debate plural[138]. O seu posicionamento se distinguirá, de forma central, pelo reconhecimento do valor normativo intrínseco à liberdade de expressão em uma democracia. Retomando o problema com que iniciei esse tópico, Dworkin e Baker responderão de forma diferente de Fiss e

---

silenciamento, como impacto na iniciativa de participação dos membros de grupos-alvo de discriminação, é distinto de uma outra versão, a meu ver, mais persuasiva, formulada por Rae Langton (1993, p. 293-330; 1999, p. 123-133) e que se relaciona com as críticas à liberdade de expressão pautadas no poder da linguagem de constituir o mundo e de estabelecer limites para aquilo que as pessoas podem pretender ser e fazer. Essa crítica será abordada no fim desse capítulo.

[138] Baker produziu trabalhos importantes (alguns inclusive baseados em análises econômicas) defendendo a regulação da mídia nos Estados Unidos em prol da pluralidade do debate público, partindo justamente da premissa de que as coorporações midiáticas não possuem direitos de expressão à maneira que tais direitos, na visão de Baker (e de Dworkin), devem ser garantidos aos sujeitos individualmente considerados: "(...) apesar da tentação de equacionar liberdade de imprensa com livre mercado, o direito constitucional não ordena tal equação. Apesar de a Primeira Emenda dever restringir a supressão propositada da expressão, ela não deve restringir e não restringiu intervenções estruturais desenhadas para melhorar a qualidade da imprensa." (BAKER, 2004, p. 4). Baker aponta três principais razões para a adoção, por exemplo, de regulação que impede a concentração do setor de mídia: a) o valor da distribuição democrática ("aumentar a distribuição da voz na esfera pública democrática" (BAKER, 2009, p. 655); b) o valor da salvaguarda democrática (evitar o efeito demagógico, aumentar a disposição da mídia em denunciar a incompetência e prevaricação dos poderosos e diminuir risco de corrupção da integridade jornalística) e c) o valor da qualidade da mídia (privilegiar a propriedade de entidades midiáticas nas mãos daqueles dispostos a sacrificar parte dos lucros pela qualidade do conteúdo) (BAKER, 2009, 651-662). E ainda defende a regulação e tributação da publicidade como forma de promoção de uma mídia mais livre e democrática (analisa e afirma o impacto negativo da infusão indiscriminada de dinheiro da publicidade no mercado midiático na manutenção de uma imprensa livre e democrática - no sentido de mais acessível possível e de veiculadora de conteúdo correspondente à diversidade dos posicionamentos sociais) (BAKER, 1994). Dworkin, por sua vez, defende medidas de promoção da igualdade de condições financeiras de competição eleitoral entre candidatos (DWORKIN, 2011b), e condena veementemente a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que declarou inconstitucional leis determinando limites de gastos corporativos em propaganda eleitoral de endosso ou em oposição a um candidato: "Empresas são ficções jurídicas. Elas não possuem opiniões próprias para contribuir ou direitos de participar com igual direito de voz ou voto na política" (DWORKIN, 2010a). Conferir também DWORKIN, 2010b.

Meiklejohn à pergunta acerca de como justificar a legitimidade do poder estatal de imposição das decisões coletivas sobre aqueles que discordam de tais decisões. A resposta de Dworkin (explorarei as conexões do posicionamento de Baker com os argumentos de Dworkin) passará tanto pela crítica às respostas normativas oferecidas pelo majoritarianismo e o seu foco no poder de voto, quanto pela investigação da conexão entre o melhor sentido possível que podemos então atribuir à noção de igualdade política, por um lado, e o respeito aos dois princípios da dignidade ética, por outro.

Para Dworkin, democracia, assim como os demais valores políticos, é um conceito interpretativo (2011a, p. 382-383). Dworkin insiste que nos perguntemos acerca do que exatamente entendemos valioso nas práticas que consideramos centrais de instanciação da igualdade política. Ele nos exige, portanto, uma reflexão acerca do valor que reside em nossas intuições democráticas que de alguma forma vinculam democracia ao triunfo da opinião da maioria. A maneira como Dworkin integra a sua concepção de democracia ao restante de sua teoria política passa pela crítica que ele faz da concepção de democracia assentada na ideia pura e simples de igualdade de poder. Essa última é a que permite tomar a liberdade de expressão seja apenas como meio ou instrumento de realização do majoritarianismo, tal como o fazem Fiss e Meiklejohn, seja como um instrumento de realização de uma outra concepção de igualdade de poder, que é aquela focada não na igualdade de poder de impacto pelo voto, mas na igualdade de poder de influência, muito possivelmente, pelo discurso.

Para compreender a concepção de democracia de Dworkin, vou iniciar pela crítica que ele faz à concepção majoritária pura, ou seja, a que entende que democracia é uma questão de igualdade de poder de determinação do resultado das decisões coletivas por meio do voto.

### *2.2.1 A crítica ao majoritarianismo*

Dworkin diferencia entre dois sentidos possíveis para uma concepção de democracia que equaciona igualdade política com igualdade de poder, que se distinguem a depender do que compreendemos como poder relevante. A primeira, é o poder de impacto, o qual ele define como "a diferença que [alguém] pode fazer, apenas por si mesmo, ao votar por ou escolher uma decisão ao invés de outra." (DWORKIN, 2000, p. 191). A

segunda é a igualdade de poder de influência, que é "a diferença que que [alguém] pode fazer, não apenas por si mesmo, mas também ao liderar ou induzir outros a acreditar ou votar ou escolher como ele mesmo escolhe" (DWORKIN, 2000, p. 191). Nesse trabalho, majoritarianismo é a concepção de democracia tomada como igualdade de poder de impacto, e que identifica como democráticas as decisões políticas que refletem o posicionamento da maioria das pessoas. O majoritarianismo exige, portanto, que as instituições sejam desenhadas para aumentar a probabilidade da correspondência entre as leis e as políticas públicas, por um lado, e a preferência política da maioria, por outro.

Dworkin reivindica que o majoritarianismo não oferece uma boa razão para a justificação das instituições que possuímos, nem mesmo para as instituições majoritárias. Os argumentos que oferece são de dois tipos: o primeiro deles busca revelar como a aceitação do ideal normativo subjacente ao majoritarianismo nos força a julgar as nossas instituições políticas como opção bastante limitada (ainda que a melhor disponível) para realização do ideal da democracia. O segundo argumento busca mostrar a inadequação do ideal normativo por trás do majoritarianismo, ou seja, busca desacreditá-lo como ideal normativo se tomado de forma pura.

Quanto ao primeiro argumento, Dworkin mostra como o ideal de igualdade de impacto nas decisões coletivas é forçado a conceber a democracia representativa não como um modelo institucional ideal, mas como a melhor aproximação possível do ideal. Isso porque a própria ideia de representação implica em um compromisso inevitável dessa igualdade, se compararmos o poder de impacto não apenas entre governados (dimensão de comparação horizontal), mas também entre os governados e as autoridades que na estrutura estatal possuem poder decisório (dimensão vertical). Todo indivíduo que ocupa uma posição de autoridade política eleita - prefeitos, vereadores, governadores, deputados e presidente - possui um impacto muito maior nas decisões coletivas com o seu voto nos processos políticos, do que aquele que qualquer outro cidadão possui com seu voto nas urnas. O majoritarianismo, dessa forma, nos condena a conceber nossa realidade institucional e política como o menor dos males[139], mas ainda assim como uma grave e inevitável distorção do nosso ideal político (DWORKIN, 2000, p. 191).

Um argumento que indica os limites de um arranjo institucional para a realização de um ideal normativo não constitui, no entanto, uma crítica fatal ou definitiva a esse

[139] Um que tentamos fazer convergir ao ideal majoritário por meio de estratégias para tentar que a posição dos representantes reflita, o tanto quanto possível, aquela da maior parte das pessoas (eleições frequentes e uma imprensa forte e independente seriam mecanismos que se justificariam para fazer prevalecer essa correspondência).

ideal[140]. A segunda crítica de Dworkin à tese majoritária é mais importante porque se dá no próprio nível normativo: Dworkin afirma que o majoritarianismo não consegue nos oferecer uma narrativa atraente da importância da igualdade de impacto.

A crítica nos pede para apreciar mais de perto o sentido possível do poder político que a tese da igualdade de poder de impacto pode atribuir a cada pessoa. É verdade que, em muitas de nossas instituições, prezamos pela igualdade de impacto, garantindo a cada pessoa um voto, nem mais e nem menos. É também verdade que, com isso, entendemos servir ao ideal da igualdade política. Ocorre que a medida do impacto de cada um de nós em processos políticos de massas é infinitesimal e se aproxima de zero. Dworkin pergunta por que cada um de nós deveria se importar em exercer o mesmo impacto que aquele exercido por outras pessoas se o resultado dessa divisão igualitária é o de praticamente destituir cada um de nós de todo e qualquer impacto?

Ainda, Dworkin nos pede para considerar o sentido possível de autoridade que uma concepção de comunidade política baseada em uma abordagem estatística da comunidade poderia oferecer. Se a comunidade política for considerada apenas como uma reunião numérica de pessoas, ou seja, apenas a soma de várias individualidades, em que sentido uma pessoa cujo posicionamento político não prevalece frente à soma do posicionamento político de outras pessoas poderia considerar a decisão majoritária tomada como sua? O mero fato de que muitas pessoas, isolada e individualmente consideradas, endossam uma posição, não oferece qualquer razão moral para que o resultado decorrente dessa soma individual de posicionamentos tenha autoridade sobre uma outra pessoa que dele discorde. Com essa observação, Dworkin nos aponta para a necessidade de construção de uma teoria alternativa de pertencimento comunitário que possa justificar porque a decisão, ainda que majoritária, sobre uma determinada questão, pode ser considerada uma decisão da coletividade, o que inclui aqueles que discordam da decisão, e não apenas o resultado de um procedimento estatístico. O mero engajamento na contagem estatística (ou seja, o voto) é insuficiente para embasar esse processo de pertencimento (DWORKIN, 1996a, p. 21-24).

[140] O próprio Dworkin concede que os arranjos institucionais serão sempre falhos em alguma medida na realização daquele que entende ser a melhor concepção da igualdade distributiva. Dworkin, que preconiza um ideal de distribuição igualitária insensível à dotação, mas sensível à escolha, entende que, ainda que permeável a distorções, uma economia de mercado amaparada por um sistema de seguridade social é a melhor opção em termos de engenharia institucional para aproximação da realidade ao ideal normativo. Conferir o capítulo 2 (*Equality of Resources*) do livro *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (2000, p. 65-119).

Essas interrogações nos levam a reconsiderar a importância que atribuímos a outros elementos que consideramos tipicamente constitutivos de uma democracia, tais como a liberdade de associação e, muito importante, a liberdade de expressão. Parece duvidoso que a importância da liberdade de expressão se restrinja à providenciar maior esclarecimento e informação para o exercício do voto se o voto significa pouco quando tomado apenas enquanto a probabilidade individual de determinação de um resultado político.

A abordagem da democracia que a toma pura e simplesmente como igualdade de poder político poderia se adequar a essa crítica, no entanto, para defender a concepção de poder enquanto influência. Essa tese poderia, a depender de como formulada, reservar ou um lugar um pouco mais proeminente e provavelmente intrínseco e não instrumental para a liberdade de expressão, ou poderia negar totalmente um lugar à liberdade de expressão na democracia. Seja lá como for, é claro que ela também requer políticas de restrição ao discurso de alguns para a promoção do discurso de outros. Vejamos a crítica de Dworkin (e de Baker) à tese da democracia enquanto igualdade de poder de influência.

### *2.2.2 A crítica à igualdade de poder de influência*

Dworkin aponta para uma intuição comum que, a princípio, poderia indicar o endosso geral ao ideal de igualdade de influência, ou seja, que todas as pessoas tivessem a mesma condição de influência na tomada de decisões pelas autoridades. Essa intuição é a de que é injusto que pessoas muito ricas possam, por meio do emprego do seu dinheiro em campanhas, propagandas e investimentos em estratégias de comunicação, obter muito mais influência na formação da opinião pública e na tomada de decisões pelas autoridades do que a maior parte das pessoas.

No entanto, logo Dworkin nos pede para conceber outras situações em que é flagrante que certas pessoas exercem maior influência política do que outras, no entanto por motivos diferentes daquele relacionado ao poder financeiro. Por exemplo, é bastante compreensível que o leitor desse trabalho se sinta muito mais influenciado pela posição de um ou mais especialistas em economia em relação a questões de regulação ou política econômica do que pela minha opinião, não especializada e não treinada, sobre o assunto. Ainda, é também razoável e desejável que o leitor se sinta mais inclinado a votar para

cargos públicos em pessoas com comprovada experiência em gestão, ou com uma reputação consolidada de idoneidade e transparência, do que em mim, uma pessoa desconhecida do leitor e com nenhuma experiência de gestão pública. Ainda mais um exemplo, penso que o leitor, assim como eu, acharia imprescindível escutar os argumentos de médicos, farmacêuticos, biólogos e químicos, treinados na avaliação e abordagem de problemas relacionados à saúde humana, para fins de decisão acerca de políticas regulatórias no campo farmacêutico, ou do exercício das profissões de saúde. Penso que tanto eu como o leitor apropriadamente nos basearíamos em maior medida no posicionamento desses profissionais, que consideramos mais aptos e melhor informados para opinar sobre essas questões, no momento de darmos a nossa contribuição política para a tomada de decisão sobre o assunto (seja pelo nosso voto, ou pelo nosso engajamento no debate público para formação da opinião pública). Completando o raciocínio em que os exemplos nos conduzem, ao mesmo tempo em que, em cada uma das situações, entendemos desejável que a nossa e as opiniões de outras pessoas sejam mais influenciadas pelo posicionamento e argumentação daqueles que para cada situação entendemos melhor posicionados para opinar e atuar, nós descartamos, e torcemos para que as demais pessoas também descartem, os posicionamentos, opiniões e reivindicações daqueles que entendemos especialmente mal posicionamentos para opinar, reivindicar ou atuar (representantes de classes corporativas com claros interesses de manutenção de privilégios, no caso do tratamento de problemas de regulação econômica; representantes religiosos, no caso de problemas relacionados à regulação das profissões da saúde ou da indústria farmacêutica, e líderes populistas com amplo histórico de corrupção, no caso da reivindicação de aptidão para exercício de cargo público).

Como equacionar, portanto, os exemplos em que, intuitivamente, condenamos as disparidades de influência (tal como os casos em que lamentamos o controle da mídia e das estratégias de propaganda por certos grupos econômicos) com aqueles nos quais apreciamos e endossamos as disparidades de influência enquanto mecanismo saudável de formação da opinião pública e da deliberação política? Dworkin sugere, em primeiro lugar, que diferenciemos entre fontes distintas de explicação das disparidades de influência, de forma a nos ajudar a compreender que aquilo que condenamos, por princípio, não é o fato de pessoas exercerem diferentes influências em si, mas os mecanismos específicos que promovem essa disparidade em determinados casos, como aqueles envolvendo grandes somas de dinheiro de conglomerados econômicos para controle da pauta da imprensa e da mídia em geral. Em segundo lugar, Dworkin nos explicita como o objetivo de extinguir

todas as formas de disparidades de influência na verdade contraria uma série de demandas do valor da igualdade, tal como informado pelos princípios da dignidade humana.

Quanto às fontes iníquas das diferenças de influência entre grandes grupos econômicos e a maior parte dos cidadãos, Dworkin argumenta que aquilo que explica nossas intuições nesse caso é o fato de vivermos em uma sociedade marcada por grandes injustiças na distribuição de recursos materiais. A nossa indignação é melhor explicada pela constatação de que na maior parte dos países o esquema distributivo permite grandes concentrações injustas de riquezas as quais são, por sua vez, aplicadas na formação da opinião pública para a manutenção do mesmo arranjo político injusto. Ou seja, em última instância, a nossa indignação adviria do reconhecimento de que certos grupos poderosos aplicam recursos ilegitimamente sob seu controle para exercer influência política. Se imaginássemos uma sociedade mais igualitária do ponto de vista da distribuição das riquezas materiais, não nos causaria a mesma indignação se um vizinho, por exemplo, exercesse maior influência política sobre os demais vizinhos e moradores do bairro por escolher aplicar parte dos seus recursos legitimamente sob seu controle na propaganda política de suas causas. Isso enquanto nós, e a maior parte dos outros vizinhos e moradores do bairro, estivéssemos aplicando os recursos legitimamente sob nosso controle para comprar um carro melhor, uma casa na praia, ou uma viagem de férias. Se para o nosso vizinho, a política é mais importante e valiosa, e exerce um papel mais central na maneira como ele concebe o valor de sua vida (mais central do que a possibilidade de conhecer outros lugares, ou de garantir um momento de lazer tranquilo), então nada mais natural, e desejável, do que o seu engajamento e envolvimento político exercer uma influência política maior do que aquela exercida pelo restante de nós.

Fica claro, portanto, que dado uma distribuição igualitária de recursos materiais, as pessoas podem diferir legitimamente nas suas escolhas de aplicação de recursos para ampliação de sua influência política a depender da maneira como privilegiam ou não a política em suas vidas. Para muitas pessoas, a política é uma atividade central na maneira concebem a sua importância no mundo. Ou seja, para muitas pessoas, a política é a linguagem do bem viver. Sendo assim, o seu maior engajamento e eventual e consequente exercício de maior influência política constitui uma dimensão importante do seu exercício de independência ética.

Dworkin nos mostra como as medidas nas quais naturalmente pensaríamos para provocar uma equalização forçada de influência entre as pessoas nos soam como atentados flagrantes à igualdade quando informada pela independência ética. Por exemplo, a mais

drástica e provavelmente mais eficiente delas seria a proibição total das prerrogativas de expressão e de associação para fins políticos, de forma a impedir que certas pessoas, em seus engajamentos discursivos e pela formação de grupos de pressão política, pudessem exercer maior influência sobre outras. Notemos que essa medida não seria incompatível com a manutenção da igualdade de voto (ou seja, manutenção da igualdade de impacto no domínio horizontal). Poderíamos bem imaginar um cenário em que cada pessoa em idade de exercício de direitos políticos teria um terminal eletrônico em casa no qual as opções de voto acerca de uma determinada questão política seriam apresentadas. Cada pessoa teria o direito a um voto e não mais do que um voto para decisão da questão, e seria proibida de discutir o assunto com qualquer outra pessoa. A decisão seria tomada de acordo com o posicionamento da maioria. Apesar da igual distribuição de votos, a maior parte de nós consideraria essa como uma situação de flagrante autoritarismo e tirania, por causa da proibição do amplo debate público acerca das questões de relevância coletiva. Por mais que possamos discordar acerca do melhor sentido do valor e finalidade da liberdade de expressão em uma democracia, é ponto praticamente incontroverso que a liberdade de expressão, em algum de seus sentidos, é central nesse regime político[141].

[141] Robert Post insiste também na importância do que ele chama de autonomia individual no âmbito da liberdade de expressão sobre assuntos de deliberação pública em função do fato de a autodeterminação incluir também, segundo ele, a determinação da própria agenda pública. Um cenário de decisões majoritárias puras, sem qualquer espaço para o debate público, pressupõe uma agenda dada. Post afirma que a radicalização do sentido da autodeterminação leva à submissão da formação da própria agenda ao escrutínio público, assim como deve resguardar um espaço de questionamento das próprias normas de estruturação da identidade comunitária e, por conseguinte, de formação das identidades individuais possíveis nessa comunidade (POST, 2009, p. 130-132; 1993, p. 1118-1119). Apesar de concordar com Post no sentido de que a própria formação da agenda deve ser submetida ao escrutínio público, discordo dos fundamentos normativos nos quais ele se baseia para fazer essa afirmação. Os compromissos normativos de Post são muito poucos e muito frágeis: em última instância, ele parece oscilar entre uma preocupação com a natureza genuinamente moral da legitimidade do poder Estatal, por um lado, e uma preocupação de natureza apenas pragmática a respeito da viabilidade da empreitada do poder Estatal, uma que necessitaria de um sentimento geral e compartilhado de que o exercício do poder estatal é legítimo. Essa oscilação tem relação com o fato de que o único pressuposto normativo que Post parece disposto a assumir é o de que todas as pessoas devem ter uma voz no debate público e que essa voz não deverá em nenhuma hipótese ser restringida por apelos majoritários. No entanto, para além do resguardo desse direito de participação no debate público, Post parece contente em assumir que o debate público poderá, legitimamente, produzir qualquer resultado regulatório, assim como poderá produzir qualquer senso de identidade nacional (POST, 1993, p. 1119). Se Post pretende assumir um compromisso genuinamente valorativo em relação ao problema da legitimidade do poder estatal, as razões que o levariam a reconhecer a importância do resguardo da independência individual na participação no debate público o levariam a reconhecer também a necessidade de proteger essa mesma independência em instâncias discursivas não relacionadas à deliberação pública e mesmo em instâncias não discursivas. Essa é justamente a crítica que Baker faz a Post (e também a Weinstein): a concepção de democracia de Post só pode se fundamentar em pressupostos normativos os quais, se assumidos em toda a sua amplitude, levam à necessidade de reivindicação de escopo muito mais amplo para a autonomia individual (BAKER, 2011b, p. 521-522). Ademais, esse compromisso normativo determina muito a respeito da identidade nacional, uma vez que necessariamente deverá se ocupar de proteger e respeitar a independência individual, e para tanto deverá se comprometer com uma estrutura regulatória que em todas as suas dimensões reflita ou ao menos não viole esse compromisso.

Uma outra estratégia seria educar as pessoas para não tentar influenciar as outras, e para resistir serem influenciadas por outras em função de vantagens argumentativas que essas outras pudessem ter com base não em desequilíbrios injustos na distribuição de recursos, mas nas suas escolhas de aplicação dos seus recursos legítimos (mais treinamento, experiência ou engajamento político). Dworkin afirma que essa estratégia, além de provavelmente extremamente ineficaz, vai de encontro, justamente, às nossas intuições favoráveis às distinções de influência entre as pessoas. Ela pede que as pessoas ignorem e se abstenham justamente daquilo que poderiam considerar como os melhores argumentos para a tomada de certas decisões. O ideal deliberativo depende da possibilidade de as pessoas poderem se engajar discursivamente umas com as outras com o intuito de identificação dos melhores argumentos e melhores fontes argumentativas. A discriminação entre o argumento bom e o ruim, entre o interlocutor mais consistente e o menos consistente, entre o argumento mais informado e o menos informado, é parte intrínseca do que consideramos como boa atividade de deliberação coletiva. Extirpar as diferenças de influência redundaria em aniquilação do ideal deliberativo. No mesmo sentido, Baker afirma que qualquer tentativa de definir a justiça no desenho institucional do debate público por meio da imposição de igualdade de influência soa como um "padrão constitucional curioso":

> A maior parte das pessoas assume que é desejável, não condenável, permitir as pessoas com sabedoria e experiência exercer maior influência não coercitiva e permitir alguma especialização em liderança de opinião ou disseminação de informação. Na verdade, se o mercado de ideias não for para promover apenas mudanças aleatórias, aqueles mais sintonizados com as necessidades de mudança devem exercer maior influência. (BAKER, 1978, p. 989).

Dworkin nos mostra, com a crítica que dirige tanto ao ideal de igualdade de poder de impacto quanto àquela de igualdade de poder de influência, que qualquer sentido possível do ideal de igualdade de poder é pouco atraente para fundamentar o ideal democrático. Qual seria, portanto, o sentido possível de democracia enquanto igualdade política?

*2.2.3 Modelo da parceria: democracia enquanto igualdade na distribuição de bens políticos*

Se democracia é igualdade política, e se igualdade política não é igualdade de poder, democracia seria, afinal, igualdade de que? Dworkin sugere que a democracia é uma questão de igualdade de valores participativos. Ele nos distingue dois deles, e vou enfatizar aquele que tem na liberdade de expressão um elemento constitutivo.

O primeiro deles é a igualdade de valor simbólico. Ela exige que a maneira de distribuição do poder reflita, não a igualdade de impacto ou influência, mas a igual consideração do valor de cada cidadão. Nesse sentido, a igualdade de impacto, ou seja, a atribuição de peso igualitário ao voto de cada pessoa, pode ser considerado como o esquema padrão pelo qual a igualdade simbólica é comunicada. No entanto, é fácil perceber várias instâncias nas quais essa igualdade exata de impacto não é observada sem que isso signifique desigualdade política (DWORKIN, 2000, p. 200-201). Qualquer organização política em formato distrital irá, provavelmente, envolver desigualdade flagrante de impacto no domínio horizontal. O sistema de eleições presidenciais indiretas nos Estados Unidos é um exemplo importante no qual o voto de um cidadão A para o candidato X não terá o mesmo impacto que o voto de outro cidadão B para o candidato Y se o candidato Y obtiver maioria de votos no Estado no qual votam os cidadãos A e B. Isso porque o sistema de eleição por colégio eleitoral nos Estados Unidos atribui todos os assentos do colégio eleitoral ao partido vencedor das eleições no interior de cada Estado, fazendo com que os votos de todos aqueles pelo partido perdedor percam o seu impacto na formação do Colégio Eleitoral.

O Senado e a Câmara dos Deputados Federais do Brasil são outros exemplos flagrantes de desigualdade de impacto horizontal. O Senado é uma casa parlamentar explicitamente criada para representar as unidades federativas enquanto entidades políticas, e por isso o seu desenho claramente rejeita a igualdade de impacto (cada Estado brasileiro elege o mesmo número de senadores independentemente do tamanho de sua população, de forma que o impacto do voto do eleitor do Acre é claramente extremamente maior na conformação do Senado do que o voto do eleitor de São Paulo). Já a câmara dos deputados, apesar de ser uma casa pensada enquanto instância de representação popular, também reflete grandes desigualdades de impacto: a Constituição coloca um limite mínimo e máximo de oito e setenta deputados federais por Estado. Isso significa que mesmo que a

divisão do número da população total de um Estado pela razão entre a população total do Brasil e o número total de deputados na Câmara seja maior do que setenta, esse Estado terá direito a apenas setenta deputados na Câmara. Enquanto cada um dos setenta deputados federais do Estado de São Paulo representou, de acordo com estimativas de 2010 do Tribunal Superior Eleitoral, 591,2 mil pessoas, cada um dos deputados federais do Estado de Roraima representou 52,69 mil habitantes. Fica claro que o voto de cada habitante de Roraima teve muito mais impacto na conformação da Câmara dos Deputados Federais do que o voto do eleitor do Estado de São Paulo. Nem por isso consideramos o Senado e Câmara dos Deputados Federais brasileiros, ou o método de eleição presidencial dos Estados Unidos, como instituições antidemocráticas. Isso porque os arranjos institucionais, em cada caso, obedecem a determinações históricas e foram pensados para promover certo equilíbrio e harmonização de poder entre unidades políticas de uma mesma federação, sem que isso refletisse qualquer premissa negando valor igualitário a uma ou um grupo de pessoas. O sentido da desigualdade de impacto nesses arranjos institucionais é muito diferente do sentido histórico da interdição do voto para mulheres, pobres e negros, por exemplo. Esses são casos de desigualdade de impacto que refletem a desqualificação da capacidade política de certas pessoas e grupos. Por isso, são flagrantes violações à igualdade simbólica.

O segundo valor participativo enfatizado por Dworkin é o valor de poder de ação (*agency*). Esse é um valor cujo sentido podemos melhor apreender se retornarmos à pergunta acerca do problema da legitimidade de imposição de decisões coletivas contra aqueles que não as endossam. Se a igualdade de impacto incorpora um valor muito mais simbólico do que propriamente "numérico", ou seja, se o valor do voto reflete o igual respeito do governo por cada pessoa, mas dificilmente significa distribuição de grande poder de determinação do resultado das decisões coletivas, o poder de ação (*agency*) de que Dworkin nos fala incrementa o sentido da participação política enquanto instância de exercício da independência ética. Dworkin afirma que

> Não podemos tornar a nossa vida política uma extensão satisfatória de nossa vida moral a não ser que tenhamos garantida a liberdade de expressar nossas opiniões de uma maneira que, para nós, satisfaça nossa integridade moral. A oportunidade de expressar o nosso compromisso com nossas convicções é tão importante quanto, para esse fim, a oportunidade para comunicar nossas convicções para os outros; na verdade, as duas se fundem. Assim como alguém a quem é negado a oportunidade de culto de acordo com as suas convicções é negado uma parte fundacional de sua vida religiosa, também alguém a quem é negado

> a oportunidade de dar testemunho da sua preocupação com a justiça, tal como ela compreende o que essa preocupação requer, encontra o seu poder de ação (*agency*) político reduzido ao absurdo e não apenas limitado. (DWORKIN, 2000, p. 201-202)[142].

O modelo dworkiniano de democracia espelha mais uma vez, no mesmo espírito de integração das teorias ética e da justiça, os princípios da dignidade. Um Estado é democrático quando garante igualmente a todos um mesmo estatuto político, ou seja, um mesmo reconhecimento da igual capacidade de todas as pessoas de contribuírem para as decisões políticas coletivas. E as pessoas retiram valor dessa participação política quando podem externalizar as razões que com convicção entendem serem as melhores para a fundamentação das decisões coletivas, na esperança e pretensão de que suas razões sejam compreendidas e exerçam boa influência no debate público. É nessa vivência de status político que as pessoas encontram o espaço para construir, na medida de seus esforços e prioridades, a dimensão da sua contribuição à deliberação pública. Nas palavras de Baker: "Mesmo para além de eleições e campanhas políticas, a liberdade de expressão é ao mesmo tempo a 'ferramenta' ou instrumento político mais importante de uma pessoa e a prática política a mais democrática possível. O discurso de todos conta" (BAKER, 1976, p. 7).

[142] É curioso que apesar de Dworkin ter sido textualmente explícito, na obra *Sovereign Virtue* (2000), na afirmação do valor de participação política enquanto um de integração entre a vida moral e a vida política do indivíduo, Baker, em resenha do livro de Dworkin *Justice for Hedgehogs* (2011), critica a concepção dworkiniana de democracia como uma supostamente constituída pela determinação das regras que melhor respondem às exigências da legitimidade. O valor da democracia de Dworkin, segundo Baker, seria medido pelo caráter mais ou menos justo das regras vigentes. E, dessa forma, a promoção da democracia dependeria da alocação do poder de definição sobre as regras àqueles mais aptos aos juízos de justiça, ou seja, àqueles mais bem preparados epistemicamente para formular as exigências da justiça. Baker chama a concepção de democracia de Dworkin de "democracia epistêmica" e com ela contrasta a sua, que chama de "democracia da escolha", uma na qual as regras coletivas são fruto de uma decisão coletiva real por parte do total das pessoas submetidas às regras. (BAKER, 2010, p. 787-780). Baker afirma que a concepção de democracia de Dworkin peca em não levar às últimas consequências o reconhecimento do indivíduo enquanto sujeito autônomo, capacitado a oferecer e a ouvir razões no debate público, para fins de autodeterminação não apenas individual, como também coletiva (BAKR, 2010, p. 791-792). Baker parece assumir que Dworkin, ao desenvolver uma teoria da igualdade e da democracia enquanto regime político que promove a igualdade das pessoas em várias de suas dimensões, estaria disposto a submeter todas as decisões de princípio na comunidade, inclusive aquelas de caráter distributivo, a uma elite "epistêmica". Essa é uma interpretação equivocada da obra de Dworkin. Em textos anteriores ele deixa claro que a democracia é uma questão tanto de permitir que o indivíduo leve para a arena pública as suas convicções morais e éticas, quanto de distribuição de poder que reflita igual respeito e consideração entre as pessoas. Dworkin admite graus distintos de legitimidade estatal, e insiste na impossibilidade de violação de direitos democráticos com objetivo de consecução de objetivos igualitários. Penso que Baker, na sua crítica a *Justice for Hedgehogs*, realiza uma série de interpretações equivocadas dos argumentos de Dworkin. No entanto, esse trabalho não é um de reconstrução da compreensão pormonorizada dos argumentos de Dworkin por Baker, e as diferenças entre eles serão exploradas não no âmbito das eventuais má-compreensões mútuas, mas naquilo em que creio os leva a argumentos positivos realmente distintos.

Em uma construção interessante dos requisitos da legitimidade do poder estatal, Robert Post concebe a relação entre cidadão e regulação pública como uma de autoria. É pela liberdade de expressão que construímos o melhor sentido possível do pertencimento de cada indivíduo no processo de formação da opinião pública:

> A democracia envolve muito mais do que um método de tomada de decisão: em sua raiz, a democracia se refere ao valor da autoria. A democracia se refere a uma certa relação entre as pessoas e o seu governo. A democracia é alcançada quando aqueles que são sujeitos ao direito acreditam que eles são também autores em potencial do direito.
> (...)
> O valor do autogoverno democrático teoriza as proteções da Primeira Emenda em termos da importância de participar na formação da opinião pública, a qual é compreendida como uma forma de ação comunicativa." (POST, 2011a, p. 482-483)[143].

Nesse sentido, os desenhos institucionais de tomadas de decisão serão antidemocráticos não porque, em determinadas situações, não garantem igualdade de impacto ao posicionamento político de cada cidadão, ou mesmo quando desenham instituições que sequer se baseiam no voto popular para a tomada de decisões de extrema importância coletiva[144]. Os desenhos institucionais de tomadas de decisão serão menos democráticos (e as decisões deles resultantes menos legítimas) se refletirem intenção do Estado de excluir certas pessoas em função de juízo do mérito sobre as convicções políticas ou éticas dessas pessoas[145]. Percebemos, dessa forma, a presença do princípio da independência ética na interpretação do sentido da igualdade política.

---

[143] Ainda: "(...) os cidadãos em uma democracia experimentam a sua autoria do Estado de maneiras que são anteriores à tomada de decisões específicas. A abordagem participatória postula que é uma pré-condição necessária para essa experiência que um Estado seja estruturado de forma a subordinar as suas ações à opinião pública, e que um Estado seja constitucionalmente proibido de prevenir seus cidadãos de participar nos processos comunicativos relevantes para a formação da opinião pública." (POST, 2000a, p. 2368).

[144] Dworkin defende que não há nada no arranjo institucional da jurisdição constitucional que viola a melhor concepção da democracia e da igualdade: "cidadãos individualmente considerados podem na verdade melhor exercer as responsabilidade morais da cidadania quando decisões finais envolvendo valores constitucionais são removidas da política ordinária e atribuídas aos tribunais, cujas decisões intencionam se basear em princípios, e não no peso dos números ou na balança da influência política" (DWORKIN, 1996c, p. 344). O argumento de Dworkin é diferente tanto de outros que, apesar de defenderem essa mesma instituição, o fazem a despeito do suposto compromisso que ela acarreta ao valor da democracia, quanto daqueles que explicitamente condenam a jurisdição constitucional por seu caráter supostamente manifestamente antidemocrático. Não irei entrar no mérito do debate acerca da compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia. Mais sobre o posicionamento de Dworkin pode ser conferido em DWORKIN, 2002, p. 208-209; 1996a, p. 1-38; 1996c, 332-347. Post também rechaça a explicação dos procedimentos de tomadas de decisão enquanto elementos que esgotam o sentido da democracia, mas os interpreta enquanto mecanismos que possibilitam que a relação de autoria entre governados e decisões governamentais seja promovida (POST, 2011a, p. 482).

[145] Assim como Post e Dworkin, também James Weinstein entende que a privação de certas pessoas de participação na formação da opinião pública implica em um compromisso da legitimidade de todo o sistema

> (...) cada pessoa deve ter uma oportunidade de fazer a diferença nas decisões coletivas, e a força do seu papel - a magnitude da diferença que ela pode fazer - não deve ser estruturalmente fixada ou limitada de formas que refletem premissas acerca de seu valor ou talento ou habilidade, ou a solidez de suas convicções ou gostos. (DWORKIN, 1996a, p. 24).

A alteração do foco da igualdade de poder político para a igualdade de estatuto político desloca a liberdade de expressão acerca de assuntos de relevância política para o centro da noção de democracia. A possibilidade de contribuir ao debate público de ideias é o elemento mais básico do estatuto político de uma pessoa. Se é verdade que as pessoas não podem impactar igualmente todas as decisões políticas, é verdade que elas podem se manifestar sobre e debater essas decisões, ou seja, submeter tais decisões às avaliações as mais diversas, com a intenção de fazer prosperar as suas razões e convicções políticas entre as demais pessoas.

Dessa centralidade da liberdade de expressão para o sentido da igualdade política, e da importância do sentido da independência ética para a elaboração do sentido da igualdade política, chego sem maiores dificuldades à apreciação do status dos discursos de ódio no exercício da igualdade política.

Os discursos de ódio possuem caráter marcadamente político. Eles expressam as convicções de certas pessoas acerca de como devem ser as leis e políticas do Estado. Proibir que as pessoas expressem ideias de conteúdo discriminatório importa na negação, a essas pessoas, de sua capacidade de contribuição para o cenário político da comunidade de que fazem parte. Leis proibitivas, *a priori*, de discursos de ódio com base em seu conteúdo atentam contra a independência ética das pessoas em seu sentido positivo, ou seja, enquanto prerrogativa de exercício de um papel político nos processos de tomada de decisões coletivas as quais obrigam os sujeitos individuais.

Dworkin expressa o direito de membros da Ku Klux Klan, ou de neonazistas, ou de misóginos, de expressar seus posicionamentos enquanto exercício de seu direito de contribuição para a conformação moral e política de sua comunidade. Proibi-los de fazê-lo acarretaria em perda de legitimidade do Estado para imposição da sua força coercitiva e minaria as razões da comunidade política para reivindicação de obediência, por parte dos silenciados, às leis dessa mesma comunidade:

---

jurídico. O posicionamento de Weinstein, no entanto, apesar de recorrer ao valor normativo da democracia informada pelo valor da participação discursiva, é bastante assentado no papel específico que o valor democrático supostamente desempenha na dogmática estadunidense da liberdade de expressão. Weinstein, assim como Post, não assume uma postura completamente normativa no tratamento do direito à liberdade de expressão, se distanciando assim de Dworkin e Baker. Conferir WEINSTEIN, 2011a; 2011b.

> Para muitas pessoas a responsabilidade moral possui um outro aspecto, mais ativo, também: uma responsabilidade não apenas de formar convicções próprias, mas de expressá-las aos outros, a partir de um respeito e consideração por eles, e a partir de um desejo convincente de que a verdade seja conhecida, a justiça servida, e o bem garantido. O governo frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando ele desqualifica algumas dessas pessoas para o exercício dessas responsabilidades com fundamento de que as convicções delas as tornam participantes indignas. Contanto que um governo exerça domínio político sobre uma pessoa, e demanda obediência política dela, ele não pode negar a ela nenhum desses dois atributos da responsabilidade moral, *independente de quão odiosas as opiniões que ela queira considerar ou propagar*, não mais do que ele pode negar a ela igualdade de voto." (DWORKIN, 1996b, p. 200, grifo meu).

Dworkin ressalta inclusive como a censura da expressão de conteúdo de ódio em relação a certas minorias e grupos vulneráveis mina a legitimidade específica da imposição coercitiva, sobre as pessoas que possuem crenças odiosas, das leis de antidiscriminação que acertadamente garantem os direitos de igualdade de todos e, mais especificamente, das minorias que de tais direitos são mais frequentemente privadas:

> Alguns grupos feministas nos Estados Unidos fizeram campanha para censurar filmes e literatura sexualmente explícitos, por exemplo, com o fundamento de que tais materiais "silenciam" as mulheres ao tornar menos provável a sua contribuição para e a sua eficácia no discurso político. Várias democracias adotaram leis e "códigos de discurso" censurando discursos racistas ou outras formas de discurso de ódio que nós propriamente repudiamos: o direito alemão, por exemplo, considera crime negar a existência do Holocausto. Essas campanhas e leis, eu disse, são particularmente atraentes nas democracias ocidentais porque elas clamam por censura no interesse não dos poderosos mas dos vulneráveis; em nome não da injustiça mas da igualdade. Elas devem, no entanto, ser combatidas, eu argumento, porque *se nós negarmos liberdade de expressão para as opiniões que odiamos, nós enfraquecemos a legitimidade de nosso sistema político inteiro, particularmente, a legitimidade das leis mesmas que promulgamos para proteger as vítimas do estereótipo e do preconceito*. (DWORKIN, 1997, p. 148, grifo meu).

É importante ressaltar, no entanto, que também a liberdade positiva não deve ser compreendida como uma prerrogativa destacada, ou isolada, das condições de sentido e contextuais que justificam a sua proteção. Assim como os demais direitos, a liberdade se justifica dentro de uma determinada concepção de justiça. Retomando argumento brevemente exposto no item 2.1, quando as circunstâncias apontam para um vínculo causal muito estreito entre uma determinação ação discursiva e a deflagração de um episódio específico de violência, ou para um risco muito grande de desmantelamento das condições

gerais de igualdade em função de certas formas de exercício da liberdade positiva, a restrição dessa liberdade se justifica.

No primeiro caso, o discurso pode ser proibido e punido porque o contexto permite vislumbrar o desencadeamento específico de atos de violência, com distúrbio da ordem ou riscos graves de violação dos direitos de terceiros (seja da propriedade, integridade física, ou mesmo da vida). Assim, é necessário distinguir entre a situação de um neonazista que profere um discurso antissemita em uma esquina pública, empunhando um cartaz com uma suástica e gritando por um megafone, sozinho, perante os olhares dos passantes em geral, de um outro líder neonazista que profere discursos conclamando uma multidão de neonazistas a ações de vandalismo contra o estabelecimento comercial de um judeu e a atos de linchamento contra esse mesmo judeu, em frente ao estabelecimento comercial do referido judeu. O risco de desencadeamento de ação violenta provável e imediata, no primeiro caso, é muito pequeno, enquanto em algumas instâncias do segundo caso é possível dizer que é quase certa as consequências violentas de violação de direitos incontroversos do judeu proprietário do estabelecimento comercial. O que difere um caso do outro, portanto, é a intensidade e o caráter imediato do vínculo causal entre um discurso e a violação de um direito. O conteúdo do discurso em si é incapaz de explicar porque podemos legitimamente proibir e punir o discurso no segundo caso enquanto fazê-lo no primeiro caso equivaleria a uma violação do direito à autodeterminação ética e política do neonazista.

Tampouco há sentido em preservar a liberdade positiva quando o seu exercício coloca flagrantemente em risco a manutenção das condições substantivas gerais de igualdade das quais a democracia retira a sua própria razão de ser. Por exemplo, quando as circunstâncias sociais apontarem para um grande risco de que um grupo fascista angarie poder suficiente para submeter um outro grupo de pessoas à dominação (negando-lhes participação política, ou conferindo-lhes tratamento de exceção) poderá haver proibição da expressão de incentivos a esses objetivos imorais. O que ocorre, no entanto, nesse caso, é uma situação de exceção, em que toda a rede valorativa se compromete no presente imediato para evitar maiores violações no futuro. Um exemplo que provavelmente ilustra essa situação foi a campanha de rádio incessante e intensa de desumanização da etnia Tutsi por parte dos Hutus em Ruanda enquanto tomava lugar o sangrento genocídio dos Tutsis pelos Hutus naquele país. Uma intervenção internacional se justificaria, naquele cenário, para tentar restabelecer uma situação minimamente igualitária de proteção dos direitos básicos de todos, o que requereria a interrupção das transmissões de rádio promovendo a

imagem desumanizada e degradada dos Tutsis[146]. O que se observou no caso da terrível guerra civil em Ruanda, no entanto, foi a perda das condições mínimas nas quais se justifica proteger direitos civis. Em tais situações, o período de restabelecimento dessas condições exigem ações que não podem ser avaliadas sobre a métrica aplicada às situações de normalidade: proteger a liberdade de expressão, no caso, não faz sentido porque esse direito se justifica apenas perante a proteção mínima de outros direitos.

O risco, em cada um dos casos, no entanto, deve ser grave e iminente. Nesse ponto, penso importante tornar explícito um aspecto da teoria política e do direito de Dworkin que, na minha leitura, é implícito na obra do autor e é essencial para uma compreensão coerente daquilo que ele entende por legitimidade e por processo democrático. Para Dworkin, a situação de normalidade democrática que experimentamos no nosso dia-a-dia implica um grau significativo de tolerância de graves imperfeições no sistema institucional em prol da defesa da moralidade dos processos decisórios e de formação das convicções públicas. Tal como ressaltei na crítica à hipótese causal da discriminação em sentido estrito, o fato de constatarmos certas injustiças do nosso sistema, com as quais convivemos enquanto você lê esse texto, não nos recomenda a proibição de uma série de discursos de apoio a essas injustiças. A democracia, nesse sentido, é uma empreitada que envolve riscos e preços altos[147]. Todos nós convivemos, diariamente, com os resultados das imperfeições das mobilizações políticas sociais. Essas imperfeições são graves e correntemente fatais: os grandes níveis injustos de desigualdade na distribuição de recursos explica grandes variações de expectativa de vida entre bairros distintos de uma mesma cidade, por exemplo. As decisões distributivas injustas mantêm em situação de extrema pobreza, com consequente privação em termos alimentares, de higiene, saúde e saneamento básico uma parte importante da população. Em última instância, o resultado dessas injustiças é o fato de que, injustamente, algumas pessoas vivem mais e melhor enquanto outras padecem. Não obstante, nossas intuições indicam que o preço que

[146] Baker expressamente afirma que tais discursos em Ruanda poderiam ser legitimamente proibidos e que tal proibição poderia ser promovida pelo teste do "*clear and present danger*" ("perigo claro e iminente") tal como formulado no caso *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) (BAKER, 2009b, p. 155). A corte afirmou que discursos "direcionados à incitação ou à produção de ação ilícita iminente e que possuem a probabilidade de incitar ou produzir essa ação" podem ser legitimamente proibidos.

[147] Creio que esse posicionamento transparece na afirmação de Dworkin de que "(...) mesmo que pudesse ser mostrado, enquanto uma questão de conexão causal, que a pornografia é em parte responsável pela estrutura econômica na qual poucas mulheres atingem empregos de elite ou salários iguais pelo mesmo trabalho, isso não justificaria censura sob a Constituição. Seria claramente inconstitucional banir o discurso diretamente *advogando* que as mulheres ocupem papéis inferiores, ou papel nenhum, no comércio ou nas profissões, mesmo se esse discurso caísse nos ouvidos de homens de disposição e atingisse os seus objetivos. Então, não pode ser uma razão para banir a pornografia que ela contribui para uma estrutura econômica ou social desigual, mesmo se pensarmos que ela o faz." (DWORKIN, 1996d, p. 219).

pagamos, um preço alto, a meu ver, pela manutenção do amplo debate público sobre questões éticas, morais e de justiça, é aquele que de forma geral compreendemos exigido se o nosso sistema político tiver qualquer pretensão de honrar a sua designação democrática.

Tendo em vista a maneira como nos portamos conscientemente diante das mazelas crônicas de nossa sociedade, o preço da manutenção da dignidade no âmbito da ação política pela proteção dos discursos de ódio não é tão caro quanto o majoritarianismo nos pretende fazer acreditar. Esse mesmo majoritarianismo não admitiria a proibição de outras instâncias discursivas que provavelmente nos custam tão ou mais caro do ponto de vista da sua relação causal com as insjutiças sociais. Não obstante, esse preço existe, e via de regra não o tomamos como razão para violações de direitos políticos.

## 3. Três críticas

Nesse capítulo mostrei como uma teoria da dignidade baseada na igualdade de valor objetivo e na igualdade do valor da independência ética de cada pessoa é atraente no sentido de organizar de forma coerente nossas intuições éticas e nossas atitudes em relação ao desenvolvimento de nossa própria vida. Ela também informa uma teoria da liberdade de expressão que possui um bom ajuste na maneira como compreendemos os limites do Estado na ingerência do espaço privado e na formação da identidade pessoal, por um lado, assim como contribui para a construção de um sentido atraente para a igualdade política.

No caso da reflexão acerca de qual o melhor posicionamento normativo acerca da regulação dos discursos de ódio, uma questão controversa acerca da qual as nossas intuições morais não nos apontam para direcionamentos firmes, a teoria da liberdade de expressão dworkiniana e bakeriana, infusionadas por uma concepção do valor da independência ética (ou da autonomia, tal como conceptualizada por Baker), orienta para a importância da proteção desses discursos. As soluções oferecidas por Dworkin e Baker oferecem a vantagem de ajuste a concepções atraentes de liberdade, especificamente liberdade de expressão, democracia e, no caso de Dworkin, dignidade. Uma virtude que falta à teoria da dignidade waldroniana e à solução por ela oferecida ao mesmo problema, já que fadada a recorrer ao balanceamento (cuja operação em Waldron é bastante

misteriosa) uma vez constatado o conflito de suas exigências com aquelas dos valores de autonomia e legitimidade política.

No entanto, entendo que a teoria dworkiniana em especial (e bakeriana em menor medida, por razões que ficarão mais claras no próximo capítulo) ainda necessita enfrentar três desafios distintos à sua coerência interna e ao poder explicativo de seus princípios. As duas primeiras críticas que vou apresentar testam a coerência interna da teoria dworkiniana exigindo que seus princípios possam explicar outros institutos razoavelmente consolidados nos sistemas jurídicos da maior parte das democracias liberais. Essas críticas argumentam que tais institutos apontam para a pertinência da proibição em geral dos discursos de ódio. Já a última crítica questiona a utilidade da teoria normativa dworkiniana se o que ela acaba por recomendar possui um impacto destrutivo nas próprias condições sociais necessárias à realização razoavelmente igualitária dos princípios primeiros de sua teoria ética. Exporei brevemente cada uma das duas primeiras críticas, porque tratarei de cada uma delas mais detidamente nos dois próximos capítulos. Explicitarei a última crítica ao final do tópico e a abordarei a seguir, encerrando esse capítulo.

A primeira crítica que acredito Dworkin deverá enfrentar pode ser rastreada a um aspecto do conceito waldroniano de dignidade. Se, por um lado, o conceito de dignidade de Waldron não parece capaz de justificar coerentemente a proibição de discursos de ódio com base em preocupações de impacto no agravamento da discriminação em sentido estrito, ou com base em preocupações de proteção contra a interação com convicções que negam os fundamentos da justiça, por outro lado, ela busca extrair parte de sua força ao apelar ao direito de reputação. Waldron constrói um argumento com base em uma sociologia da reputação atraente, segundo a qual a maneira como a sociedade percebe um indivíduo e se predispõe a interagir com ele é função não apenas da percepção específica das qualidades, característics e atitudes do indivíduo considerado isolamente, mas também da percepção social dos grupos dos quais o indivíduo faz parte.

O direito à reputação é, de fato, um direito largamente protegido pela maior parte das democracias liberais. O ilícito da difamação, parte do sistema jurídico da maior parte dessas democracias, serve à proteção do bem da reputação. Sendo um elemento tão incrustado na tradição jurídica liberal, e tendo em vista que os discursos de ódio impactam negativamente na percepção social dos grupos dos quais os indivíduos fazem parte, entendo que Dworkin (e Baker) possui o ônus de abordagem normativa da reputação (e da difamação enquanto ilícito jurídico que visa à sua proteção). Parece-me que duas são as opções que a princípio se apresentam: a primeira seria a de construção de um poderoso

argumento normativo objetivando seja negar a possibilidade de restrição de prerrogativas de expressão com base em interesses de reputação, seja negar um direito moral à reputação, abordando-a como uma questão de regulação de interesses por meio da dinâmica política majoritária (o que justificaria a proteção de apenas parte dos interesses de reputação, ou seja, daqueles violados por discursos dirigidos a pessoas determinadas, enquanto outros interesses de reputação, aqueles atingidos por discursos que prejudicam a percepção social de grupos, fossem negligenciados). A segunda alternativa seria insistir na defesa da reputação como um direito individual, oferecendo uma elaboração do seu sentido possível em uma democracia liberal igualitária que justificasse tratar, ao menos de forma paradigmática, os discursos de ódio como conteúdos não violadores da reputação ou não passíveis de punição em função de direitos de reputação. No próximo capítulo, proporei uma defesa da segunda alternativa com base em elementos da teoria da justiça de Dworkin[148].

A segunda crítica que Dworkin deverá enfrrentar diz respeito a aproximações feitas por teóricos feministas e dos estudos raciais críticos entre situações específicas nas quais a regulação de discursos de ódio é aceita e justificada pelo conteúdo discriminatório ou forma ofensiva da mensagem, por um lado, e a questão da regulação dos discursos de ódio em geral. As críticas afirmam que a restrição de discursos de ódio em relações de trabalho e também de estudo universitário, por exemplo, são amplamente aceitas e que aquilo que justifica a sua moralidade, nesses casos, se aplicaria igualmente às reivindicações de restrição geral dos discursos de ódio. No capítulo 4 buscarei mostrar que a teoria dworkiniana é capaz de explicar a diferença de tratamento dos discursos de ódio nesses e em outros casos específicos, enquanto ao mesmo tempo protege um escopo para a prerrogativa de manifestação social dos discursos de ódio no debate público.

A última crítica diz respeito a uma versão específica da crítica do silenciamento provocado pelos discursos discriminatórios. Essa versão não insiste no silenciamento pelo seu impacto na desestruturação de um debate equilibrado necessário para o exercício informado do voto (versão mekleijohniana e fissiana do argumento do silenciamento). Ela argumenta no sentido de uma relação entre o silenciamento e a erosão das próprias condições de exercício da dignidade por parte dos membros de certas minorias, com implicações políticas. Exporei algumas das frentes de elaboração dessa crítica no próximo

[148] A teoria da justiça bakeriana aponta para a segunda versão da primeira solução, ou seja, para o tratamento da reputação como um interesse a ser arbitrado pela dinâmica majoritária. Penso que esse posicionamento de Baker decorre de sua teoria inadequada da igualdade. Tentarei expor como compreendo a relação entre a teoria da igualdade de Baker e a negação da reputação enquanto direito individual no próximo capítulo.

tópico. Ao final, defenderei que, uma vez que a teoria da justiça liberal de Dworkin não é neutra em relação às condições para o exercício do bem viver por parte de seus cidadãos (diferentemente de outras teorias liberais, como as de Bruce Ackerman e possivelmente de John Rawls), assim como não é neutra em relação às condições para o exercício de direitos de igualdade, a identificação de problemas sociais crônicos que sistematicamente minam as condições de exercício da dignidade criam uma obrigação positiva por parte do Estado de combater esses problemas. Essas obrigações positivas são, no entanto, compatíveis com a proteção das prerrogativas de expressão no debate público daqueles que possuem convicções odiosas, prerrogativas essas exigidas pelos mesmos direitos de igualdade informados por uma concepção ética de dignidade.

### *3.1 Uma linguagem inexistente: o silenciamento pela privação de si e pela privação da comunicação com o outro. O feminismo de Rae Langton e Iris Marion Young*

A primeira colocação importante relacionada à crítica que apresentarei nesse tópico contra a proteção liberal de discurso de ódio no debate público é a de que ela não se confunde com a denúncia de que esse discurso nega em seu conteúdo os pressupostos da justiça, ou causa sentimentos de profunda ofensa, angústia e inquietação nos membros dos grupos-alvo do discurso. A crítica diz respeito não ao impacto de instâncias discursivas discriminatórias isoladas no sentimento ou sensações de uma pessoa-alvo, mas no problema constitutivo que ambientes dominados por uma linguagem discriminatória ou inferiorizadora colocam para a própria possibilidade de exercício da independência ética pelos membros dos grupos sistematicamente inferiorizados. Em outras palavras, a crítica das feministas que ora abordo foca não no caráter disruptivo de discursos de ódio sobre uma ordem, normativa e linguística, razoavelmente constituída por um paradigma igualitário. A leitura que faço da crítica é a de uma denúncia da própria impossibilidade de exercício da autenticidade por membros de certos grupos em um contexto linguístico e de relações sociais que "aleijam" a sua capacidade de narrativa razoavelente independente de si mesmos.

Uma das vertentes desse ataque diz respeito a uma versão do argumento do silenciamento que afirma não apenas que discursos de ódio causam a inibição da iniciativa de fala de membros de grupos-alvo, mas que tais discursos constituem uma realidade

linguística pressuposta nas interações sociais que impede que pessoas pertencentes a certos grupos sejam concebidas como capazes de certos posicionamentos de autodeterminação. Pré-compreensão essa que afeta tanto as próprias pessoas do grupo, quanto, de forma geral, aqueles que com essas pessoas interagem.

Rae Langton vale-se da teoria dos atos de fala de J.L. Austin[149] para tentar isolar a dimensão intersubjetiva do discurso na qual a formação do sentido se perfaz. Ao mesmo tempo em que essa dimensão constitui o pano de fundo de pré-compreensões compartilhadas em contraste com o qual o sentido pode se aperfeiçoar, ela é limitada justamente por esse conjunto de pré-compreensões. Trata-se da dimensão ilocucionária do discurso, que se distingue daquela locucionária e da perlocucionária.

Em breve reconstrução das distinções conceituais de Austin adotadas por Langton, o ato discursivo pode ser distinguido em três dimensões: locucionária, ilocucionária e perlocucionária. A primeira é o conteúdo semântico das proposições consideradas isoladamente. O ato locucionário, portanto, diz respeito apenas ao ato de enunciação de um trecho de linguagem. Já o ato ilocucionário encerra um sentido, uma intencionalidade específica que se aperfeiçoa por um contexto enunciativo e cujo aperfeiçoamento depende do compartilhamento de um repertório de usos linguísticos entre aquele que enuncia e aquele para quem "se diz". É por isso que, conforme Austin, e enfatizado por Langton, o sentido do ato ilocucionário se esgota no momento do ato de fala, ainda que ele se constitua no contexto enunciativo e se assente de forma importante no compartilhamento. Por fim, o ato perlocucionário é uma enunciação considerada a partir dos seus efeitos. A perlocução é aquilo que se atinge pela produção dos efeitos intencionados na ilocução. Assim, a perlocução não se segue necessariamente da ilocução: é não só possível como muito comum que o sentido da enunciação se aperfeiçoe pelo compartilhamento de pressupostos de usos da linguagem, permitindo que enunciante comunique aquilo que intenciona e ouvinte compreenda a intenção, sem que o efeito pretendido pelo enunciante com a enunciação se aperfeiçoe.

Um exemplo utilizado por Langton e aqui adaptado pode nos ajudar na distinção entre essas dimensões. Consideremos a situação de um ator que, encenando uma peça de comédia, grita "Fogo" no palco de um teatro cheio, em uma situação na qual o vilão da peça tem os cabelos chamuscados. O ato locucionário se restringe a enunciar a palavra "fogo", e o seu sentido locucionário consiste no conteúdo semântico da palavra "fogo". O

[149] Conferir AUSTIN, 1975.

ato ilocucionário é um de encenação. A intenção é de criar um efeito de humor. A intencionalidade do ato se aperfeiçoa pois a plateia compartilha com o ator as convenções que permitem compreender que o ato ilocucionário é um de encenação em uma peça de humor. Já o ato perlocucionário é o de provocar o riso no público, que pode ou não se seguir a depender da qualidade da peça, do perfil do público e da destreza do ator. O argumento no qual Lagnton insiste é o de que o discurso de alguns pode provocar "incapacidade ilocucionária" (*illocutionary disablement*) (LANGTON, 1999, p. 124-125) em outros. Explorando variações no exemplo da situação do teatro, Langton nos mostra como um mesmo ato de locução pode variar na sua intencionalidade ilocucionária e, nessa variação, pode falhar. Ela nos pede para imaginar uma situação na qual o mesmo ator, na mesma situação de encenação, de fato enxerga um incêndio em um dos cantos do teatro, e passa então a gritar "fogo" no palco com a intenção de "alertar" os demais atores e a plateia. O ato locucionário é o mesmo, segundo Langton, já que o ator enuncia o mesmo conjunto de palavras. Mas se antes a inteção subjetiva era de "encenar", no exemplo modificado ela passa a ser a de "alertar". No entanto, a platéia, alheia ao incêndio real que ocorre no canto do teatro, e imersa em uma situação na qual as convenções compartilhadas apontam para a intencionalidade de encenação, não compreende a intenção subjetiva do ator. O ato ilocucionário do ator, que é o de "alertar", não se aperfeiçoa, porque o sentido do ato não é compreendido pelo público por faltar ao enunciante e a ouvintes o compartilhamento, naquela situação, dos pressupostos contextuais que permitiriam compreender aquele uso linguístico como um ato de alerta. Segue-se que os efeitos pretendidos pelo ator, ou seja, o seu ato perlocucionário também falha. A plateia reage rindo ao invés de reagir abandonando o teatro, já que a intencionalidade ilocucionária, precondição para a possibilidade de perlocução, falha.

Esse exemplo se conecta com o argumento pela proibição da pornografia quando Lagnton pede que o comparemos com um outro exemplo: o de uma mulher que, deparando-se com as investidas físicas de um homem que busca uma relação sexual, diz "não". O homem, diante desse ato locucionário, insiste em suas investidas e estupra a mulher porque, segundo a compreensão do homem "a mulher, quando diz não, quer dizer sim". Lagnton explora os mecanismos que socialmente tornam possível essa "incapacidade ilocucionária", ou seja, os mecanismos que tornam à mulher impossível, na dimensão ilocucionária, e não perlocucionária, "negar" o ato sexual. Tal como no exemplo do teatro, Lagnton chama atenção para a ausência das condições compartilhadas de aperfeiçoamento da ilocução: a ilocução, no caso do exemplo do ator que grita "fogo" em um teatro

realmente em chamas, é impossível ao ator porque o ouvinte relevante não é capaz de pressupor, ao menos a princípio, a possibilidade da intencionalidade de "alertar" na situação em questão. Por mais que o ator queira alertar, e diga as palavras adequadas para tanto, para ele é impossível fazê-lo pela falta das "condições de felicidade" (*felicity conditions*) (LANGTON, 1999, p. 124; 1993, p. 301) para aperfeiçoamento do ato ilocucionário. No caso da mulher que diz "não" ao ato sexual, a sua intenção de "negar" não se aperfeiçoa porque, socialmente, inexiste o compartilhamento de "condições de felicidade", ou seja, de convenções de uso linguístico que estabeleçam a possibilidade de que a locução "não" enunciada por uma mulher na situação de investidas físicas de um homem possa significar a "negação" de tais investidas. A mulher, ainda que queira negar, não pode fazê-lo porque o aperfeiçoamento do seu ato ilocucionário depende do compartilhamento de convenções de uso linguístico que possam significar a locução "não" como "negação".

O argumento pela proibição da pornografia se revela quando Lagnton afirma que as condições de felicidade para atos de ilocução são estabelecidas, dentre outros elementos, por outros atos discursivos. A pornografia, segundo ela, é um dos elementos que "estabelece as condições de felicidade" para o discurso das mulheres, sendo responsável pela "incapacidade de ilocução das mulheres em algumas circunstâncias, quando elas tentam negar" (LAGNTON, 1999, p. 124). Interpretando o trabalho de Catharine MacKinnon, Langton afirma que "MacKinnon pode querer dizer que a pornografia torna alguns atos discursivos, algumas vezes, indizíveis para as mulheres" (LANGTON, 1999, p. 124)[150].

O que é distintivo nesse argumento é o tipo de silenciamento para o qual ele aponta. Não se trata da frustração do falante em conquistar os efeitos em terceiros após o sentido do seu ato de fala ser compreendido, ou seja, não se trata do silenciamento em termos perlocucionários. No capítulo anterior abordei o argumento igualitário em favor da

[150] Em artigo mais recente, Langton explora as contribuições da abordagem pragmática da linguagem para a sua teorização sobre a pornografia. Essa abordagem afirma que as pessoas adaptam as suas crenças e normas a respeito do universo que as cercam para poder fazer sentido daquilo que lhes é dito. Se a abordagem pragmática estiver correta, Langton conclui que o potencial dos discursos de ódio para alteração das crenças sociais seria muito maior do que aquele que se supõe mediado pela reflexão acerca da mensagem veiculada. Não me deterei com detalhe nessa linha ainda exploratória do argumento de Langton e suas possíveis consequências para a filosofia política. No entanto, penso que esse argumento provavelmente padeceria da impossibilidade de universalização, tal como o argumento da hipótese causal de discriminação em sentido estrito explorado no primeiro capítulo. Aceitar consequências de policiamento da linguagem em função do seu impacto nas crenças das pessoas, seja lá como tal impacto se der, equivaleria a admissão da legitimidade de restrição de um sem número de instâncias discursivas que, apesar do seu provável impacto negativo, ainda que aperfeiçoado tal como descrito pela abordagem pragmática, entendemos constitutivas do exercício da liberdade de expressão. Conferir LANGTON, 2012.

proibição de discursos de ódio em função do seu impacto em atos de discriminação em sentido estrito e cotejei a força do argumento ao considerar a plausibilidade da sua universalização. Cheguei à conclusão de que nossas práticas discursivas e aquilo que entendemos por liberdade de expressão em diversos âmbitos culturais e religiosos não admite a supressão do discurso por causa da sua conexão causal difusa com instâncias crônicas de discriminação social. Banir o discurso que perpetua crenças e convicções injustas e que são responsáveis por lacunas enormes e trágicas na promoção da justiça social significaria um golpe imoral inadmissível na dimensão igualitária dos processos sociais pelos quais tomamos as decisões sociais que nos definem.

O argumento de Lagnton não foca na perlocução, no entanto. Ele aponta para um silenciamento no âmbito dos sentidos mesmos que um determinado falante é capaz de produzir. Ele denuncia que as condições linguísticas e as condições de representação, ao operarem esse silenciamento, limitam aquilo que algumas pessoas podem fazer com as palavras.

Esse argumento pode ser compreendido de uma forma simples ou de uma forma um pouco mais complexa e profunda. A forma simples do argumento redundaria na afirmação de um direito de ser compreendido como constitutivo do direito de liberdade. E esse argumento, levado às últimas consequências da sua universalização, se revelaria extremamente absurdo, dobrando-se inclusive contra os interesses dos grupos minoritários que clamam por restrição de discurso enquanto condição igualitária de liberdade. Ronald Dworkin rebate essa compreensão simples do argumento, explorando como ele soaria se colocado na boca daqueles cujas crenças odiosas os grupos minoritários buscam restringir:

> Porque esse argumento cita a Primeira Emenda como uma razão para banir, não para proteger, a pornografia, ele possui o apelo de um paradoxo. Mas ele toma como premissa uma proposição inaceitável: que o direito de liberdade de expressão inclui um direito a circunstâncias que encorajam alguém a falar, e um direito de que outros compreendam e respeitem aquilo que alguém quer dizer.
>
> Esses obviamente não são direitos que qualquer sociedade possa reconhecer ou impor. Criacionistas, crentes no formato plano da Terra, e fanáticos, por exemplo, são ridicularizados em várias partes da América hoje em dia; essa ridicularização sem dúvidas esfria o entusiasmo que muitos deles possuem de falar abertamente e limita a atenção que outros dedicam ao que eles dizem. (DWORKIN, 1996e, p. 232).
>
> O argumento do "silenciamento" supõe que todo mundo - o fanático e o criacionista assim como o reformista social - possui um direito a seja lá qual for a atenção respeitosa da parte dos outros necessária para encorajá-

> lo a dizer o que pensa e para garantir que ele será corretamente compreendido; e isso é um absurdo. (DWORKIN, 1996e, p. 235).

De fato soa como um absurdo que as pessoas que por ventura participem de grupos culturais diferentes em uma mesma comunidade política, ou que sejam falantes de línguas distintas nessa comunidade, ou que participem de crenças religiosas ou éticas baseadas em premissas ontológicas e epistemológicas completamente diferentes umas das outras, possam reclamar um direito de serem devidamente compreendidas em suas intencionalidades discursivas pelas demais. O fato de Dworkin mencionar o reformista social é esclarecedor: mesmo que não estejamos falando de expressões articuladas em campos linguísticos tão isolados, ainda que o que tenhamos em mente seja o discurso de um cientista social, ou de um jurista, advogando pela limitação de gastos empresariais em financiamento de campanha, fundamentado em uma teoria plausível da liberdade de expressão e na posse de estudos empíricos demonstrando o impacto da mídia na formulação das crenças políticas das massas, ainda que estejamos falando desse discurso, seria absurdo reclamar um direito de ser compreendido pelos demais participantes do debate público. Sabemos que parte grande do fracasso em nos definirmos de forma mais coerente enquanto sociedade e de conduzirmos um debate político mais relevante reside na incapacidade de compreensão do discurso alheio. Mas não me parece que possamos reclamar um direito de ser compreendido, tampouco que ele possa ser promovido por meio de censura, para que apenas os nossos pressupostos possam circular e informar as convicções das pessoas.

Contudo, penso que essa forma de compreensão do argumento de Langton não o capta em toda a sua profundidade. Nesse sentido, penso que seja útil enriquecê-lo com alguns aspectos do trabalho de Iris Marion Young, principalmente de alguns argumentos desenvolvidos em sua obra *Justice and the Politics of Difference* (2011). Nesse trabalho, Young questiona o próprio projeto teórico da justiça como problema distributivo. Ela argumenta que "uma concepção de justiça deve começar com os conceitos de dominação e opressão" (YOUNG, 2011, p. 3). O que está por trás do grande desafio que Young coloca ao que ela chama de teorias tradicionais da justiça como distribuição é, em primeiro lugar, o questionamento do que ela chama de ontologia pressuposta por essas teorias. Em outras palavras, Young busca explicitar e contestar o que ela compreende como a imagem do indivíduo destacado, racional e autônomo que informaria o paradigma distributivo. Em substituição, ela enfatiza que o indivíduo é precedido pelos grupos sociais dos quais

participa: "enquanto os grupos não existem separados dos indivíduos, eles são socialmente anteriores aos indivíduos, porque as identidades das pessoas são parcialmente constituídas pelas suas afinidades de grupo" (YOUNG, 2011, p. 9).

Em segundo lugar, Young busca formular teoricamente o que ela entende pressuposto em várias reivindicações de justiça que não se esgota e não é adequadamente tratado por meio de abordagem distributiva. Ela oferece o exemplo de trabalhadores que protestam contra o fechamento de uma planta industrial em uma cidade de pequeno porte e ilumina o aspecto da indignação que não se restringe à necessidade de reposição material das perdas ocasionadas pelo desemprego. Young enfatiza, no caso, o pleito por controle social da mobilidade dos meios de produção. A gramática desse discurso, portanto, se fundamenta não no cálculo acerca da renda perdida, mas em uma revolta pelo poder da administração de uma empresa de lançar no desemprego uma grande parte da população e de desativar um complexo produtivo sem que a comunidade envolvida naquela cultura produtiva pudesse ter qualquer voz na, ou alternativa à, decisão. Young enfatiza também as sensações de inferioridade, de enclausuramento corporal, e de impotência na autodeterminação que estão na base de movimentos culturais de reafirmação da subjetividade positiva de certos grupos sociais estigmatizados. Iniciativas como "Black is Beautiful" são, segundo Young, não reivindicações distributivas de alocação de algum bem passível de apropriação estática por indivíduos singularmente considerados, mas, em primeiro lugar, denúncias de hierarquizações culturais. Essas hierarquizações impõem a certos grupos uma imagem e identidade desqualificadas, rotuladas, engessadas e desviantes, as quais conformam a maneira como outros grupos se aproximam dos membros do grupo assim desqualificado. Em segundo lugar, esses movimentos buscam uma reapropriação da sua própria identidade, e de rejeição da sua elaboração e imposição por grupos externos culturalmente dominantes. Quando negros insistem que a maneira como a mídia dominante os representa é injusta, o que eles reclamam não é apenas por uma retificação dos impactos distributivos injustos dessa representação cultural, mas que essa representação cultural carrega em si um problema de igualdade.

Ao mesmo tempo em que Young busca desconstruir o paradigma distributivo, ela apresenta uma explicação para a dominância desse paradigma na filosofia política moderna. Insistir que a justiça é uma questão alocativa, de distribuição igualitária de bens, ainda que intangíveis[151], decorre da omissão da filosofia política de fundamentar a

[151] Young menciona o fato de que algumas teorias distributivas reconhecem a relevância de bens intangíveis para a discussão acerca da igualdade. Entre esses bens ela identifica: atividades produtivas voltadas ao

moralidade política em uma visão compreensiva do bem humano. Segundo Young, a restrição da filosofia política moderna liberal a princípios formais e instrumentais de justiça foi imbuída da intenção de deixar aos indivíduos a autodefinição dos seus próprios fins. Ao buscar legitimar alguns pleitos sociais notoriamente característicos de grupos sociais vulneráveis enquanto pleitos de justiça, e ao incluir bens não-materiais e a dinâmica não distributiva de sua fruição na "conversa" sobre justiça, Young alerta que não pretende retornar a um ideal pré-moderno de formulação e de imposição institucional de uma concepção única de bem humano. Ela explicita que pretende continuar a se referir "apenas a condições institucionais, e não às preferências e modos de vida dos indivíduos ou grupos" (YOUNG, 2011, p. 36). No entanto, se Young pretende se referir a condições institucionais, e se essas condições não se restringem a condições distributivas de recursos, elas se referem a condições de que? É interessante notar que, ainda que Young denuncie o que compreende como a concepção consumista, utilitarista e baseada na relação de possessão, da natureza humana pressuposta no ideal de justiça distributiva, Young compartilha com esse paradigma um ideal da independência e autonomia individual (ainda que ela insista na necessidade de que a teorização sobre a justiça reconheça a realidade social dos grupos que antecedem os indivíduos). O que a distoa do que ela considera como ideal distributivo, a meu ver, diz respeito à concepção de natureza humana que informa o valor da independência e da autonomia. Segundo Young, a justiça não é idêntica à boa vida, ou seja, aquilo que ela comanda e estrutura não é a fruição de uma concepção de boa vida em si. E isso necessita de fato figurar em uma teorização sobre a justiça que parte de uma abordagem autodenominada "crítica", uma que recusa as totalizações de valores como imposições de grupos dominantes sobre grupos dominados. No entanto, Young explicitamente reconhece que nenhuma teorização sobre a justiça pode prescindir de pressupostos acerca da natureza humana, e eu arcescentaria, do seu valor. Assim é que, ao final do mesmo capítulo em que busca desconstruir o ideal distributivo, Young elabora como a sua perspectiva envolve exigências institucionais que ao mesmo tempo visam estruturar relações para além das alocações de recursos e que não se confundam com a imposição, na estruturação das relações, de uma concepção específica, historicamente

---

desenvolvimento das capacidades individuais, autorrespeito, poder, honra, direitos e deveres relacionados a tomadas de posição, dentre outros. Mas ela afirma que discutir a justiça dos padrões de fruição desses bens na sociedade por meio do paradigma distributivo seria um equívoco. Isso porque esses bens são mal compreendidos como possessões, ou seja, como valores que podem ser fruídos a partir do controle individual tal como aquele que pessoas podem ter, por exemplo, sobre dinheiro, ou sobre um carro, ou uma cadeira. A fruição desses valores é mais uma questão de normas e relações sociais do que de alocações independentes do reconhecimento de terceiros. (YOUNG, 2011, p. 24-30).

situada e, na concepção de Young, opressora de bem humano, em detrimento de várias outras concepções possíveis.

Young afirma, portanto, que o sucesso de uma sociedade na promoção da justiça diz respeito a até que ponto a sociedade mantém as condições institucionais para a realização das diversas concepções possíveis do bem. Ela afirma que os valores compreendidos na boa vida podem ser reduzidos a dois, bastante gerais, quais sejam: (1) desenvolver e exercitar as próprias capacidades e expressar as próprias experiências e (2) participar na determinação da própria ação e das condições da própria ação (YOUNG, 2011, p. 37). É bastante interessante que os dois elementos constitutivos da boa vida identificados por Young em muito se aproximam das dimensões negativa e positiva da liberdade dworkiniana. Quando Young afirma que uma reflexão sobre a justiça deve partir das noções de opressão e dominação, ela está claramente defendendo que o sentido de discutir os problemas de igualdade corresponde a analisar as condições para realização igualitária do mínimo ideal ético que ela explicitamente endossa. Assim é que, para Young, os dois valores que constituem a sua concepção de boa vida

> são valores universalistas, no sentido de que eles assumem o valor moral igualitário de todas as pessoas, e assim a justiça requer a sua promoção para todos. A esses dois valores gerais correspondem duas condições sociais que definem a injustiça: opressão, a limitação institucional do autodesenvolvimento, e dominação, a limitação institucional da autodeterminação. (YOUNG, 2011, p. 37).

Em uma elaboração um pouco mais extensa, a "opressão"

> consiste nos processos institucionais sistemáticos que impedem algumas pessoas de aprender e usar habilidades gratificantes e expansivas em ambientes socialmente reconhecidos, ou processos sociais institucionalizados os quais inibem a habilidade das pessoas de interagir e comunicar com outros ou de expressar seus sentimentos e perspectivas acerca da vida social nos contextos nos quais os outros possam ouvir. (YOUNG, 2011, p. 38).

Já a dominação consiste

> nas condições institucionais as quais inibem or impedem as pessoas de participar na determinação de suas ações ou das condições de suas ações. As pessoas vivem em estruturas de dominação se outras pessoas ou grupos podem determinar sem reciprocidade as condições de suas ações, seja diretamente ou em virtude de consequências estruturais de suas ações. (YOUNG, 2011, p. 38).

É interessante notar que, ainda que Young pretenda que teorizações de justiça partam de uma ontologia social também constituída por grupos anteriores e constitutivos das identidades individuais, a concepção abstrata de boa vida de Young remete a um individualismo, no sentido de que, ao fim e ao cabo, aquilo que eticamente informa o próprio sentido de igualdade em Young é a possibilidade de cada pessoa humana desenvolver suas potencialidades e de participar nas decisões de determinação das suas próprias ações. Como, portanto, a teorização de Young se distancia do que ela chama de paradigma distributivo liberal e por que? A minha leitura é a de que, ainda que Young esteja partindo de uma teoria ética bastante próxima daquela explicitamente reconhecida por Dworkin (e, alguns argumentariam, necessariamente pressuposta na teorização de outros liberais igualitários, tais como Baker e Rawls), ela aponta para o fato de que a potencialidade para realização desse ideal não pode ser tomada como um pressuposto em cada pessoa humana. Isso porque as dinâmicas sociais de formação de identidades, de aproximações e separações das pessoas em grupos, forjam condições desiguais para a autodeterminação e a autoafirmação. Em outras palavras, se a vida humana possui valor objetivo, e se esse valor se realiza na independência ética dos indivíduos, tal como coloca Dworkin, e se seres humanos se forjam em condições sociais desiguais para afirmação e exercício da sua independência e responsabilidade éticas, então é importante que prestemos atenção às condições sociais para formação o mais igualitária possível das subjetividades individuais.

É nesse sentido que é possível compreender a afirmação de Young de que a "justiça deve se referir não apenas à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias para o desenvolvimento e exercício das capacidades individuais e da comunicação e cooperação coletivas" (YOUNG, 2011, p. 39). E ainda, a noção de que a opressão ocorre com e entre grupos. O que Young busca denunciar é que a dinâmica social pode se consolidar de tal forma que certos grupos sociais, assim definidos pelo compartilhamento de um modo de vida, formas e práticas culturais, controlam processos culturais, econômicos e políticos que estabelecem instituições e normas não só jurídicas, como também culturais, linguísticas, comportamentais e econômicas. Essas normas e instituições limitam de forma importante e desigualmente a possibilidade de que membros de outros grupos exerçam os princípios éticos. Ao criticar abordagens distributivas de valores não materiais, Young afirma, sobre o valor do autorrespeito, que ele não é um bem sobre o qual as pessoas podem ou não ter posse: "as pessoas possuem ou não autorrespeito por causa de como elas se definem e de como os outros as percebem, por causa de como

elas gastam o seu tempo, por causa da quantidade de autonomia e poder de tomada de decisão que elas possuem em suas atividades, e por aí vai." (YOUNG, 2011, p. 27).

Young elege explorar, em *Justice and the Politics of Difference*, três estruturas ou sistemas institucionais sociais que, segundo ela, organizam desigualmente diferentes grupos em relações de dominação e opressão. São eles processos de tomadas de decisão, a divisão do trabalho e a cultura. Não pretendo explorar a pertinência da escolha de cada uma das estruturas enquanto questão de justiça. Entendo, no entanto, que a discussão que Young promove acerca de certos aspectos da conformação cultural é pertinente para pensar os fundamentos sociais de exercício da autenticidade em sentido dworkiniano. Nesse sentido, destaco a sua análise dos processos sociais de aversão e "abjetificação" das corporalidades marcadas como diferentes.

Em capítulo denominado *The Scaling of Bodies and the Politics of Identity* (YOUNG, 2011, p. 122-155), Young enfatiza como as oportunidades de interação social são marcadas não apenas por formulações discursivas racionais, mas também por pulsos de atração e aversão, com "consequências específicas para a experiência do corpo" (YOUNG, 2011, p. 123). O que ela chama de imperialismo cultural consiste no fenômeno duplo de invisibilidade de certos grupos concomitante à sua estereotipação e congelamento enquanto elemento desviante e "outro". Ele combina, portanto, opressão e dominação. A opressão ocorre pelo aprisionamento dos membros do grupo imperializado na formulação que deles fazem os grupos opressores, em especial pela conexão que o discurso opressor realiza entre as características da personalidade e comportamentais dos membros dos grupos oprimidos e a inafastabilidade da diferença dos seus corpos. Já a dominação se perfaz pelo controle dos meios de formulação e interpretação da cultura.

A opressão pelo corpo, segundo Young, ocorre pela normalização do corpo no discurso cultural dominante[152]. Disso resulta a imagem do corpo neutro, saudável, inofensivo, e aquela dos demais corpos desviantes, feios, abjetos e temidos. Esses processos se consolidam na racialização, sexualização ou fundamentação em critérios de gênero, nacionalidade ou idade, das alocações de papeis sociais e de posições de prestígio ou de subordinação, ainda que tal estruturação seja oficialmente negada. Ademais, esses processos constituem a formação de identidades a nível inconsciente, moldando a experiência corporal e os padrões de interação mesmo daqueles que no nível da consciência racional afirmam a sua intenção igualitária. A descoberta do status

[152] MacKinnon também critica a teoria liberal por partir de premissas de liberdade individual quando a realidade seria a de que a pornografia escraviza a mente e os corpos das mulheres (1987b, p. 129).

inferiorizado, nesse caso, se dá pelo "comportamento corporificado dos outros: nos seus gestos, um certo nervosismo que eles exibem, o seu evitar de contato visual, a distância que eles mantêm" (YOUNG, 2011, p. 123).

Apesar de Young enfatizar os processos contemporâneos inconscientes de demarcação de identidades, de formulação dessas como estruturas monolíticas, e dos processos resultantes de aversão insconsciente do outro diferente como ameaça à própria integridade (YOUNG, 2011, p. 130-136), várias das suas formulações ressoam alguns dos argumentos de Waldron acerca da relevância das diferenciações identitárias grupais para a maneira como as pessoas interagem umas com as outras.[153] Outra das aproximações entre Young e Waldron relevante para esse trabalho diz respeito ao apontamento do papel da mídia na formulação e constante reforço dos estereótipos de raça, sexo, gênero, idade, nacionalidade e orientação sexual. Young, no entanto, enfatiza o apelo à fantasia, aos sentimentos e desejos que permeiam os jogos de enaltecimento e degradação na mídia do entretenimento. Ao contrário de Waldron, o qual chama a atenção apenas para o conteúdo da formulação verbal marcadamente discriminatória, a abordagem de Young é abrangente no sentido de denunciar o papel do subliminar, do não-dito, do humor, da imagem e da estética na construção das opressões culturais. Para Young, a dimensão dos afetos na modulação das interações sociais não é menos relevante do que aquela da razão.

Enquanto o argumento de Waldron se situa no campo lógico, no combate à circulação da mensagem que na sua formulação contradiz os pressupostos da justiça, Young pontua os processos inconscientes e estruturais de opressão, ou seja, aqueles que não são fruto da ação intencionada de ninguém, mas que decorrem do fato de as pessoas, por meio de suas ações, reforçarem padrões de comportamento nas quais elas estão embebidas e as quais tomam como pressupostos neutros. Essa diferença é coerente com a fundamentação que cada um dos autores apresenta para denúncia dos processos discriminatórios: enquanto Waldron fundamenta o argumento pela proibição dos discursos de ódio em um suposto direito de dignidade do qual decorreria um direito subjetivo de exigência de deferência por parte das demais pessoas, Young enfatiza um problema estrutural, institucional, que orienta ações, sentimentos, reações instintivas, muitas vezes não intencionais, de opressão. Enquanto Waldron parece reclamar por um direito de

[153] "Nas minhas interações, o sexo, a raça e a idade de uma pessoa afetam meu comportamento em relação a essa pessoa, e quando o status de classe, ocupação, orientação sexual, ou outras formas de status social são conhecidas ou suspeitadas, essas também afetam o comportamento. (...). Em interações sociais o grupo social superior frequentemente evita estar perto do grupo de status inferior, evita contato visual, e não mantém o corpo aberto" (YOUNG, 2011, p. 133).

deferência exigível pessoa a pessoa, fundamentado em argumentos de difícil universalização, Young reclama atenção para problemas sociais institucionais que formam o pano de fundo do exercício da independência ética.

Nesse sentido, o argumento do silenciamento ilocucionário de que fala Langton pode ser lido como denúncia da pornografia enquanto discurso de tal importância na conformação das convenções de uso da linguagem que limita severamente e estruturalmente o exercício da independência ética pelas mulheres. Junto com Langton, outros estudos feministas e raciais críticos veementemente favoráveis à proibição do discurso de ódio podem também ser interpretados como formulações do problema colocado pelo discurso de ódio para o contexto no qual os membros dos grupos-alvo necessitam viver as suas vidas e tentar se tornar aquilo que querem ser. Quando, portanto, Andrea Dworkin afirma que a pornografia é "um exemplo espetacular de como aqueles no poder canibalizam não apenas as pessoas mas a linguagem" (DWORKIN, 1989, p. xxxviii), e quando denuncia que os homens "possuem o poder de nomeação, um poder enorme e sublime" e enfatiza que esse poder capacita os homens a "definir a experiência, articular as fronteiras e os valores, designar a cada coisa a sua esfera e qualidades, determinar o que pode e não pode ser expresso, controlar a percepção em si" (DWORKIN, 1989, p. 17); quando Charles Lawrence afirma que "o objetivo da supremacia branca não é alcançado por atos individuais e nem mesmo pelos atos cumulativos de um grupo, mas antes é alcançado pela institucionalização das ideias de supremacia branca" (LAWRENCE, 1990, p. 442-443), e que "nós simplesmente não vemos a maior parte da conduta racista porque nós experimentamos um mundo no qual os brancos são supremos como simplesmente 'o mundo'." (LAWRENCE, 1990, p. 443); e quando afirma MacKinnon que

> (...) dizer autoritativamente que alguém é inferior é em grande parte como estruturas de status e tratamento diferencial são demarcadas e atualizadas. Palavras e imagens são como as pessoas são situadas em hierarquias, como a estratificação social é tornada para parecer inevitável e certa, como os sentimentos de inferioridade e superioridade são engendrados, e como a indiferença à violência contra aqueles na parte de baixo é racionalizada e normalizada. Supremacia social é feita, dentro das e entre as pessoas, por meio de produção de sentidos. (MACKINNON, 1993, p. 31)

é possível compreender que para além dos argumentos da correlação entre discursos de ódio e atos de discriminação em sentido estrito, e para além da relação entre os discursos de ódio e a inibição circunstancial da iniciativa de fala de alguns membros de grupos-alvo,

existe uma reivindicação apontando para a relação estrutural entre discursos que circulam uma mensagem de inferiorização de alguns grupos e uma situação cultural estrutural que oferece a certos grupos a posição de objetos nomeados, definidos, manipulados por um outro grupo[154]. Os membros de grupos oprimidos, no sentido da opressão definida por Young, experimentam subjetividades marcadamente ambíguas, frágeis e fracionadas no conflito entre o esforço de afirmação do valor positivo da sua experiência identitária e o controle e inferiorização que a linguagem e a estética corporal dominantes impõem a eles[155].

Se a independência ética constitui o valor objetivo de cada vida humana, uma situação cultural estrutural e crônica na qual os membros de certos grupos enfrentam dificuldades importantes e marcadamente desiguais para a reunião das condições subjetivas ao exercício da autorrealização deverá trazer preocupações igualitárias para uma teoria da justiça integrada a uma teoria ética. O que uma teoria liberal igualitária, cujo sentido de igualdade é informado por uma teoria do valor do bem viver, poderia coerentemente oferecer enquanto resposta para esse problema? Algumas subjetividades encontram suporte significativamente desigual para a sua afirmação, desde a mais tenra infância, e esse problema é em parte constituído pelos discursos de ódio. O que, segundo a teoria dworkiniana, o Estado pode (se é que pode) ou deve (se é que deve) fazer para enfrentar essa realidade?

### *3.2 As condições de exercício da independência ética e as obrigações positivas do Estado: afirmando um ideal ético no debate público*

Ronald Dworkin não escreveu muito sobre possibilidades ou deveres de ação estatal para a promoção de condições simbólicas de exercício da independência ética. Um texto que sobressai nesse sentido diz respeito à discussão acerca da existência ou não de

[154] Delgado e Stefancic chegam a declarar um certo ceticismo em relação à possibilidade de reversão consciente das práticas racistas porque "nosso muito alardeado sistema de liberdade de expressão, com o seu mercado de ideias, não pode corrigir males sistêmicos sérios tais como o racismo e o sexismo simplesmente porque nós não o vemos enquanto tais no presente." (DELGADO; STEFANCIC, 1992, p. 1260).

[155] Elizabeth Gelber, baseando-se na teoria das capacidades de Martha Nussbaum, também identifica no discurso de ódio um problema relacionado à erosão das condições mesmas de condução de uma vida valiosa. "(...) os danos do discurso de ódio arriscam o próprio cerne do que é necessário para um indivíduo viver uma vida humana plena" (GELBER, 2012, p. 53).

justificativas para o financiamento público da produção, comunicação e manutenção de um patrimônio artístico, assim como de estudos nas áreas das humanidades. Em *Can a Liberal State Support Art?* (DWORKIN, 1985c, p. 221-233), Dworkin afirma que argumentos econômicos baseados na caracterização da arte como bem público, o que na acepção técnica da economia significam bens não rivais e não exclusivos, são inadequados para justificar o emprego de fundos públicos no patrocínio das atividades artísticas. Ele indica, no entanto, que o melhor argumento para o financiamento público da arte reside no seu papel estrutural para o ambiente cultural no qual vivemos e no qual concebemos as nossas preferências e possibilidades de vida valiosa. Apesar de não formular explicitamente o argumento a partir do valor ético da vida humana, entendo que quando Dworkin afirma que "nós herdamos uma estrutura cultural, e temos algum dever, decorrente de simples justiça, de deixar essa estrutura ao menos tão rica quanto a encontramos" (DWORKIN, 1985c, p. 233), ele reconhece um dever estatal de estruturação e manutenção de condições linguísticas minimamente diversas e ricas dentro das quais os indivíduos possam formular as suas convicções éticas. Dworkin afirma que

> Nós devemos identificar os aspectos estruturais da nossa cultura geral como merecedores de atenção em si. Nós devemos tentar definir uma estrutura cultural rica, uma que multiplique possibilidades ou oportunidades de valor distintas, e nos considerar como fiduciários para proteger a riqueza da nossa cultura para aqueles que irão viver as suas vidas nela depois de nós. (DWORKIN, 1985c, p. 229).

O foco de Dworkin é na oportunização de diversidade linguística, e não na imposição de, ou vedação de acesso a, concepções do bem humano classificadas previamente pelo Estado como valiosas ou não. É por isso que ele afirma que o argumento não pode ser denunciado como paternalista. O tipo de financiamento estatal da arte que Dworkin defende é apenas aquele que puder ser justificado pela preocupação com o aumento da riqueza da língua, já que acreditamos que "as pessoas ficam em melhor condição com uma linguagem mais rica do que mais pobre", o que "permite uma maior do que menor escolha" (DWORKIN, 1985c, p. 230).

Entendo que, nesse texto, Dworkin compartilha com Young o reconhecimento da importância da linguagem na conformação das oportunidades éticas. E não só isso: Dworkin também explicita que a manutenção dessas oportunidades linguísticas pode ser tratada como uma questão de justiça. Ele textualmente afirma o caráter constitutivo das

"transações linguísticas privadas" para a linguagem publicamente disponível e na qual todos se constituem.

> Os livros que nós escrevemos e lemos, a educação que ofertamos e recebemos, as milhões de outroas transações diárias na linguagem que conduzimos, muitas das quais comerciais, tudo isso determina em longo prazo qual linguagem possuímos. Nós somos todos beneficiários ou vítimas do que é feito com a linguagem que possuímos (DWORKIN, 1985c, p. 230).

Apesar de Dworkin reconhecer o valor da diversidade na linguagem para fins de oportunização real de diversidade de escolhas éticas; reconhecer "algum dever" do Estado na promoção e manutenção dessa diversidade; e relacionar a pobreza da linguagem a uma vitimização coletiva, ou seja, a uma perda de valor da qual todos sofrem, Dworkin não faz nenhuma menção à possibilidade de reconhecimento de desigualdades de oportunização de criação de valor ético em função de hierarquizações de grupos sociais intrínsecas à linguagem. Dworkin insiste na importância da diversidade, e da neutralidade ética do Estado no financiamento das atividades artísticas: "a arte qualifica [para o patrocínio público] apenas com base em uma premissa: que o patrocínio do Estado seja desenhado para proteger a estrutura ao invés de promover qualquer conteúdo particular para essa estrutura a qualquer tempo'" (DWORKIN, 1985c, p. 233).

No entanto, entendo que a neutralidade ética, na teoria política de Dworkin, possui um sentido específico: ela não significa descompromisso com toda e qualquer concepção do valor do bem viver. Ela não prima por um "não posicionar-se" acerca do melhor sentido do que seja viver bem. Ao contrário: como visto, o conceito de dignidade de Dworkin é marcadamente ético, ou seja, perfaz uma concepção teoricamente elaborada do valor objetivo da vida humana. Esse conceito, apesar de ético, possui uma série de implicações fundamentais para a teoria política de Dworkin, já que informa o que Dworkin entende por igualdade (o fato de ele descontar a "dotação" e valorizar o mérito na sua métrica da igualdade distributiva reflete, por exemplo, o valor da independência ética). A neutralidade estatal, dessa forma, possui um sentido especificamente informado pelo valor da autenticidade: o que Dworkin reclama é a independência ética dos indivíduos, ou seja, que cada pessoa possa ter a liberdade de elaboração das suas prioridades de vida, dos seus objetivos mais importantes e da maneira como concebe o valor da sua própria existência, levando as suas circunstâncias em consideração. A neutralidade exige que as outras

pessoas e o Estado não imponham a ninguém um caminho específico, previamente concebido como o mais virtuoso, em usurpação dos juízos individuais.

Mas é importante, segundo a teoria ético-moral de Dworkin, que as pessoas façam essas escolhas éticas, e que tenham portanto as melhores condições possíveis para a realização dessas escolhas. É somente pela assunção do pressuposto de que o Estado não é neutro em relação às próprias condições de exercício da autenticidade que Dworkin pode afirmar "algum dever" de mantermos a cultura ao menos tão rica quanto a encontramos. Esse dever seria inexplicável se a comunidade política fosse indiferente à noção da boa vida e do bem viver. A indiferença não permitiria afirmar um dever de proporcionar uma linguagem mais do que menos rica, de proporcionar mais do que menos escolhas éticas: seria perfeitamente possível que uma concepção mais substantiva da boa vida, baseada, digamos, em valores religiosos específicos, nos orientasse para um empobrecimento da linguagem, um que favorecesse a formação das pessoas dentro do conjunto de valores religiosos em questão, reduzindo todas as demais alternativas[156]. Assim, se a teoria política de Dworkin não se comprometesse com o que Young chama de alguma noção do bem humano, ela poderia aceitar o empobrecimento da linguagem enquanto um dos resultados de certos arranjos distributivos compatíveis com a igualdade de recursos. Mas Dworkin explicitamente rejeita a neutralidade nesse sentido.

O meu argumento, nesse tópico, é o de que a teoria política dworkiniana, não sendo neutra em relação aos fundamentos, ou princípios básicos do viver bem, não só acomoda como requer ações estatais para garantir não apenas uma ampla possibilidade linguística para concepções diversas do valor ético, como para corrigir desigualdades de capacitação para o exercício da autenticidade intrínsecas ao arranjo linguístico e cultural de uma comunidade política. Dworkin explicitamente reconheceu a importância da diversidade de sentidos na linguagem para possibilitar que a vida seja um ato de escolha: é preciso opção para que haja escolha. O que reclamo nesse tópico é que, além da necessidade de opções na estrutura valorativa da linguagem, é também necessário que o sujeito se forme minimamente como agente de escolha. Essa formação, como nos adverte Young e tal como Dworkin reconhece em várias passagens de sua obra, é dada histórica e

[156] Essa, por exemplo, parece ser uma consequência da teoria da justiça bakeriana. Isso porque Baker entende que a democracia implica no direito da coletividade de se definir eticamente: ou seja, de decidir pela mobilização de recursos para a promoção de valores éticos específicos em detrimento de todas as demais opções éticas. Por outro lado, Baker fala não apenas de dever estatal de não restrição dos processos individuais e coletivos de autodeterminação, mas também de promoção desses pocessos: "Minha visão geral é a de que promover a autonomia substantiva, junto com questões de autodeterminação coletiva, deveria ser um objetivo maior do Estado e da ordem jurídica." (BAKER, 2011a, p. 253). A concepção de democracia de Baker será explorada no próximo capítulo.

socialmente. Esse é um processo situado circunstancialmente. O que Young e outros que insistem na importância da ontologia social para a reflexão sobre justiça reivindicam é o reconhecimento de que essa formação se dá de maneira desigual para certos grupos de pessoas, cujos membros se formam desde o início de sua existência em uma estrutura linguística e cultural que sinaliza para a sua inferioridade. Tendo em vista que a concepção de igualdade de Dworkin é informada pela sua teoria ética[157], entendo que além de reconhecimento de um "algum dever" da comunidade política de zelar pela riqueza linguística, a teoria política de Dworkin requer "algum dever" da comunidade política de zelar por algum equilíbrio de condições na formação das diversas subjetividades para o exercício da independência ética em comunidades políticas culturalmente plurais.

A insistência no uso da expressão "algum dever" remete à impossibilidade de que o conjunto de obrigações positivas do Estado, nesse sentido, possa ser definida em toda a sua especificadade por meio de uma reflexão filosófica. Tal como Dworkin adverte, o argumento pelo dever de zelo pela riqueza da linguagem no máximo justifica a inclusão da proteção da cultura como um dos objetivos de política pública, mas não é capaz de determinar a relação de prioridade entre esse e vários outros objetivos e deveres do Estado, tais como as políticas de seguridade social. O argumento filosófico é ainda menos capaz de indicar os montantes absolutos ou proporcionais de recursos que o Estado deverá alocar. Da mesma forma, afirmamos que o Estado possui "algum dever" de promoção da igualdade básica entre as pessoas. O Estado deve promover razoável igualdade de condições na formação da autoconfiança para o exercício da autenticidade. Mas as medidas políticas específicas para a promoção desse aspecto do valor igualitário não podem ser definidas pelo argumento filosófico. Processos políticos democráticos devem definir o montante específico de recursos e as estratégias específicas de combate de concepções culturais hierarquizantes. E isso por duas razões. Em primeiro lugar, essas são decisões que não podem ser tomadas por instâncias não representativas do Estado, tal como o judiciário, pois envolvem questões de alocação de recursos as quais, ao priorizarem certas políticas em detrimento de outras, melhoram a situação de algumas pessoas em relação à disposibilidade de recursos para a consecução dos seus fins, enquanto piora aquela de

[157] A ideia de que a igualdade de recursos é melhor compreendida como a igualdade entre os custos de oportunidade para as demais pessoas do pacote de recursos de cada pessoa decorre da sensibilidade da teoria política de Dworkin para a importância da escolha individual na reflexão acerca da justiça. Algumas interpretações do debate político-filosófico contemporâneo identificam nessa sensibilidade ética de Dworkin a virtude de sua formulação e aquilo que o marcadamente diferencia das demais teorias políticas proeminentes, tais como o utilitarismo, o marxismo, o comunitarismo e mesmo a teoria liberal igualitária de Rawls. Nesse sentido, conferir KYMLICKA, 2002.

outras. Essas são decisões distintas daquelas acerca da alocação de liberdades porque essas últimas não dizem repeito a decidir entre diversos estados de coisas possíveis e igualmente justos.

O dever de promoção da igualdade enquanto valor cultural, dessa forma, se enquadra na categoria de deveres gerais do Estado. Esses são deveres morais dirigidos aos poderes legislativo e executivo, cujo conteúdo específico, assim como as especificidades das políticas públicas para a sua promoção, não podem ser exigidos individual ou coletivamente perante o judiciário, porque o judiciário não pode legitimamente tomar tais decisões. Esses deveres se distinguem daqueles que mantêm correspondência com os direitos individuais enquanto trunfos. Esses são direitos cuja legitimidade da alocação não depende dos resultados de decisões majoritárias. Eles podem e devem ser garantidos judicialmente justamente contra interferências e usurpações de caráter majoritário[158].

Em segundo lugar, existe uma gama enorme de alternativas de ação, cujas pertinência e potencial de eficácia deverão ser avaliados contextual e empiricamente. O Estado pode decidir pela elaboração de campanhas publicitárias contra a homofobia, por exemplo, em mídias de grande alcance. Ou pode decidir por aumentar o financiamento de projetos artísticos e culturais voltados para a elaboração e divulgação das perspectivas estéticas ou políticas de grupos sociais cronicamente vitimizados pelas estruturas culturais ou linguísticas dominantes. A escolha das estratégias deverá ser feita por meio de decisões politicamente democráticas e bem informadas. O que o argumento é capaz de afirmar é o dever do Estado de atentar para a necessidade de promoção das condições linguísticas igualitárias de formação das subjetividades.

Existe, no entanto, ao menos uma dimensão dessa política pública que defendo poder ser definida com precisão e exigida judicialmente do Estado. Essa dimensão não tem qualquer relação com decisões relacionadas a distribuição de recursos entre políticas públicas alternativas. Ela diz respeito à imposição de restrições discursivas em ambientes institucionais especialmente dedicados à formação de capacidades para a autodeterminação. Refiro-me à proibição de discursos de ódio nas relações do sistema de educação básica, o qual, no Brasil, é formado pelos ensinos fundamental e médio.

[158] Conferir nota de rodapé 18 e texto que acompanha.

*3.3 A proibição de discurso de ódio no contexto especial da educação básica*

Entendo que um dos propósitos do ensino básico é a formação das capacidades básicas do sujeito para exercício das suas potencialidades éticas, com ao menos o mínimo reconhecimento do direito equivalente das demais pessoas à sua autoconcepção e à busca da realização dos seus ideais. Não são muitas as teorias da justiça que se engajam na reflexão acerca das repercussões de seus princípios estruturantes para uma política educacional. Uma das poucas exceções encontramos na obra de Bruce Ackerman *Social Justice in the Liberal State* (1980). Buscarei contrastar o que entendo ser o dever do Estado na conformação curricular de questões éticas e morais, conforme uma teoria liberal igualitária informada por uma concepção do valor da vida humana, com a maneira de conceptualizar essa mesma política que emerge de uma teoria da justiça liberal igualitária pretensamente descomprometida com qualquer concepção teórica, ainda que "minimalista", do bem humano. A teoria da justiça de Bruce Ackerman autoproclamada neutra em relação a qualquer teorização ética apresenta, a meu ver, um exemplo da formulação da política de educação do segundo tipo.

Em breve reconstrução da sua abordagem, Ackerman entende que os princípios estruturantes da justiça nos mais diversos âmbitos da regulação da comunidade política, passando pelos problemas distributivos, alocação de liberdades e políticas educacionais e de engenharia genética, devem decorrer de um diálogo limitado pelos princípios da racionalidade, consistência e, de forma importante, pelo princípio da neutralidade. Esse último afirma que aquele que busca a reivindicação de um poder em uma comunidade política, seja de uso de recursos, seja de determinação do escopo das liberdades individuais, não pode recorrer à afirmação de que ele individualmente, ou o grupo a que pertence, é detentor de uma sabedoria ou autoridade moral privilegiada. As razões para a fundamentação de direitos e deveres viola o princípio da neutralidade se requer que aquele que reivindica direitos ou deveres tiver que afirmar seja que "(a) a sua concepção do bem é melhor do que aquela afirmada por qualquer um de seus concidadãos, ou (b) que, independentemente da sua concepção do bem, ele é intrinsicamente superior a um ou mais de seus concidadãos." (ACKERMAN, 1980, p. 11).

Ackerman afirma haver inúmeras razões que levam ao endosso, em primeiro lugar, da metodologia de sua teoria política (formada pelos princípios estruturantes do diálogo político liberal) e, consequentemente, dos princípios substantivos que ela

recomenda. Dentre essas razões ele menciona o argumento cético segundo o qual "enquanto todo mundo possui uma opinião acerca da boa vida, nenhuma delas pode ser conhecida como superior a qualquer outra" (ACKERMAN, 1980, p. 11). O reconhecimento do ceticismo como um dos caminhos possíveis de endosso do diálogo liberal é consistente com o que Ackerman considera como a essência do liberalismo, que é "negar às pessoas o direito de declarar que a sua metafísica e epistemologia em particular contém a verdade, toda a verdade, e nada mais do que a verdade." (ACKERMAN, 1980, p. 357).

Fica claro que o sentido da neutralidade para Ackerman é muito distinto daquele esposado por Dworkin. Ackerman nega que qualquer posicionamento a respeito do bem humano possa ser tomado como fundamento da sua metodologia política e dos princípios regulatórios que ela endossa. Isso incluiu se abster de reclamar a verdade para o argumento segundo o qual é importante que as pessoas tenham independência ética para fazer as suas próprias escolhas sobre seus caminhos de vida (segundo Ackerman, esse é apenas mais um caminho possível para se chegar ao endosso do diálogo liberal racional). O que Ackerman rejeita, em última instância, é a possibilidade mesma de reivindicação da verdade no campo dos juízos morais. Tanto é assim que ele nega que exista qualquer coisa que ele possa dizer para afirmar a argumentação racional como a forma legítima de solução de conflitos e problemas relacionados a alocações distributivas e de liberdades. O que Ackerman faz é apostar na escolha de cada um pelo diálgo racional limitado pelo princípio da neutralidade. Mas ele não reclama a verdade para a sua metodologia (ACKERMAN, 1980, p. 371-374)[159].

Esse posicionamento possui consequências para a maneira como Ackerman concebe o projeto de educação liberal e para a forma como o todo de sua teoria nos autoriza a interpretar tal projeto. Em uma breve síntese, Ackerman concebe o problema de como alocar poder para tomada de decisões educacionais e acerca da estruturação do currículo como um de justiça intergeracional. Em última instância, a política educacional precisa ser capaz de responder ao desafio que um jovem adulto possa vir a colocar aos seus pais, professores, ou autoridades responsáveis pelo desenho da política pública de educação, acerca do que justifica o poder desses últimos no direcionamento da formação

[159] Embora Ackerman sugira em várias passagens que a sua não é uma teoria que reivindica verdade no campo moral, há trechos da obra que traem esse ceticismo fundacional. Em última instância, não entendo que Ackerman possa defender coerentemente alguns dos princípios de justiça que ele endossa a não ser que assuma alguma concepção, ainda que pouco robusta, acerca do bem humano. No entanto, foge ao objetivo desse trabalho realizar uma análise da coerência interna dos argumentos de Ackerman, ou de defender uma interpretação do seu trabalho assentada em uma concepção ética, ou seja, da boa vida.

intelectual e de habilidades do jovem. O jovem, segundo Ackerman, tem direito a uma resposta para a pergunta sobre o que faz legítima as escolhas educacionais baseadas nas preferências éticas, morais, e políticas dos pais, professores ou autoridades, a despeito das inclinações do próprio jovem e de suas crescentes objeções às orientações daqueles que sobre ele exerceram poder. A política educacional deve também responder a objeções de outros adultos que não ocupam posição de poder sobre crianças em estágio de formação primária e secundária acerca do poder de pais, professores e autoridades públicas de privilegiar o florescimento, nas novas gerações, de um mundo condizente com as suas próprias concepções éticas, morais e políticas, a despeito da discordância de outros adultos.

Tendo em vista a noção de neutralidade ética absoluta que permeia a teoria política de Ackerman, a resposta coerente que ele possui para dar a esse que ele considera como um problema de justiça intergeracional é, por um lado, (1) a de amparar o máximo possível as reivindicações de formação, e de acesso a diferentes formas de vida, progressivamente formuladas pelo jovem à medida em que ele ganha maior controle sobre a linguagem e, por outro, (2) ofertar acesso, a todo adulto interessado, às crianças e jovens em idade de formação escolar, na medida do consentimento das crianças e jovens em questão, para que eles possam oferecer os seus pontos de vista e visões de mundo como possibilidades de princípios articuladores dos anseios, dúvidas e inclinações das crianças e dos jovens. O único limite à vazão das aspirações dos jovens e daquelas dos adultos ávidos por disseminar as suas convicções para jovens dispostos a ouvi-los é o de garantir que as crianças e jovens sejam mantidos imersos em um sistema coerente de valores, amparado pela sua linguagem correspondente, por tempo suficiente para que possam desenvolver as habilidades linguísticas, cognitivas e comportamentais necessárias ao diálogo liberal (ACKERMAN, 1980, p. 140)[160]. Assim, o direito dos pais de uma criança de imergi-la no seu próprio sistema de valores e crenças nos seus primeiros anos de vida apenas se justifica, de acordo com a teoria de Ackerman, pela necessidade de restringir a balbúrdia linguística que se seguiria caso a criança fosse desde muito cedo exposta a conflitos de toda natureza a respeito da melhor maneira de se conduzir a vida e tratar as outras pessoas[161].

[160] A prioridade que Ackerman dá à formação de humanos capazes de diálogo em detrimento da criação de humanos desprovidos de linguagem, os quais estariam fadados a uma busca pelo acesso a recursos mediada pela violência, é um dos pontos frágeis da teoria de Ackerman. Ela denota, em última instância, uma inclinação pelo valor da vida de cada pessoa e pelo valor de mediarmos as nossas interações pelo respeito mútuo.

[161] "Expor a criança a uma Babel de fala e comportamento interminável e em modificação apenas irá impedir o desenvolvimento das habilidades que ela requer se ela algum dia for tomar o seu lugar entre os cidadãos".

A falta de qualquer compromisso ético na base de sua teoria exige que Ackerman também não se posicione a respeito do tipo de convicções éticas e morais que possam vir a ganhar a fidelidade das pessoas em geral. Assim é que a educação se transforma apenas em mais uma porção do tablado no qual as mais variadas concepções do bem humano competem livremente entre si a partir do momento em que se constata a necessária maturidade cognitiva, linguística e comportamental dos sujeitos para confrontar toda e qualquer visão de mundo. Aí incluindo aquelas que se baseiam em crenças discriminatórias e que negam valor objetivo à vida de certos grupos de pessoas.

O meu objetivo ao fim desse tópico é afirmar que, se a melhor interpretação da teoria política, e mais especificamente da teoria da educação liberal, de Ackerman, conduz a afirmar o direito de crianças e jovens de dar vazão a inclinações racistas e de adultos de acessar as crianças e jovens para propagar crenças discriminatórios em ambiente escolar; e ainda, conduz a afirmar o dever da política educacional de atender a essas aspirações de crianças, jovens e adultos sob pena de violação de direitos de todos os envolvidos com base em um princípio de neutralidade, então a teoria da educação liberal de Ackerman deverá ser rejeitada. Em breves considerações, creio que a melhor versão da teoria liberal igualitária é aquela que se assenta em uma teoria ética "minimalista", na qual o princípio da neutralidade significa afirmar o valor objetivo da vida de cada pessoa e do valor que reside na independência de cada um de buscar a sua própria concepção de boa vida. Penso que a insistência de Ackerman no diálogo enquanto forma de mediação das interações humanas e a adoção da neutralidade como princípio de restrição do diálogo só podem ser normativamente justificados (o que é, afinal, o papel de uma teoria da justiça), com base na afirmação do valor objetivo da vida de cada pessoa. E, se Young estiver certa, e o contexto linguístico for fundamental na estruturação bem sucedida de subjetividades para enfrentar o desafio da autoconcepção e autoafirmação, então a coletividade deve a todas as pessoas um esforço positivo de equalização razoável das condições de exercício da independência ética.

Esse esforço deverá ser empreendido por meios moralmente aceitáveis e em consonância com o respeito da autenticidade de cada um. É por isso que a proibição pura, simples e total de expressão de ódio se distingue, por um lado, da proibição de expressão dessas mensagens no contexto escolar, e, por outro, do dever de elaboração curricular voltado para o fortalecimento da autoestima, do senso firme do valor da própria vida, e do

---

(ACKERMAN, 1980, p. 141).

desenvolvimento de habilidades de articulação das próprias convicções, dúvidas, afetos e interesses. Esse esforço de oferta de condições igualitárias para o fortalecimento progressivo das potencialidades de cada pessoa pode implicar no dever de dedicar recursos especiais, ou mais tempo, para a afirmação da identidade de pessoas pertencentes a grupos culturalmente inferiorizados. Não haverá, nessa diferença de tempo e recursos empregados para a discussão, por exemplo, da história e legado da cultura negra no Brasil, ou da história das lutas sociais e do movimento cultural da comunidade gay, qualquer compromisso seja do valor da igualdade seja daquele da neutralidade corretamente compreendido. Pois não há, nessa medida, uma proibição absoluta de discurso de ódio no meio social, tampouco uma proibição absoluta de expressão de discurso de ódio pelas próprias crianças ou jovens. O que há é, por um lado, a proibição desses discursos em um contexto especial dedicado à formação e fortalecimento da personalidade de cada criança e jovem, com base na assunção do valor objetivo de que cada pessoa possa seguir na busca independente do seu caminho. E, por outro lado, há um esforço da coletividade de contrapor, por meios legítimos que preservam a autenticidade inclusive dos fanáticos, os discursos de ódio que influenciam na formação cultural na qual os membros dos grupos-alvo necessitam viver.

É importante ressaltar que essa abordagem atribui ao Estado um papel estrutural na influência do ambiente moral e ético no qual as pessoas vivem as suas vidas. A proibição do discurso de ódio em salas de aula de ensino básico, e, em especial, o dever de investimento de recursos para a promoção do valor igualitário de grupos estereotipados, não se funda no reconhecimento de um dano subjetivo individual específico sofrido por cada aluno membro de grupo vulnerável, ou por cada pessoa pertencente a um desses grupos. O dever diz respeito ao emprego dos justos esforços que deve um Estado àqueles que se encontram estruturalmente em desvantagem. Não há, no entanto, um dever de garantia de resultados do ponto de vista da conformação cultural. Pois não há, no caso, a afirmação de um direito de imposição de opinião a terceiros[162]. Encontramos eco desse

[162] É por isso que a minha definição do dever estatal de promoção de igualdade de condições culturais para o florescimento da convicção individual do valor da vida de cada pessoa é diferente daquele formulado por Katherine Gelber (2012). Em uma tentativa de contornar a objeção, baseada nos direitos de expressão dos fanáticos, à proibição dos discursos de ódio, Gelber afirma o dever do Estado de apoio e oferta de condições para que aqueles individualmente afetados por discursos de ódio possam reunir condições de articular o seu próprio discurso com vista a dois objetivos distintos: (1) exercer as suas capacidades individuais por meio do seu poder de fala (um que tende a ser inibido pelo impacto do discurso discriminatório) e (2) combater os efeitos gerais do discurso discriminatório:"(...) eu argumento que os alvos individuais dos atos discursivos de ódio devem ser providos do suporte institucional, educacional e material apropriado para empoderá-los a responder, e a buscar contradizer, a discriminação realizada nas elocuções de ódio" (GELBER, 2012, p. 54). Penso que essa resposta para o problema é indefensável normativa e praticamente. A sua fundamentação

posicionamento na crítica que Baker faz a Post a respeito da limitação da liberdade de expressão a discursos espressos em mídias ou relativos a assuntos relevantes para a tomada de decisões coletivas. Post argumenta que restringir a liberdade de discurso à esfera da deliberação marcadamente política permite que normas de civilidade e de conformação das noções de dignidade sejam "impostas" em outras esferas discursivas, ao que Baker responde com profunda desconfiança acerca do valor do respeito de reconhecimento, na terminologia dworkiniana, quando imposto por lei:

> Não tenho dúvidas de que a personalidade humana não poderia se desenvolver ou ser sustentada sem tais normas ou regras de civilidade, mas elas necessitam de imposição jurídica? Outra possibilidade é a de que essas normas são suficientes e apenas são não opressivas se a sua manutenção ou aplicação são deixadas para o comportamento voluntário. A diferença é entre o comunitarianismo liberal (ou aberto) e o comunitarianismo autoritário (ou fechado). (BAKER, 2011b, p. 523).

Em trecho que sintetiza de forma clara o seu posicionamento a respeito dos limites e deveres de intervenção do Estado para promoção do valor da igualdade, Dworkin afirma:

> Nós podemos e devemos proteger mulheres e homossexuais e membros de grupos minoritários das consequências específicas e danosas do sexismo, intolerância e racismo. Nós devemos protegê-los contra a inequidade e desigualdade no trabalho, ou educação ou no acesso à moradia ou no processo criminal, por exemplo, e nós podemos adotar leis para alcançar essa proteção. Mas nós não devemos tentar intervir mais acima, proibindo qualquer expressão das atitudes ou preconceitos que pensamos nutrir tal inequidade ou desigualdade, porque se nós interviermos muito cedo no processo pelo qual a opinião coletiva é formada, nós corrompemos a única justificativa democrática que temos para insistir que todos obedeçam essas leis, mesmo aqueles que as odeiam e delas se ressentem. (DWORKIN, 2009, p. viii).

Para que não haja equívocos, portanto, a respeito do argumento produzido nesse tópico: entendo que a teoria da justiça de Dworkin, informada por uma concepção ética, exige a proibição de discursos de ódio em ambientes de educação básica. E exige também

---

exigiria reconhecer direitos análogos de todas as pessoas que tivessem suas capacidades, na definição de Gelber (uma que se baseia nas definições de Nussbaum), prejudicadas por qualquer tipo de discurso, ainda que não de ódio. Ademais, se existe uma violação a direito subjetivo realizada por discursos de ódio, tal como Gelber parece afirmar, o argumento de exigência de investimentos públicos para reparação do dano me parece insustentável uma vez que exige que toda uma coletividade arque com os custos de reparação de um dano cujo causador pode ser especificamente identificado e, em tese, responsabilizado. Gelber não soluciona o problema de manutenção dos direitos de expressão do fanático transferindo a terceiros inocentes a responsabilidade pela reparação de um dano que não cometeram.

que o Estado promova positivamente por meio de diversas estratégias, e em especial na escola básica, o valor da igualdade. Esses deveres se fundamentam na incompatibilidade do conteúdo mesmo da mensagem de ódio com os objetivos que o Estado possui o dever, por justiça, de promover no ambiente escolar. É importante ressaltar, no entanto, que podemos falar de ambiente especificamente escolar, e pensar em propósitos específicos desse ambiente, justamente porque ele se diferencia do debate público de forma geral. E é justamente porque os sujeitos possuem o debate público para manifestar as suas idéias, ainda que odiosas, que a proibição dessas ideias no ambiente escolar não viola a liberdade de expressão dos indivíduos. A proibição do discurso na esfera escolar pode ser tomada como uma regulação e não proibição pura e simples. Se todo espaço social se resumisse, de forma absurda, à escola, a discussão acerca da possibilidade de proibição do discurso de ódio nesse espaço se alteraria, justamente porque seria difícil defender um propósito predominante de formação da criança e do jovem para esse ambiente.

Veremos que essa justificativa retorna retrabalhada no capítulo 4, quando explorarei outros contextos especiais nos quais alguns autores afirmam que o discurso de ódio deve ser proibido em função do seu conteúdo ou forma. Enfrentarei argumentos pela proibição geral de discursos de ódio que se valem da aproximação do conteúdo e das consequências desses discursos no debate público em geral daqueles próprios de outras situações discursivas especiais nas quais eles são correntemente proibidos e punidos. Esses argumentos requerem do posicionamento defendido nesse trabalho seja uma diferenciação principiologicamente coerente entre essas situações, seja argumentos suficientemente poderosos para repudiar ou modificar institutos normativos de restrição e punição de discursos enraizados na maior parte dos ordenamentos jurídicos democráticos liberais.

No próximo capítulo (terceiro) enfrentarei a primeira crítica à teoria de Dworkin mencionada no item 3 desse capítulo (segundo), qual seja, a de que se Dworkin (e Baker) quiserem reconhecer um direito individual à reputação, eles deverão forçosamente reconhecer um direito de proteção contra discursos de ódio.

# DISCURSO DE ÓDIO E DIFAMAÇÃO: O SENTIDO POSSÍVEL DO DIREITO À REPUTAÇÃO EM UMA DEMOCRACIA LIBERAL IGUALITÁRIA

No capítulo anterior apresentei três críticas ao posicionamento de Ronald Dworkin a respeito da proteção de prerrogativas de expressão de discurso de ódio. Afirmei que a primeira dessas críticas poderia ser rastreada ao conceito de dignidade de Waldron. Esse conceito atrelou a ideia de dignidade à proteção de todos os aspectos da reputação, incluindo aqueles relacionados à percepção social dos grupos dos quais as pessoas participam e dos quais retiram parte dos aspectos de sua identidade. Entendo que esse argumento traz um ônus a teorias liberais igualitárias que defendem a prerrogativa de expressão de discursos de ódio com conteúdo marcadamente discriminatório, ou seja, discursos que negam a igualdade de valor ou de direitos a certas pessoas apenas por pertencerem a certos grupos sociais. Isso porque, se o argumento sociológico de Waldron estiver correto, e a percepção social dos indivíduos depender não apenas das características, feitos e histórico da pessoa individualmente considerada, mas também dos grupos das quais ela participa, e se o direito à reputação, reconhecido em grande parte das democracias liberais, tem relação com a proteção da percepção social das pessoas, então como justificar, ao mesmo tempo, o direito à reputação e o direito à expressão de conteúdos discriminatórios que negam o valor igualitário fundamental na democracia?[163]

---

[163] Waldron busca relativizar a crença bastante consolidada tanto entre juristas estadunidenses quanto entre estudiosos do direito dos EUA de que a Constituição dos Estados Unidos garante proteção contra discursos de conteúdo discriminatório. Waldron enfatiza em várias oportunidades a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Beauharnais v. Illinois* (1952) na qual a corte, por maioria de 5 a 4, declarou constitucional uma lei do Estado de Illinois que criminalizava a publicação ou exibição de qualquer escrito ou imagem representando a "depravação, criminalidade, falta de castidade, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião" (conferir nota de rodapé n. 5).
O que é particularmente interessante, nessa decisão, e que é enfatizado por Waldron, é que o voto do Juiz Frankfurter, representando a maioria, afirmou a constitucionalidade da lei por ser ela justamente uma lei de punição de discurso difamatório, e por ser a difamação um tipo de discurso excluído da proteção da Primeira Emenda: "Se uma proposição dirigida a um indivíduo pode ser objeto de sanções criminais, nós não podemos negar a um Estado o poder de punir a mesma proposição dirigida a um grupo definido, a não ser que nós possamos dizer que essa é uma restrição intencionalmente e despropositadamente não relacionada com a paz e o bem estar do Estado. Illinois não precisou olhar para fora de suas próprias fronteiras ou esperar pela trágica experiência das três últimas décadas para concluir que os fornecedores de falsidade relativa a grupos raciais e religiosos promovem conflito e tendem a obstruir de forma poderosa os vários ajustes necessários para a vida livre e ordenada em uma comunidade metropolitana, poliglota". Tal como enfatizado por Waldron, essa decisão nunca foi explicitamente superada pela Suprema Corte dos EUA (WALDRON, 2010, p. 1614), apesar de a interpretação da jurisprudência da corte mais aceita pela academia jurídica dos Estados Unidos ser a de que a decisão em *New York Times Co v. Sullivan* (1962) implicitamente rejeitou a lógica

MacKinnon afirma que a distinção entre discurso difamatório dirigido a pessoas individuais e discurso difamatório dirigido a grupos não faz sentido a não ser pela simples constatação de que "o dano para uma pessoa é juridicamente litigável, mas o mesmo dano para milhares de pessoas é considerado discurso protegido" (MACKINNON, 1993, p. 51-52). Ela então enfatiza os efeitos da difamação de grupo os quais, a princípio, seriam os mesmos que justificariam a proibição e punição de discursos difamatórios dirigidos a pessoas individualmente consideradas:

> Estereotipação e estigmatização de grupos historicamente desfavorecidos por meio de propaganda de ódio de grupo conforma a imagem social e reputação do grupo, o que controla o seu acesso a oportunidades de forma mais poderosa do que as suas habilidades individuais jamais controlarão; e é impossível para um indivíduo receber igualdade de oportunidade quando ele é rodeado por uma atmosfera de ódio de grupo. (MACKINNON, 1993, p. 99).

> Na realidade, difamação de grupos multiplica ao invés de evitar o mesmo dano por meio de reputação que o direito da difamação individual reconhece quando perpetrado um por vez, assim como inflige alguns danos específicos (MACKINNON, 1993, p. 82)

Assim como Waldron, MacKinnon afirma que, em última instância, a proibição de discursos de ódio que atentam contra a reputação de grupos vulneráveis é amparada pelo valor constitucional da igualdade. E que, sendo assim, o discurso de ódio deveria ser um problema tratado por meio do reconhecimento de conflito entre valores constitucionais igualmente importantes, o que requereria balanceamento entre a igualdade e a liberdade de expressão (MACKINNON, 1991, p. 810).

Matsuda, no mesmo sentido, ressalta que o direito estadunidense reconhece e pune o ilícito da difamação, protegendo os bens da integridade pessoal e da reputação. O ilícito da difamação seria o resultado da mediação entre esses bens e o direito à liberdade de expressão:

> As proteções da Primeira Emenda abarcam o direito que regula a difamação e a privacidade, mas não se permite que elas suplantem completamente o interesse de reputação e a integridade pessoal das vítimas de certas formas de expressão. Quando os tribunais são acionados em disputas privadas sobre discurso difamatório, eles estão realmente mediando entre interesses concorrentes de dimensão constitucional: o direito de expressão, e o direito implícito a uma medida de integridade pessoal, paz de espírito e personalidade. (MATSUDA, 1989, p. 2355).

---

estabelecida em *Beauharnais*. Waldron, no entanto, afirma que essa interpretação é equivocada, apesar de duvidar que a Suprema Corte aplicaria a racionalidade de *Beauharnais* nos dias atuais para proibir as formas mais virulentas de discursos de ódio dirigidos a grupos. (WALDRON, 2010, p. 1614-1615).

Matsuda é então mais enfática em afirmar que se os mesmos danos que justificam a proteção ao direito à reputação e o ilícito da difamação ocorrem em igual ou maior medida no caso de discursos de ódio dirigidos contra grupos desfavorecidos, então a escolha jurídica de, ao mesmo tempo, proibir e punir o discurso difamatório dirigido a pessoas individuais e proteger a difamação de grupos a título de liberdade de expressão não poderia ser considerada outra coisa que não tratamento desigual perante a lei: uma violação flagrante do direito à igualdade.

> Quando a mente jurídica compreende que os interesses de reputação, os quais são compreendidos de forma análoga aos direitos preferenciais de propriedade, devem ser balanceados em relação aos interesses da Primeira Emenda, ela reconhece a realidade concreta do que ocorre com as pessoas que são difamadas. As suas vidas são modificadas. O seu status na comunidade, as suas oportunidades, a sua autoestima, a sua livre fruição da vida é limitada. Enxergar isso, e ainda assim fracassar em enxergar que exatamente a mesma coisa acontece com as vítimas de discurso racista, é visão seletiva.
>
> A consideração seletiva da história de uma vítima e não de outra resulta em aplicação desigual do direito. (MATSUDA, 1989, p. 2375-2376).

A acusação é, portanto, séria. Se aquilo que justifica o direito à reputação individual for igualmente violado e comprometido nos casos de discursos de ódio, então Mackinnon, Matsuda e Waldron possuem um argumento importante: o de que deixar de punir discursos de conteúdo discriminatório nada mais seria do que eleger aqueles já prejudicados estruturalmente na sociedade para assumir os danos provocados pelo exercício da liberdade de expressão de quem já é privilegiado.

Para uma teoria que pretende defender um direito de expressão de discursos de ódio lastreado em uma concepção de dignidade, tal como a teoria dworkiniana, três caminhos se abrem perante a ideia de proteção da reputação. A primeira delas seria a de oferecer um argumento normativo suficientemente poderoso para mostrar como as práticas normativas heterogêneas, porém consolidadas, de proteção do direito à reputação pelas mais variadas democracias liberais, incluindo os Estados Unidos, na realidade se revelam como uma violação da liberdade de expressão. Essa conclusão poderia levar seja à negação da reputação como um direito, ou ao reconhecimento de um conflito entre direitos de liberdade de expressão e direitos de reputação (com o ônus de elaboração de uma métrica capaz de "arbitrar" entre esses direitos nas situações de conflito, e de justificar seja porque a proteção da reputação violada por discurso dirigido ao sujeito individualmente

considerado e concomitante proteção de discursos de ódio dirigidos a grupos não constitui tratamento desigual, seja que nenhum direito à reputação deve ser protegido.).

As segundas e terceiras alternativas constituem estratégias distintas de concepção do direito à reputação que não implicam violação da liberdade de expressão. A segunda consistiria na combinação de: (1) delimitação de um tipo de ação discursiva, violadora de interesses de reputação, não protegida pela liberdade de expressão e (2) conceptualização da reputação como um interesse e não como direito subjetivo em sentido forte. Essa alternativa nos levaria à conclusão de que a proteção de interesses de reputação poderia ser modulada socialmente de acordo com a necessidade de promoção de outros interesses coletivos igualmente importantes. Essa forma de conceber o direito à reputação daria à sociedade a discricionariedade de proteger tal interesse ou não, assim como de protegê-lo em níveis distintos a depender do tipo de assunto ou do tipo de pessoa tratados em diferentes atos discursivos. Ela justificaria a desigualdade na proteção de danos à reputação de indivíduos e grupos.

A terceira e última estratégia combina o primeiro elemento da segunda estratégia, ou seja, reconhecimento de que alguns atos discursivos violadores de interesses de reputação não são protegidos pela liberdade de expressão, com um segundo elemento distinto: o de que existe uma forma de compreender a reputação não como mero interesse, mas como um direito moral subjetivo individual. Essa terceira estratégia afirma que, no caso de a comunidade política deixar de proteger tal valor de reputação, ela estaria violando um aspecto dos direitos políticos dos sujeitos a ela subordinados.

O objetivo desse capítulo é defender um sentido possível para um direito à reputação em sentido forte, ou seja, um direito que os sujeitos subordinados a uma comunidade política possuem perante a essa mesma comunidade em função de princípios morais, e que prevalece perante as decisões majoritárias dessa comunidade. O argumento, portanto, segue a terceira estratégia: reconhecimento de que alguns atos discursivos lesivos de interesses de reputação não são protegidos pela liberdade de expressão e de que a proibição desses atos é uma questão de proteção de direitos morais dos sujeitos perante a comunidade política.

Exemplos variados serão explorados em tópicos mais adiante no capítulo, mas creio que seja interessante situar a diferença prática das alternativas acima enunciadas. Supõe-se a seguinte situação: um cantor sertanejo, Fábio, possui fama de gostar de se envolver com muitas mulheres. Sua imagem pública é atrelada à figura do conquistador. Ele já figurou em campanhas publicitárias vinculando o valor do produto anunciado ao

apelo da sua figura masculina para o público feminino. Fábio contrata, a certa altura, a diarista Sônia para trabalhar em sua casa. A diarista observa, no dia a dia da casa, que o cantor recebe, uma vez por semana, o seu produtor musical. O homem chega na maior parte das vezes sozinho na casa do cantor, algumas poucas vezes vai acompanhado de sua esposa, fica por algumas horas e depois vai embora. Ela também observa em vários dias da semana, quando já está prestes a ir embora, que o cantor chega em casa com alguma mulher. Sônia não gosta do cantor. Ela acha que ele é grosso, ganancioso e que ele mal nota a presença dela na casa. Quando ela foi pedir um aumento, ele simplesmente negou, virou as costas e a deixou sozinha na cozinha. Ela ficou bastante frustrada. E decidiu publicar na sua página de rede social que o cantor Fábio, por quem tantas mulheres eram apaixonadas, além de "mão de vaca", era "bicha". E que ele e o produtor musical certamente tratavam de outros assuntos além de música. Um site de fofocas replicou o comentário de Sônia afirmando que "a diarista de Fábio faz afirmação supreendente sobre o cantor".

Supõe-se agora uma segunda situação: um candidato político à Presdiência da República de um partido conservador participa de um debate eleitoral em cadeia nacional. Indagado acerca do seu posicionamento sobre a aprovação legislativa de casamento entre pessoas do mesmo sexo, ele responde que aprovar tal aberração equivaleria a legitimar um desvio da natureza. Afirma ainda que o Estado deve dar tratamento médico a todos os homossexuais, longe das crianças e da sociedade heterossexual, para evitar más influências, já que a convivência de crianças com homossexuais levaria ao aumento da "taxa de homossexualidade". Na manhã seguinte do pronunciamento, um jovem homossexual, Marcos, aluno do ensino médio em um bairro tradicional de uma cidade do interior de Minas Gerais, é abordado por um colega de sala, Pedro, com uma pergunta chocante e desconcertante. Pedro pergunta para Marcos se esse já havia pensado em se internar para se "curar". Marcos fica confuso com a pergunta e indaga por que ele haveria de se internar. Pedro então conta que ele havia conversado com os pais no dia anterior, no horário do jantar, e que eles tinham achado a sugestão do candidato à Presidência para internação de todos os homossexuais uma medida de saúde pública importante. No horário do recreio, Marcos escuta Pedro conversando com outros colegas sobre o debate entre os candidatos à Presidência, explicando a eles como, na sua opinião (de Pedro), eles não deveriam ser obrigados à convivência com alunos homossexuais. Marcos chega em casa muito abatido e conta o ocorrido aos seus pais. Esses, que antes já haviam ficado escandalisados com o posicionamento do candidato no debate do dia anterior, resolvem

tomar uma medida mais drástica e telefonam para uma associação de proteção dos direitos LGBT na cidade. Perguntam sobre a perspectiva de tomar medidas judiciais contra o candidato por causa de seu discurso de véspera. A associação responde que já havia uma mobilização coletiva em curso e que provavelmente a demanda seria levada à defensoria do Estado de Minas Gerais para que eles tomassem as providências judiciais cabíveis.

No primeiro caso, temos um discurso dirigido a uma pessoa específica, qual seja, o cator Fábio. No segundo caso, temos um discurso do candidato à Presidência direcionado a um grupo indefinido de pessoas, os homossexuais. Como se estruturaria o argumento para reconhecimento de um direito de restrição e/ou punição do discurso no primeiro caso e uma ausência desse mesmo direito no segundo caso, de acordo com cada uma das três estratégias argumentativas mencionadas acima? A primeira estratégia, do balanceamento, poderia afirmar que nos dois casos existe violação de direito de reputação, mas que o direito de liberdade de expressão, ou o interesse coletivo na promoção do amplo debate sobre questões públicas, possui um "peso" maior do que o direito de reputação no segundo caso, o que justificaria restringir e/ou punir o discurso no primeiro caso, mas não no segundo.

A segunda estratégia afirmaria que nenhum dos casos envolve direito de reputação, já que nenhuma sociedade possui o dever de reconhecer tal direito. A sociedade possui o direito de decidir se deseja, e em que medida, proteger meros interesses de reputação, desde que não infrinja direitos de liberdade de expressão, esses sim direitos os quais a sociedade possui o dever de reconhecer. A estratégia seguiria dizendo que não há exercício valioso das prerrogativas de expressão no primeiro caso porque ali Sônia, com conhecimento de que imputava falsamente um fato ao cantor famoso, não fazia qualquer exercício valioso da sua prerrogativa de elaborar e expressar as suas convicções para a formação do ambiente ético. A sociedade poderia escolher reconhecer ou não um direito às pessoas assim prejudicadas em seu interesse de reputação de restringir e/ou punir discursos desde que esses fossem alheios ao exercício valioso da autonomia. Mas poderia também escolher não lhes conceder esse direito (se, por exemplo, chegasse à conclusão de que isso poderia ter um efeito inibidor em outras instâncias discursivas valiosas). A sociedade, no entanto, não poderia proibir e/ou punir o discurso do candidato à Presidência porque ali ele fazia uso de um exercício valioso de sua prerrogativa de expressão por contribuir com as suas convicções para o debate público de ideias[164].

[164] A segunda estratégia é a que atribuo a Baker. Baker defende, portanto, a liberdade de expressão de discurso de ódio sem reconhecimento de qualquer direito em sentido forte à reputação. Para Baker, a

Já a terceira e última estratégia defende que no primeiro caso há violação de direitos de reputação e não há exercício valioso das prerrogativas de expressão. De forma que não há conflito entre direitos. Essa estratégia também defenderá que no segundo caso não há violação de direito de reputação, mas há direito de liberdade de expressão. Também nesse caso, não há conflito entre direitos. Essa é a estratégia que defendo e que desenvolverei nesse capítulo por meio de conceitualização do direito à reputação que possa explicar e justificar por que esse direito foi violado no primeiro caso, mas não no segundo. Essa conceptualização ao mesmo tempo em que aporta para o aperfeiçoamento do conceito de liberdade de expressão que subscrevo nesse trabalho, também é impactado por ele. Os conceitos, portanto, se apoiam mutuamente.

Esse capítulo busca desenvolver um sentido normativo para a reputação com base nos elementos da teoria ética, moral e política de Ronald Dworkin. Dworkin não elaborou uma teoria da reputação e pouco escreveu a respeito do assunto. No entanto, em textos nos quais critica tanto os fundamentos normativos quanto as soluções doutrinárias encontradas pela Suprema Corte dos Estados Unidos para a delimitação do ilícito de difamação (*libel*)[165], Dworkin deixa pistas a respeito de como um direito à reputação, compatível com amplas prerrogativas de expressão, poderia ser construído a partir dos elementos normativos de sua teoria. Em síntese, defenderei que o direito de reputação não constitui um direito de resultado, ou seja um direito de controle acerca da opinião alheia sobre si ou sobre as identidades das quais uma pessoa participa. Tampouco constitui um direito absoluto de controle, banimento e punição de proposições falsas de fato acerca de si ou dos grupos e identidades dos quais se participa. Argumentarei que o direito à reputação implica em um *direito de "competir" de maneira moralmente correta contra a má percepção social de si* (o que poderá envolver a percepção social dos grupos cujas identidades nos constituem). Chamarei essa a concepção da *reputação enquanto competição justa*.

É importante ressaltar que o direito não é de competição pela percepção social, em geral, ou de todos os aspectos, de si. Mas uma competição pelo afastamento das más percepções, especificamente. Defenderei que a noção de direito à reputação implica a proteção contra um dano. O dano é o da baixa estima social, ou seja, de ser mal apreciado

---

reputação é apenas um interesse que poderá ou não ser reconhecido, desde que não atrapalhe na proteção dos direitos de liberdade de expressão. Para ele, portanto, as objeções de Waldron, Matsuda e MacKinnon, que apontei no início do capítulo, não criam maiores problemas teóricos: ele simplesmente poderá responder afirmando que ninguém possui direito à reputação e que se esse interesse é protegido em situações nas quais o valor da liberdade de expressão não está em jogo, mas não nas situações nas quais esse valor é relevante, não há qualquer direito de igualdade violado. Desenvolverei essa leitura de Baker ao final desse capítulo.

[165] *The Press on Trial* (DWORKIN, 1996f, p. 167-194).

na percepção de terceiros. Esse dano é relevante porque impacta na maneira como terceiros se predispõem a se engajar com a pessoa de cuja reputação se trata. Mas ele não se restringe ao seu vínculo causal em relação a prejuízos materiais que a pessoa possa sofrer em função da indisposição dos demais de, por exemplo, trabalharem com ela ou contratarem com ela. Esse dano se aperfeiçoa mesmo quando não há prejuízos materiais desse tipo que possam ser razoavelmente causalmente relacionados à má percepção social de si. Ele reside na perda de parte do valor ou de parte do sentido dos esforços e das ações de uma pessoa em relação à sua vida e projetos, quando esses esforços e ações são tomados pelos demais não como valiosos, mas, ao contrário, como destituídos de mérito.

Dessa forma, os interesses reputacionais possuem um sentido restrito: não se trata de proteção do interesse amplo de gestão da maneira em geral como as pessoas nos percebem. A ninguém é permitido pretender ingerir em, ou responsabilizar terceiros por, imputações e afirmações sobre si que são em geral percebidas como positivas na sociedade. E isso ainda que tais afirmações e imputações não correspondam à maneira como a pessoa se enxerga ou gostaria que as demais pessoas a enxergassem. Assim, o direito à reputação é um direito que atribui aos sujeitos algum direito contra determinadas formas pelas quais se aperfeiçoa a sua má percepção social[166]. A questão que se coloca,

[166] É importante ressaltar que o direito de reputação é distinto de um outro tipo de direito, que muitos reivindicam, de não ser diretamente ofendido por meio de declarações especificamente dirigidas à pessoa individualmente considerada. O dano contra o qual se busca proteger, nesse último caso, é o de não ser abordado de maneira intencionalmente ofensiva. Esse direito protegeria uma pessoa contra, por exemplo, ser xingada de forma ofensiva no meio da rua. Dentre os tipos de formas de ofensa contra as quais a pessoa poderia ser protegida incluem-se inferiorizações grosseira baseadas em pertencimento de grupo. Por exemplo, ela poderia ser protegida de ser xingada de "idiota", "imbecil", "filha da puta", mas também de "preto safado", "criola burra", "vadia desgraçada", "macumbeiro dos diabos" ou "xiita terrorista". Essas últimas formas de xingamento se referem a suas identidades de grupo. A pretensão de proibição dessas instâncias discursivas, no entanto, em nada se relaciona com interesses de reputação, ou seja, interesses relacionados à maneira como a pessoa é percebida socialmente. O que se pleiteia, nesse caso, é não ser pessoalmente tratado de maneira intencionalmente ofensiva. Alguns argumentam que esse direito é protegido pela doutrina das "palavras de luta" (*fighting words*") do direito estadunidense. Isso porque essa doutrina, em sua formulação original no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), determinou a exclusão, do escopo de proteção da Primeira Emenda, das palavras as quais "pela sua enunciação mesma, infligem dano ou tendem a incitar a uma ruptura da ordem imediata". A primeira parte da formulação, que permite a proibição de "palavras que pela sua enunciação mesma infligem dano", é por vezes interpretada como autorização para proibição de "palavras que causam ofensa". Ocorre que essa interpretação não parece ter se consolidado na própria jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. A leitura completa da decisão no próprio caso *Chaplinsky* sugere que a razão central informando a doutrina era a da prevenção da perturbação da paz social. O caso envolveu uma lei do Estado de New Hampshire que proibia qualquer pessoa de dirigir "qualquer palavra ofensiva, de ridicularização ou perturbadora a qualquer outra pessoa que esteja licitamente em qualquer rua ou outro espaço público" ou de "chamá-la de qualquer nome ofensivo ou ridicularizante". O Juiz Murphy, decidindo pela corte, com o objetivo de definir o propósito da lei do Estado de New Hamphire em questão, afirmou que "acerca da autoridade de suas decisões anteriores, o tribunal estadual declarou que o propósito da lei era de preservar a paz pública, nenhuma palavra sendo 'proibida exceto aquelas que possuem a tendência direta de causar atos de violência pelas pessoas as quais, individualmente, a observação é dirigida". A ofensa, portanto, deveria ser proibida quando plausivelmente causalmente relacionada a um ato de revidação violenta. Essa subordinação da proibição da ofensa à sua relação causal com a perturbação da

portanto, é a de saber quais tipos de discurso prejudiciais à percepção social pode um sujeito legitimamente buscar erradicar, por quais deles ele pode legitimamente buscar a responsabilização do falante, e por quais razões.

Dworkin elaborou a noção de competição moralmente aceitável por oportunidades sociais no capítulo *Harm* ("Dano") (2011, p. 284-299) do livro *Justice for Hedgehogs* (2011). Ali, ele estabelece a diferença entre dano de competição e dano deliberado, e defende que o último é uma violação do segundo princípio da dignidade e de suas implicações morais. Aplicado ao problema de determinar quais discursos de efeito difamatório devem ser punidos, a distinção entre dano de competição e dano deliberado na competição contra a má percepção social de si não é determinada pelo conteúdo semântico daquilo que é dito. O critério de distinção reside na intencionalidade do discurso. A parte do direito de reputação a qual corresponde um dever exigível de terceiros constitui um direito de não ter o valor da própria autenticidade, o valor da iniciativa de autodefinição

---

paz foi explicitamente afirmada na decisão da Suprema Corte no caso *Cohen v. California* (1971). O caso disse respeito à condenação penal de um rapaz por ter usado uma jaqueta com os dizeres "Foda-se o recrutamento" ("*Fuck the Draft*"), durante a guerra do Vietnã, em um prédio do tribunal da cidade de Los Angeles. O Juiz Harlan, decidindo pela corte, afirmou que o caso não poderia ser considerado um de "palavras de luta" ("*fighting words*"), definidas como "aqueles epítetos pessoalmente abusivos os quais, quando dirigidos aos cidadãos ordinários, são, de acordo com o conhecimento comum, inerentemente propensos a provocar reação violenta". O Juiz Harlan cita a decisão da Corte no caso *Chaplinky*, mas é evidente que ele reelabora de forma sutil, porém muito importante, a relevância da ofensividade na definição das "*fighting words*". A restrição não deverá incidir sobre palavras que em si mesmas causam dano *ou* que são propensas a provocar reação violenta, mas sim sobre palavras ofensivas *que* são propensas a provocar reação violenta. Desde o caso *Chaplinsky*, em 1942, a corte nunca mais voltou a aprovar a restrição de discurso com base nessa doutrina. Alguns juristas estadunidenses consideram a doutrina como letra morta, e muitos entendem que ela não faz qualquer sentido dentro do esquema constitucional de proteção da liberdade de expressão daquele país. Conferir Stephen Gard: "Nos quase quarenta anos desde que Chaplinsky foi decidido, a corte não manteve uma única condenação pelo uso de 'palavras de luta' ("*fighting words*")" (GARD, 1980, p. 534) e "Em essência, minha tese é a de que a doutrina das palavras de luta ("*fighting words*") é nada mais do que um resquício pitoresco de uma moralidade anterior que não possui lugar em uma sociedade democrática dedicada ao princípio da liberdade de expressão. A doutrina, que opera, na melhor hipótese, para penalizar indivíduos por fracassarem em mostrar aos outros o respeito que a sociedade considera adequado e, na pior hipótese, para penalizar indivíduos pela crítica veemente às autoridades governamentais, não é simplesmente constitucionalmente justificável." (GARD, 1980, p. 536). Conferir também, Strossen: "De acordo com a sua construção estrita das proibições constitucionalmente permissíveis sobre 'palavras de luta' ("*fighting words*"), a Corte reverteu cada uma das condenações por palavras de luta (*fighting words*) que ela apreciou desde *Chaplinsky.* Ademais, em uma decisão subsequente, a Corte reverteu uma injunção que havia sido baseada na mesma palavra subjacente à condenação de Chaplinsky. Pelas razões mencionadas, Juízes da Suprema Corte e constitucionalistas persuasivamente sustentam que a doutrina das palavras de luta (*fighting words*) de Chaplinsky não é mais bom direito (*good law*). Mais importante, constitucionalistas argumentaram que essa doutrina não deve mais ser bom direito (*good law*), por razões que são particularmente significativas no contexto de injúrias racistas" (STROSSEN, 1990, p. 510-11). Eu não entrarei na discussão acerca de se discursos ofensivos podem ser proibidos quando especificamente dirigidos a pessoas determinadas ou a grupos pequenos de pessoas determinadas. Pretendo abordar o assunto em trabalhos subsequentes, mas creio que a mesma lógica do respeito às normas sociais que diferenciam os contextos nos quais a intenção de ofender é admissível daqueles nos quais não é deverá ser adotada. O simples uso de epítetos e palavras ofensivas conforme o seu uso ordinário não será tomado como prova inequívoca da violação de um direito, mas como um indício de que houve desrespeito das normas que distinguem entre atos ou reações discursivas contextualmente esperadas daquelas que não o são.

por meio da busca por uma certa identidade socialmente reconhecida, usurpado pelas ações de terceiros. Saber se um ato discursivo específico possui ou não a intencionalidade de usurpação do direito de autodeterminação social de terceiros é função não do escrutínio do estado mental do falante, mas do sentido possível atribuível ao seu ato de fala pelas regras de uso da linguagem em contextos linguísticos distintos, as quais são intersubjetivamente dadas. Ou seja, o que é importante é observar se o discurso do falante, ainda que prejudique a percepção social de determinadas pessoas ou de grupos de pessoas, obedece às expectativas e regras de discussão no contexto no qual ele fala, o que deverá levar em consideração o papel social do falante e o assunto do discurso. Dessa forma, critérios tomados muitas vezes como definidores do próprio escopo do direito à reputação em algumas democracias liberais, por exemplo, o critério que distingue entre discurso relativo a pessoa pública X discurso relativo a pessoa privada, ou o critério que distingue entre proposição verdadeira de fato X proposição falsa de fato, passam a ser considerados não mais como critérios definitivos de determinação dos limites da liberdade de expressão, mas apenas úteis na busca pelas regras intersubjetivas vigentes em contextos discursivos distintos, necessárias para avaliação da intencionalidade de cada ato discursivo.

O direito à reputação é concebido e protegido de forma bastante heterogênea pelas democracias liberais. Em algumas, ele é protegido por meio da responsabilização civil. Em outras, por meio de institutos penais. Já em outras encontramos a combinação entre proteção na esfera civil e penal, tal como é o caso brasileiro. O escopo de proteção é também bastante variado: em algumas jurisdições, o direito à reputação tende a se aproximar de um direito de proteção pura e simples contra discursos públicos desabonadores da percepção social do indivíduo, sem consideração a respeito do caráter verdadeiro ou falso daquilo que é dito, ou de se existe ou não contexto que justifique a emissão de uma opinião desabonadora. Quando tão amplamente concebido, esse direito tende a ser "balanceado" em relação ao direito de liberdade de expressão, em especial quando o discurso se dirigir a assuntos relacionados ao exercício do poder estatal ou de relevância pública. Em outras jurisdições, o direito à reputação não protege contra discursos de fato verdadeiros. Ainda em outras, os discursos dirigidos a personalidades ou autoridades públicas somente podem ser punidos quando forem não apenas falsos, mas também proferidos com conhecimento da falsidade ou com descuido imprudente a respeito da falsidade do discurso. Assim, diferentes critérios de verdade x falsidade, assuntos de relevância pública x assuntos de relevância privada, e diferentes formas de definição de

cada um desses critérios desempenham papel importante no desenho do direito à reputação e na sua confrontação com o direito de liberdade de expressão em países distintos.

Para construir a concepção que entendo mais adequada do direito à reputação nesse capítulo, partirei da exploração de dois modelos institucionais: o brasileiro, de proteção penal da reputação, e o modelo americano, que determinou limites constitucionais para definição do escopo do direito à reputação pelos diferentes estados da federação (já que nos Estados Unidos cada estado federado possui autonomia na definição das suas regras de responsabilização civil). Iniciarei a reflexão acerca do modelo brasileiro que garante escopo mais amplo de proteção à reputação e questionarei os critérios de verdade x falsidade e de assuntos de relevância pública x assuntos de relevância privada envolvidos na legislação brasileira. Contrastarei tais critérios com amplas práticas discursivas que consideramos instâncias regulares do exercício da liberdade de expressão. Após mostrar a implausibilidade dos critérios normativos determinados na legislação brasileira, passarei a explorar a plausibilidade dos critérios de verdade x falsidade e de assuntos de relevância pública x assuntos de relevância privada determinados nos limites constitucionais estadunidenses para o direito à reputação. Tentarei mostrar que, apesar de mais condizentes com nossas práticas discursivas, os critérios constitucionais estadunidenses ainda assim não são normativa e coerentemente sustentáveis.

Passarei, portanto, à defesa de uma concepção do direito à reputação normativamente coerente com os princípios da dignidade e com a maneira pela qual eles informam o conceito de liberdade de expressão e aquele de dano na teoria de Ronald Dworkin. Defenderei, em um primeiro momento, que a autenticidade tem relação com a assunção de consequências pelas próprias escolhas éticas. A responsabilidade ética individual requer tanto a liberdade para escolhas de vida quanto a assunção dos riscos e consequências dessas escolhas. As consequências abarcam o impacto de nossas escolhas na avaliação que outros fazem de nós. Sendo assim, a dignidade dificilmente fundamenta um direito de controle da percepção social acerca de nossa própria personalidade, escolhas de vida ou da percepção dos aspectos identitários dos grupos a que pertencemos. Pelo contrário: o exercício da dignidade de cada um requer a liberdade de formular as impressões, juízos e avaliações acerca das escolhas éticas e formas de vida das outras pessoas. A conclusão é a de que a autenticidade apoia as pessoas no seu direito de se pronunciar e comentar acerca dos fatos pertencentes à esfera pública da vida das demais pessoas. Contanto que as formulações públicas não ofendam direitos de privacidade, temos

a liberdade de formular juízos acerca do domínio da vida das demais pessoas pertencente ao campo das interações públicas.

Ainda, a autenticidade não se limita à liberdade de formulação de proposições verdadeiras de fato ou juízos valorativos razoáveis. Várias de nossas práticas discursivas de elaboração de valores éticos, tal como já explorado nos capítulos anteriores, dizem respeito à liberdade de expressão de inverdades, ou de proposições não alcançáveis pelos critérios de avaliação de verdade x falsidade predominantes em nossas práticas empíricas. Essas proposições muitas vezes contrariam compromissos valorativos de democracias igualitárias e possuem efeitos prejudiciais na vida de algumas pessoas. Não obstante, defendemos o direito das pessoas de expressão dessas formulações em determinados contextos discursivos. Nesses contextos, entendemos que as pessoas não necessitam ter completo controle dos fatos para se pronunciar sobre eles, tampouco que suas opiniões precisam ser sutis e sofisticadas para que possam ser expressas, ainda que a imputação falsa de fatos e expressão de opiniões possa provocar prejuízo na maneira como terceiros são percebidos socialmente. Defenderei que o limite, portanto, do exercício da autenticidade é dado pelo que entendemos, justamente, pelo exercício, de acordo com as regras discursivas contextualmente dadas, das prerrogativas de conformação do ambiente ético de uma comunidade. Compromissos com a verdade são exigidos em graus distintos a depender do papel ocupado por uma pessoa em um contexto discursivo, bem como a depender do tipo de questão discutida. O argumento ficará mais claro com a exploração de exemplos.

Por fim, explicarei como, a meu ver, a defesa de um direito individual à reputação não afasta um direito geral de expressão de discursos de ódio, assim definidos em função do conteúdo ou forma de sua mensagem. Isso se explicará pelo tipo de intencionalidade que, por um lado, entendo constituir o ilícito da difamação e pelo tipo de intencionalidade que, por outro lado, e de forma paradigmática, caracteriza os discursos de ódio.

No último tópico do capítulo buscarei distinguir a concepção da *reputação enquanto competição justa* daquela sugerida na obra de C. Edwin Baker. Apesar de esse trabalho não pretender uma análise exaustiva das semelhanças e diferenças das teorias da justiça dworkiniana e bakeriana, seja em seus aspectos substantivos ou metodológicos, a reputação se apresenta como um tema interessante para explorar algumas diferenças relevantes entre as duas teorias. Baker defende uma concepção da reputação como interesse, na linha da segunda estratégia sugerida no início desse capítulo. Penso que isso se deve ao fato de Baker não reconhecer o problema distributivo como um que possa ser

substantivamente arbitrado por meio de uma reflexão de moralidade política. Dessa forma, Baker nega que o valor da igualdade exija normas substantivas de moralidade política para a distribuição de recursos e para a maneira como as pessoas podem "competir" por eles na sociedade. Baker, assim, nega que a melhor teoria moral atribua às pessoas direitos em relação à maneira como as demais pessoas podem competir pelo "bem" da percepção social de si, dos grupos dos quais fazem parte e dos outros. O aspecto distributivo da teoria da igualdade de Baker é bastante restrito à afirmação de um direito de acesso a um conjunto mínimo de recursos para que seja concebível a cada pessoa a condução de uma vida autônoma, ou seja, de acordo com a sua própria concepção do bem humano. A lógica da distribuição do "excedente" desses recursos mínimos deve ser definida, conforme Baker, por meio de deliberação democrática.

Creio que o equívoco na teoria bakeriana decorre de três problemas principais. O primeiro consiste em um posicionamento meta-teórico que busca a fundamentação de toda a teoria política em fatos supostamente universais acerca da vida humana em sociedade. Baker pressupõe que uma teoria moral necessita de uma fundação objetiva diferente das "meras" convicções, frágeis porque supostamente subjetivas, nas quais Dworkin fundamenta a sua teoria moral e política. Ele afirma encontrar na "ação comunicativa", definida como a prática de diálogo tendente ao acordo mútuo para decisão acerca de questões morais, as caraterísticas de inafastabilidade e universalidade necessárias para fundamentação de uma teoria moral e política. Ocorre que não há nada na ação comunicativa que seja objetivamente universal enquanto método de adjudicação de conflitos morais: as pessoas se engajam em todo tipo de práticas de dominação para imposição de suas perspectivas, sendo a guerra apenas a mais dramática delas. Para defender a ação comunicativa enquanto fundamento da teoria moral e política, Baker precisará recorrer a convicções do mesmo tipo daquelas nas quais Dworkin se baseia para construir as bases de sua conceitualização moral e política.

Em segundo lugar, Baker é incapaz de explicar como os pressupostos da ação comunicativa levam à exigência de proteção de liberdades na esfera da vida privada. Esse descompasso entre o que Baker pretende ser o fundamento da sua teoria moral e um dos pilares substantivos dessa mesma teoria sugere que princípios igualitários baseados no valor de cada vida humana individualmente considerada são necessários para defender a autonomia ética no âmbito privado, direito em cuja proteção Baker insiste.

Em terceiro lugar, os mesmos princípios igualitários informados por uma concepção de bem viver que devem ser pressupostos se queremos defender a autonomia

ética no âmbito privado operam na defesa da igualdade distributiva. Baker acerta na tese de que a comunidade política é uma entidade coletiva e que o valor da vida dos indivíduos depende em certa medida do valor das ações da entidade coletiva política da qual participam. No entanto, Baker erra acerca do escopo das ações da entidade estatal. Diferentemente de outras associações, formadas voluntariamente, ao Estado não cabe a promoção de uma concepção de boa vida específica. O seu propósito é a igual distribuição de liberdades, oportunidades e recursos. Baker é vítima de uma confusão que entendo comum no debate teórico político contemporâneo, entre critérios morais de alocação de poder para decisão acerca de problemas distributivos, ou seja, critérios de democracia, por um lado, e os critérios substantivos que uma sociedade ideal deveria adotar, ou seja, critérios substantivos de igualdade, por outro. O fato de defendermos, tal como defende Baker, que as decisões sobre problemas distributivos devem ser tomadas democraticamente, o que pode significar deferir tais decisões a processos majoritários, não impede e nem faz desaparecer a necessidade de reflexão teórica normativa acerca de quais são os padrões distributivos moralmente corretos que uma comunidade política deveria adotar. Podemos defender um direito individual em sentido forte à reputação sem que com isso precisemos defender que esse direito deve ser imposto via decisões judiciais, ou sem que isso nos impeça de defender que o estabelecimento de um tal direito jurídico depende de decisões políticas específicas na comunidade política[167].

Sem maior demora passarei a enfrentar o primeiro problema desse capítulo: as nossas práticas discursivas e a maneira como nos engajamos em juízos acerca das mais diversas dimensões das nossas vidas em sociedade é compatível com um direito de reputação concebido como direito de controle da percepção social de si?

## 1. A reputação como controle da percepção social de si

Uma das concepções mais simples e instintivas do direito à reputação remete à prerrogativa de proibir a circulação de mensagens e afirmações que de alguma forma são

[167] Não enfrentarei esse último ponto com profundidade nesse trabalho. Pretendo explorar, em trabalhos futuros, a confusão que entendo haver entre o valor moral da democracia para situações de justiça ideal, e o seu valor para o que alguns chamam de situação de transição, ou seja, circunstâncias sociais não-ideais do ponto de vista da justiça. Entendo que esse é, possivelmente, um problema subjacente a divisões importantes na teoria política, tais como aquela entre teóricos procedimentais da justiça e teóricos da justiça substantiva.

prejudiciais à percepção social de uma determinada pessoa, seja ela física, ou jurídica. Essa concepção simples entende como constitutivo do direito à reputação a prerrogativa de proibição inclusive de afirmações de fato verdadeiras. Esse é o conceito de difamação que foi tipificado no código penal brasileiro, em seu artigo 139. O dispositivo determina que a difamação constitui na imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação sem a possibilidade de aquele que expressa o fato invocar a verdade do fato como defesa. A exceção da verdade é apenas admitida quando o fato é imputado a funcionário público e diz respeito ao exercício das suas funções enquanto tal (parágrafo único do art. 139).

Essa formulação do direito à reputação, se por um lado atende a um interesse instintivo geral de controle das manifestações em circulação no âmbito público, por outro lado provoca perplexidades uma vez que nos deparamos com certas instâncias de sua aplicação. Um caso pouco divulgado no Brasil foi o da blogueira Cláudia Mello. Em 2006 ela foi a uma clínica médica e, segundo ela, foi atendida com negligência e desdém. Ela relatou em post em seu Blog os fatos que, segundo ela, demonstrariam a negligência do médico e divulgou o nome e endereço da clínica, assim como do médico que a atendeu. O médico a processou por injúria e difamação e não precisou alegar a falsidade do ocorrido, já que para os crimes de injúria e difamação, tal como tipificados no código penal brasileiro, a falsidade ou veracidade do que é alegado é irrelevante. Como mencionado, a exceção da verdade é permitida no caso de fato imputado a funcionário público e relacionado ao exercício de tais funções. Mas dado que o caso tratava de médico em clínica privada, a exceção da verdade não era cabível. A blogueira não dispunha de recursos para apelar da decisão que a condenou ao pagamento de danos morais e, por isso, sua condenação prevaleceu e transitou em julgado[168]. Essa condenação sinaliza para uma proibição do compartilhamento público das experiências com profissionais e estabelecimentos prestadores de serviço ou a respeito das relações de consumo vivenciadas em uma sociedade de mercado se essas experiências forem desabonadoras da imagem e reputação dos profissionais e empresas envolvidos, a despeito da veracidade do que é alegado.

Essa concepção de um direito à reputação, se levada às últimas consequências, contraria de forma flagrante a ideia que fazemos de uma economia de mercado na qual

[168] O comentário original que levou ao processo pode ser encontrado no Blog pessoal de Cláudia Belhassof. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20061117133515/http://claudiabelhassof.com.br/>. Acesso em: 01 fev 2017. Uma nota mencionando o processo e o situando dentre outros casos de censura de blogueiros está disponível no site Tecnoblog. Disponível em: <https://tecnoblog.net/10795/blogueira-e-condenada-a-pagar-indenizacao-a-medico/>. Acesso em 01 fev 2017.

profissionais e empresas ofertam produtos e serviços, competindo pela preferência da clientela conforme a lógica do custo/benefício e da qualidade do que é oferecido. Essa lógica pressupõe, justamente, que as pessoas possam trocar publicamente informações e impressões acerca das experiências com os prestadores de serviço e das relações de consumo nas quais ingressam. Há, inclusive, modelos de negócio pautados na ampliação em grande escala dessas trocas de informação[169].

Seria plausível reconhecer o direito de um estabelecimento comercial, tal como um restaurante, de entrar com ação judicial por danos contra consumidor pela avaliação ruim postada pelo consumidor em aplicativo online destinado, dentre outras coisas, ao processamento da avaliação pública de diversos estabelecimentos comerciais do ramo? Por exemplo, seria possível que um restaurante acionasse um consumidor por violação de reputação pelo consumidor ter publicado em site destinado a avaliação pública de estabelecimentos comerciais que "O lugar só vale a pena mesmo pelo AMBIENTE, porque a comida deixa muito a desejar, e o serviço então, nem se fale!"[170]?. Ou ainda, que outro restaurante, ou o seu gerente, pudesse acionar um outro consumidor pela seguinte avaliação extremamente negativa publicada em outro site voltado para a reunião de avaliações públicas de atrações turísticas: "Comida ruim, serviço simpático mas incompetente, gerente mau educado, demoradíssmo e caro. Não vale a pena."[171]?

E o que dizer do caso da professora universitária Adriana Alves que alegou publicamente ter sido vítima de racismo e machismo no Dueto Bar no bairro Butantã em São Paulo, tendo identificado nominalmente o dono do bar como perpetrador dos atos de machismo e racismo, em entrevista publicada por veículo de comunicação[172]? O relato foi reproduzido, com transcrições mais ou menos completas das alegações da professora, em diversos sites online[173]. Teria o dono do bar direito de entrar com ação por difamação

---

[169] Esse é o caso de plataformas online como Tripadvisor (<www.tripadvisor.com>), Booking.com (<www.booking.com>), hoteis.com (<hoteis.com>), Guia ds restaurantes (<www.guiadosrestaurantes.net.br), dentre vários outras.

[170] Comentário postado por Sabrina S. em 22 de julho de 2013 no aplicativo online Yelp destinado à oferta pública de informações e avaliações de estabelecimentos comerciais. Disponível em <https://www.yelp.com.br/biz/p%C3%A9-de-manga-s%C3%A3o-paulo-2>. Acesso em: 04 nov 2016.

[171] Comentário postado por Maurício F. em 14 de janeiro de 2012 no site Tripadvisor destinado a oferecer informações acerca das mais diversas atrações turísticas em diversas localidades. Disponível em: <https://www.tripadvisor.com.br/ShowUserReviews-g303631-d786700-r123084294-Ritz-Sao_Paulo_State_of_Sao_Paulo.html>. Acesso em 04 nov 2016.

[172] Entrevista da Professora Adriana Alves, realizada por Isadora Otoni, para a revista Forum e publicada em 26 de novembro de 2013. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/2013/11/26/ele-agiu-como-se-escolhesse-uma-escrava-diz-professora-da-usp/>. Acesso em 04 nov 2016.

[173] A entrevista publicada na revista Fórum foi reproduzida na íntegra no site Pragmatismo Político (Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/11/professora-negra-humilhada-ele-agiu-como-se-escolhesse-uma-escrava.html>. Acesso em 04 nov 2016). Identifiquei que o caso repercutiu também

contra a professora universitária, com base no simples argumento de que aquilo que ela alega é fato que atenta contra a reputação tanto da pessoa dele como de seu estabelecimento, sem qualquer consideração acerca da veracidade daquilo que foi alegado? E como abordar o caso de um casal espanhol que, na virada do ano de 2011 para o ano de 2012, em passagem de férias no Brasil, alegou publicamente que o seu filho, de origem etíope, teria sido vítima de racismo por ter sido colocado para fora de restaurante pelo próprio dono do restaurante de bairro nobre de São Paulo? Teria o dono do restaurante direito de acionar o casal por difamação?[174] É interessante notar que a repercussão pública do caso levou à organização de uma manifestação pública em forma de panelaço em protesto contra o racismo praticado no estabelecimento.[175]

Todos esses casos possuem em comum o fato de que envolvem imputações públicas de fatos que atentam contra a reputação de pessoas físicas ou jurídicas. Nenhuma dessas pessoas, ou estabelecimentos, é funcionária pública ou instituição pública e nenhum dos fatos imputados diz respeito, portanto, ao exercício de funções públicas. Pelo contrário: trata-se de pessoas anônimas, e de estabelecimentos privados. A princípio, a literalidade do artigo 139 do código penal nos permitiria pensar que seria possível às pessoas físicas e jurídicas contra as quais os fatos foram imputados acionar a justiça para fins criminais e de ressarcimento cível em função de danos à reputação. No entanto, as

---

no site do Centro de Estudos das Relações de Trabalho e Desigualdades em nota de Juliana Gonçalves intitulada "Professora negra da USP sofre ofensa racista em restaurante de São Paulo", publicada em 26 de novembro de 2013 (Disponível em: <http://www.ceert.org.br/noticias/direitos-humanos/4110/professora-negra-da-usp-sofre-ofensa-racista-em-restaurante-de-sao-paulo>. Acesso em 04 nov 2016), no site da Associação dos Docentes da Universidade Federal do Amazonas em nota intitulada "Professora da USP denuncia dono de restaurante por racismo e machismo" (Disponível em: <http://www.adua.org.br/noticias.php?cod=1373>. Acesso em 04 nov 2016), e no site administradores.com por meio de reportagem intitulada "Professora da USP denuncia ter sido vítima de assédio sexual e racismo em restaurante", publicada em 26 de novembro de 2013. (Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/cotidiano/professora-da-usp-denuncia-ter-sido-vitima-de-assedio-sexual-e-racismo-em-restaurante/82340/>. Acesso em: 04 nov 2016).

[174] O caso foi amplamente divulgado pela mídia nacional online. O site G1 do grupo Globo abordou o caso em reportagem de Gabriel Sampaio intitulada "Casal espanhol diz que filho negro foi expulso de restaurante em SP", publicada em 02 de janeiro de 2012 (Atualizada em 02 de janeiro de 2012). (Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/01/casal-espanhol-diz-que-filho-negro-foi-expulso-de-restaurante-em-sp.html>. Acesso em 04 nov 2016); no site da Veja.com em reportagem de título "Polícia investigará se menino espanhol sofreu racismo em restaurante de SP", publicada em 03 de janeiro de 2012. (Disponível em: < http://veja.abril.com.br/mundo/policia-investigara-se-menino-espanhol-sofreu-racismo-em-restaurante-de-sp-2/>. Acesso em 04 nov 2016); e também em site do jornal Correio, por meio da reportagem "Filho negro de casal de espanhóis é expulso de restaurante em SP", publicada em 03 de janeiro de 2012. (Disponível em: < http://www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/filho-negro-de-casal-de-espanhois-e-expulso-de-restaurante-em-sp/?cHash=dfed8d8701b5d9a18ae99361d9e62b50>. Acesso em 04 nov 2016).

[175] O panelaço foi divulgado no portal Terra por meio da reportagem "SP: após denúncia de racismo, restaurante é alvo de manifestação", publicada em 07 de janeiro de 2012. (Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/sp-apos-denuncia-de-racismo-restaurante-e-alvo-de-manifestacao,3e69dc840f0da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>. Acesso em 04 nov 2016).

nossas práticas de discussão das experiências no trato da vida pública, uma que envolve não apenas as discussões acerca de assuntos sobre os quais decidimos e deliberamos em instituições políticas, mas também as transações e interações na esfera pública da vida civil, contrariam veementemente a atribuição de tal poder individual de controle de toda e qualquer manifestação pública a respeito de si.

Se os casos acima que se referem a pessoas e estabelecimentos privados orientam fortemente para a implausibilidade de um direito à reputação tal como concebido pelo artigo 139 do código penal brasileiro, o que dizer de outras práticas discursivas que envolvem personalidades públicas de grande presença na mídia mas que não são funcionárias públicas? Poderia a atriz Ísis Valverde acionar o ministério público para deflagrar processos de crime de difamação contra diversos jornalistas, empresas de mídia e internautas por ter sido apontada e muitas vezes dura e vulgarmente criticada pelo seu papel de suposto pivô da separação de Cauã Reymond e Grazi Massafera?[176]

Alguns poderiam dizer que ela, por se expor voluntariamente na mídia, tem diminuído o nível de proteção aos direitos da personalidade. No entanto, não se trata, no caso, de reivindicação de proteção de direito à privacidade, mas de proteção do aspecto da reputação que diz respeito ao domínio da vida das pessoas passível de discussão pública. É possível afirmar que atores, atrizes e celebridades em geral possuem um escopo de privacidade reduzido justamente porque a maneira como eles conduzem as suas vidas privadas é parte do "produto" que eles vendem. Sendo assim, eles não poderiam pleitear direito de proteção de exposição do status de seus relacionamentos amorosos ou do seu estilo de vida nos momentos de lazer, por exemplo. Ainda, ao adentrar o mundo das celebridades, essas pessoas sabem que esse mundo constituiu um ponto focal de discussão pública acerca de parâmetros sociais éticos, morais e políticos. Isso não significa, necessariamente, que as pessoas e a mídia em geral possam falar qualquer coisa a respeito dos aspectos públicos da vida de atores, atrizes e celebridades. Afinal, as celebridades possuem justamente na sua imagem e na sua reputação o maior ativo com o qual auferem lucros e se promovem profissionalmente. Nesse sentido, ainda que assumíssemos que a

[176] As alegações foram divulgadas por diversos sites e meios de comunicação. Dentre eles, notícia do jornal Extra, de título "Apontada como pivô de separação de Grazi e Cauã, Isis Valverde se queixa de fofocas: 'Não tenho que dar satisfação a ninguém'", de autoria de Carla Bittencourt e publicada em 04 de janeiro de 2014 (Disponível em: <http://extra.globo.com/tv-e-lazer/apontada-como-pivo-de-separacao-de-grazi-caua-isis-valverde-se-queixa-de-fofocas-nao-tenho-que-dar-satisfacao-ninguem-11197215.html#ixzz4Q18tNnWO>. Acesso em 04 nov 2016); e notícia do site Ego, intitulada "Isis Valverde seria o pivô da separação de Grazi e Cauã", de 17 de outubro 2013. (Disponível em: <http://ego.globo.com/famosos/noticia/2013/10/isis-valverde-seria-o-pivo-da-separacao-de-grazi-e-caua.html>. Acesso em 04 nov 2016).

mídia possui o direito de falar sobre o status da relação amorosa de Ísis Valverde, ela poderia reivindicar indenização por atentado à sua reputação não por terem falado de um aspecto de sua vida que é considerado privado para a maior parte das pessoas, mas não para ela, mas sim por terem imputado a ela um fato que prejudica a percepção social sobre o seu caráter[177]? E Ronaldo Luíz Nazário de Lima, o conhecido Ronaldo "Fenômeno", ex-jogador de futebol e influente personalidade midiática, poderia processar os travestis, ou os agentes de mídia, que divulgaram a acusação de que Ronaldo teria deixado de pagar valores combinados por programa sexual e que teria ameaçado os travestis em caso de exposição do incidente na mídia?[178] Poderia ele, por exemplo, reivindicar indenização pela perda do contrato publicitário com a TIM por ocasião do incidente, independente da veracidade das alegações?[179]

Todos os casos expostos acima parecem fazer parte das práticas correntes de debate público acerca das mais variadas questões e assuntos: experiências com prestadores de serviço e estabelecimentos comerciais, discussões acerca de incidentes intimamente relacionados à construção e exploração da imagem de celebridades e figuras públicas. Nenhum desses casos, no entanto, poderia se beneficiar da exceção da verdade prevista no parágrafo único do artigo 139 do código penal, já que nenhum dos casos trata de imputação de fato a funcionários públicos relacionados ao exercício de suas funções. A possibilidade de que esses e casos similares que se multiplicam na era da internet possam fundamentar direito de proteção à reputação por meios criminais e cíveis, sem qualquer consideração acerca da veracidade dos fatos imputados, no entanto, soa como exercício de censura sobre exposição legítima de informações e percepções.

A minha intenção com a exposição da dicção da lei e exemplificação de seu manejo, tanto em iniciativas reais quanto hipotéticas de punição de discursos envolvendo

---

[177] Não ignoro o argumento de que é possível que o envolvimento em tal escândalo poderia ter beneficiado e não prejudicado a atriz economicamente por focar a atenção do público no nome dela. A questão não é discutir empiricamente o impacto real dos rumores no valor comercial do nome e imagem da atriz. A questão é, assumindo que o impacto tenha sido negativo, a atriz poderia acionar a justiça com base em violação de direitos de reputação. O que estou procurando mostrar é a implausibilidade dessa possibilidade com base nas nossas mais difundidas práticas discursivas.

[178] Conferir notícia do jornal Extra de 28 de abril de 2008, de título "Ronaldo Fenômeno é acusado de não pagar programa a travesti". (Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/ronaldo-fenomeno-acusado-de-nao-pagar-programa-travesti-502277.html>. Acesso em 04 nov 2016); e também reportagem de Luisa Belchior para a Folha de São Paulo de 28 de abril de 2008, de título "Após bate-boca com travestis, Ronaldo vai para delegacia no Rio". (Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2008/04/396571-apos-bate-boca-com-travestis-ronaldo-vai-para-delegacia-no-rio.shtml>. Acesso em: 04 nov 2016).

[179] A perda do contrato foi noticiada no jornal Zero Hora, em 03 de maio de 2008: "Ronaldo perde contrato de R$ 5 milhões após confusão com travestis". (Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/esportes/noticia/2008/05/ronaldo-perde-contrato-de-r-5-milhoes-apos-confusao-com-travestis-1849901.html>. Acesso em: 04 nov 2016).

pessoas comuns ou personalidades públicas distintas de funcionários públicos, foi apontar para os resultados contraintuitivos de uma concepção da reputação como direito de controle imputações de fato que prejudiciais à imagem pública, sem exigência de falsidade e com fundamento apenas no resultado desabonador da manifestação. Penso que seria absurdo se acabássemos por promover, por meio da lei, o medo da expressão pública de fatos verídicos acerca de questões relevantes e de caráter público, ainda que não relacionadas a funcionários públicos, em função do seu impacto danoso à imagem de alguém.

Mas se o resultado real e potencial de uma tal concepção de reputação que procurei brevemente exemplificar não suscita resistência moral intuitiva no leitor e não se apresenta como uma razão a exigir uma concepção alternativa do direito à reputação; em outras palavras, se as reais e possíveis iniciativas de controle e punição do discurso no debate público apresentadas não se afigurarem absurdas aos olhos do leitor, espero que ele se convença pelo argumento normativo de como a concepção de dignidade dworkiniana rejeita a ideia de um direito à reputação consistente na prerrogativa de controle social da própria imagem.

No entanto, antes de adentrar essa análise normativa, explorarei a plausibilidade da concepção de reputação que a limita a um direito de ter apenas proposições de fato verdadeiras sobre si em circulação no debate público.

## 2. A reputação e o reino da verdade

Se é pouco plausível que o direito à reputação possa implicar um direito de controle total de expressões e apreciações dos fatos de relevância pública a respeito de si, a primeira alternativa que ocorre é a de compreender a reputação como um direito de não ter afirmações falsas de fato a respeito de si circulando socialmente e deturpando a própria imagem pública.

Em um primeiro momento, essa possibilidade parece plausível: se é razoável que as pessoas possam trocar informações verdadeiras e juízos acerca de tais informações em suas práticas de autodeterminação e formação de opinião, por outro lado parece também razoável que, como exigência mesma da possibilidade de autodeterminação, as pessoas

possam contar que apenas aquilo que é verdadeiro sobre elas será formulado e circulado publicamente.

No entanto, a nossa experiência ordinária é marcada por manifestações abundantes de atribuições de fato bastante duvidosas nas redes sociais, blogs, sítios eletrônicos e na mídia de forma geral. Mais uma vez, o exemplo da publicação de rumores acerca da separação amorosa de casais famosos é útil. Seria plausível que Angelina Jolie e Brad Pitt pudessem ter pedido indenização por dano à reputação a cada vez que a mídia estadunidense divulgou rumores aparentemente não confirmados da separação do casal? Ou poderia Fátima Bernardes, ou William Bonner, processar a "blogueira sobre celebridades" Fabíola Reipert por ter sugerido que nos bastidores da Rede Globo os rumores seriam de que a separação do casal teria sido causada pela combinação entre a proximidade de Bonner com uma colega de trabalho e o fato de que Fátima estaria ganhando bem mais do que o ex-marido após saída do jornal e início de sua carreira como apresentadora?[180] Todos esses são rumores não confirmados.

Afirmar os eventuais direitos de Angelina Jolie, Brad Bitt, William Bonner ou Fátima Bernardes à indenização nos parece abusivo. Uma justificativa possível para negar a eles o direito de pedir a proibição e indenização pelos discursos eventualmente inverídicos sobre suas pessoas é a de que a manutenção de um amplo debate público exige o "sacrifício" de um direito moral de pessoas públicas e daquelas envolvidas em assuntos públicos. Ou seja, a nossa ampla tolerância com as expressões potencialmente falsas acerca de questões de relevância pública se explicaria não por razões propriamente morais, mas por razões de política pública relativas ao efeito inibidor que a proibição e punição de afirmações falsas a respeito de assuntos tão caros ao público poderia provocar.

Nos Estados Unidos, os limites impostos pela jurisprudência constitucional ao direito dos Estados federados de definição do direito à reputação e, por consequência, de delimitação do ilícito da difamação, parece sugerir essa lógica. Em 1964, em decisão extremamente importante acerca do escopo de proteção da liberdade de expressão, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu o caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964). Durante os anos 60, os Estados Unidos viviam um período de grandes tensões sociais, em especial nos Estados do sul do país, provocadas pelos movimentos pelos direitos civis encabeçados por líderes negros. Em 29 de março de 1960, o jornal *The New York Times*

[180] Especulações sobre as causas da separação do casal foram publicadas na página de Fabíola Reipert no site R7.com em 30 de agosto de 2016: "Pivô de separação entre William Bonner e Fátima Bernardes seria colega da Globo". (Disponível em: <http://entretenimento.r7.com/blogs/fabiola-reipert/pivo-de-separacao-entre-william-bonner-e-fatima-bernardes-seria-colega-da-globo/2016/08/30/>. Acesso em 04 nov 2016).

publicou um anúncio de página inteira pago pelo "Comitê para Defesa de Martin Luther King e pela Luta pela Liberdade no Sul", intitulado "Ouça suas Vozes em Ascenção" ("*Heed their Rising Voices*"). Nesse anúncio, o referido comitê solicitava fundos para defender Martin Luther King Jr. em uma acusação por perjúrio. O anúncio denunciava uma série de ações violentas em várias localidades contra as manifestações pacíficas de estudantes negros. Dentre elas, o anúncio noticiou a resposta repressiva da polícia em Montgomery, Alabama, à manifestação de estudantes que, segundo o anúncio, cantaram "*My Country 'Ties of Thee*"' nas escadas da sede do Estado. A polícia teria expulsado os líderes dos estudantes da escola. Ademais, o anúncio afirmava que quando todo o corpo estudantil protestou contra as autoridades estatais ao se recusarem a se registrar na Faculdade do Estado do Alabama, o refeitório do campus teria sido trancado em uma tentativa de submeter os estudantes ao comando das autoridades por meio da fome.

L. B. Sullivan, comandante da polícia em Montgomery, cujo nome não foi mencionado no anúncio, acionou o jornal *The New York Times* na justiça por danos à sua reputação. Aparentemente, algumas afirmações do anúncio relativas à ação da polícia de Montgomery eram falsas; por exemplo, a alegação de que o refeitório teria sido trancado para submeter os alunos às autoridade ao causar-lhes fome[181]. Apesar de o anúncio não se referir a L. B. Sullivan, ele alegou que, enquanto comandante da polícia de Montgomery, as afirmações falsas sobre a ação policial atingiam diretamente a sua reputação enquanto chefe da instituição. O júri em primeira instância decidiu o caso favoravelmente a Sullivan, deferindo $500.000,00 (quinhentos mil dólares) em indenizações. E o Supremo Tribunal do Alabama confirmou o julgamento do júri.

O caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos, e, naquele período, vários oficiais e autoridades públicas dos Estados do Sul do país encabeçavam processos judiciais milionários contra órgãos importantes da imprensa estadunidense. Essas ações se baseavam em alegações de difamação cometida pela mídia em vários de seus relatos acerca do movimento pelos direitos civis no sul do país. A situação era de uma verdadeira campanha ofensiva das autoridades sulistas contra a cobertura da luta pelos direitos civis nos Estados Unidos (KALVEN, 1964, p. 200). A soma dos valores demandados em juízo em ações por difamação chegava a quase $300.000.000,00 (trezentos milhões de dólares) (KAGAN, 1993, p. 200).

[181] Outras alegações imprecisas diziam respeito ao fato de que Martin Luther King Jr. não havia sido preso sete vezes, tal como alegado no anúncio, mas quatro vezes. A polícia de Montgomery, apesar de ter sido enviada para as proximidades do campus na faculdade do Estado do Alamaba, não teria cercado o campius, tal como afirmado no anúncio (KALVEN, 1964, p. 199).

Havia uma urgência e um senso pragmático, portanto, por uma decisão que não permitisse que aquilo que era compreendido como um uso instrumental do instituto da difamação pudesse calar a mídia em relação à produção de informações sobre as diversas ações políticas, protestos, ocupações, marchas e batalhas judiciais enfrentadas pelos manifestantes negros. A decisão da Suprema Corte reverteu a condenação e deu ganho de causa ao *New York Times*. Na fundamentação do voto majoritário, o juiz Brennan afirmou o compromisso nacional com o princípio de que "o debate acerca de questões públicas deveria ser desinibido, robusto e amplo, e que ele deveria incluir ataques veementes, cáusticos e algumas vezes agudos a oficiais públicos e do governo". Ele seguiu afirmando que

> interpretações autoritativas das garantias da Primeira Emenda consistentemente recusaram reconhecer uma exceção para qualquer teste de verdade - seja aplicado por juízes, juris, ou oficiais administrativos - e especialmente um que atribuísse o ônus de provar a verdade ao falante.

A decisão da Suprema Corte levou a alteração profunda do direito da difamação dos Estados Unidos o qual, até aquele momento, apresentava certa homogeneidade entre as regras nos variados Estados federados. Essas regras permitiam pedido de indenização quando as afirmações feitas sobre uma pessoa fossem falsas, com presunção do dano e sem necessidade de prova de intenção difamatória (KALVEN, 1964, p. 196). A decisão criou uma nova categoria em torno dos "oficiais públicos" estabelecendo que

> as garantias constitucionais requerem (...) uma regra federal que proíbe um oficial público de receber indenização por falsidades difamatórias relacionadas à sua conduta oficial a não ser que ele prove que a declaração foi feita com "malícia real" ("*actual malice*") - isto é, com conhecimento de que era falsa ou com desprezo temerário ("*reckless disregard*") acerca de se era falsa ou não.

Retomando os exemplos com os quais iniciei esse tópico, se o teste da "malícia real" ("actual malice") desenvolvido pela Suprema Corte no caso *New York Times Co. v. Sullivan* tivesse historicamente se restringido a proposições relativas ao exercício das funções de autoridades públicas, a decisão não explicaria a possibilidade de proteção dos discursos sobre Ronaldo "Fenômeno" e Ísis Valverde. Ocorre que, tal como previsto por Henry Kalven em texto intitulado *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment"*, de 1964 (p. 221), o posicionamento da corte acerca do

direito à reputação no caso *New York Times* se desdobrou para outros contextos envolvendo o problema da difamação.

Em decisão no caso *Curtis Publishing Co. v. Butts* (1967)., a Suprema Corte determinou que o teste da "malícia real" ("*actual malice*") aplicava não apenas a autoridades públicas, mas também a "personalidades públicas" *("public figures"*). O caso envolveu o antigo técnico do time de futebol americano da Universidade da Georgia, Wally Butts, que processou a revista *Saturday Evening Post* por difamação em razão de um artigo que alegava que Butts e o então técnico do time de futebol americano da Universidade do Alabama teriam conspirado para combinar o resultado de um jogo. A decisão não formulou uma definição precisa do que são "personalidades públicas" (tendo apenas mencionado que são aquelas envolvidas em assuntos de interesse público seja pelo cargo ou posição que ocupam, ainda que não seja o de autoridade pública, seja por deliberadamente se envolverem, por meio de suas atitudes, em questões de interesse público). Isso foi feito mais adiante, em decisão no caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974). Esse caso consistiu em ação de difamação iniciada pelo advogado Elmer Gertz contra responsável pela revista American *Opinion* pela publicação de afirmações falsas de que o advogado participaria de organizações comunistas, as quais supostamente se engajavam em um conjunto de ações concertadas contra a instituição da polícia. Em *Gertz*, a corte definiu mais precisamente o conceito de "personalidade pública" ("*public figure*") pela necessidade de excluir a aplicação da regra da "malícia real" ("*actual malice*") ao caso. A Suprema Corte afirmou que são adequadamente classificados como "personalidades públicas" "aqueles (...) por razão de notoriedade de suas conquistas ou o vigor e sucesso com os quais eles buscam atenção pública". Esse critério pode levar à classificação de uma pessoa como "personalidade pública" para todos os fins, ou seja, em relação a todos os aspectos de sua vida, dada a intensidade e amplitude do seu envolvimento nos assuntos de relevância pública, ou para fins específicos, no sentido de circunscrito aos temas e controvérsias específicas em relação aos quais a pessoa se expõe publicamente. A Corte decidiu que o advogado em questão não se qualificava como "personalidade pública" em nenhum dos sentidos possíveis.

Quanto aos limites constitucionais para as regras de difamação aplicáveis a pessoas privadas, ou seja, aquelas que não se classificam nem como autoridades nem como personalidades públicas, a decisão estabeleceu que cabe aos Estado federados definir para si mesmos o parâmetro adequado de responsabilização civil, respeitados os seguintes requisitos mínimos: (1) não pode haver indenização por difamação sem culpa; (2) não pode

haver presunção de danos, e nem indenização por danos punitivos, nos casos em que não for provado "malícia real" ("*actual malice*"). Dois principais argumentos foram apontados para garantir às pessoas privadas regras mais vantajosas para indenização por difamação por proposições falsas de fato, em comparação com a regra da "malícia real" ("*actual malice*") aplicada às autoridades e personalidades públicas: (1) em primeiro lugar, a regra seria necessária porque as pessoas privadas possuem menos oportunidades efetivas para retrucar as proposições falsas difamatórias divulgadas a seu respeito, de forma que ficam mais vulneráveis ao dano do que as autoridades e personalidades públicas; (2) e em segundo lugar, uma vez que pessoas privadas não decidiram por uma exposição voluntária ao escrutínio público, elas são mais merecedoras de proteção e de indenização pelos danos sofridos.

Fica claro, portanto, que apesar de a Suprema Corte impor limites constitucionais mesmo às regras da difamação aplicáveis a pessoas privadas, ela estabeleceu uma diferença importante entre os requisitos necessários ao direito de indenização aplicáveis a pessoas privadas e públicas com base no critério do estado mental do falante: enquanto a proibição e indenização por discursos difamatórios falsos de pessoas públicas depende da prova da motivação de dano (constituída pela prova de ciência ou desprezo temerário ("*reckless disregard*") acerca da falsidade do fato expresso), o discurso difamatório falso em relação a pessoas privadas é proibido e punido mediante culpa.

A explicação mais corrente oferecida por teóricos da Primeira Emenda para essa diferenciação do tratamento da difamação com base na motivação do falante é a de que ela consiste em uma solução de política pública e não em uma aplicação de um padrão moral. Esse é o posicionamento de Robert Post. Ele afirma que a regra elaborada no caso *Sullivan* não pretende distinguir entre ações moralmente permitidas (enunciação de fatos falsos sem motivação de imputação de falsidade ou de desprezo em relação à possibilidade da falsidade) e ações moralmente proibidas (enunciação de fatos falsos com motivação de veicular a falsidade ou desprezo temerário em relação à falsidade). Para Post, essa regra implementa uma estratégia política visando apenas afastar o efeito inibidor (*chilling effect*) que a possibilidade de punir um discurso falso e danoso e ao mesmo tempo relacionado a questões de relevância pública poderia provocar no valioso debate sobre tais questões. Esse efeito inibidor decorreria da disseminação entre os participantes do debate público do medo de ser punido pela caracterização errônea de um fato. Para Post, a regra que se baseia na motivação do falante para distinguir entre as regras de difamação aplicáveis a imputações de fatos de relevância pública e aquelas aplicáveis aos fatos não relevantes visa

apenas permitir que o participante do debate público possa ter um maior controle da licitude daquilo que diz (POST, 1990, p. 649).

O que Post está sugerindo é que a prática corrente de ampla permissividade para alegações duvidosas do ponto de vista fático referentes a questões de relevância pública se explica não pela inexistência de um direito das pessoas prejudicadas por tais discursos à sua reputação. Mas pelo "sacrifício" desse direito em prol de uma estratégia política que busca preservar a dinâmica e força do debate público. Nesse sentido, de um ponto de vista moral, o direito à reputação corresponderia ao direito a não ter informações falsas sobre si, danosas à percepção social de si, em circulação[182]. E aquele que incorresse em tal enunciação falsa incorreria em dívida, se não jurídica, ao menos moral à pessoa prejudicada, seja ela pessoa pública ou privada, independente da motivação de imputação de fato falso.

No mesmo sentido, Schauer entende que é a preocupação em relação à inibição de discurso valioso o que é capaz de explicar a opção da Suprema Corte no caso *New York Times Co. v. Sullivan* de incluir no campo dos discursos protegidos aqueles que expressam, culposamente, fatos falsos. Segundo Schauer, a lógica subjacente à Primeira Emenda claramente nega valor aos discursos falsos, sejam eles expressos culposa ou dolosamente[183]. Ele busca oferecer uma explicação detalhada e sistematizada de

---

[182] No mesmo sentido, Larry Alexander afirma que o requisito de motivação para proibição de punição de discursos na doutrina relativa à difamação nos Estados Unidos serve a um propósito instrumental de evitar o efeito inibidor (*chilling effect*), e não altera o status do discurso falso perante a justificação provida pela Primeira Emenda à Constituição dos EUA para a proteção de discursos em geral (ALEXANDER, 1995, p. 25). Alexander nega, inclusive, qualquer relevância da motivação de quem fala na determinação do critério de proteção de discursos pelo direito de liberdade de expressão, afirmando que o fator relevante para determinar a cobertura da Primeira Emenda é o propósito da regulação estatal (ALEXANDER, 1995, p. 22; 1989, p. 553-554). No Brasil, em uma reconstrução do debate acerca das regras constitucionais estadunidenses de limitação do ilícito da difamação de pessoas públicas, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Maria Fernanda Salcedo Repolês e Francisco de Castilho Prates parecem endossar a justificação do efeito inibidor ("*chilling effect*") para restringir a responsabilização da imprensa e do público em geral por declarações relacionadas a pessoas públicas (apesar de que não fica claro se os autores concordam ou não com a regra expressa em *Sullivan.* As conclusões dos autores nesse trabalho também sugere uma confusão entre os interesses protegidos por normas de difamação e aqueles protegidos por normas de privacidade. Os autores iniciam o trabalho discutindo a regra de *Sullivan*, que trata da difamação, e concluem com a afirmação de que "autoridades públicas e agentes políticos, em razão de seus atos funcionais, seus deveres e direitos, têm, prima facie, um âmbito de privacidade diverso daquele que conforma a esfera dos cidadãos comuns, já que, como acima já explicitado, este seria o custo pela escolha de servir ao público, ou seja, a transparência no trato de temas de interesse público impõe uma superexposição ao sol e aos olhares de uma imprensa cão de guarda." (OLIVEIRA, REPOLÊS, PRATES, 2017, p. 234-235)).

[183] É interessante notar que Schauer não dedica muito esforço para provar essa afirmação que é, na minha percepção, controversa mesmo na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. O próprio voto majoritário do juiz Brennan na decisão da corte no caso *New York Times Co. v. Sullivan* traz trecho transcrito nesse trabalho no qual ele afirma que a Primeira Emenda proíbe às autoridades estabelecerem testes de verdade para fins de restrição dos direitos de expressão. Se é assim, o argumento, também recorrente em outras decisões da Suprema Corte dos EUA, de que afirmações falsas são destituídas de valor parece, se não contraditório em relação ao que afirma Brennan, ao menos de impossível aplicação prática se as autoridades

características centrais do fenômeno jurídico que possa justificar normas baseadas nas preocupações de "efeito inibidor" ("*chilling effect*"). Em outras palavras, ele pretende explicar porque o direito muitas vezes opta de forma moralmente justificada por proteger condutas que, segundo os valores endossados pelo próprio sistema jurídico, seriam condenáveis. Essa explicação se basearia em duas características centrais do fenômeno jurídico: a primeira, a de que a caracterização de condutas como lícitas ou ilícitas, e o processo jurídico de adjudicação dessa caracterização é inerentemente cercado de riscos relacionados ao erro e à incerteza (SCHAUER, 1978, p. 694-701). Dada a inevitabilidade do erro e da incerteza, Schauer introduz uma segunda exigência do direito: a de que o legislador compare os valores envolvidos em cada uma das tendências errôneas possíveis, já que, frequentemente, eles não são análogos (SCHAUER, 1978, p. 701-705). A regra estabelecida em *Sullivan* seria o produto da adjudicação entre os interesses protegidos pela liberdade de expressão e os interesses de reputação das pessoas sobre as quais fatos falsos são publicamente expressos. Schauer conclui que o regime constitucional estadunidense reconhece proeminência aos valores protegidos pela Primeira Emenda, e que o risco de que a sociedade em geral seja prejudicada pela autocensura deflagrada pelo medo de punição é o que, segundo ele, explica a decisão da corte de estabelecer, por meio da regra desenvolvida em *Sullivan*, uma "zona de segurança" para o discurso político valioso, ainda que isso signifique proteção de discursos que, segundo Schauer, não guardam qualquer relação com os valores que justificam os direitos de liberdade de expressão. Os erros gerados pela regra, de proteção de proposições falsas de efeito difamatório, seriam menos graves do que os erros e consequências inibidoras que decorreriam de uma regra jurídica cujo critério de licitude para discursos de impacto difamatório coincidisse com o critério moral ideal de condenação de todo e qualquer discurso falso causador desse impacto[184].

---

públicas não devem elas mesmas estabelecerem testes de verdade. A meu ver, uma das principais e mais confusas lacunas na jurisprudência estadunidense e no trabalho de teorização acerca da Primeira Emenda dos EUA é a de sistematização do valor variável de afirmações de fato em contextos discursivos diversos.

184 "O efeito inibidor (*chilling effect*) é baseado no reconhecimento da primeira emenda enquanto um valor preferido. Mais do que apenas uma observação emocionada, esse reconhecimento fornece um fundamento analítico para lidar com um sistema jurídico caracterizado pela incerteza. Admitindo a inevitabilidade do erro, e expressando nossas preferências por erros feitos em favor da liberdade de expressão, somos forçados a desenhar regras e procedimentos que minimizam a ocorrência do erro mais danoso, qual seja, a supressão injusta do discurso. Essa é a essência do efeito inibidor ("*chilling effect*")." (SCHAUER, 1978, p. 732). Interessante observar, no entanto, que em texto de 2003, Schauer tece críticas à adoção do elemento da motivação pela Suprema Corte dos EUA como constitutivo de critério de ilicitude de instâncias discursivas. Ele foca a crítica no critério da motivação constitutivo do conceito de "ameaça verdadeira" ("*true threat*"). Em nota de rodapé n. 67, Schauer afirma que estabelecer um critério de motivação para fins de determinação da ameaça punível com a mera pretensão de evitar excessos na punição é um meio indireto de evitar tais excessos que acaba por sacrificar indevidamente outros valores que competem com aqueles promovidos pela liberdade de expressão. Ele afirma que o mesmo uso inadequado de critérios de motivação existe no caso do

Desdobrando de forma perspicaz as consequências de tal explicação teórica para a diferenciação no regime de proteção à reputação aplicável a pessoas públicas e privadas, Lawrence afirma que se a justificativa para proteger afirmações falsas sobre autoridades ou personalidades públicas é de política, ou seja, é a promoção da deliberação democrática e da busca da verdade no âmbito público, levando em consideração a posição de poder mais favorecida de autoridades e personalidades públicas, essa mesma razão justificaria a proibição de discursos de ódio dirigidos a grupos sociais historicamente vulneráveis e estigmatizados. Os membros de grupos vulneráveis são, em sua maioria, pessoas privadas. São indivíduos que precisam lidar, no anonimato de suas vidas cotidianas, com o preconceito estrutural, a cultura da inferiorização e, via de regra, as dificuldades relacionadas a desequilíbrios de poder político e financeiro. Essas pessoas são as que, de forma geral, possuem as menores condições, sejam econômicas ou psicológicas, para revidar os discursos difamatórios em relação ao grupo a que pertencem. Ademais, conforme Lawrence, nem mesmo os mais libertários afirmariam que o discurso de ódio possui qualquer relevância para a melhoria da qualidade do debate sobre questões de interesse público.

> (...) a lógica da autocensura de *Sullivan* é inaplicável nos casos envolvendo discurso o qual, ao invés de criticar aqueles no poder, afirma a inferioridade de um grupo inteiro racialmente subordinado. *Sullivan* é primeiramente um caso acerca da inconstitucionalidade de categorizar um discurso como difamação sediciosa (*seditious libel*). Ele se preocupa com a censura da crítica ao governo. A difamação de negros e outras minorias raciais, enquanto grupos, não envolve a crítica ao governo. Mesmo quando um epíteto racial é utilizado para atacar um oficial público, a inferioridade alegada do grupo racial ao qual ele pertence não deveria ser considerada como relacionada à sua adequação para ocupar a posição. O indivíduo que difama um grupo racial com epítetos e caricaturas estereotipadas não se preocupa por ter talvez "achado errado" *("guessed wrong")* em uma tentativa de asserir a verdade. O epíteto racial é a expressão de uma crença amplamente mantida. É invocada como uma afirmação de uma crença política - não como uma afirmação de fato que deve ser provada verdadeira ou errônea. Ademais, se a regra de *Sullivan* protege discurso errôneo por causa de uma preocupação última com a descoberta da verdade, então a aplicação da regra a epítetos raciais deve ser baseada em uma aceitação da "verdade" possível do racismo, uma

---

direito da difamação (SCHAUER, 2003, p. 217). Em nota de rodapé n. 80 desse mesmo texto, Schauer deixa claro que a adoção da motivação como elemento de ilicitude só faz sentido se tomamos como fundamento da primeira emenda valores focados na proteção do falante (menciona, justamente, as teorias de Ronald Dworkin e C. Edwin Baker como exemplos de teorizações que localizam no falante o foco de proteção da liberdade de expressão). Afirma, no entanto, que o fato de a Primeira Emenda oferecer proteção ao discurso de empresas e corporações é um indício importante de que a proteção ao falante é instrumental à promoção de outros valores, o que aponta para a irrelevância da motivação do falante na constituição de regras de ilicitude no campo do direito constitucional à liberdade de expressão (SCHAUER, 2003, p. 222-223).

> posição a qual, felizmente, a maior parte dos absolutistas da Primeira Emenda relutam abraçar. (LAWRENCE, 1990, p. 463)

A regra estadunidense do condicionamento da punição do discurso falso difamatório à motivação difamatória nos casos de pessoas públicas (autoridades e personalidades públicas) seria capaz, portanto, de abarcar as práticas discursivas com as quais desafiamos, no início do tópico, a concepção de reputação como direito de ter proposições verdadeiras de fato sobre si circulando socialmente. Mas a explicação da regra enquanto um expediente de política pública que flexibiliza e sacrifica a proteção de direitos morais não desafia a concepção de direito à reputação com a qual iniciei o tópico. Pelo contrário, ela a reafirma. A explicação teórica corrente da regra estadunidense reforça a noção de que, moralmente, as pessoas possuem, sem distinção, o direito de proibir e punir discursos falsos sobre si. Mas esse direito seria "sacrificado" nos casos das pessoas públicas por uma questão de interesse público. Ainda, de importância crucial para esse trabalho, se a razão de política é o que explica e justifica as práticas discursivas que por um momento sugeri desafiar a concepção moral de reputação como aquela do "reino da verdade", então ela deveria recomendar a proibição de discursos de ódio dirigidos a grupos vulneráveis, já que no caso desses discursos ela não justifica o "sacrifício" do direito moral à reputação envolvido.

Essa explicação da diferenciação das regras com base na motivação, apesar de corrente, não é unânime. Leslie Kendrick afirma que, apesar de a preocupação em torno da inibição do debate público figurar como uma explicação a princípio plausível da regra que condiciona a punição de alegações falsas à motivação, quando examinada mais detidamente, ela se revela frágil. Em primeiro lugar, Kendrick afirma que essa explicação se funda em duas proposições empíricas: a primeira, de que o debate público se arrefeceria caso o requisito da motivação para fins de punição do discurso não vigorasse. A segunda afirma que o requisito da motivação de fato torna as pessoas mais confiantes para ingresso no debate público. Kendrick argumenta que a literatura empírica disponível não é suficiente para corroborar tais premissas (2013, p. 1638), e que ao adotar a lógica do "efeito inibidor" ("*chilling effect*") para justificar a criação de certas regras no campo da liberdade de expressão, a Suprema Corte dos EUA se baseia largamente em juízos empíricos infundados (KENDRICK, 2013, p. 1657). A mensuração dos efeitos causais da adoção de uma regra específica de exigência de motivação em comparação com outras possibilidades direcionadas à contornar o efeito de inibição é muito difícil e incerta.

Ademais, Kendrick afirma que ainda que concedêssemos a plausibilidade dos juízos empíricos assumidos em argumentos de "efeito inibidor" ("*chilling effect*"), a preocupação com a inibição do discurso não consegue explicar coerentemente a adoção de parâmetros de motivação distintos, em campos diversos abarcados pela liberdade de expressão, para fins de determinação dos limites da licitude do discurso[185].

É certo que Kendrick está analisando a capacidade explicativa do argumento do efeito inibidor (*chilling effect*) em relação a regras de motivação adotadas nos Estados Unidos. No entanto, o argumento segundo o qual a permissibilidade do engajamento geral em alegações falsas no debate público se justificaria por razões de política pública é empírico, sendo que as dificuldades empíricas de mensuração nos Estados Unidos são as mesmas que encontraríamos no Brasil ou em outro país. Ainda mais importante, esse argumento é, como enfatizado por Kendrick e Post, um argumento de política. O meu objetivo é o de conseguir desenvolver uma fundamentação moral para direitos de reputação. A concepção de direitos que adoto é aquela desenvolvida na teoria política e do direito de Dworkin, segundo a qual direitos individuais em sentido forte são aqueles que a melhor teoria moral e política protege enquanto prerrogativas individuais dos sujeitos contra investidas majoritárias de caráter político. Assim, se chegássemos à conclusão de

---

[185] Kendrick afirma que argumentos de "efeito inibidor" ("*chilling effect*") são operados pela Suprema Corte de forma, ao mesmo tempo, a restringir um leque maior e menor de condutas do que a sua aplicação coerente recomendaria. Por exemplo, ela afirma que se o requisito de motivação estabelecido para a difamação, constituído pelo conhecimento da falsidade ou desprezo temerário (*reckless disregard*) em relação à falsidade, é suficiente para abordar o efeito inibidor, não haveria razão para supor que requisitos mais restritos de motivação, como aquele de motivação específica de ameaçar ou intimidar impostos pela Suprema Corte para a constituição de "ameaças verdadeiras" ("*true threats*") puníveis (tal como a corte deixou claro na decisão no caso *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003)), seriam necessários para tratar o efeito inibidor no caso de ameaças (KENDRICK, 2013, p. 1658-1662). Por outro lado, a regra da "malícia real" ("*actual malice*") estabelecida pela corte no caso *New York Times Co. v. Sullivan*, segundo alguns analistas, se revela, na melhor das hipóteses, nada eficiente para lidar com as causas reais de inibição do discurso da imprensa ou, na pior das hipóteses, como um elemento que aumenta os custos envolvidos na atividade expressiva da imprensa por tornar mais complexo o processo judicial relacionado à comprovação da difamação punível (KENDRICK, 2013, p. 1667-1669). Ainda, se a corte pretende levar o efeito inibidor de regras jurídicas a sério, ela não teria como justificar a sua recusa de aplicar a mesma lógica na reforma de regras não de definição substancial do ilícito, mas procedimentais. As regras de produção de provas e condução do processo judicial em geral podem gerar custos muito mais significativos do que aquelas relacionadas aos riscos substantivos de condenação ou absolvição e, não obstante, a Suprema Corte se revela reticente em aplicar preocupações de efeito inibidor (*chilling effect*) na reforma dessas normas (KENDRICK, 2013, p. 1669-1672).

Dworkin enfatiza esse ponto ao explorar como a regra da motivação, na realidade, pode levar a processos judiciais extremamente longos, custosos e desgastantes em função das exigências de produção de prova. Ela inibiria os meios de comunicação a expor informações e alegações em relação a pessoas públicas poderosas por causa do poder financeiro dessas pessoas de levar os meios de comunicação a processos judiciais extremamente caros, com impacto importante na confiabilidade de tais mídias (DWORKIN, 1996f, p. 167-194). Ele exemplifica o problema com a discussão dos custos e incentivos envolvidos nas ações judiciais *Westmorland v. CBS* e *Sharon v. Time*, discussão essa que será melhor explorada mais adiante nesse capítulo (conferir tópico 3.3).

que o direito moral à reputação exige a proibição e punição de quaisquer alegações falsas prejudiciais à percepção social de toda e qualquer pessoa, esse direito não poderia ser superado ou "sacrificado" pelo interesse coletivo em promover um debate público robusto e intenso.

Seguindo a pista de Kendrick, penso que "se certos requisitos de motivação possuem apelo intuitivo, vale a pena explorar se isso se dá porque eles encontram suporte em outras justificações" (2013, p. 1639). Argumentarei que a intenção (e não motivação) de, ou desprezo quanto a, distorção da reputação de alguém é um requisito moralmente relevante para a proibição e punição da expressão. Isso significa negar um direito moral a punição e compensação por alegações falsas sobre si pelo simples fato de serem falsas. E penso que possuímos exemplos abundantes de práticas nas quais alegações falsas são compreendidas como parte central do exercício da independência ética, caso em que não nos ocorre punir ou reprimir tais práticas.

Nesse ponto é necessário enfatizar uma distinção: o meu argumento não se confunde com a generalização da aplicação da regra de Sullivan. Eu não pretendo condicionar a violação de direitos de difamação ao estado mental do falante, ou seja, à sua motivação (tal como define a regra de Sullivan quando o discurso se refere a personalidades públicas). A distinção entre motivação e intenção, para tanto, é útil e necessária. Considero como motivação do agente o conjunto de estados mentais que fundamentam e o orientam em sua ação. Já a intenção do discurso é a finalidade atribuída sob o pano de fundo de regras de comportamento intersubjetivamente compartilhadas. Essas regras definem as expectativas legítimas que podemos ter em relação ao comportamento das pessoas, a depender do objeto da sua ação e do papel social que elas desempenham. O que eu quero argumentar é que as regras sociais que regulam nossas práticas discursivas acerca de assuntos que pertencem ao domínio do debate público não permitem punir pura e simplesmente imputações falsas de fato prejudiciais à percepção social das pessoas (sejam elas públicas ou privadas). Não obstante, os interesses de autonomia das pessoas em geral exigem instituições que promovam a verdade no âmbito do debate público.

Nesse sentido, é oportuno retornar ao exemplo que utilizei para apontar para a impossibilidade de universalização do argumento de Waldron de que discursos de ódio deveriam ser punidos por travarem uma relação causal real ou potencial de aumento dos atos de discriminação em sentido estrito contra o público alvo dos discursos em questão. Mencionei que tal raciocínio nos obrigaria a considerar sérias restrições a práticas que

tomamos como instâncias invioláveis de exercício de direitos individuais, tal como as práticas religiosas. Argumentei que seria muito plausível e provável que a repetição e doutrinação religiosa em incontáveis templos Brasil afora sejam muito mais impactantes na formação de uma atitude de discriminação frente a certos grupos minoritários e vulneráveis do que episódios públicos pontuais de discursos de ódio. E afirmei que se endossássemos o argumento waldroniano exigindo a proibição de discursos causalmente relevantes para a formação de atitudes de violação de direitos de pessoas pertencentes a minorias, por coerência, teríamos que pleitear o controle, repressão e punição de muito do que hoje compreendemos por práticas religiosas, algo que atenta contra as nossas intuições acerca do direito individual à autodefinição religiosa.

Esse mesmo raciocínio parece adequado para refletir se possuímos ou não um direito de repressão e punição das alegações falsas apenas por serem falsas. Algumas religiões afirmam, por exemplo, que práticas homossexuais são heréticas e que, por constituírem pecados, podem levar os pecadores ao inferno. Alguns conservadores militam no sentido de que a convivência de crianças com homossexuais poderia aumentar a incidência do homossexualismo na sociedade. Algumas religiões atribuem caráter satânico a certas práticas religiosas, tais como as acusações às vezes sofridas pelas religiões afro-brasileiras. Consideramos que essas são afirmações falsas. Não obstante, são afirmações que tomamos como exercício legítimo da autorrealização ética. Entendemos que as pessoas possuem o direito de falar, discutir e se posicionar face a questões que são importantes para a sua autodefinição e sua percepção do sentido do mundo e da vida. Ainda que essas afirmações possam ter efeitos graves na formação de atitudes que algumas vezes levam à violência ou violação de direitos daqueles pertencentes aos grupos-alvo dos discursos religiosos.

Alguém poderia dizer que o exemplo dos discursos religiosos não ajuda a pensar as exigências da autenticidade para a conceitualização da reputação, já que são discursos que se dirigem a grupos de pessoas anônimas. Seria possível afirmar que a proteção da reputação, sendo um direito individual, não coloca quaisquer exigências sobre alegações referentes a grupos de pessoas (como é o caso de discursos religiosos discriminatórios ou discursos discriminatórios em geral dirigidos a grupos). Se esse argumento fizer sentido, haveria razões para limitações de alegações falsas de fato que se referem a pessoas determinadas as quais seriam inaplicáveis para a regulação de afirmações falsas de fato referentes a grupos de pessoas indeterminadas ou ainda não-relacionadas ao caráter, características ou atributos de quaisquer pessoas. Esse raciocínio nos levaria a tratar de

forma diferente uma alegação de que uma pessoa específica, digamos, Bruna, é bruxa e merece a fogueira por praticar magia negra, de uma outra que afirmasse que uma determinada religião afrobrasileira induz à prática de bruxaria. Essa última afirmação seria, segundo essa lógica, tratada da mesma forma que a afirmação religiosa falsa de que o mundo foi criado em sete dias.

Ocorre que o argumento que enfrentamos é justamente aquele de Waldron que afirma que a percepção social de cada pessoa individualmente considerada depende também dos fundamentos de sua reputação. Ou seja, depende também da apreciação social dos grupos aos quais a pessoa pertence. Penso que, sociologicamente, o argumento de Waldron é plausível. E, sendo assim, não haveria razão moral para atribuir tratamento distinto à afirmação de que Bruna, por endossar as crenças do candomblé, pratica bruxaria e merece ir para a fogueira, de uma outra que afirma que as religiões afrobrasileiras induzem à bruxaria, já que essa última afetaria também a reputação de Bruna.

A autenticidade exige a proteção de manifestações que tenham como propósito a elaboração das experiências e convicções pessoais, ainda que elas sejam falsas. As pessoas possuem o direito de crer, elaborar e advogar pelas ideias estruturais de sua personalidade e da sua posição no mundo, ainda que sejam ideias falsas e ainda que essas ideias contribuam para a manutenção de problemas sociais importantes. Isso porque, na sociedade em que vivemos, as práticas que consideramos constitutivas da identidade pessoal exigem a possibilidade de formulação e expressão de falsidades. Devemos permitir a expressão e circulação de ideias religiosas, por exemplo, que dificultam o tratamento de saúde de determinadas pessoas (crenças, por exemplo, que proíbem a transfusão de sangue), ideias que promovem a má compreensão das práticas sociais de pessoas não participantes de certo credo (por exemplo, ideias que condenam como pecado certas práticas sexuais ou outras práticas religiosas), ou ideias que contrariam interesses econômicos e científicos da modernidade (crenças relacionadas à origem do mundo e das espécies). Nesse sentido, a proteção adequada à expressão do suposto envolvimento de Ísis Valverde na separação de Cauã Reymond, ou do suposto calote que Ronaldo teria dado nos travestis, se justifica por serem essas ideias expressas em conformidade com prática jornalística de discussão de temas de interesse público de acordo com as evidências disponíveis. O direito das pessoas ordinárias de circular, comentar e se posicionar de forma mais ou menos incisiva em relação a essas imputações de fato, sem que essas pessoas tenham qualquer controle de evidências acerca dessas imputações ou se engajem em qualquer diligência individual de apuração desses fatos, se justifica porque nossas práticas

discursivas acerca de temas de interesse público forjados pelos meios de comunicação não exigem qualquer zelo investigativo por parte das pessoas para que tomem partido de tais temas e questões. Tomamos esses atos discursivos como um exercício ético das pessoas no mundo, em conformidade com o nível de responsabilidade que as práticas sociais discursivas lhes exigem. Algo que é importante tanto para a maneira como elas se concebem (exercício de liberdade negativa), quanto para a sua participação no ambiente político e moral a que pertencem (liberdade positiva).

Também é na condição de participantes no debate acerca de questões de relevância pública que pessoas se expressam, por exemplo, acerca do atendimento que recebem na prestação de serviços, ou sobre a experiência com um produto ou um estabelecimento. Ainda que haja equívoco na apreensão dos fatos em um primeiro momento, a expressão é normalmente tomada como um exercício legítimo da elaboração das experiências das pessoas no mundo.

Mas, se é assim, qual o escopo do direito à reputação oponível a terceiros? Em outras palavras, o que podemos exigir de terceiros em relação aos seus comportamentos discursivos que afetam a percepção social acerca de cada um de nós? Penso que o derespeito dos deveres de cuidado com a imagem alheia em contextos discursivos diversos é o que viola o aspecto do direito à reputação que podemos exigir de terceiros. Em diversos contextos, a intenção de instrumentalização da vida alheia por meio da veiculação da falsidade deliberada faz parte daquilo contra o que o direito à reputação garante proteção. Em outros contextos, a mera ausência de intenção deliberada de veiculação de falsidade não poderá eximir de responsabilidade aquele que incorre em imputação de fato falso. Isso ocorre, por exemplo, quando certas pessoas possuem deveres institucionais mais robustos de verificação dos fatos. O argumento que defendo é o de que o direito à reputação implica em um direito de uma pessoa de ser publicamente referida de forma moralmente responsável. É verdade que ele envolve o direito de se proteger contra um dano à forma como a sociedade percebe uma pessoa. Mas essa proteção não abarca proibição e punição das manifestações, ainda que falsas, feitas em conformidade com as regras da boa-fé objetiva que regulam as expectativas legítimas acerca do comportamento discursivo das pessoas.

O exemplo hipotético de Sônia e Fábio, que ofereci no início do capítulo, pode ajudar na identificação de várias regras sociais que geram expectativas distintas de comportamento discursivo. As regras sociais nos exigem não imputar, na maior parte dos contextos discursivos, fatos falsos a terceiros quando temos conhecimento dessa

falsidade[186], ou quando estamos incertos da ocorrência do fato e temos razões para saber que a imputação do fato prejudica a percepção social do terceiro sobre o qual a imputação trata (no caso de Fábio, a imputação da falsidade poderia prejudicar a sua imagem comercial). Sônia, dessa forma, viola o direito de reputação do cantor Fábio quando, trabalhando na casa dele, e no conhecimento de que Fábio sai com mulheres e de que o produtor musical muitas vezes vai à casa de Fábio acompanhado da esposa, imputa com conhecimento da falsidade o fato de que Fábio é homossexual. Já o site de fofocas não necessariamente viola a reputação de Fábio ao dar visibilidade à alegação de Sônia. É possível dizer que o site, se pretende ser um veículo de comunicação, necessita se submeter a práticas jornalísticas. Isso significa buscar a versão da outra parte implicada, ao menos. O que nesse caso implica em buscar a versão de Fábio. Mas ainda que Fábio negue, seria possível dizer que o site possui o direito de veicular a declaração de Sônia. Afinal, há razões para crer que ela sabe algo da vida de Fábio, já que ela trabalha na casa de Fábio. Vou assumir, no entanto, que, pressionada pela assessoria de imprensa de Fábio, Sônia capitule e admita que ela disse o que disse apenas porque estava com raiva. Ela decide desmentir o que disse e afirma que estava enganada. Nesse caso, na falta de qualquer outra evidência para insistir na afirmação de que Fábio é homossexual, é dever do site de fofoca de, ao menos, não insistir na imputação. Caso ele o faça, estará violando a reputação de Fábio, já que as regras da prática jornalística exigem um mínimo de zelo de verificação que, se cumprido, não permitiria ao site continuar insistindo na imputação de que Fábio é homossexual.

Uma das lições que retiramos do exemplo é, portanto, que existe uma regra social que estabelece que as pessoas possuem a expectativa legítima de que, na maior parte dos contextos, as demais pessoas não irão imputar a elas fato falso com conhecimento da falsidade ou incerteza acerca da verdade do fato, quando há razões para crer que essa imputação prejudica a percepção social de quem se fala. Quando as pessoas desobedecem

[186] Estou afirmando que essa regra vale para a maior parte dos contextos discursivos porque estou admitindo a possibilidade, tal como parece ser de fato o caso, de que alguns contextos discursivos admitam mesmo as imputações falsas de fato com conhecimento da falsidade. Esse seria o caso, por exemplo, dos discursos de embate político que presenciamos em períodos eleitorais. Os candidatos se acusam, mútua e falsamente de fatos e condutas, muitas vezes com pleno conhecimento da falsidade, ou com plena convicção acerca da incerteza relacionada ao fato ou conduta, com o objetivo puramente instrumental de ganhar as eleições. Isso ocorre, por exemplo, quando candidatos afirmam de uns e outros que são corruptos. Essa prática é disseminada na política de diversas democracias liberais. Afirmar que as regras sociais, ou mesmo que a moralidade política, garante o direito, em todas as situações, de não ter fato falso imputado contra si com conhecimento da falsidade ou com consciência da incerteza acerca do fato, seria afirmar que as práticas políticas ao redor do mundo violam sistematicamente os direitos políticos de participantes do jogo político. Eu não quero incorrer nessa afirmação. E deixarei o contexto dos debates políticos personalizados à margem da análise nesse trabalho.

essa regra, não há exercício da autenticidade. Porque se interpreta que eu usurpo um "recurso" da pessoa prejudicada, qual seja, a de que ela pode contar com pessoas se engajando com a sua imagem em obediência às regras sociais de distribuição de responsabilidades em relação à dinâmica de conformação da percepção social das pessoas em geral. Quando essa regra é violada, compreende-se que, seja lá qual for a razão pela qual ela tiver sido violada, existe uma usurpação daquilo com o que a pessoa prejudicada pode contar para fins de conformação da percepção social de si.

Uma outra lição é a de que existe uma instituição chamada imprensa a qual desempenha o papel de forjar uma agenda para o debate público. Para desempenhar esse papel, essa instituição deverá seguir certas normas que determinam parâmetros mínimos de investigação de fatos. As pessoas possuem a expectativa legítima de que se a imprensa for se engajar em imputações de fato relacionadas a elas, ela irá seguir esses padrões mínimos de verificação. Quando a imprensa não segue tais regras, e imputa falsamente fato prejudicial à percepção social de uma pessoa, ela usurpa dessa pessoa a expectativa legítima de que ela pode contar com uma imprensa deferente a regras de investigação na condução de assuntos que possam ser prejudiciais à sua percepção social.

Não obstante, o que o exemplo também nos revela é um interesse legítimo de Fábio pela verdade. Ele nos mostra que ainda que imputações falsas de fato, em um primeiro momento, não possam ser todas elas puníveis (a reprodução pelo site de fofoca da afirmação de Sônia a respeito da sexualidade de Fábio não poderia ser punida, em um primeiro momento, por meio de iniciativa de Fábio), existem regras sociais que colocam limites à maneira pela qual as pessoas podem influenciar na má percepção social umas das outras. Isso apenas faz sentido se considerarmos que a verdade é valiosa para as pessoas acerca das quais se fala.

Nos próximos tópicos desenvolverei os argumentos éticos que fundamentam o direito de reputação enquanto o direito de competição justa contra a má percepção social de si. Iniciarei com o argumento que justifica porque o controle total da percepção social de si não poderia nem mesmo configurar como um interesse ético objetivamente valioso. Isso porque a autenticidade, assim como requer a liberdade individual de escolhas identitárias centrais para a vida do indivíduo, pressupõe a assunção das consequências dessas escolhas na percepção social daquele de cuja vida se trata.

## 3. Concepção dworkiniana do direito à reputação

### *3.1 Autenticidade e responsabilidade individual*

A independência ética, ou autenticidade, nos resguarda o direito e a responsabilidade pela formulação de nossa concepção de boa vida e de realização das escolhas para a construção de uma narrativa que valorizamos e endossamos. Uma ideia importante, portanto, do princípio da autenticidade é a de responsabilidade pelas próprias escolhas. Essa responsabilidade implica tanto o mérito e o regozijo pelas boas escolhas, quanto o convívio com as más escolhas e suas consequências.

Os nossos atos reverberam socialmente. Parte do sentido de condução de uma vida eticamente independente e valiosa - justamente pelo fato de ser fruto de nossa própria iniciativa - se constitui pela assunção das consequências sociais das escolhas que fazemos. Uma dessas consequências é a imagem que ajudamos a construir de nós mesmos. Não faz sentido pleitear um direito de controle dos discursos que refletem a nossa própria conduta na sociedade. Não posso pretender impedir que as pessoas troquem impressões e compartilhem informações sobre aspectos públicos da minha vida aos quais eu mesma dei razão em função de meu próprio comportamento. Também não posso pretender controlar a interpretação, ou avaliação que as pessoas fazem de minhas atitudes quando a própria intenção de minhas atitudes é a sua exposição pública sujeita à avaliação e apreciação por parte do público.

Assim, uma ordem normativa baseada na independência ética não poderia endossar um direito de controle das imposições de fatos verdadeiros prejudiciais à imagem pública. O direito à reputação não é o direito de ser apreciado ou percebido da maneira que individualmente se deseja ser apreciado ou percebido. Tal como Post enfatiza, um dos sentidos da reputação é o de valor construído, um bem que possuímos na medida em que nos esforçamos para criá-lo[187]. Se algo é verdadeiro acerca de uma pessoa, e se diz respeito a um aspecto público da vida da pessoa, a exposição desse fato por terceiro não pode ser objeto de punição com base em direitos de reputação.

É importante frisar que aquilo que é relevante em termos públicos não se resume aos assuntos e questões sobre as quais a comunidade decide coletivamente. Fatos e

[187] Conferir a noção de reputação enquanto propriedade elaborada em POST, 1986, p. 693-699.

questões relacionadas ao mercado consumidor são de relevância pública, pois interessa às pessoas saber acerca da qualidade de um serviço ou de um produto, por exemplo. Ademais, fatos e questões sobre celebridades e personalidades públicas, ainda que não sejam funcionários públicos ou ocupantes de cargos eleitorais, são de relevância pública porque o que fazem as celebridades e pessoas públicas é um elemento importante da cultura popular e dos instrumentos pelos quais as pessoas discutem os valores éticos, morais, estéticos e políticos da sociedade em que vivem.

O valor da independência ética é também importante do ponto de vista de quem fala. A discussão acerca de fatos verdadeiros de relevância pública é uma instância importante da atividade de expressão e formulação das próprias convicções, bem como de contribuição na conformação do ambiente ético, moral, estético e político do qual se faz parte. Não há como conceber a troca de posicionamentos ou a promoção de uma dinâmica pública de apreensão e avaliação dos fatos e questões de relevância pública sem que se possa imputar publicamente fatos a certas pessoas e sem que se possa avaliá-los.

A estrutura do argumento, portanto, busca captar, por um lado, o tipo de pretensão legítima que a proteção da autenticidade justifica àquele de quem se fala, e o tipo de liberdade de expressão que por outro lado justifica a quem fala. Não há razões para conceder a uma pessoa o controle da circulação e apreciação pública dos fatos e questões que a ela se referem. Ao mesmo tempo, possuímos razões calcadas nos interesses individuais tanto de autoconcepção quanto de participação na conformação do ambiente discursivo social para proteger o direito de exposição pública de fatos verdadeiros e de sua apreciação quando esses são de relevância para o público de forma geral, ou seja, não protegidos pela privacidade.

Estou insistindo no argumento de que, apesar de a liberdade de expressão não dever se restringir a fatos e questões de pessoas públicas, podendo se referir a pessoas anônimas ou privadas, as questões ainda assim devem ser do tipo que consideramos constitutivas do debate público. A natureza dos assuntos e fatos que razoavelmente consideramos como de relevância pública varia a depender do papel social exercido pelas pessoas. A publicação de uma eventual traição amorosa, nas capas dos principais jornais, envolvendo um político, é diferente da publicação, nas mesmas páginas de jornais, de uma traição amorosa  envolvendo o dono da padaria da esquina do quarteirão da minha casa e a médica que atende no prédio em frente. Penso haver razões para a proteção da publicação no primeiro caso, e para insurgência dos protagonistas da história quanto à publicação no segundo caso. Isso porque acessar a honestidade e a lealdade de uma pessoa são juízos que

consideramos importantes na avaliação da aptidão da pessoa para nos representar politicamente. Aqueles que pretendem exercer posições sociais e políticas de liderança devem ter em mente as expectativas do público de poder avaliar os aspectos gerais do caráter dos candidatos políticos, relevantes para um juízo acerca de sua integridade moral. O mesmo não se passa com os padeiros, ou os médicos, com os quais interagimos: é verdade que preferimos que as pessoas de forma geral sejam honestas, fiéis e leais em suas relações, mas não compreendemos que acessar o nível de comprometimento de padeiros e médicos a esses valores em suas interações íntimas seja importante para decidir nos engajar ou não com eles profissionalmente.

O tipo, no entanto, de razões que empregamos para diferenciar entre a permissibilidade de publicação dos fatos verdadeiros no caso amoroso do político e a restrição de publicação dos mesmos fatos verdadeiros envolvendo o padeiro e a médica compete ao campo de discernimento entre questões públicas e privadas. Ou seja, são razões que modulam não o aspecto da reputação das pessoas regulado pelo instituto da difamação, mas o aspecto protegido pela privacidade. Busco defender que as situações nas quais nossas intuições apontam para um desconforto acerca da publicação de afirmações verdadeiras de fato sobre as pessoas (sejam elas pessoas públicas ou privadas, já que algumas vezes sentimos um desconforto relacionado a um excesso de exposição injustificada mesmo de pessoas públicas) são enraizadas no valor que atribuímos à privacidade. Proponho que a reputação, concebida como um bem protegido pelo ilícito da difamação, trata justamente daquilo que pertence à dimensão pública da vida das pessoas. As regras que regulam a difamação regulam os limites da expressão acerca daquilo que já se supõe pertencente ao domínio do debate público. O aspecto do interesse de reputação protegido pelo ilícito da difamação é o interesse de controle da apreciação pública da identidade das pessoas, enquanto o interesse de privacidade é aquele que busca retirar da apreciação pública certa dimensão da vida individual[188].

---

[188] Aqui não busco fazer o argumento de que a prerrogativa de controle da privacidade não impacta no controle da apreciação pública da personalidade. O tanto que nos é permitido manter no âmbito privado, ou o tanto que nos é permitido controle sobre as nossas informações com base em interesses de privacidade, amplia ou diminui a nossa margem de controle acerca da maneira como as pessoas nos percebem. A privacidade, dessa forma, protege um aspecto importante dos interesses de reputação. O meu argumento é apenas o de que ganhamos em clareza quando destacamos o ilícito da difamação como instituto de regulação da conduta das pessoas acerca daquilo sobre o que, a princípio, elas podem se pronunciar. Uma pessoa pode, no entanto, pleitear danos morais tanto por difamação quanto por violação à privacidade, e ambos os danos se relacionam, de alguma forma, com a distorção da apreciação pública à que uma pessoa tem direito. Conferir, nesse sentido, SOLOVE, 2010, p. 15-30 e 2007, p. 1-13, em que o autor busca estabelecer a conexão entre a desintegração da privacidade na era digital e os danos associados à deterioração da reputação. Solove enfatiza que a diminuição da privacidade e o caráter perene da informação na internet eliminam as chances

Uma objeção possível ao argumento de que a autenticidade traz implícita a ideia de assunção de responsabilidades pelas próprias escolhas é a de que esse argumento não leva em conta o aspecto temporal da vida das pessoas e do caráter dinâmico da autodeterminação. Essa objeção reclama, como parte inafastável da ideia de autodeterminação, a possibilidade de modificação da identidade no tempo. Para que essa modificação possa se efetivar razoavelmente ela precisa de algum endosso social. Esse endosso social é importante não apenas como um elemento intrínseco à própria autoconcepção (é praticamente impossível que uma pessoa sustente uma certa imagem e narrativa de si sem que essa imagem e narrativa reverberem de alguma forma na percepção dos outros sobre a pessoa), mas também como condição para que o esforço pessoal possa ser acompanhado das alterações nos padrões de interação social que almejamos quando nos esforçamos para nos tornar uma pessoa com certas características e não outras.

Solove argumenta que a internet alterou profundamente os padrões de armazenamento de informações e de interação com as mesmas. Ao mesmo tempo em que ela ressuscitou algumas características das interações pessoais prevalentes nas vilas anteriores à era do anonimato urbano, restabelecendo o alcance de todas as pessoas à vida de todas as demais, ela é incapaz de incorporar essa dinâmica de amplo acesso às informações pessoais (com as quais alimentamos plataformas online) à contextualização dessas mesmas informações. O resultado, conforme Solove, é o de que "as pessoas são

---

de recomeços sociais. Ele conecta, portanto, o aumento da exposição social, ainda que de fatos verdadeiros, a uma perda irreversível de oportunidades sociais, justamente um dos tipos de dano que justifica preocupações reputacionais. O autor formula argumento semelhante em texto que trata especificamente da regulação e responsabilização de blogueiros, contradizendo a percepção corrente dos blogs como um fenômeno de democratização do jornalismo. Solove, em contraste, afirma que os blogs são sobretudo um movimento de exploração comercial da fofoca e da vida privada alheia (SOLOVE, 2006). Em SOLOVE, 2003, p. 1035-1041, o autor traça ainda outra conexão entre proteção da privacidade e manejo da reputação enfatizando os variados e diferentes papéis e identidades que as pessoas assumem nos domínios público e privado. Culturalmente, nos engajamos na construção de posturas e atitudes no domínio público que nos permitimos desafiar, distorcer ou abandonar no domínio privado como exercício de uma outra dimensão da nossa existência. Nutrimos expectativas, no nosso trato público com as demais pessoas, de que tanto elas quanto nós manteremos reclusos certos fatos e informações sobre nossa experiência, conduta e inclinações na vida privada as quais não promovem, ao contrário, dificultam, os propósitos das interações no domínio público. O autor afirma que a revelação, no domínio público, de atitudes e fatos do domínio privado, ao contrário de promover juízos mais precisos sobre as pessoas sobre as quais tais informações se referem, causam uma distorção do juízo. Isso porque provocam a descontextualização de tais informações: elas acabam integrando a apreciação da persona pública quando na realidade se referem a atitudes incorridas sob as regras das interações íntimas.

Não pretendo, nesse trabalho, enfrentar o desafio premente de discussão teórica de um possível direito à privacidade, em primeiro lugar porque esse problema não é diretamente relevante para o debate sobre a pertinência ou não de proibição de discursos de ódio, e em segundo lugar, porque essa elaboração demandaria um esforço grande a justificar um texto independente.

julgadas fora de contexto com base em fragmentos de informação encontrados online." (SOLOVE, 2010, p. 17).

> No passado, episódios de experimentação e tolice juvenil eram eventualmente esquecidos, dando-nos a oportunidade de recomeçar, de mudar, e de crescer. Mas com tanta informação online, é mais difícil de tornar esses momentos esquecíveis. As pessoas necessitam agora viver com a bagagem digital do seu passado (SOLOVE, 2010, p. 18).

> A sociedade possui a tendência de amarrar as pessoas ao seu passado e de as alocar a papéis específicos. A personalidade humana é dinâmica, e ainda assim é muitas vezes difícil aceitar todas as implicações desse fato. A publicação pode levar à criação de um registro permanente sobre as pessoas, uma bagagem que elas devem constantemente carregar e explicar. (SOLOVE, 2003, p. 1054-1055).

Se na sociedade pré-internet as possibilidades práticas de armazenamento e principalmente acesso ao conjunto acumulado de informações públicas acerca de outras pessoas eram muito pequenas, implicando em custos nos quais as pessoas não incorreriam, a internet levou à alteração dos padrões pelos quais abordamos a história das demais pessoas. Essa modificação na estrutura da interação com informações alheias é por muitos apontada como justificativa para reconhecimento de um direito que tentativamente começa a se delinear em algumas jurisdições: o direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento é uma reivindicação relativamente nova, e de contornos ainda imprecisos. No entanto, de forma geral, o cerne daquilo que reivindica é, na formulação preliminar da Comissão Europeia, em sua comunicação denominada "Uma Abordagem Compreensiva da Proteção de Dados Pessoais na União Europeia", o "direito dos indivíduos de ter os seus dados não mais processados e deletados quando eles não são mais necessários para propósitos legítimos" (COMISSÃO EUROPÉIA, 2010, p. 8). Essa proposta de positivação de uma prerrogativa universal de gestão do processamento e armazenamento de dados pessoais pode ser compreendida como um desdobramento, na era da internet, de um tipo de preocupação que já permeava institutos mais antigos de outras jurisdições, como o "*droit à l'oubli*" na França. Esse instituto garante a pessoas uma vez condenadas criminalmente o direito de que informações acerca de sua condenação não sejam publicadas novamente após o cumprimento da pena. Semelhante ao "*droit à lóubli*" francês, os Estados Unidos garantem um direito de eliminação dos registros criminais de adolescentes quando eles adentram a vida adulta (WALKER, 2012, p. 272).

O problema da modificação dos padrões atuais de interação com a memória digital rapidamente acessível da maior parte das pessoas é abordado, muitas vezes, como um problema do aspecto do direito à reputação protegido pelo ilícito da difamação. Essa abordagem parece fazer sentido uma vez que o direito que se discute recai sobre a pretensão de controle de nova disseminação ou publicização de fatos ou informações uma vez já considerados relevantes para o debate público. Se tais fatos ou informações foram, em algum momento, parte do debate público, à primeira vista parece contraintuitivo que o problema relacionado à republicação de tais fatos e informações possa ser tratado como um relativo à privacidade. Daí a tendência da abordagem que o situa na esfera do ilícito da difamação.

Essa abordagem, no entanto, impacta na concepção do ilícito da difamação. Uma vez que o direito ao esquecimento tem como base uma reivindicação de controle e restrição de expressão de fatos verdadeiros, as intuições que apontam para a razoabilidade do direito ao esquecimento desafiam a concepção normativa do direito à reputação que pretendo defender, a qual nega um direito de restrição da expressão de fatos verdadeiros.

A resposta para essa objeção reside na vantagem da distinção já mencionada acima entre os dois aspectos do direito à reputação. O primeiro, relativo a um direito de manter certos aspectos da vida longe da apreciação pública, seria protegido pela garantia de privacidade. Já o segundo, relativo a um direito à maneira pela qual as pessoas se engajam com aspectos públicos da nossa vida, seria protegido pelo instituto da difamação. Defendo que o problema da gestão da reputação no tempo, o qual vem sido abordado pela reivindicação de um possível "direito ao esquecimento", é um problema de privacidade, ainda que trate de conflitos relacionados a padrões de disseminação de informações uma vez já consideradas públicas. Isso porque, em consonância com o argumento de Solove a respeito do melhor sentido do direito à privacidade, as pretensões daqueles que alegam direitos de privacidade para fundamentar restrições de acesso de certas pessoas ou instituições a certas informações pessoais em determinados contextos não equivale a uma reivindicação de controle absoluto sobre determinadas informações, em função de uma suposta natureza intrinsecamente privada da informação em questão. Nas palavras de Solove,

> A informação é classificada como de relevância pública ou privada, sob a premissa de que essas são qualidades que inerem na informação. O direito deve abandonar essa forma de ver a distinção entre o público e o privado, e em vez disso deveria focar na adequação da divulgação em

> certo contexto. Classificar uma questão como de relevância pública significa que ela é adequadamente divulgada para uma audiência específica em uma situação específica. Uma divulgação que poderá ser adequada em um contexto público (um encontro informal entre amigos e conhecidos) poderá não ser adequada em outro contexto público (um encontro mais formal). Compreendido dessa forma, distinguir entre questões públicas ou privadas deveria centrar nas relações nas quais a informação é transferida e nos usos para os quais a informação é empregada. (SOLOVE, 2003, p. 1014).

Solove afirma que tentar distinguir entre o caráter privado ou público de uma informação seja pela busca da suposta natureza intrínseca da informação, seja pela pretensão de classificação absoluta das pessoas enquanto públicas ou privadas, é um erro (SOLOVE, 2003, p. 1008-1013). A pergunta que ele afirma que devemos fazer não é "Essa informação pode ser divulgada?", mas sim "Nesse contexto, essa informação deve ser divulgada para esse uso específico?" (SOLOVE, 2003, p. 1053). Penso que Solove está correto quando afirma que aquilo que define as regras de divulgação de informações não é uma suposta qualidade intrínseca da informação em si, tampouco da pessoa sobre a qual ela se refere, mas o caráter das relações pelas quais o acesso à informação se deu (as regras de divulgação de uma mesma informação variam dependendo de se ela foi obtida no âmbito de uma relação que pressupõe ou não confidencialidade) ou os usos para os quais a divulgação se dá (uma mesma informação sobre uma condição de saúde poderá ou não ser divulgada a depender do uso ao qual se presta a divulgação: podemos defender a adequação da divulgação para um órgão público responsável pelo processamento estatístico de dados de saúde pública, e a inadequação da divulgação para empregadores em potencial dos pacientes). Proponho que a concepção de privacidade de Solove seja incrementada por um terceiro elemento, que é o *elemento da relevância relativa da informação no tempo*. É plausível pensar que a divulgação de uma determinada informação em tempo relativamente próximo ao fato a que ela se refere seja adequada, e que a passagem do tempo torne ou deva tornar irrelevante para o público a divulgação dessa mesma informação, ou da totalidade da informação. Poderíamos adotar essa lógica para explicar as intuições que apontam para a proibição de divulgação de histórico criminal de pessoas cujas penas já foram cumpridas: é plausível que o status criminal de uma pessoa possa ser considerado informação de relevância pública pelo tempo em que o sistema jurídico entende adequado que ela sofra as consequências punitivas pelos seus atos, e que deixe de sê-lo ao tempo em que o sistema jurídico almeja que o histórico criminal da pessoa deixe de reverberar na maneira como a pessoa é tratada socialmente.

A inclusão da passagem do tempo como mais um fator contextual a ser levado em consideração na avaliação da adequação da divulgação da informação não precisa implicar na defesa de que o tempo afeta igualmente a relevância da divulgação de toda e qualquer informação. Eu sequer pretendo, nesse trabalho, me posicionar normativa e definitivamente a respeito da reivindicação de um direito ao esquecimento[189]. O que almejo é afirmar que esse direito, se normativamente fundamentado, deverá ser tomado como um dos aspectos da privacidade. Sendo assim, a defesa de restrições justificadas em função da passagem do tempo sobre a divulgação de informações verdadeiras, ainda que essas informações tenham uma vez sido consideradas de relevância pública, não devem impactar na formulação do aspecto do direito à reputação protegido pelo ilícito da difamação. Esse aspecto do direito à reputação, recaindo portanto sobre a parte da vida das pessoas que assumimos poder ser debatida publicamente em determinado tempo, não pode significar um direito de controle das imputações de fatos verdadeiros ou da apreciação desses fatos verdadeiros pelas demais pessoas. Esse controle não constitui um interesse ético objetivamente valioso porque ele tanto trai a responsabilização do sujeito pelas consequências de suas escolhas eticamente independentes quanto impede, de forma geral, a liberdade de autodeterminação de terceiros.

Nesse tópico tentei expor como o melhor sentido do princípio da autenticidade e a exigência de independência ética que o constitui não avaliza a proteção jurídica de um interesse de controle da circulação social de informações verdadeiras de relevância pública sobre si, tampouco de avaliações e apreciações sobre esses fatos. A seguir elaborarei os fundamentos normativos para justificar porque a simples falsidade de uma afirmação não pode ser adotada como fundamento da violação de um dever perante a reputação alheia. Esses mesmos fundamentos justificarão a delimitação do ilícito da difamação aos atos discursivos violadores das regras sociais que distribuem, a pessoas e instituições em diferentes papeis no debate público, tipos distintos de responsabilidades no manejo de avaliações e imputações de fatos prejudiciais à percepção social de terceiros.

---

[189] Para posições contrárias ao reconhecimento de um direito ao esquecimento, conferir DOUGLAS, 2015 ("(...) embora perdoar e esquecer normalmente caminhem juntos, eles não precisam fazê-lo. Os valores da autodeterminação e da autonomia subjacentes ao direito de ser esquecido apenas são valiosos porque somos realmente livres para fazer escolhas. Nós possuímos livre arbítrio. Dessa forma, quando coisas constrangedoras acontecem, podemos escolher ignorá-las, e quando acidentes acontecem, podemos escolher perdoá-los.
Um esquecimento forçado virá com custos também. Ele nos custará nosso direito de saber. Mas talvez mais importante, ele nos custará a oportunidade de melhorar nossos valores no passo dos incrementos em nossa tecnologia" (p. 112)).

*3.2 O que a autenticidade não é: descumprimento das regras de distribuição dos deveres de cuidado com a imagem pública de terceiros*

Retomando o primeiro princípio da dignidade em seu sentido ético tal como formulado por Dworkin, o princípio do autorrespeito nos exige o reconhecimento do valor objetivo de nossa própria vida. Esse princípio possui implicações morais. Por questão de coerência, o reconhecimento do valor de nossas vidas nos requer o reconhecimento do mesmo valor objetivo das vidas das demais pessoas. Não há razões moralmente relevantes para distinguir entre o valor objetivo da vida de certas pessoas em relação àquele da vida de outras pessoas. É igualmente importante, do ponto de vista ético, que a vida de cada um de nós se desenvolva enquanto um projeto dotado de sentido e que ele se realize da melhor maneira possível. Sendo assim, uma das exigências do valor de viver bem é o de que não violemos, com nossas ações, o reconhecimento da importância objetiva da vida alheia, sob pena de atentarmos contra o valor de nossa própria vida (DWORKIN, 2011a, p. 255-258).

A esse dever de reconhecimento do valor objetivo da vida de cada pessoa corresponde um direito correlato de que as pessoas se comportem com respeito em relação às condições para realização do valor da nossa vida. É com base nesse dever que Dworkin elabora o conceito de dano moralmente relevante para fins de prevenção, proibição e punição pelo direito.

Em capítulo no qual discute o conceito de "dano" ("harm"), Dworkin diferencia entre a frustração legítima de interesses pessoais daquela ilegítima, provocada pela ação de terceiros. A teoria da justiça de Dworkin pretende, como já comentei, uma integração com uma teoria ética liberal plausível e atraente. Ela nega, dessa forma, a fundamentação de uma teoria da justiça tanto em um princípio de altruísmo absoluto (tal como é possível interpretar os fundamentos de uma teoria utilitarista da justiça), quanto na neutralidade do sujeito em relação a concepções distintas da boa vida (tal como é possível interpretar a teoria da justiça Rawlsiana). Dworkin pretende elaborar uma moralidade da autoafirmação (*morality of self-affirmation*) (DWORKIN, 2011, p. 287), ou seja, assumir em sua teoria da justiça a intuição ética básica de que possuímos um dever especial em relação a nossa própria vida e em relação aos nossos compromissos individuais. Por exemplo, possuo um compromisso maior com o meu sucesso do que com o sucesso de outras pessoas. Também possuo um compromisso maior com a vida dos meus filhos do que com a vida dos filhos de outra pessoa. Nesse sentido, eticamente, é perfeitamente aceitável e esperado que eu

envide os meus maiores e melhores esforços para alcançar os meus objetivos e para ajudar os meus filhos do que para auxiliar outra pessoa na realização dos objetivos dela, ou para ajudar os filhos dela. Nessa dinâmica, por exemplo, se eu e outra pessoa estamos batalhando para conseguir uma vaga de emprego, as nossas intuições éticas mais básicas, que nos apontam para a nossa responsabilidade perante a nossa própria vida, me orientam a fazer tudo dentro de meu alcance para ganhar a competição pela vaga e assim realizar a minha meta. Isso, no entanto, provoca o insucesso e a frustração da outra pessoa que igualmente almejava e concorria pela vaga. Tomando o dano em sentido trivial, a minha atitude, decorrente do meu compromisso com o meu próprio projeto, provoca um dano para o meu concorrente. Ou vice-versa (caso meu concorrente tenha sido aquele a conseguir a vaga). Intuitivamente, no entanto, não consideramos haver qualquer injustiça ou ato moralmente reprovável da parte daquele que ganha a competição pela vaga. A teoria da justiça de Dworkin busca integrar essa intuição ética básica. Ela procura formular os critérios pelos quais nos seria possível explicar porque, nessa situação, o que confrontamos não é um conflito entre um compromisso pessoal com a própria vida e uma perda moral em função do dano provocado para outra pessoa, mas sim uma harmonia entre as exigências éticas, ou seja, as exigências decorrentes do meu compromisso com o valor de minha vida, e as exigências morais, ou os compromissos que possuo em relação aos outros pelo fato de reconhecer a importância objetiva de suas vidas. É pela distinção conceitual entre danos de concorrência, moralmente aceitáveis, e danos deliberados, moralmente inaceitáveis, que Dworkin pode determinar o conjunto de ações às quais temos direito para promover os nossos interesses éticos, ainda que isso venha a ser prejudicial para o esforço das demais pessoas de realização dos interesses delas.

Os danos de concorrência são aqueles, justamente, que provocamos na vida alheia apenas por disputarmos um bem, um feito, ou uma oportunidade que mais de uma pessoa almeja. Eu não violo o direito de um concorrente a uma vaga de emprego apenas porque conquistei eu a vaga. O fato de eu competir pela vaga não traduz em qualquer negação do valor objetivo da vida de meus concorrentes. Reflete apenas o meu compromisso especial com os meus objetivos de vida. Para que esse seja realmente o caso, os meios pelos quais compito pelos meus objetivos deve refletir não apenas o valor objetivo da vida alheia (ainda que eu não a endosse), como também o respeito pelo segundo princípio da dignidade, qual seja, a responsabilidade do outro pela consecução da sua própria concepção de boa vida.

Vou, assim, incrementar o exemplo da competição por uma vaga de emprego para mostrar o trabalho do segundo princípio da dignidade na conformação do sentido de dano deliberado. Digamos que, na primeira situação hipotética, eu ganho a competição pela vaga porque o meu currículo é melhor, e também porque me saí melhor na entrevista de emprego. Nessa situação, a maneira pela qual compito pela vaga não denota negação da importância objetiva dos meus concorrentes, ou do seu direito de perseguir, tanto quanto eu, o seu próprio sucesso. Porém, é possível imaginar que, em uma segunda situação hipotética, como estratégia para obter a vaga em um contexto de competição, eu secretamente fure o pneu do carro do meu concorrente, de forma que ele não possa chegar à entrevista de emprego e por esse motivo perca a vaga a meu favor. E vamos imaginar que a minha ação é motivada não por desprezo pelo valor objetivo da vida da pessoa que eu impedi de chegar na entrevista, mas porque eu entendo que devo fazer de tudo para conseguir o meu objetivo, que é conquistar a vaga de emprego. As nossas intuições apontam para uma diferença muito relevante entre a moralidade das minhas duas estratégias, o que impacta inevitavelmente na moralidade do meu resultado. Ocorre que essa diferença dificilmente poderá ser explicada pelo princípio do respeito pelo valor objetivo de toda vida humana porque eu poderia alegar que a minha ação de furar o pneu do carro do meu concorrente reflete o meu respeito pelo valor objetivo da minha própria vida, o que não implica em desrespeito pelo valor da vida alheia (poderia ser também motivada, ainda que de forma absurda, por uma convicção altruísta combinada a uma concepção consequencialista de justiça, tendo por base o juízo de que aquele emprego não levaria ao melhor desenvolvimento das capacidades de meu concorrente, mas promoveria de forma distinta o desenvolvimento das minhas capacidades). Assim, sendo a vaga escassa, o princípio do valor objetivo de todas as vidas humanas é incapaz de arbitrar entre qual das vidas privilegiar na alocação da vaga de emprego.

O segundo princípio da dignidade ajuda a compreender, segundo Dworkin, a imoralidade da segunda estratégia. Segundo ele, a atribuição de responsabilidade individual a cada pessoa pelo valor da própria vida não faria qualquer sentido se cada pessoa não fosse intitulada ao controle mínimo de um conjunto de recursos para emprego na consecução dos seus próprios objetivos. Flagrante e básico, nesse sentido, é o controle que cada um de nós pressupõe sobre o próprio corpo. Reduziríamos ao absurdo a insistência na responsabilidade individual pelo curso da própria existência se as pessoas não tivessem qualquer proteção contra investidas alheias na sua autonomia corporal. Dworkin cita também o controle sobre algum conjunto de bens materiais, ou seja, o direito

de alguma propriedade. As pessoas não podem usar o meu corpo como meio para seus próprios fins, assim como não podem usar a minha propriedade para seus próprios fins, ainda que tais fins não impliquem necessariamente em negação do valor objetivo de minha vida. O dano infligido a terceiro pela usurpação dos recursos desse terceiro constitui, assim, o que Dworkin chama de dano deliberado (2011, p. 285-291). Seguindo a mesma lógica, argumento nesse trabalho que as pessoas não podem desconsiderar as regras sociais que determinam a minha expectativa e a responsabilidade delas em relação à maneira como elas se engajam com a minha imagem quando agem para alcançar os seus próprios fins.

Proponho, portanto, definir o direito moral à reputação como um direito de não ter a própria imagem, ou a percepção social de si prejudicada pela desobediência às regras sociais que disciplinam deveres e expectativas de cuidado das pessoas em relação à imagem social umas das outras. Defendo que um dos aspectos da igualdade na distribuição de reputação é a proibição e punição das iniciativas discursivas que desconsideram essas regras. A negligência, ou violação intencional, dessas regras constitui uma instância de dano deliberado, ou de competição imoral por recursos, oportunidades ou conformação do ambiente ético e moral da sociedade de que se participa.

Qual a repercussão, portanto, de tal conceptualização do direito à reputação para o problema da regulação do discurso de ódio? Afinal, ela nos orienta à proibição ou à proteção desses discursos? Fica claro que a resposta se encontra na apreciação não do conteúdo da mensagem, mas da intencionalidade dos atos discursivos determinada pelas regras sociais que regulam os engajamentos nos temas e problemas que caracterizam os discursos de ódio. Mais adiante, defenderei que as regras sociais que regulam expectativas em relação aos engajamentos discursivos políticos e éticos de comportamento não exigem compromissos de aferição dos fatos alegados, tampouco linguagem respeitosa. Ainda, defenderei que instâncias paradigmáticas de discursos de ódio, tais como discursos de grupos racistas ou discursos religiosos homofóbicos, são motivados por convicções genuínas, o que contribui para a lógica de proteção.

No próximo tópico, explorarei o que considero como implicações institucionais centrais da concepção de direito à reputação que nega que a violação desse direito resida inerentemente em tipos de afirmações (falsa x verdadeira) ou em tipos de motivações (de afirmar falsidades ou não). A análise irá focar (mas não irá se restringir) no problema do conflito entre um direito de, em certas condições, imputar falsidades, e o interesse legítimo daquele sobre o qual se fala pela verdade. Entre afirmar a ilegitimidade do controle das

imputações de fatos verdadeiros e a ilegitimidade de punição da imputação de fatos falsos em conformidade com as regras contextuais de boa-fé objetiva, reside a legitimidade do interesse de que nossa imagem pública reflita a verdade acerca de nossas escolhas éticas, nossos méritos e deméritos. A autodeterminação depende, de certa forma, de uma percepção social razoavelmente correspondente à verdade do que somos, fazemos e daquilo a que damos causa. Para que as pessoas possam fruir de oportunidades e recursos de forma razoavelmente igualitária, é plausível pensar que elas precisam se fiar de alguma forma na correta percepção social das características e ações que elas se esforçam por, respectivamente, manter e realizar. O interesse de promoção da verdade sobre si em meio social é, dessa forma, legítimo, e intrinsicamente relacionado à autodeterminação.

No final do capítulo anterior, discuti as formas moralmente corretas pelas quais o Estado possui o dever de promover as mensagens de igualdade de valor entre os membros de diversos grupos sociais. Argumentei que o Estado poderia promover esse ideal igualitário de diversas maneiras: por meio de campanhas publicitárias ou políticas públicas de educação voltadas à erradicação da discriminação, e defendi especificamente o dever do Estado de proibição de circulação de mensagens de ódio na esfera da educação básica, por ser esse um espaço central de formação da identidade e da confiança de todas as pessoas. É possível compreender essas como formas moralmente corretas de promoção daquilo que Waldron chama de fundamentos da reputação de toda pessoa por meio de, respectivamente, ações positivas do Estado no debate público, e ações restritivas do Estado no contexto especial da educação. No tópico seguinte, farei sugestões acerca de como as instituições da difamação podem proteger corretamente os interesses de reputação das pessoas individualmente consideradas. Isso envolverá mecanismos institucionais também moralmente corretos de promoção da verdade no debate público sem punir a falsidade veiculada em conformidade com as regras sociais que regulam os deveres de cuidado com a imagem alheia.

### *3.3 A lacuna entre o que a autenticidade não pode proteger, e aquilo que ela não é: a engenharia da promoção da verdade, sem a necessária punição da falsidade*

O desafio institucional é o de criar regras de mitigação das situações nas quais informações falsas são difundidas publicamente, causando um transtorno para as

pretensões legítimas das pessoas de promoverem a sua imagem social de acordo com os aspectos de suas vidas pelos quais elas são de fato responsáveis, sem que isso signifique punir as imputações de fato e opinião manifestadas conforme regras da boa-fé objetiva em contextos discursivos diversos. Nesse tópico, apresentarei a estrutura institucional que me parece mais adequada para promoção da concepção moralmente sólida da *reputação enquanto competição justa.*

Identifiquei em tópicos anteriores os limites impostos por um conjunto de decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos às regras de difamação dos Estados federados. Essas decisões, sendo a mais célebre delas proferida no caso *New York Times v. Sullivan*, definiram que uma pessoa pública não pode pleitear indenização por difamação a não ser que possa provar que a declaração difamatória se trata de imputação falsa de fato prejudicial à sua reputação, e que aquele que tenha publicado a falsidade o tenha feito com conhecimento de que a imputação é falsa ou com "desconsideração temerária" ("*reckless disregard*") acerca de se a imputação era falsa ou não. As decisões da corte fazem uma diferenciação entre as regras que podem ser aplicadas a pessoas públicas e pessoas privadas. E aquilo que a regra aplicável a pessoas públicas entende como "intenção maliciosa" diz respeito ao estado mental daquele que fala. Dessa forma, a regra impõe um ônus importante sobre a pessoa pública que pretende pleitear indenização por difamação, pois exige que ela prove o estado mental, aquilo que de fato se passava na cabeça daquele ou daqueles responsáveis pela publicação.

Apesar de entender que essa regra concretiza de forma mais aproximada do que a regra brasileira os ideais de responsabilização por difamação que elaborei a partir da concepção do direito à reputação defendido nesse trabalho, ela apresenta três problemas importantes. O primeiro e mais óbvio diz respeito à distinção categórica e absoluta instituída entre os limites da liberdade de expressão de conteúdo relacionado a pessoa pública e aqueles aplicáveis à expressão de conteúdo relacionado a pessoa privada. Não há nenhuma razão, na relação que tracei entre proteção da autonomia e limitação do discurso prejudicial à percepção social dos indivíduos, para distinguir entre direitos de pessoas públicas e privadas. Se o direito a reputação enquanto direito de competir de forma moralmente adequada contra a má percepção social de si é um direito intimamente ligado à autonomia, ele deve ser considerado um direito em sentido forte. Nesse sentido, não é adequado afirmar que as pessoas públicas devem ser privadas de um direito individual, ou devem ter o seu direito "flexibilizado" em função de um interesse público de disseminação de informação acerca de questões públicas ou de promoção do debate em torno dessas

questões. Por outro lado, se o valor da autonomia ou independência ética não justifica proteger o interesse de reputação das pessoas privadas para além da proteção das expectativas criadas pelas regras sociais de imposição de cuidado com a imagem alheia, não há razão de punição do discurso falso que obededece a essas regras ainda que faça referência a pessoas privadas. Argumentarei em tópico abaixo que a distinção entre pessoas públicas e privadas não define limites distintos para a liberdade de expressão, mas auxilia na apreensão das normas sociais que determinam responsabilidades distintas de cuidado com a percepção social de pessoas que ocupam posições sociais diferentes. Dessa forma, deixarei a discussão acerca de um reposicionamento da relevância do critério de distinção entre pessoas públicas e privadas para o tópico em questão.

Um segundo problema da regra é o de que ela define como intenção o estado mental do falante, ao invés de apreender a intencionalidade do discurso a partir das regras sociais contextuais de regulação das práticas discursivas. Por fim, e muito importante, a regra de *Sullivan* submete o objetivo de promoção da verdade à responsabilização do falante por difamação. Ocorre que, como enfatizei, é possível que falsidades sejam disseminadas em conformidade com regras de boa-fé objetiva, no exercício legítimo das prerrogativas de expressão. Sendo assim, se a responsabilização pela disseminação de falsidades lesivas à reputação só pode se dar quando imputadas em desconformidade com essas regras, condicionar o tratamento da difamação à possibilidade de responsabilização civil deixa a descoberto, sem qualquer abordagem institucional, as falsidades lesivas à imagem pública imputadas de boa fé.

Qual seria, portanto, a melhor solução institucional para atacar os problemas que identificamos na regra estabelecida em *New York Times Co. v. Sullivan*?

A solução para o primeiro problema apontado consiste na eliminação de critérios de distinção absoluta para a limitação da liberdade de expressão em relação a pessoas públicas e privadas. Pessoas privadas não possuem um direito absoluto de proteção contra imputações falsas de fato. Não se exige, por exemplo, deveres extensos de aferição de fatos para que pessoas possam se expressar em relação a suas experiências com prestadores de serviço, estabelecimentos comerciais ou profissionais de todo tipo. Às vezes as pessoas inferem alguma coisa sobre um hotel ou sobre a reação de um profissional tendo em vista a experiência que tiveram. Algumas vezes essas inferências podem ser falsas. Por exemplo, uma cliente pode inferir da sua experiência em um hotel a beira mar que o hotel não possui qualquer responsabilidade ambiental. No entanto, ela pode ignorar completamente o fato de que existem sistemas de fossas ou de captação de água que são extremamente

sustentáveis e ambientalmente responsáveis. Ela não poderá ser punida por postar um comentário da sua percepção no sítio eletrônico do hotel porque não exigimos que as pessoas tenham tal nível de cuidado na aferição dos fatos para expressão de suas percepções. Por outro lado, pessoas públicas não devem ter o seu direito à reputação resumido à restrição de imputações falsas de fato feitas com conhecimento da falsidade ou com "desconsideração temerária" acerca da falsidade da imputação. Pessoas públicas tem o direito de exigir o cumprimento de regras mínimas de investigação por parte da imprensa, por exemplo. Se um órgão da imprensa publicar fato falso prejudicial à maneira como o público percebe um determinado artista em função de descumprimento de procedimentos de investigação, o artista deverá ter direito à restrição do conteúdo ainda que os profissionais responsáveis pela publicação não tivessem conhecimento da falsidade ou jamais suspeitassem que o fato pudesse ser falso.

Tal como explicarei mais adiante, a distinção entre pessoas públicas e privadas ajuda a acessar as expectativas distintas de cuidado com a imagem alheia estabelecidas por regras sociais discursivas próprias de cada contexto, o que ajuda a acessar a intencionalidade em diversas instâncias discursivas.

Focarei, no restante desse tópico, nas soluções para os dois últimos problemas apontados em relação à regra *Sullivan*. Para tanto, vou aproveitar uma série de sugestões feitas por Ronald Dworkin para o desenho das regras de tratamento de imputações de falsidades a sujeitos determinados. Em texto intitulado *The Press on Trial* (1996f), Dworkin faz uma crítica contundente ao livro de Renata Adler de nome *Reckless Disregard*. Grande parte da crítica de Dworkin recai sobre a leitura que Adler faz do comportamento de dois gigantes da indústria midiática estadunidense, CBS e *Time maganize,* em duas ações distintas nas quais cada uma das empresas foi processada por difamação, enfrentando pedidos de indenização milionária (respectivamente, os casos *Westmorland v. CBS* e *Sharon v. Time*)[190]. Adler condenou veementemente a postura defensiva das empresas e suas respectivas firmas de advogados por supostamente

[190] *Westmorland v. CBS* foi iniciada por oficial das forças militares estadunidenses contra a CBS. A ação questionava a responsabilidade da CBS por um documentário que alegava iniciativa deliberada de oficiais das forças militares de omitir os números reais das tropas inimigas na guerra do Vietnã. O caso terminou em acordo logo antes de ser levado ao júri. *Sharon v. Time* foi iniciada por Ariel Sharon contra a revista *Time* por matéria na qual se alegava que o então comandante das forças israelenses havia se reunido com líderes cristãos logo após o assassinato do líder Bashir Gemayel para discutir a necessidade de que os falangistas se vingassem contra o referido assassinato. Isso teria resultado nos massacres dos campos libaneses de Sabra e Chatila. O júri decidiu pela impossibilidade de responsabilização da revista *Time* pelo fato de não ter sido provado que as afirmações falsas e difamatórias contra Sharon tinham sido publicadas com "malícia real" ("*actual malice*"). Sharon demandava indenização no valor de $50 milhões de dólares e o custo da ação judicial foi de quase $ 3 milhões de dólares (MALONE, 1986, p. 43).

insistirem com agressividade na veracidade dos fatos pelos quais estavam sendo processadas. Dworkin procurou jogar luz sobre a razoabilidade da conduta das empresas durante os respectivos litígios. O debate acerca da ética seguida por cada uma das empresas, tendo em vista as evidências produzidas no processo e as circunstâncias da situação de litígio que enfrentavam, é menos relevante para a discussão na qual quero focar. A parte da crítica de Dworkin ao texto de Adler que mais interessa é a ênfase que ele coloca na falta de qualquer iniciativa propositiva por parte de Adler para enfrentar os problemas relacionados às regras vigentes sobre difamação nos Estados Unidos. Problemas esses que pareciam ter sido iluminados pelas duas situações de litigância discutidas no livro de Adler.

A primeira questão que, para Dworkin, salta aos olhos, são os custos altíssimos envolvidos em ambos os processos, bem como os incentivos que a regra de difamação atual cria para os agentes envolvidos:

> Os casos *Westmorland* e *Sharon* de fato mostram um defeito na teoria do direito (*jurisprudence*) da difamação; esse não foi, no entanto, o de que o direito da difamação é muito favorável aos jornalistas, mas que a publicidade do julgamento e a perspectiva de indenizações enormes tornam muito tentador para os requerentes levar a História para o tribunal. (DWORKIN, 1996f, p. 171)

Dworkin sugere que a regra estimula um comportamento vingativo e de intimidação por parte daqueles que entendem terem sido vítimas de imputações falsas de fato. Se a única possibilidade de abordagem de situações envolvendo danos à reputação é pela imputação aos falantes de responsabilidade por difamação, a regra deixa de focar na elucidação da verdade, e promove enquanto foco da ação processual a demonstração do estado mental do falante. O tom acusatório se torna ainda mais atraente quando, no fim do túnel, seja por meio do sucesso na ação, seja por meio de acordo, se encontra a promessa de uma indenização robusta. O receio de uma condenação de valores milionários se torna um incentivo, em algumas situações, para que o falante aceite negociar um acordo. A busca da verdade se perde no meio do caminho.

Ainda, uma vez que a responsabilização por difamação depende da prova de estado mental, Dworkin enfatiza os altíssimos custos financeiros e de tempo que a regra estipulada em *Sullivan* acarreta:

> A regra [do caso *New York Times*] possui outros custos também. Em *Herbert v. Lando*, a Suprema Corte decidiu, adequadamente, que se um requerente não pode ser bem sucedido em um processo por difamação a não ser que ele prove que o requerido possuía um certo estado mental quando publicou - que ele acreditava que suas afirmações eram falsas ou agiu em desconsideração temerária (*reckless disregard*) acerca de se elas eram verdadeiras ou não - ao requerente deve ser permitido examinar os repórteres, editores e executivos do requerido, em testemunhos anteriores ao processo assim como enquanto testemunhas, e ver ao menos parte de suas notas e outros materiais preparatórios, para determinar qual era o seu estado mental real. Esse aspecto da regra se provou disruptivo para as atividades ordinárias dos jornais e empresas de rádio e televisão que se defendem de processos de difamação. (DWORKIN, 1996f, p. 190)

Dworkin sugere que a regra de *Sullivan* seja alterada em dois sentidos: (i) para que uma pessoa que entende ter tido sua imagem prejudicada por um discurso falso possa acionar o suposto responsável por difamação, com consequente pedido de indenização por dano à reputação, ela precisa primeiro interpelar o falante pedindo ou uma retratação em tempo hábil de tamanho e importância equivalente ao discurso prejudicial à sua imagem, ou um espaço de resposta nas mesmas condições, com apresentação dos indícios que possui da falsidade do que lhe foi imputado. (ii) Se o falante, confrontado com tais indícios, insiste em manter a imputação, a pessoa que se sente prejudicada pode acionar o falante por difamação, com pedido de indenização, bastando provar a falsidade da imputação por meio dos mesmos indícios apresentados ao falante antes da interposição da ação. Com essas duas sugestões, Dworkin busca solucionar os dois problemas que ele parece enfatizar na regra de *Sullivan*. A alteração (i) favorece a busca pela verdade nas ações que tratam de dano à reputação, submetendo a busca por responsabilização e indenização a uma tentativa primeira de restabelecimento da verdade, enquanto a alteração (ii) elimina a prova do estado mental do falante enquanto requisito para responsabilização e condenação à indenização[191].

[191] "Muitos estados (incluindo a Califórnia) possuem leis determinando que se um jornal for desafiado enquanto tendo difamado falsamente alguém, e publica uma retratação em tempo hábil tão proeminente quanto a história original, a retratação será uma defesa adequada contra qualquer ação por indenização punitiva (*punitive damages*). Essa estratégia deve ser expandida, e trazida para o interior do direito da Primeira Emenda, por meio do seguinte conjunto de regras. Uma figura pública que propõe contestar uma afirmação difamatória publicada ou transmitida sobre ela deve primeiro desafiar aquele que publicou (*publisher*) seja a publicar ou a transmitir uma retratação proeminente e em tempo hábil, ou a publicar, transmitir ou adequadamente relatar uma resposta de tamanho razoável preparado por ela. Se aquele que publicou (*publisher*) se recusa a todas as alternativas, então a pessoa difamada pode processar e ganhar compensação substantiva se ela persuade o júri de que quaisquer evidências que ela citou ou forneceu, ao tempo em que ela desafiou aquele que publicou (*publisher*) a retratar as suas afirmações ou a publicar a resposta dela, oferecem evidência clara e convincente de que a afirmação sobre ela feita por aquele que publicou (*publisher*) era falsa." (DWORKIN, 1996f, p. 193).

Nos trechos acima transcritos, e em outros, do artigo *The Press on Trial*, Dworkin sugere que os mencionados problemas que ele reconhece na regra de *Sullivan* afetam questões de política, e não de direitos. As questões de política, ou seja, de interesses coletivos gerais, implicadas seriam a busca pela verdade em geral, e a redução dos custos e dos incentivos de litigância não cooperativa. Essa leitura é corroborada pela passagem na qual Dworkin afirma que a regra de *Sullivan*, bem como a alternativa que ele oferece, seriam regras que se ocupam de "reconciliar o interesse individual na (...) reputação com o interesse público em um governo aberto." (DWORKIN, 1996f, p. 190). A linguagem do interesse sugere que o que está em jogo são dois aspectos de um mesmo bem que a sociedade de forma em geral busca, qual seja, a verdade tanto no âmbito dos assuntos estatais quanto no que diz respeito à percepção social dos indivíduos. O primeiro problema identificado na regra de *Sullivan* seria o de que o seu desenho não promoveria adequadamente a busca pela verdade em geral (ela prejudicaria o aspecto da verdade relacionado à reputação dos indivíduos ao subordinar a busca desse aspecto da verdade à responsabilização por difamação, bem como criaria incentivos a uma litigância revanchista e não cooperativa entre agentes partidários de versões distintas dos mesmos fatos). O segundo problema seria o de que, na tentativa de equilibrar dois aspectos desse mesmo bem, a regra acabaria por atingir um outro interesse coletivo geral, qual seja, o de redução dos custos dos processos judiciais. Dworkin afirma que as alterações que sugere à regra de *Sullivan* "teriam poupado o sistema jurídico de muitos custos e esforços" (DWORKIN, 1996f, p. 194).

No entanto, acredito que a melhor forma de compreender as alterações sugeridas por Dworkin é a de que elas dão vida institucional a um conjunto de intuições apontando para um direito à reputação em sentido forte, um cujo sentido é forjado e limitado pela elaboração dos princípios da dignidade, à maneira da lógica interpretativa e unitária da teoria política e dos direitos de Dworkin. Em outras palavras, as sugestões dworkinianas de alteração da regra de *Sullivan* servem à melhor compreensão do direito à reputação e à liberdade de expressão, ambos definidos um à luz do outro, e informados pelos princípios da dignidade. Isso fica mais claro, em primeiro lugar, explicando como as sugestões de Dworkin solucionam os dois últimos problemas que eu identifiquei na regra de *Sullivan*. Em segundo lugar, mostrando como a explicação das sugestões dworkinianas com base nos interesses de política que entrevemos em alguns trechos do seu texto não se sustentam coerentemente em relação a outros elementos centrais da sua teoria, em especial, os fundamentos e escopo da liberdade de expressão.

A primeira sugestão de Dworkin permite dar tratamento institucional à busca da verdade sem que isso signifique necessariamente a punição do falante que imputa fato falso prejudicial à imagem pública de alguém. Argumento que essa busca pela verdade relacionada aos aspectos da vida de uma pessoa diz respeito não ao bem coletivo de busca da verdade em geral, o bem segundo o qual, levando tudo em consideração, a coletividade fica em melhor situação fruindo da verdade, mas ao direito de uma pessoa de que haja um esforço institucional para favorecer a correta percepção social a respeito dela. A alteração sugerida por Dworkin prioriza e confere independência à busca pela verdade a respeito do indivíduo em relação à responsabilização do falante pela imputação de um fato falso. Constitui um mecanismo que oferece justamente a oportunidade de que aquele que se sente prejudicado com uma imputação de fato possa confrontar a sua versão com a versão daquele que imputou o fato. E, caso ambos ajam de acordo com as regras sociais que na maior parte dos contextos afirmam que as pessoas devem respeitar as evidências fáticas na formulação daquilo que expressam sobre as demais pessoas, o mecanismo cria uma ocasião para esclarecimentos. É um mecanismo que, além de beneficiar a busca da verdade, não viola a liberdade de expressão. Isso porque não pune o sujeito antes de oferecer a ele a oporunidade de alterar a sua posição ao se confrontar com um conjunto de evidências que contradizem as suas convicções iniciais. Essa oportunidade convida à reflexão responsável a respeito dos fatos, uma da qual a independência ética não nos libera, mas, ao contrário, nos impõe em determinados contextos discursivos.

Já a segunda sugestão de alteração feita por Dworkin substitui a responsabilização condicionada à prova de um estado mental por uma concepção de intencionalidade constituída pela interpretação de um ato discursivo a partir das regras discursivas que operam em determinado contexto. A ideia é a de que se as evidências apresentadas por aquele a que o fato prejudicial é imputado são suficientes para convencer o corpo julgador a respeito da falsidade do fato, elas devem também ser suficientes para convencer aquele que imputou o fato, se a ele é dada a oportunidade de confrontá-las e analisá-las. Se, após essa oportunidade, aquele que fala insistir em sua imputação falsa, apesar das evidências, é possível concluir a sua responsabilidade pela violação de direitos de reputação em contextos discursivos que exigem das pessoas compromisso com os fatos. E essa conclusão advém da interpretação da interação do falante com as regras do discurso em determinado contexto, e não pelo escrutínio do seu estado mental.

Quanto à justificação das alterações com base em balanceamento de interesses de política, entendo que seria mais plausível se o próprio direito de liberdade de expressão

não estivesse implicado nas situações que a regra da difamação busca regular. Discuti que o exercício da independência ética envolve, muitas vezes, a afirmação e expressão de falsidades. Não há razão para crer que essas expressões são menos importantes do ponto de vista do exercício da independência ética quando dizem respeito à imputação de falsidades prejudiciais à percepção social de certas pessoas. O problema envolve ao menos a delimitação do escopo adequado, de acordo com os princípios da dignidade, à liberdade de expressão. Nesse sentido, o condicionamento da proibição e punição do discurso à inobservância das regras que na maior parte dos contextos comandam compromisso com a verdade figura como uma exigência da liberdade de expressão. E isso vale para os discursos proferidos em relação a pessoas públicas ou privadas. Dessa forma, a regra da reputação não poderia se resumir a um balanceamento entre interesses de reputação e de um governo aberto, tal como Dworkin afirma em determinada passagem supracitada[192].

Por outro lado, entendo que não há direito de expressão de conteúdo em desrepeito às regras sociais que intersubjetivamente determinam as expectativas de cuidado com a imagem do outro. Na maior parte dos contextos, essas regras negam lugar legítimo à intenção de deturpação da percepção social da imagem de outrem. Esse exercício das prerrogativas de discurso violam os esforços de terceiros de promoção autêntica da percepção social de si. O respeito a esses esforços constitui uma exigência da igualdade de valor objetivo da vida de todas as pessoas, bem como da concepção desse valor que o fundamenta nas escolhas éticas independentes do indivíduo.

Nos próximos tópicos explorarei como os critérios de difamação atualmente predominantes devem ser ressignificados de acordo com a concepção da *reputação enquanto competição justa*.

[192] Essa parece ser, justamente, a tese de Baker de que a regra da difamação é uma que pode ou não ser instituída de acordo com aquilo que uma sociedade julga prioritário em determinado momento: proteger interesses de reputação ou deixar ainda mais espaço para a discussão de ideias, ainda que esse espaço adicional não seja exigido pelo direito de liberdade de expressão em sentido forte. Baker nega que existe um direito à reputação. Estou defendendo que a reputação é um direito, uma exigência razoável da independência ética, cujo sentido deve ser formulado e interpretado à luz do direito à liberdade de expressão. A diferença entre as teses da reputação que entendo atribuíveis a Dworkin e Baker será melhor explorada no último tópico desse capítulo.

*3.4 O critério proposição de fato falsa x proposição de fato verdadeira é relevante?*

Tal como mencionei no início do capítulo, o ilícito da difamação é definido de formas bastante distintas entre os países. Ressaltei que as principais diferenças residem na maneira como os institutos da difamação incorporam critérios relacionados a natureza do objeto da proposição discursiva (se afirma algo sobre um fato do mundo ou uma opinião), ao caráter verdadeiro ou falso da proposição de fato, e à posição social da pessoal em relação à qual o discurso é proferido (se se trata de pessoa pública ou privada). Em muitos países, esses critérios são adotados como elementos de definição absoluta do escopo da liberdade de expressão de conteúdo relevante para a percepção social de terceiros. No Brasil, por exemplo, o código penal define a difamação como "imputação de fato ofensivo à reputação", o que a princípio excluiria do alcance do tipo da difamação as expressões de opinião. Nos Estados Unidos, a difamação apenas alcança a imputação de fato falso ofensivo a reputação, no caso de discurso relacionado a pessoas privadas, e a imputação de fato falso com conhecimento da falsidade ou desconsideração temerária a respeito da falsidade, no caso de discurso proferido em relação a pessoas públicas. Nos Estados Unidos, portanto, além das opiniões, também as imputações de fatos verdadeiros são protegidas pela liberdade de expressão.

A definição de direito à reputação que defendo nesse capítulo, à qual corresponde um dever por parte de terceiros, foca na intencionalidade do discurso. O que pode e deve ser proibido são os discursos que violam as expectativas acerca do cuidado que pessoas distintas em papeis socias distintos devem à imagem pública de terceiros. E não podem ser punidos os discursos proferidos de acordo com tais regras, ainda que imputem fatos falsos. Sendo assim, é possível identificar qualquer utilidade para os critérios que de forma predominante conformam o ilícito da difamação na maior parte dos países? Existe qualquer utilidade em continuar a refletir acerca do caráter fático ou não do discurso proferido, se consiste em imputação de fato verdadeiro ou falso, ou se se refere a pessoa pública ou privada, para a avaliação do caráter lícito ou ilícito do discurso que impacta a reputação de terceiros? Defendo que aquilo que a maior parte das definições do ilícito da difamação em diferentes países capta é a intuição de que esses critérios são úteis para acessar a intencionalidade do discurso em diversos contextos. Eles não podem ser tomados como critérios absolutos na indicação de limites rígidos para o escopo da liberdade de

expressão. Mas constituem métricas importantes de identificação das regras discursivas cujo cumprimento esperamos seja honrado por diversos agentes em contextos distintos.

Nesse sentido, é possível identificar contextos nos quais a distinção entre imputação de fato verdadeiro e imputação de fato falso seja relevante para acessar as regras aplicáveis ao falante? Acredito que sim. As regras discursivas de alguns contextos de expressão remetem à maior responsabilidade de certos falantes em relação à aferição da verdade do fato. Por exemplo, compreendemos que os órgãos de imprensa ocupam uma posição especial na promoção do debate público. São organizações ou profissionais cuja tarefa é a investigação e formulação de percepções do mundo para fins de informar a sua audiência. Pressupomos que essas organizações e profissionais alocam tempo e recursos para aferir os fatos, e reconhecemos certos padrões de conduta cujo cumprimento é necessário para permitir dizer que essas organizações e profissionais agem com isenção e com a responsabilidade que a sua função social exige. Por exemplo, é senso comum em relação às boas práticas jornalísticas que o profissional de mídia deve tentar acessar as diferentes versões de uma determinada história a fim de contrastar e checar a plausibilidade de cada uma delas. O jornalista ou órgão de mídia deve também tentar corroborar uma determinada versão por meio de diversas fontes, pois isso aumenta a probabilidade de que a versão é aquela que corresponde à verdade.

Assim, entendemos que a imputação de um fato falso, com repercussões negativas para a reputação de alguém, é mais grave quando parte de um órgão de imprensa que possui responsabilidades de aferição da verdade. A maneira de acessar a intencionalidade do jornalista ou do órgão de imprensa é pela verificação dos procedimentos jornalísticos que antecederam a publicação da alegação falsa: houve pesquisa compatível com as práticas compartilhadas entre órgãos de imprensa, tendo em vista o tempo disponível? Houve tentativa razoável de acesso às variadas perspectivas relevantes para a história, tendo em vista o tempo disponível? A maneira de veiculação do assunto foi compatível com o nível de solidez das informações que o jornalista ou o órgão da mídia conseguiram levantar dentro do tempo disponível?

Por outro lado, esses são procedimentos de checagem que não esperamos por parte de cidadãos ordinários. Não entendemos que a alegação de um petista de facebook no sentido de que o Aécio Neves trafica cocaína ou que a alegação de um psdbista de facebook de que a Dilma é corrupta sejam igualmente graves quando comparadas às mesmas alegações feitas por jornalistas ou órgãos de imprensa. Isso porque pressupomos maior confiabilidade dos órgãos de imprensa justamente por assumirmos os procedimentos

de investigação que constituem o jornalismo. Assim, a verdade ou falsidade de uma imputação de fato a uma personalidade pública é praticamente irrelevante para acessar a intencionalidade do discurso quando o discurso é proferido por pessoas privadas em relação a políticos no que diz respeito a questões políticas[193]. Mas se torna muito relevante para acessar a intencionalidade do discurso de jornalistas ou órgãos de imprensa, já que a falsidade do fato imputado a alguém por parte da imprensa só se justifica se ocorre apesar do cumprimento dos procedimentos de investigação e checagem pressupostos pelas regras sociais do discurso aplicadas à imprensa.

Isso não significa dizer que a distinção entre imputação de fato verdadeiro e imputação de fato falso é sempre irrelevante para acessar a intencionalidade do discurso de pessoas privadas. De forma geral, temos a expectativa de que todas as pessoas sejam verdadeiras nas imputações públicas de fato a outras pessoas. Se por um lado, entendemos que, no debate sobre grandes questões e personalidades públicas, é razoável que as pessoas formem suas opiniões sobre os fatos a partir dos elementos que circulam na mídia e nos meios sociais, tendo em vista que as pessoas não possuem condições de promover pesquisa e checagem aprofundada elas mesmas, por outro lado entendemos que as pessoas possuem grande responsabilidade de honrar com a verdade em relação a fatos os quais elas vivenciaram de perto e sobre os quais possuem posição privilegiada para relatar. É isso o que pressupomos, por exemplo, no crime de falso testemunho tipificado no artigo 342 do código penal brasileiro. Qualquer pessoa pode cometer o crime de falso testemunho no caso de "fazer afirmação falsa, ou [de] negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral". Qualquer pessoa pode ser chamada como testemunha e assim o é quando se entende que a pessoa possui um conhecimento importante acerca dos fatos discutidos no processo em questão. Esse mesmo pressuposto deve valer no caso de imputações de fatos por pessoas privadas a quaisquer outras pessoas para aferição de violação de direitos de reputação. Vamos supor que um ex-namorado Aldo de uma personalidade pública Ana vá à mídia e declare que Ana sistematicamente maltrata uma funcionária apenas porque ela é negra e que a declaração é baseada no suposto fato de que Aldo acompanhou por anos a maneira como Ana se relaciona com seus funcionários. Essas são alegações de fatos dos quais pressupomos que Aldo, a pessoa que fala, possui grande

[193] As regras discursivas são outras quando o que está em jogo são imputações de fato, mesmo a políticos, que não se conectam às suas ações enquanto políticos. Por exemplo, uma pessoa privada, e mesmo um candidato político, não pode imputar falsamente a um candidato rival a culpa por um assassinato.

proximidade, ainda que seja pessoa privada. Se Ana é capaz de mostrar indícios de que Aldo mente, ele pode ser responsabilizado por difamação, já que é possível mostrar a intenção de deturpação deliberada da imagem pública de Ana. Por outro lado, digamos que Ana, certo dia, vá a um restaurante e seja flagrada pela foto de um paparazzi discutindo com um garçon negro. O fato é noticiado na mídia e então, em sua página no facebook, um fã posta a alegação de que Ana é racista e de que isso o desapontou enquanto fã. Esse fã forma seus juízos a respeito de Ana, uma cantora e personalidade pública, com base nos elementos disponíveis no universo cultural que cerca Ana. Ele não tem maior acesso aos fatos acerca de Ana, e nem temos a expectativa de que ele necessite desse acesso para se expressar acerca de certos aspectos da vida de Ana. Nesse sentido, o fã em questão se comporta razoavelmente dentro das normas que regulam as práticas discursivas acerca de personalidades públicas.

Da mesma maneira podemos pensar a relevância do critério para acessar responsabilidades em relação a imputações de fatos falsas a pessoas privadas. Vamos supor que em uma grande reunião de trabalho com várias equipes de uma mesma empresa surja a pergunta acerca das atividades profissionais pretéritas de um membro de uma das equipes ausentes, Nilo. Vamos também supor que um dos presentes na reunião, Pedro, afirme que Nilo havia sido demitido de seu último emprego. Ainda, consideraremos que essa é uma afirmação falsa, a qual Pedro pensou ter ouvido de um outro colega, e que, assim, apenas reproduziu o que pensou ter ouvido na reunião. Não entendemos que Pedro tenha deveres especiais de checagem dessa informação, tampouco supomos que ele tenha algum acesso maior ao passado de Nilo, sendo de Nilo apenas um colega de trabalho. Assim, não seria razoável que Nilo processasse Pedro por difamação apesar da falsidade daquilo que foi dito acerca de Nilo e mesmo se considerarmos que essa afirmação possa ter tido impacto negativo na percepção de Nilo por parte dos demais colegas. Vamos supor, no entanto, que Nilo aborde Pedro e diga a ele que o que ele afirmou na reunião é falso, e mostre os indícios da falsidade da informação. Se Pedro insiste, a partir desse ponto, na imputação da mesma falsidade a Nilo em demais reuniões e conversas empresariais, é razoável que Nilo processe Pedro por difamação, já que a situação de Pedro em relação ao fato sobre o qual ele se pronuncia se alterou.

Um outro ponto importante diz respeito à relevância da natureza do objeto da expressão: tendo em vista o critério da intencionalidade adotado para a aferição da violação de direitos de reputação, faz sentido excluir de forma absoluta as expressões de opinião do âmbito das expressões potencialmente violadoras de tais direitos, tal como as

regras dos Estados Unidos e a dicção do dispositivo da difamação do código penal brasileiro parecem indicar? Entendo que não[194]. Apesar de ser mais difícil apontar para violações de regras sociais relacionadas a expectativas legítimas de expressão de opiniões, não entendo que seja impossível. Um exemplo, mais uma vez, pode ajudar. Vamos imaginar que o pai do médico oftalmologista Chico publique em diversos sites na internet em diversos fóruns de discussão sobre serviços de saúde o comentário de que o médico oftalmologista Tadeu é muito grosseiro e extremamente irresponsável. Podemos entender que essa é uma expressão de opinião, no sentido que perfaz um juízo de valor, uma apreciação, da conduta de uma pessoa, supostamente com base em fatos do domínio daquele que expressa o juízo. Digamos que exista uma rivalidade conhecida entre os médicos oftalmologistas Chico e Tadeu, tanto por questões de competição de mercado quanto por discordarem acerca de tendências técnicas da área. Digamos também que o pai do oftalmologista Chico jamais esteve no consultório de Tadeu e jamais tenha se submetido aos cuidados de Tadeu ou a tratamentos prescritos por Tadeu, e não tenha proximidade com qualquer paciente ou ex-paciente de Tadeu. Um dos elementos que pressupomos acerca de alguém que expressa críticas veementes e continuadas acerca do serviço de um médico é que tenha experimentado o serviço, ou que tenha acompanhado com razoável proximidade o caso de alguém que o tenha feito. Tendo em vista a proximidade do falante com um conhecido rival de Tadeu, bem como o fato de que o pai de Chico não possui qualquer vivência que justifique a expressão continuada de opiniões deletérias à imagem de Tadeu, seria possível concluir do contexto que a expressão da opinião serviu à deturpação deliberada da percepção social das habilidades profissionais de Tadeu. Seria possível responsabilizar o pai de Chico por violação de direitos de reputação, ainda que não tenha imputado qualquer fato passível de comprovação empírica a Tadeu, mas apenas expresso uma suposta avaliação do trabalho de Tadeu.

Concluindo, a distinção entre afirmação de fato verdadeira e afirmação de fato falsa pode ser relevante quando a falsidade da imputação do fato ocorre em um contexto no qual pressupomos um controle ou dever de controle do fato pelo falante. Ainda, a distinção entre afirmação de fato e expressão de opinião é relevante porque via de regra consideramos que a expressão de uma opinião, ainda que absurda ou "injusta", é um direito que assiste às pessoas. No entanto, o exemplo acima discutido mostra como mesmo uma

[194] Agradeço Pedro de Castro por ter chamado a atenção para o fato de que a definição da difamação com base na intenção do discurso torna menos relevante a distinção entre afirmações de fato e afirmações de opinião para fins de determinação do discurso permitido ou proibido.

opinião pode, em determinados contextos, não servir aos valores pelos quais a protegemos, qual seja, a de exprimir um posicionamento sobre uma situação que a pessoa de fato tenha vivido ou com a qual tenha tido algum contato que justifique a opinião. A distinção, portanto, não deve servir para afastar de forma absoluta a responsabilização por difamação no caso de expressão de opinião.

Por fim, devo ressaltar que a imputação de fato verdadeiro que integra o domínio de discussão pública jamais pode levar a responsabilização por difamação, ainda que haja motivação de prejudicar a percepção social de uma pessoa. Isso porque, tal como já mencionado acima, a autenticidade não atribui a ninguém a pretensão legítima de controle da percepção social de si independente das consequências das escolhas individuais de ação. A independência ética pressupõe a liberdade de escolha das próprias características, atividades e caminho profissional. Mas ela também pressupõe a assunção das consequências dessas escolhas, dentre as quais a apreciação pública dos aspectos públicos dessas escolhas. O ilícito da difamação diz respeito a um direito de que terceiros não alterem prejudicialmente a percepção social de uma pessoa em desconformidade com as regras sociais de cuidado com a imagem dessa pessoa. Não é possível alegar haver alteração da percepção social quando aquilo que se imputa a uma pessoa é verdadeiro. Da mesma forma, não punimos uma pessoa por conquistar a vaga de emprego que outro alguém almejava, mesmo que a primeira pessoa tenha competido à vaga apenas pelo desejo de prejudicar um outro concorrente, desde que ela o tenha feito respeitando as regras de justa competição pelos recursos e oportunidades. A justa distribuição da percepção social de si confere a pretensão legítima de promoção da verdade pelos meios moralmente corretos. O meio moralmente correto, ou seja, aquele que é coerente com o respeito da independência ética tanto daquele que fala quanto daquele de quem se fala é o que ao mesmo tempo favorece a prevalência da verdade e proíbe e pune as iniciativas de prejudicar a percepção social das pessoas em desconformidade com os deveres de cuidado que as regras sociais de contextos discursivos distintos impõem em relação à imagem alheia.

A seguir, explorarei, à mesma maneira da discussão promovida nesse tópico, a relevância da distinção entre pessoas públicas e privadas acerca das quais se fala para a determinação da responsabilização por difamação.

*3.5 O critério pessoa pública x pessoa privada é relevante?*

Tal como já restou claro pelas discussões que precederam esse tópico, a definição de difamação que proponho abarca igualmente os discursos acerca de pessoas públicas quanto aqueles acerca de pessoas privadas. A distinção, no entanto, pode ser relevante para a apreciação da intenção do discurso lesivo à imagem pública da pessoa objeto do discurso.

Antes de apresentar exemplo que possa ilustrar essa possibilidade, gostaria de enfatizar que, na maior parte das vezes, entendo que a distinção entre pessoas públicas e privadas é importante não para definir os elementos do discurso difamatório, mas para a delimitação diferenciada do escopo de privacidade daqueles sobre os quais se fala. Nesse caso, a distinção serve para esclarecer não as expectativas legítimas acerca da maneira como se fala sobre um determinado tópico de relevância pública, mas para determinar a própria legitimidade da inclusão ou exclusão do tópico da apreciação pública. Retomando o exemplo a que recorri no início desse capítulo, normalmente se compreende que a discussão pública de um caso de adultério envolvendo o Presidente da República é legítima, ou seja, faz parte do conjunto de coisas as quais o público em geral pode legitimamente acessar e sobre as quais pode legitimamente expressar suas opiniões. Por outro lado, não se entende que o mesmo seja verdadeiro acerca de um caso de adultério envolvendo o dono da padaria da esquina da minha casa e a médica que trabalha no prédio em frente. Compreende-se que seria despropositado que a revista Veja anunciasse, como manchete de capa: "EXCLUSIVO: João, casado com Maria, dono da padaria PãoBão na esquina entre as ruas Juazeiro e Petrolina, mantém caso extraconjugal com Teresinha, casada, médica pediatra que atende no prédio em frente! E mais: ele fornecia, nos encontros furtivos diários, o pão que Teresinha levava para o café da manhã de seu marido e filhos!". O caráter esdrúxulo da manchete se aperfeiçoa pelo fato de que a vida amorosa de João, Maria e Teresinha pertence à esfera da privacidade de cada um deles. O escrutínio público sobre o caso não se justifica. Assim, se é verdade que a publicação do adultério afeta a reputação de Maria, João e Teresinha, o aspecto afetado não corresponde àquele protegido pelo ilícito da difamação, já que esse último regula a maneira pela qual as pessoas podem abordar os aspectos públicos da vida das demais.

E quanto ao aspecto da reputação protegido pelo ilícito da difamação? Como poderíamos conceber a relevância da distinção entre pessoas públicas e privadas para a apreciação da conduta daquele que expressa conteúdo prejudicial à imagem pública de

terceiro? Em exemplo anteriormente explorado para apontar a relevância da distinção entre imputações verdadeiras e falsas de fato, a distinção entre pessoas públicas e privadas foi também relevante. Trata-se da comparação entre expressões de opinião acerca da competência e qualidade do trabalho de um médico, e a competência ou qualidade do trabalho de um político. As nossas práticas discursivas não pressupõem o domínio dos pormenores dos fatos relativos ao desempenho de políticos para a expressão de juízos e imputações de fatos a esses mesmos políticos. As práticas entendem que esses assuntos são amplamente debatidos com base nos juízos que fazemos das informações e posicionamentos com os quais determinados agentes, tais como órgãos de imprensa e especialistas, alimentam a discussão. O mesmo não se passa com a expressão de opiniões e imputações de fato a profissionais liberais ou empresas do universo privado. Apesar de o universo do consumo e da prestação de serviços em geral pertencer ao debate público, as regras de participação são um pouco distintas. Entendemos que as manifestações acerca do serviço de um médico pressupõe uma proximidade maior com os fatos que dão fundamento à expressão. Assim, expressões reiteradas lesivas à percepção social de um médico, pessoa privada, podem ser mais facilmente compreendidas como violações dos direitos de reputação do médico se não amparadas pelo pressuposto de maior proximidade daquele que fala com os fatos que amparam a expressão. E, no caso de imputações falsas de fato, a proximidade que se pressupõe entre o falante e o fato de que se fala permitem mais facilmente concluir pela presença de intenção deliberada de deturpação da imagem do médico. O mesmo não ocorre, no entanto, em relação às pessoas públicas. Via de regra, entendemos que o debate acerca dos aspectos da vida das personalidades públicas pode se desenvolver legitimamente sem maior domínio dos pormenores fáticos pelo falante. Isso não significa, no entanto, que pessoas privadas ou a imprensa são desprovidas de toda e qualquer responsabilidade acerca daquilo que falam. Mencionei o exemplo de pessoas privadas próximas a personalidades públicas cuja proximidade a essas mesmas personalidades justifica expectativas de maior cuidado e diligência com as imputações de fato a essas personalidades.

Por fim, creio ser importante mencionar que tanto Dworkin quanto Baker defendem a aplicação de uma única regra de difamação tanto a pessoas públicas quanto a pessoas privadas. Apesar de Dworkin defender essa alteração na regra de *Sullivan* com base na dificuldade de se traçar os critérios de diferenciação entre pessoas públicas e

privadas[195], uma razão aparentemente de cunho meramente prático, entendo que a aplicação de um mesmo critério de princípio à proteção da reputação de pessoas públicas e privadas é uma exigência tanto dos direitos de reputação, quanto da liberdade de expressão.

## 4. Discurso paradigmático de ódio: violação dos deveres de cuidado com a percepção social de grupos ou afirmação da própria identidade?

Defendi que a reputação constitui um direito subjetivo em sentido forte, que não pode ser sacrificado em prol de outros interesses coletivos de caráter político. Esse direito decorre de uma exigência moral articulada a partir dos princípios da dignidade, e se justifica da mesma forma como justificamos o direito de não sermos lesados pela usurpação de nossos recursos legítimos por terceiros.

Essa concepção do direito à reputação contribui para a fundamentação de um direito à liberdade de expressão de discursos de ódio. Alguém poderia alegar que a minha elaboração conceitual, ao contrário de corroborar o meu argumento pela liberdade de expressão de tais discursos, justamente aponta para a legitimidade da sua proibição. Isso porque, conforme essa objeção, o discurso de ódio nada mais é do que a manifestação de uma orientação ética de negação do valor objetivo da vida alheia. O argumento prosseguiria afirmando não haver nada mais violador de direitos de reputação do que a violação das expectativas sociais legítimas de deferência geral de todos à premissa básica da igualdade entre todos os seres humanos, independente de suas afiliações identitárias e de grupo. Waldron, se não elabora um conceito claro de direito de reputação (apesar de se lastrear na noção para promover a sua concepção de dignidade), muito provavelmente endossaria esse argumento.

Essa objeção força a uma elaboração mais minuciosa do sentido da negação do valor da vida alheia nos discursos paradigmáticos de ódio. E leva também a indagar se as

---

195 "As regras sugeridas poderiam ajudar a tornar esse direito mais simples de outra forma: eu não vejo nenhuma razão forte pela qual elas não deveriam ser aplicadas para pessoas privadas assim como para figuras e autoridades públicas. A distinção entre pessoas públicas e privadas, e a tentativa de definir um padrão distinto governando os processos por difamação pelos últimos, se provou muito difícil, e seria um benefício considerável eliminar a distinção completamente." (DWORKIN, 1996, p. 193-194).

regras das trocas discursivas sob as quais esses discursos ocorrem requerem deferência a verdades factuais ou morais relacionadas ao valor igualitário entre as pessoas.

Iniciarei o enfrentamento do problema da caracterização dos discursos de ódio pela interpretação da intenção de integrantes da Ku Klux Klan. Um princípio que podemos razoavelmente apontar como norteador da Ku Klux Klan é o da diferença entre o valor objetivo da vida de negros e brancos. Membros da Ku Klux Klan creem que o valor da vida de negros é objetivamente inferior. Essa crença, no entanto, é genuína. Com isso quero dizer que essa crença se assenta em um sistema de valores, certamente deploráveis, mas ainda assim um sistema, que leva essas pessoas a crer com toda convicção que a vida dos brancos é mais valiosa e importante do que a vida dos negros.

Essa crença, ainda que abominável, é estrutural na vida dos membros da Ku Klux Klan[196]. Quando a negação do valor objetivo da vida alheia funciona como um princípio organizador das crenças de uma pessoa, por mais que isso seja abominável, é aceitável enquanto determinação do propósito do discurso. Isso é assim porque nosso panorama político é cheio de exemplos de sistemas de crenças políticas informadas por ideias injustas ou que levam a injustiças das mais variadas naturezas. Na discussão, no capítulo primeiro, acerca da hipótese de explicação do fundamento da tese waldroniana que chamei de causal da discriminação em sentido estrito, mencionei uma série de exemplos de discursos que plausivelmente possuem impacto na formação de atitudes de discriminação maiores ou equivalentes àqueles dos discursos de ódio. Dentre esses exemplos, retomo as mensagens sutis de subordinação da mulher e de sua submissão a papeis determinados de gênero que aparecem em novelas, filmes e diversos outros elementos da cultura popular. Também os negros são, nesses mesmos produtos culturais, sistematicamente retratados em posições de menor prestígio. O mercado publicitário é repleto de imagens que sugerem a objetificação do corpo feminino. E os ambientes religiosos infestados de mensagens e reforços de estigmatização dos homossexuais. Ainda, discursos que, no campo das discussões de políticas públicas e distributivas, levantam a bandeira da meritocracia cega, ou que advogam pela sistemática redução do Estado, negam o valor de milhões de pessoas estigmatizadas como "vagabundas", "preguiçosas", "encostadas" ou rejeitadas enquanto "encosto" ou "fardo" social. Esses discursos são criatura e criadores de uma cultura

[196] Para uma interpretação extremamente esclarecedora do caráter genuíno das crenças discriminatórias sustentadas pela população branca do sul dos Estados Unidos, que permeavam a estrutura das relações sociais e mesmo das regras jurídicas de segregação ao tempo do movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos na década de 60 e 70, conferir o livro *There goes my everything: white southeners in the age of civil rights, 1945-1975* (SOKOL, 2007).

equivocada do ponto de vista da igualdade moral, e são causa e consequência de uma cultura política que sistematicamente leva à violação de direitos. Nós vivemos nesse contexto exatamente agora. Mas não defendemos o banimento desses discursos.

Defendo que a nossa compreensão de democracia é a de um sistema que necessita se moralizar de dentro para fora. Ela não pode se impor como a única opção no debate público. Esse é um dos sentidos mais importantes da liberdade de expressão. O debate público, na democracia, funciona como uma arena discursiva sobre a própria moralidade da democracia. Não para admitir de fato opções ao reconhecimento, nas políticas de Estado, da igualdade entre todos os cidadãos, mas como uma exigência dessa própria igualdade. As regras que regulam o debate na arena pública, portanto, não exigem compromisso com a verdade moral da democracia, tampouco com pressupostos fáticos que dão suporte às reivindicações de igualdade entre todos, negros, brancos, índios e orientais, mulheres e homens, heterossexuais e homossexuais, e membros de todas as religiões.

E não apenas a democracia enquanto ideal político não pode se impor, mas também o liberalismo não pode se impor enquanto ideal ético. Não se pode forçar as pessoas a crer no valor da independência ética de cada pessoa. O debate público é também uma arena discursiva sobre o valor do individualismo ético. Mais uma vez, não para permitir alternativas a ele, mas enquanto exigência dos seus próprios princípios: o de que uma vida perde valor se aquele de cuja vida se trata não puder independentemente elaborar as suas convicções e se envolver nas trocas sociais pelas quais ele continua a se confrontar com as suas convicções éticas e com aquelas dos demais.

Grande parte dos discursos de ódio dirigido a grupos são políticos. Quando se afirma que negros são inferiores a brancos, quando se reclama que mulheres são intelectualmente inferiores e que o seu papel social é a procriação, quando se afirma que homossexuais são doentes, quando se propagam imagens de práticas sexuais que suscitam o prazer pela dor, submissão ou agressão da mulher, o que está implícito nesses discursos são perspectivas sobre a humanidade das pessoas, sobre a forma ideal de organização social e sobre a natureza dos impulsos humanos. Podemos dizer que a sociedade brasileira, não muito diferente de muitas outras sociedades democráticas liberais, é repleta de pessoas e grupos que negam em parte ou no todo os ideais da democracia e do liberalismo ético. Podemos, os partidários da democracia e os liberais igualitários, lamentar e sofrer por causa desse estado de coisas político e ético. Podemos nos mobilizar para promover, nas palavras de Waldron, os fundamentos da justiça, assim como a independência ética. Mas não podemos assumir que as regras do debate democrático impõem, como ponto de

partida, essas premissas como condição de participação. Se assim fosse, teríamos que, no nível prático, aceitar banir grande parte do discurso político, calando uma enorme parte dos cidadãos.

Assim, ainda que o argumento sociológico de Waldron de que a maneira como a sociedade percebe as pessoas individualmente depende da maneira como essa mesma sociedade percebe os grupos das quais as pessoas participam seja plausível, isso não fecha a questão acerca de um direito de proibição de discursos de ódio que prejudicam a percepção social dos participantes de grupos-alvo. O direito de reputação não significa um direito de ser bem percebido por ninguém. Tampouco implica um direito de resultado de qualquer tipo, nem mesmo um direito de não ter qualquer informação falsa de fato circulando sobre si. O direito à reputação implica apenas um direito de imposição das regras sociais que regulam os deveres e as expectativas legítimas de cuidado de terceiros em relação à nossa própria imagem. E ele exige instituições que favoreçam a promoção da verdade e a responsabilização daqueles que insistem na falsidade quando as regras sociais vigentes em determinados contextos discursivos respaldam a exigência de conformação com verdades de fato.

Por tudo que discuti a respeito dos contornos do direito à reputação, alguém poderá afirmar que a concepção que eu defendo não garante quase nnenhum poder àqueles que querem proteger a sua imagem de interferências e ataques de terceiros. Ainda, o argumento poderá ser acusado de protetor do *status quo*. Isso porque ele simplesmente permite que pessoas ou grupos de pessoas sofram os impactos negativos da percepção social apenas porque as regras de interação discursiva hoje vigentes permitem que uma série de absurdos do ponto de vista moral e empírico integrem as opções pelas quais as pessoas podem se autodefinir.

Eu tenho uma visão mais otimista dessa perspectiva. Ela é bem mais otimista, por exemplo, do que aquela endossada por Baker, que simplesmente não reconhece a reputação como um direito individual em sentido forte, ou seja, como um trunfo que prevalece sobre interesses coletivos. A minha perspectiva é uma que enxerga um lugar para a responsabilização das pessoas por aquilo que elas escolhem dizer que se baseia nos próprios compromissos normativos sociais de fundo, reguladores das expectativas de cuidado das pessoas com a imagem umas das outras, endossados implicitamente pelas pessoas de forma geral. Essa é uma perspectiva que não permite às pessoas voltarem atrás nos seus próprios compromissos normativos. E afirma que os atos discursivos das pessoas

que traem a integridade dos seus próprios compromissos não contam como exercício da sua independência ética.

Isso é o melhor que uma teoria da reputação pode fazer dentro de uma teoria da justiça que pretende preservar a legitimidade política do Estado ao proteger o direito das pessoas de participar na conformação ética, moral e política da sua sociedade. Isso não significa que o Estado não possa contribuir para alterar as regras de alguns dos jogos de linguagem de alguns contextos. É possível alardear, por exemplo, o estado precário do debate político, o qual naturalizou o uso das mentiras e os ataques levianos de candidatos uns contra os outros. É possível estimular uma cultura menos voltada à exploração de detalhes privados da vida de celebridades. De tal forma que o panorama cultural mude e justifique tornar certas enunciações discursivas como violações da reputação de políticos, ou invasões de privacidade de artistas da televisão. Ainda assim penso que seja difícil vislumbrar uma tal alteração nas regras que exclua dos jogos de linguagem políticos a totalidade de afirmações de ódio (posso até vislumbrar a exclusão de algumas dessas afirmações, tais como a de que a raça negra é biologicamente inferior à raça branca. Posso vislumbrar um dia em que uma tal afirmação, para que não seja tomada como uma violação de direitos de reputação de candidatos negros, por exemplo, será assumida como a afirmação de alguém que possui sérios problemas cognitivos por não compartilhar com os pressupostos mais básicos de aferição da verdade). Isso porque a maior parte dessas afirmações são interpretações acerca de méritos e deméritos culturais. Essas apreciações são justamente o arroz e feijão da política. Ao menos no mundo em que vivemos.

## 5. Distinguindo Baker de Dworkin: a competição pela percepção social de si mesmo como problema distributivo

No último tópico desse capítulo procurarei explicitar, de forma sucinta, o que entendo ser a diferença entre a visão normativa de inspiração dworkiniana e aquela de Baker acerca da reputação em uma teoria mais ampla da justiça. Em síntese, enquanto a teoria da justiça dworkiniana defende que a lógica social de distribuição de recursos deve ser toda ela submetida ao escrutínio filosófico racional, por uma exigência do valor da igualdade, Baker entende que a igualdade nos permite, por meio de reflexão filosófica, insistir apenas na correção do padrão de distribuição de uma parcela dos recursos

disponíveis, enquanto esse mesmo valor da igualdade exige deferência às decisões majoritárias a respeito da distribuição do restante. Em outras palavras, Dworkin entende que a filosofia política deve fornecer critérios substantivos de distribuição da maior parte dos recursos. De tal sorte que, na hipótese de uma pessoa/desafiante colocar a pergunta "por que você tem direito de decidir o que fazer a respeito desse dinheiro/casa/bem de qualquer natureza" a outra pessoa/proprietária em uma situação de justiça perfeita, a pessoa essa última será capaz de justificar a sua propriedade com base em uma teoria da justiça que entende que princípios substantivos de correção para distribuição dos recursos são uma exigência da subordinação das pessoas à autoridade coletiva do Estado. Já Baker entende que, em relação a uma parcela significativa dos recursos disponíveis, uma situação de justiça perfeita não só permite como exige que a resposta para a mesma pergunta eventualmente colocada por um desafiante a um proprietário remeta ao resultado do procedimento democrático majoritário como razão única de justificação da referida distribuição.

A diferença, portanto, reside nas concepções distintas de Dworkin e Baker do valor da igualdade e daquilo que ela exige no que diz respeito à distribuição de recursos e oportunidades. Apontarei também que essa diferença pode ser traçada a diferenças sutis, porém extremamente importantes, entre as posições meta-teóricas dos dois autores, ou seja, atinentes aos compromissos de cada um a respeito da natureza dos critérios últimos de justificação de uma teoria política. Enquanto Dworkin se assume moralmente normativo do início ao fim, Baker, apesar de endossar a proposta de teorização conceitual e unitária do valor elaborada por Dworkin[197], e apesar de explicitamente afirmar que a defesa de uma teoria normativa é uma questão de busca de coerência entre as elaborações abstratas de justificação e as práticas e instituições morais concretas que possuímos (o que redunda na abordagem rawlsiana do equilíbrio reflexivo)[198], também explicitamente busca um fato

[197] "(...) tal como Dworkin, minhas inclinações estão com o ouriço. Dworkin convincentemente argumenta que os valores são interpretativos e que uma interpretação se apoia, ao menos parcialmente, nas suas conexões com as interpretações de outras questões". (BAKER, 2010, p. 760). Em crítica à teoria da igualdade de MacKinnon e à sua teoria da interpretação constitucional, a qual afirma que os valores morais protegidos constitucionalmente conflitam, Baker defende que "uma abordagem alternativa da interpretação constitucional segundo a qual não há colisão entre liberdade de expressão e igualdade é tanto preferível quanto mais radicalmente democrática do que a sua abordagem [de MacKinnon] ou do que outras teorias similares que afirmam que essas duas normas constitucionais conflitam." (BAKER, 1994b, p. 1182).

[198] "(...) o pensamento acadêmico afunda nas mais baixas profundezas quando sua ambição metodológica é ser um apologista do status quo. A medida do apelo de uma teoria da Primeira Emenda não deveria ser a extensão pela qual ela se conforma com a doutrina existente, mas a qualidade da sua explicação dos aspectos da doutrina existente que deveriam ser aprovados e, enquanto se conectando de forma significativa ao discurso constitucional, o poder de persuasão da sua crítica a aspectos da doutrina que deveriam ser rejeitados." (BAKER, 2011, p. 270).

universal a respeito da natureza das interações humanas, ou seja, um critério empírico universal sobre a vida humana para fundamentar a autonomia como base da sua teoria da justiça[199]. Chamarei esse de "deslize empírico" o qual, a meu ver, impede que Baker leve às últimas consequências normativas a pergunta que por muitos teóricos políticos é enfrentada como a questão central da teoria da justiça: "como devemos distribuir os recursos?".

Esse é um trabalho voltado para a discussão acerca dos princípios fundantes da liberdade de expressão e da sua implicação para a regulação de discursos de ódio. O foco, portanto, não é a reconstrução e comparação das teorias da justiça completas de Dworkin e Baker. Esse seria um esforço de grandes proporções que possivelmente redundaria em um trabalho distinto. Não obstante, as elaborações teóricas de autores que adotam uma abordagem unitária do valor são marcadas pela força que o sentido e implicação de certos valores retira de outros valores. A igualdade na distribuição de recursos, embora não perfaça o foco desse trabalho, oferece o material de que preciso para refletir acerca da existência de um direito moral à reputação. Termino o capítulo com o que entendo ser a melhor explicação para a diferença de tratamento da reputação em uma teoria dworkiniana quando comparada a outra bakeriana, ainda que de forma abreviada.

O que se segue é uma longa digressão acerca de conceitos políticos cuja relação com o tema central desse trabalho, qual seja, a possibilidade ou não, e em quais termos, da proibição de discursos de ódio, não é óbvia. No entanto, lembro que acompanho Dworkin e Baker na tese da unidade do valor. A afirmação de um direito em sentido forte à reputação depende de um conceito de igualdade que fundamenta direitos de exigir de terceiros não apenas uma abstenção de interferência em relação às nossas liberdades, mas também o reconhecimento de que temos direito a oportunidades e recursos de acordo com a medida de nossos esforços e escolhas, independente do que as demais pessoas pensam a respeito de nossas convicções éticas e de nosso estilo de vida. Devemos uns aos outros a igualdade de recursos. Eu estou defendendo que parte do que na linguagem comum compreendemos como reputação é também um tipo de "bem" a cuja distribuição igualitária devemos respeito. A igualdade impõe também sobre a distribuição desse bem algumas exigências. O

[199] Em texto especificamente dedicado à crítica do livro *Justice for Hedgehogs* de Dworkin, Baker explicita da seguinte forma uma das maneiras pelas quais pretende proceder à crítica ao método teórico de Dworkin: "(...) a sua [de Dworkin] confiança repetida no princípio humeano de que nenhum 'dever ser' pode ser simplesmente derivado de um 'ser', de forma tal que as convicções dos indivíduos aparentemente providenciam a base fundamental para a esfera interpretativa normativamente saliente, pode ser errada, exagerada, ou enganosa. A sua rejeição de pontos mais arquimedeanos pode ter sido muito rápida e nos deixa desamparados de princípios críticos melhores." (BAKER, 2010, p. 760).

pouco que Baker escreveu sobre reputação e difamação, no entanto, sugere que ele discorda dessa afirmação.

Não identifiquei nenhum trabalho de Baker desenvolvendo uma reflexão mais aprofundada sobre o sentido da reputação e sobre as razões pelas quais Baker afirma que a reputação não é um direito de autonomia. Há, no entanto, uma nota de rodapé em texto de 1978 (*Scope of the First Amendment Freedom of Speech*) na qual, apesar de afirmar que "O discurso que invade a área de autonomia do outro é coercivo e pode ser regulado" (BAKER, 1978, p. 1002), Baker argumenta que " (...) a reputação, a qual depende da forma precisa da ordem social e das atitudes das outras pessoas, é claramente convencional ou instrumental, e não um direito de autonomia" (BAKER, 1978, p. 1002). Esse posicionamento de 1978 parece corroborado em um dos textos mais recentes de Baker, de 2010 (*In Hedgehog Solidarity*), no qual critica o conceito de igualdade de Dworkin. Baker afirma que várias das leis que Dworkin consideraria legítimas não podem ser explicadas a não ser como de promoção de certas concepções do bem ou da boa vida por meio da alocação de partes significativas dos recursos produzidos socialmente. Seria o caso das leis que protegem o meio ambiente, o patrimônio histórico ou espécies em extinção[200]. Ao lado de tais leis, Baker situa aquelas que selecionam alguns interesses cuja frustração constitui danos reparáveis por meio de indenização. Leis de proteção da reputação são, segundo Baker, leis desse último tipo. Isso sugere que, para Baker, leis de proteção da reputação são produto de uma contingência política, fruto da vitória da perspectiva em uma dada sociedade de que certos discursos falsos provocam danos compensáveis. Danos os quais as outras pessoas até podem infligir, desde que estejam dispostas a pagar aquilo que a sociedade entende como "o valor relativo" ou o "preço" do bem danificado:

> Devemos ter uma lei de difamação definindo algumas falsidades como causando danos compensáveis e, em caso positivo, quais falsidades? Isso é, muitas (mas não todas) leis baseadas em valores éticos podem ser tolerantes à busca (talvez a um custo mais elevado) de visões contrárias e práticas dissidentes (BAKER, 2010, p. 779).

Pelo pouco que Baker escreveu a respeito da reputação, do direito da difamação e pelo cotejo desses escassos posicionamentos com o conceito de igualdade de Baker, entendo que, para Baker, a reputação é um bem, ou recurso, cuja distribuição pode ser

[200] Dworkin provavelmente poderia explicar essas leis como protetivas de bens intrinsicamente valiosos, ou como de promoção e defesa de bens públicos (em sentido técnico) aos quais a maior parte das pessoas dedicaria voluntariamente parte de seus recursos. Não entrarei, no entanto, nessa discussão.

legitimamente submetida à escolha da maioria. Para Baker, apesar de não haver direito ao engajamento consciente ou manifestamente indiferente em discursos que veiculam falsidades a respeito das pessoas, por serem essas instâncias de instrumentalização do outro, não há tampouco um direito de ser protegido contra tais engajamentos discursivos por parte de terceiros. Baker parece defender que proibir ou não tais discursos, e decidir pela prerrogativa ou não de indenização em função da frustração de interesses por tais discursos, é uma questão de política, a ser solucionada contingentemente por meio do debate democrático.

Para o que segue da discussão nesse capítulo, gostaria que o leitor tivesse em mente a comparação entre exemplos explorada no início do capítulo. Eu construí aquela comparação para captar as diversas estratégias argumentativas que poderiam ser adotadas por um teórico que tivesse em mente tanto proteger interesses de reputação quanto os discursos de ódio, ainda que admitida a tese sociológica de Waldron de que discursos de ódio impactam negativamente na maneira como indivíduos são socialmente percebidos. Os exemplos, resumidamente, eram os seguintes:

a) Uma diarista, chamada Sônia, com conhecimento dos hábitos, estilo de vida, inclusive dos encontros amorosos do seu empregador, um cantor famoso chamado Fábio, publica em rede social declaração dizendo que o cantor é homossexual e que mantêm uma relação amorosa com o seu produtor musical. Fábio desempenha, no imágnário do público feminino, o papel de símbolo de beleza e de desejo. Ele explora essa imagem comercialmente por meio de aparição em publicidades que exploram a beleza masculina como forma de apelar ao público consumidor feminino.

b) Um candidato político faz declaração em debate televisivo defendendo o tratamento médico de homossexuais e políticas de seu isolamento por reivindicar que o convívio de crianças com homossexuais aumentaria as chances de que as crianças também se tornassem homossexuais. Um jovem homossexual é, no dia seguinte, interpelado pelo colega de escola acerca da possibilidade de ser internado. Esse mesmo jovem homossexual houve uma conversa do colega de escola com outros colegas na qual eles discutem um "direito" de não terem que conviver com homossexuais.

Mencionei, no início do capítulo, três estratégias argumentativas para justificar que o discurso na primeira situação devia ser proibido enquanto na segunda, não. A segunda estratégia envolvia a afirmação de que certos discursos lesivos à reputação não consistiam exercício daquilo que deve ser valorizado na liberdade de expressão, e que, portanto, poderiam ser restringidos em prol de interesses de reputação. Mas essa estratégia

negava a existência de um direito à reputação em sentido forte, ou seja, um direito que a sociedade deve reconhecer aos seus cidadãos independente do posicionamento da maioria. Ela afirmava que a reputação é apenas um interesse que pode ou não ser protegido a depender daquilo que uma sociedade entende como prioritário. A estratégia explica a proteção desse interesse no primeiro exemplo afirmando que mentiras deliberadas não constituem exercício valioso da liberdade de expressão e que uma sociedade pode então escolher (ou não) proteger interesses de reputação quando eles forem prejudicados por discursos desprotegidos pela liberdade de expressão. Mas nega que esse interesse possa ser protegido no segundo exemplo porque ele envolve discurso valioso do ponto de vista da liberdade de expressão.

A resposta, portanto, que essa estratégia tem para oferecer ao desafio de Waldron, Matsuda, Lawrence e outros que citei no início do capítulo é simples e crua: não existe direito à reputação. Uma sociedade não deve a ninguém direito de nenhum tipo sobre as dinâmicas de formação da percepção social das pessoas. O que o restante do capítulo busca mostrar é que, se esse argumento pode ser atribuído a Baker (e a leitura que faço de Baker é a de que esse é o caso), Baker está errado. Ademais, tento explicar como ele erra. O "como" necessariamente passa pela discussão de conceitos políticos que a princípio não traçam conexão direta com o problema da reputação. Mas que são centrais para compreender porque Baker entende não haver qualquer direito a dinâmicas "justas" na distribuição da percepção social das pessoas. O equívoco de Baker reside no seu conceito também equivocado de igualdade. E o equívoco do conceito de igualdade de Baker pode ser traçado, em última instância, ao seu posicionamento meta-teórico, ou seja, ao que ele toma como critérios de avaliação da verdade de uma teoria política.

O que eu tentei oferecer até o momento nesse capítulo foi uma explicação de porque o discurso no primeiro exemplo deve ser proibido, enquanto aquele do segundo exemplo deve ser protegido, incorporando a afirmação de existência de um direito à reputação. O que se seguirá é uma crítica a Baker por não levar o direito à reputação à sério. Isso envolverá uma crítica a uma série de aspectos da teoria política de Baker. Até o momento, Baker e Dworkin vinham de mãos dadas na proteção de discursos de ódio. A partir daqui, segundo a leitura que faço dos autores, eles se separam em vários aspectos importantes da fundamentação que oferecem a essa proteção.

*5.1 Entrelaçando a igualdade com a autonomia (ou independência ética) em Dworkin e Baker*

Dworkin entende a sua teoria da justiça como um sistema de valores cujo sentido é construído a partir daquilo que nos informa também os demais valores. A imagem de uma esfera, na qual cada um dos pontos necessita dos demais para manter a forma da esfera, ajuda a compreender o projeto teórico de Dworkin. O seu conceito de dignidade, constituído por duas ideias centrais, exerce, ao menos no livro *Justice for Hedgehogs*, um papel central na construção dos demais princípios morais e políticos[201]. Quero chamar atenção para a natureza da argumentação de Dworkin quando busca construir o sentido de cada um dos princípios da dignidade. Quanto ao valor objetivo da nossa vida, ele nos exorta a explicar o sentido de algumas atitudes nossas em relação ao desenrolar de nossa história, bem como o sentido das sensações de orgulho, fracasso, remorso e tristeza em relação aos acontecimentos que marcam nossa trajetória. O movimento do texto é como o de uma conversa: o autor propõe que a melhor maneira de compreender o que se passa conosco quando possuímos essas reações é assumindo que a nossa vida possui importância e que possuímos um dever de reagir a essa importância por meio do nosso esforço para viver bem, bem como por meio do reconhecimento dos fracassos e das dores que advém das frustrações dos esforços. Dworkin escreve para expor aquilo que, para ele, é a melhor explicação das nossas atitudes mais importantes em relação à nossa existência. Ele não pretende provar para nós "por A mais B" que esse é o caso. Ele não deduz as suas conclusões por meio de qualquer logicismo. O que ele faz é construir a sua tese, com argumentos, com mais linguagem, porque para ele é disso que se constitui o campo da moral.

O reconhecimento do valor objetivo da vida de cada uma das demais pessoas é uma conclusão do mesmo exercício argumentativo. Dworkin afirma que, uma vez que reconhecemos a importância objetiva de nossa própria vida, devemos também reconhecer essa mesma importância na vida dos demais porque não podemos identificar qualquer razão moral para distinguir a nossa da vida de outras pessoas. Uma implicação importante

[201] É interessante notar que no livro *Sovereign Virtue* é a ideia de igualdade que exerce esse papel central na construção do sentido dos demais valores políticos e também no esforço de elaboração de uma concepção da boa vida. Isso nos mostra que a elaboração de uma teoria que se pretende unitária pode partir das intuições que possuímos acerca de diversos valores. A comparação dos dois livros escritos por Dworkin nos mostra como é possível iniciar a reflexão a partir da moralidade política, chegando a questionamentos acerca da ética individual, ou vice-versa.

e de fácil apreensão desse reconhecimento é o de que se a vida das demais pessoas é também objetivamente importante, e se o segundo princípio da dignidade afirma que a importância de uma vida depende de um exercício ético independente e individual, então devemos respeitar a liberdade das demais pessoas para a determinação e exercício dessas escolhas. A universalização da importância objetiva da vida nos leva à defesa de uma esfera importante de liberdade individual para todos. Essa é a dimensão do respeito que o Estado deve manter em relação à vida de toda pessoa, se é que a estrutura política não pretende condicionar a sua existência à violação sistemática da dignidade das pessoas humanas às quais deveria servir.

Dworkin insiste, no entanto, que a legitimidade de uma comunidade política exige do Estado não apenas igual respeito, mas também igual consideração pelo destino de todos a ele subordinados. A dimensão da igual consideração se traduz na defesa de uma moralidade distributiva. Ela insiste que os recursos e oportunidades disponíveis devem ser distribuídos de forma sensível ao esforço e insensível à dotação de cada indivíduo. Isso significa que, idealmente, Dworkin entende que a métrica justa ideal para comparação entre os valores dos bens que as pessoas possuem é a igualdade entre os custos de oportunidade de cada pacote de bem possuído por uma pessoa para todas as demais. Em síntese, Dworkin entende que aquilo que permite dizer que há igualdade na distribuição de recursos entre as pessoas é o fato de que nenhuma pessoa trocaria o seu pacote pelo pacote de nenhuma outra[202]. Isso se traduziria em um sistema capitalista de trocas.

Ainda, Dworkin entende ser necessário que a comunidade política providencie uma rede de segurança para resguardar as pessoas dos seus insucessos econômicos provocados por razões moralmente arbitrárias, tais como capacidade diminuída de empreendimento ou produção econômica, ou ainda má sorte. Isso se traduziria em um sistema de serviços públicos e seguridade social.

Esse constitui um ponto extremamente importante de divergência entre Baker e Dworkin. Baker nega que o valor político da igualdade exija do Estado a manutenção de

[202] É importante notar que essa concepção de igualdade distributiva é diferente de uma concepção superficial de igualdade que entende igualitária a distribuição segundo a qual todos possuem a mesma quantidade de recursos. Isso por, ao menos, duas razões: não faz sentido que obriguemos as pessoas a terem, cada uma, um pacote de feijão e dois de arroz, quando uma delas odeia feijão e a outra odeia arroz. A igualdade requer que aquela que odeia o arroz possa trocar os dois pacotes de arroz por um de feijão, ainda que acabe, no resultado final, com uma quantidade menor de comida do que a segunda pessoa. O uso otimizado e igualitário dos recursos requer que a distribuição dos recursos disponíveis reflita a preferência relativa das pessoas por um ou outro recurso. Em segundo lugar, Dworkin afirma que não é igualitário que as pessoas tenham os mesmos recursos quando algumas preferem usar seu tempo e sua energia para produzir mais recursos ou economizar enquanto outras escolhem não produzir e gastar. Conferir capítulo 2 do livro *Sovereign Virtue* no qual Dworkin desenvolve a sua teoria da igualdade de recursos.

uma lógica distributiva neutra em relação aos gostos, preferências ou convicções éticas e morais das pessoas. E isso porque, para Baker, não há nada acerca da autonomia das pessoas que possa fundamentar o princípio político segundo o qual o Estado, enquanto coletividade de pessoas, possui a obrigação não apenas de respeitar uma esfera individual de autodeterminação (bem como as condições materiais mínimas para a condução de uma vida autônoma), mas também o dever de tratar o destino de cada pessoa com igual consideração.

Para entender a posição de Baker, é preciso percorrer o que ele entende por exigência ética e moral de autonomia. Um bom caminho para compreender seus os bakerianos é pela reconstrução da crítica que faz à tese da igualdade distributiva de Dworkin. Mais especificamente, Baker nega a conexão que Dworkin identifica entre as exigências da dignidade e o dever do Estado de tratar a todos não apenas com igual respeito, mas também com igual consideração.

Baker afirma que do fato de que as pessoas possuem igual importância objetiva não é possível fundamentar um dever das pessoas de demonstrarem, enquanto coletividade, igual consideração pelo futuro de todas as demais. Ele afirma que parece haver uma incongruência no tratamento que Dworkin confere à moralidade política quando comparada ao tratamento que o próprio Dworkin dá à moralidade individual. Baker corretamente insiste que, no campo da moralidade individual, Dworkin afirma que a igualdade do valor objetivo da vida de todas as pessoas coloca a exigência para cada uma delas de não provocar danos deliberados às demais. Esse é um dever de abstenção, de respeito pelo espaço de autonomia das demais pessoas em função do dever de reconhecimento do valor objetivo da vida de cada uma delas. No entanto, Dworkin é explícito em afirmar que, enquanto possuímos um dever geral de não causar dano, não possuímos o mesmo dever geral de ajuda. Isso porque o segundo princípio da dignidade, aquele que afirma que possuímos especial responsabilidade pela condução independente de nossa vida, seria de impossível realização se tivéssemos que dedicar à vida das demais pessoas as mesmas energias que dedicamos à nossa própria vida. O princípio do autorrespeito, no caso, aquele que se sustenta apenas se estendermos o valor objetivo que reconhecemos para a nossa vida à vida das demais pessoas, conflitaria com o segundo princípio da dignidade se aquilo que exigiria o primeiro fosse que não fizéssemos distinção entre nossos projetos, objetivos e valores e aqueles das demais pessoas. É por isso que, segundo Baker, Dworkin corretamente defende, no campo da moralidade individual, o comportamento que prioriza os objetivos, valores e projetos pessoais, afirmando um dever

de ajuda ao próximo apenas quando os benefícios da ajuda forem suficientemente significativos, claros e presentes e o custo da ajuda for negligenciável para aquele que oferece a ajuda (BAKER, 2010, p. 769).

A pergunta que Baker então levanta é a seguinte:

> A pergunta óbvia é: por que esses argumentos para limitar o papel da consideração não se transferem mais completamente para a esfera política? Por que o domínio político não é outro locus no qual cada pessoa, agora como um cidadão, pode adequadamente perseguir os seus fins contanto que ela não objetive prejudicar outra pessoa e contanto que ela privilegie a ajuda quando o sacrifício dos seus outros fins não for tão grande e quando os benefícios da ajuda são claros, presentes e significativos - tal como o resgate de um mineiro preso no subsolo? (BAKER, 2010, p. 769)

> Logicamente "igual importância", no entanto, não necessariamente requer ou se traduz em igual consideração - ela não o faz no caso da moralidade [individual]. Assim, apenas algum argumento adicional poderia mostrar que importância objetiva igual leva a uma exigência de que a política estatal deve mostrar igual consideração. (BAKER, 2010, p. 771).

Baker passa então a mostrar que a melhor interpretação da autonomia, assim como do valor da democracia, aponta para o fato de que a igualdade, ao final, não exige do Estado que trate aqueles a ele subordinados com igual consideração.

Quanto à melhor interpretação da prática democrática, Baker procura contrapor a sua concepção, que ele chama de "democracia da escolha" ("*choice democracy*"), ou modelo da "parceria verdadeira", com a de Dworkin, que ele denomina "democracia epistêmica" ("*epistemic democracy*"), ou modelo da "companhia de capital social" ("*joint-stock company*") (BAKER, 2010, p. 787).

Para Baker, o modelo da "democracia da escolha", ou "parceria verdadeira", é um no qual as pessoas levam para a esfera pública todos os seus compromissos éticos e morais. Nesse modelo, cabe à coletividade das pessoas decidir o caráter, as prioridades, e os valores que serão privilegiados pela comunidade, e nesse sentido, direcionar os recursos coletivos para a realização das atividades e priorização do modo de vida que a coletividade conclui serem os mais valiosos. As pessoas, portanto, agem com máxima integridade tanto na sua vida privada, quanto na esfera pública, pois buscam conduzir a coletividade de acordo com as suas convicções mais firmes acerca do que faz uma vida valiosa, do que deve ser priorizado na existência humana, e de qual o melhor destino para os recursos públicos. Para Baker, o mandato de um regime democrático não precisa excluir a eleição

de modos de vida específicos para que seja legítimo. A legitimidade exige que cada pessoa, e que o Estado enquanto incorporação da coletividade das pessoas, respeite as demais nas suas escolhas privadas, e dê a cada pessoa a oportunidade de participação na determinação das decisões coletivas. Mas não precisa abordar com a mesma consideração a vida de cada pessoa, no sentido de garantir a ela igualdade de recursos para buscar a realização dos seus próprios fins. O Estado, sendo o resultado da interação das pessoas no exercício da sua capacidade política, e pressupondo que as pessoas, quando agem politicamente, não se divorciam de seus compromissos valorativos mais importantes, é legítimo justamente quando realiza, no manejo dos recursos públicos, os valores prioritários definidos pela dinâmica pública majoritária, após interação livre entre todos aqueles sujeitos às decisões coletivas.

> (...) em uma perspectiva cotidiana, com certeza a democracia concerne também a tomada de decisões acerca de que tipo de comunidade "nós" queremos, nesse sentido duplicando no nível coletivo o papel dos indivíduos que fazem escolhas em suas vidas individuais. (BAKER, 2010, p. 788).

> Na democracia da escolha, (...), uma razão importante para valorizar as liberdades políticas é a de ser capaz de se engajar na autodeterminação coletiva - de se basear em concepções do bem ao escolher entre tipos múltiplos de sociedade "justa". (BAKER, 2008, p. 215).

Esse modelo de democracia se distingue do modelo dworkiniano o qual, conforme interpretação correta de Baker, formula a democracia como o mecanismo que possui como seu objetivo último chegar "às regras que melhor alcançam os resultados exigidos pela legitimidade" (BAKER, 2010, p. 787). E como, para Dworkin, a igualdade, por um lado, exige igualdade na distribuição de recursos, e a parceria política legítima, por outro, não pode ter como um de seus propósitos favorecer uma concepção da boa vida sobre as demais, a democracia deverá promover processos decisórios que apresentam as melhores chances de formulação e aplicação das exigências da igualdade e da melhor concepção de parceria política. Isso significará, muitas vezes, deferir as escolhas políticas acerca da distribuição de liberdades e recursos não à maioria, mas a especialistas, tal como é o caso da alocação de poder para órgãos judiciais (BAKER, 2010, p. 773, 787). Em texto criticando a concepção de democracia de Rawls, a qual Baker considera também epistêmica, ele traça uma diferenciação sucinta e precisa entre os dois modelos:

> Na democracia epistêmica, a única função dos tomadores de decisão é fazer juízos acerca, e depois executar as exigências, da justiça. Na democracia da escolha, essa tarefa epistêmica existe - um governo justo deve providenciar e operar dentro dos constrangimentos da justiça - mas além disso as maiorias democráticas possuem autoridade para fazer muitas outras escolhas sociais dentro desses limites. Especificamente, segundo essa visão, princípios universais ou morais não são os únicos determinantes do conteúdo adequado da lei ou da política. (BAKER, 2008, p. 206).

Isso poderia significar, em última instância, que aquilo que Baker compreende por igualdade se restringe a uma dimensão formal? Baker estaria dizendo que a única coisa que a igualdade resguarda é a igualdade de cada indivíduo na livre determinação dos seus assuntos privados, bem como igualdade de participação nos processos decisórios coletivos, sem, no entanto, qualquer garantia de acesso a qualquer parcela dos recursos para tornar viável sua pretensão, mínima que seja, de condução de uma vida real com autonomia? Não. Baker é explícito em afirmar que uma coletividade viola o reconhecimento do valor objetivo da vida de alguns de seus cidadãos se não garante a eles acesso a um mínimo de recursos que torne possível imaginar a condução de uma vida real na comunidade específica (BAKER, 2010, p. 772). No entanto, esse mínimo será determinado pela maioria, de acordo com a sua visão sobre o conjunto de recursos que perfaz o necessário para a condução de uma vida autônoma[203]. Em última instância, Baker defere à maioria e à sua contingência histórica a métrica moral para determinação daquilo a que toda e qualquer pessoa faz jus na comunidade política. Ainda, esse mínimo será muito provavelmente distinto e menor do que a parcela que caberia a cada um no modelo distributivo dworkiniano informado pela igualdade de consideração[204]. O que é possível dizer acerca dos aspectos da teoria da igualdade de Baker e da relação que ele traça entre igualdade e autonomia, apresentados até o momento?

---

[203] "Uma outra característica da garantia das justas necessidades (*just wants*) merece atenção. O seu conteúdo se relaciona à autoconcepção de uma sociedade e, nesse sentido, pode ser ele mesmo parcialmente sujeito a conflitos políticos." (BAKER, 2008, p. 229).

[204] "Dado o pluralismo (razoável), essa concepção da política inevitavelmente significa que haverá alguns perdedores. Mas nada na existência de perdedores (...) nega aos perdedores a igualdade de respeito, ou de valor, ou de status, mesmo se a escolha democrática leva a resultados inconsistentes com a maior parte das interpretações distributivas, e certamente aquela de Dworkin, da igualdade de consideração" (BAKER, 2010, p. 773).

*5.2 Duas críticas sucintas*

Várias críticas poderiam ser feitas à interpretação de Baker da teoria da justiça de Dworkin. Mas esse não é um trabalho de exegese ou comparação exaustiva do debate entre os autores. Vou focar em objeções que poderiam ser colocadas à coerência interna de alguns elementos da teoria bakeriana tal como até o momento apresentada. O objetivo é também o de construir uma ponte para o que entendo como o argumento mais básico, de natureza meta-teórica, pelo qual Baker justifica a forma da sua "esfera" da justiça em comparação com a forma da "esfera" dworkiniana.

Em primeiro lugar, parece-me que a teoria da justiça de Baker, ao deferir, em última instância, à maioria a definição do mínimo necessário de recursos para condução de vida autônoma não poderia exigir dessa mesma maioria que de fato possua a convicção de que é necessário garantir a cada pessoa esse mínimo. Se a igualdade requer apenas o respeito pela liberdade de cada um de definir para si aquilo que é importante, e se esse respeito não garante a ninguém qualquer reivindicação sobre os recursos sociais disponíveis, Baker não oferece qualquer razão para que a maioria chegue à conclusão de que é uma exigência do respeito garantir um mínimo necessário para cada pessoa quando essa pessoa divergir da maioria a respeito do que torna uma vida boa. A possibilidade de que a maioria não chegue à conclusão acerca desse mínimo não precisa decorrer da negação da igualdade daqueles que dela discordam. A maioria poderia concluir que, infelizmente, os recursos sociais disponíveis são extremamente menores do que a quantidade necessária para a consecução minimamente adequada dos fins que a maioria entende prioritários. Qualquer desvio dos recursos disponíveis para garantir um mínimo de recursos para os dissidentes significaria um prejuízo inconcebível para a realização do projeto da maioria. Ademais, a própria ideia de um conjunto mínimo de recursos para condução de uma vida autônoma poderia não fazer qualquer sentido para a maioria, já que, para ela, uma vida razoavelmente valiosa poderia exigir muito mais do que aquilo que a comunidade política possui. Ou, ainda, a maioria poderia chegar à conclusão de que uma vida sem o mínimo de endosso dos valores da maioria não possui qualquer sentido. Consequentemente, não faria sentido, para essa maioria, pensar em um conjunto mínimo de recursos para condução de uma vida autônoma se a métrica desse mínimo exige conceber a possibilidade de uma vida valiosa sem o endosso dos valores da maioria.

Sendo assim, apesar de a maioria ter a obrigação de respeitar a liberdade de cada pessoa para determinar para si aquilo que é valioso, não há nada na necessidade de respeito da autonomia compreendida dessa forma que possa justificar um acesso a um conjunto mínimo de recursos, principalmente se o que define e justifica esse mínimo é a convicção contingente da maioria acerca da possibilidade e das exigências materiais de uma vida minimamente autônoma.

Em segundo lugar, poderíamos radicalizar a crítica que Baker faz a Dworkin contra o próprio Baker. O que quero dizer é que se Baker afirma que da igualdade do valor objetivo entre as pessoas não é possível depreender qualquer dever de que cada pessoa leve a vida das demais com igual consideração, também não é possível, pelo reconhecimento dessa igualdade, depreender, por necessidade, qualquer dever de respeito à vida das demais pessoas no sentido bakeriano, ou seja, enquanto dever de não interferência na liberdade das demais pessoas de determinar as suas convicções e os aspectos de sua vida privada. Dworkin oferece uma série de exemplos, incluindo exemplos religiosos, em que extermínios de grupos inteiros, ou perseguição e controle das práticas privadas das pessoas, foram justificados pelo respeito ao valor objetivo dessas mesmas pessoas (ou de suas almas). Se Baker afirma que não podemos deduzir do reconhecimento da igualdade de valor entre as pessoas qualquer direito a uma igualdade distributiva, também não podemos deduzir um direito a uma igual liberdade de autodeterminação.

Não creio que Baker reconheça a plausibilidade da primeira crítica, muito menos que ofereça uma resposta adequada a ela. No entanto, Baker procura oferecer uma fundamentação para o vínculo entre a igualdade de valor da vida de cada pessoa e a exigência de respeito da autonomia. Ele entende que a fundamentação que ele oferece é melhor e de natureza distinta daquela que Dworkin oferece para a sua defesa da independência ética: enquanto, na leitura de Baker, Dworkin busca fundamentar tanto a igualdade de valor objetivo da vida das pessoas quanto a exigência de respeito à independência ética em convicções, Baker procura fundamentar esses mesmos valores no que entende por práticas sociais universais.

*5.3 A ação comunicativa enquanto fundamento da teoria moral e política de Baker*

A diferença que Baker pretende consolidar entre a sua abordagem e aquela de Dworkin pode parecer pouca, dado fato de que, ao menos no campo de suas teorias da liberdade de expressão, a maior parte de suas conclusões são as mesmas. No entanto, a diferença é de extrema relevância, pois em última instância Baker defende que um dos elementos centrais da concepção dworkiniana acerca do que é fazer teoria política, qual seja, o tipo de argumento que pode em última análise justificar a própria teorização política, é equivocado.

Baker afirma que a matéria a partir da qual Dworkin constrói a sua teoria ética, moral e política são as convicções. Ele reivindica, no entanto, que as convicções não são lastros suficientemente confiáveis por padecerem de subjetividade.

> Dworkin constantemente se refere a fatores, tais como convicção e "reflexão continuada", os quais intrinsecamente envolvem apenas a consciência individual, certamente a localização aparente das convicções. Essa ênfase encoraja a visão que ele mais almeja rejeitar: que o conteúdo do que consideramos "verdade" - ainda que o nosso próprio entendimento deva tratar essa verdade como objetivamente existindo - é subjetivo. (...). Mais interessante é considerar se há alternativas a essas perspectivas individualistas. (BAKER, 2010, p. 813, citações internas omitidas)

O problema de recorrer às "nossas" convicções, na visão de Baker, parece ser o de que nem "todos entre nós" compartilham das convicções que Dworkin aponta como fundamento de suas elaborações teóricas. Sobre o movimento dworkiniano, que parte do fato de que cada pessoa valoriza a sua vida, e chega à conclusão do valor objetivo de todas as vidas humanas, Baker entende que

> Um problema, no entanto, com o movimento para fora a partir do singular é que historicamente, muitos dos que valorizaram as suas próprias vidas, que até mesmo trataram as suas vidas como objetivamente importante - incluindo muitos racistas, pessoas religiosas modernas que acreditam em um grupo eleito, grupos tribais, barões industriais, ou membros de sociedades baseadas em clãs - não subscreveram ao primeiro princípio [da dignidade] tal como formulado. A sua visão deve ser denominada "princípio aristocrático", o qual o "princípio da igualdade" moderno nega. Certamente, algum exame para além das convicções relatadas, acerca do fundamento do princípio da igualdade, é merecido. (BAKER, 2010, p. 793).

Baker irá negar (BAKER, 2010, p. 271), explicitamente, o princípio de Hume segundo o qual nenhum "dever ser" pode ser deduzido de um "ser", princípio esse que Dworkin expressamente endossa (DWORKIN, 2011, p. 44-46). A pretensão de Baker é oferecer um fundamento mais sólido, mais confiável, e supostamente não refutável, tanto para a tese moral de que a vida de cada pessoa possui o mesmo valor igualitário, quanto para a outra tese moral de que esse valor igualitário implica em uma exigência de respeito pela autonomia de cada pessoa. De forma não surpreendente, Baker vai em busca de irrefutabilidade e universalidade no domínio dos fatos, no caso, no domínio do que chama de "práticas sociais inevitáveis". A longa citação explicita o projeto de Baker

> Com o problema acima como pano de fundo, considere uma conexão alternativa possível entre o valor de si e aquele dos demais. A alternativa tenta adicionar um fundamento material ou fático a diversas convicções. Ela busca esse fundamento em compromisso(s) inescapável(eis) implícito(s) em, ou pressuposto(s) por práticas sociais inevitáveis. "Social" envolve a qualidade da prática centrada em relações entre indivíduos, que é a preocupação central da moralidade. "Prática" relaciona o argumento não apenas a um domínio mental subjetivo mas ao mundo social material conjuntamente constituído. Se uma prática é realmente "inevitável", os compromissos nela implícitos em algum sentido escapariam variação histórica, locacional ou individual. A prática social que irei examinar mais abaixo é a "ação comunicativa" - atos discursivos orientados ao acordo, os quais objetivam fazer com que nada além do que as melhores razões prevaleçam, e nos quais cada um possui igualmente a autoridade para propor e para dizer "sim" ou "não" para alternativas propostas (BAKER, 2010, p. 797).

No texto em que faz uma crítica elaborada do livro *Justice for Hedgehogs*, Baker não realiza grandes esforços para apontar as razões pelas quais qualifica a ação comunicativa como "inevitável". Ele apenas afirma que "a prática de se engajar em ação comunicativa, pela qual o acordo com o outro é almejado (...), pode ser uma das práticas sociais, ou talvez a única prática social, inescapável para pessoas tal como nós somos (apesar de que poderíamos ser diferentes)" (BAKER, 2010, p. 815). As práticas sociais, segundo a leitura que Baker faz de Wittgenstein, são uma forma de agir ou uma forma de viver, que fazem a fusão entre o "ser" e o "dever ser", pois se por um lado elas são feitas de ações humanas regulares no mundo, por outro elas são a própria realização de um juízo coletivo a respeito do valor de tais ações. Para Baker, a fundamentação da moral em uma prática social possui duas vantagens de objetividade em relação à metodologia dworkiniana baseada em convicções. Em primeiro lugar, oferece os compromissos implícitos na prática social como realidades a partir da qual construir uma teoria moral, em

contraste com as convicções as quais considera como um tipo de "fato" mental subjetivo. Em segundo lugar, as práticas sociais oferecem elementos intersubjetivos como fundamento da teorização moral, em contraste com as convicções enquanto produto da reflexão individual de cada pessoa (BAKER, 2010, p. 813-814)[205].

Em textos anteriores, no entanto, apesar de não explorar em maior profundidade a razão pela qual devemos tomar a ação comunicativa como prática moral inescapável, Baker enfatiza alguns aspectos da ação comunicativa que a tornariam atraentes como ponto de partida da teoria moral. Contrastando a sua abordagem com aquela de Kant (de cuja tradição Baker compreende participarem tanto Rawls quanto Dworkin), ao invés de buscar os fundamentos da teoria moral nas capacidades morais ou no valor individual e destacado de cada vida humana, Baker propõe uma abordagem da moralidade que a toma como "'irredutivelmente 'relacional' - relacional entre pessoas que são necessariamente elas mesmas agentes, talvez agentes iguais - mas [que] enxerga a moralidade emergindo apenas de, e apenas por causa de, uma relação" (BAKER, 2004b, p. 533).

Baker afirma que a moralidade é por excelência uma reflexão acerca daquilo que devemos e podemos exigir dos outros. Por ser disso que trata, Baker conclui que devemos

[205] Entendo que Baker realiza uma leitura totalmente equivocada a respeito do que Dworkin entende por convicções a partir das quais teorizamos moralmente. Penso que, assim como Baker, Dworkin parte de uma leitura Wittgensteiniana do uso da linguagem para teorização acerca do sentido dos conceitos. Assim como Baker, Dworkin entende que o sentido de um conceito depende da forma do seu uso em diversas práticas sociais. O sentido, portanto, é por excelência compartilhado e lastreado no seu uso social intersubjetivo. Baker deixa de perceber, a meu ver, que toda vez que Dworkin se refere a nossas convicções para argumentar em defesa de alguma tese moral, o que ele faz é se referir à maneira como compartilhamos socialmente certas formas de reagir no mundo, e certos juízos que fazemos a respeito das nossas ações e das ações de terceiros. Convicções, para Dworkin, são, portanto, elaborações do sentido das ações que compartilhamos, ou seja, são elaborações do sentido de práticas sociais. Mais abaixo, no entanto, explorarei como o recurso de Baker a Wittgenstein e a sua insistência nas práticas sociais não são suficientes para oposição ao princípio de Hume. Isso porque o sentido moral das ações humanas regulares no mundo, ações essas que são parte daquilo de que se constituem as práticas sociais morais, é contestado. Uma das grandes contribuições de Dworkin para o debate meta-teórico na filosofia da moral e do direito foi notar como a controvérsia é um elemento central das práticas sociais morais, e como o sentido do que consideramos como práticas sociais morais não pode ser claramente detectado, identificado ou formulado a partir da mera observação dessas práticas. A existência da prática não esgota o trabalho de formulação do seu sentido. Entendo que o conteúdo dessa formulação é aquilo que Dworkin chama de convicção. Já o trabalho de formulação é o que Dworkin chama de interpretação. (Conferir MACEDO JÚNIOR, 2013a e 2013b, em que o autor foca na contribuição de Dworkin de explicitar a controvérsia como aspecto crucial das práticas morais e jurídicas. Ronaldo Porto Macedo Júnior defende a correção da abordagem interpretativa de Dworkin para a teorização acerca do direito, uma vez que o direito se revela como uma prática argumentativa de caráter moral). Mais abaixo, tentarei mostrar que não há nada na prática da ação comunicativa que a revele como única prática empiricamente necessária para tratamento de conflitos morais, ou como prática universalmente inclusiva, ou ainda, não há nada em seus pressupostos implícitos que requeira compreender o respeito como uma exigência de proteção de um domínio privado de autonomia. Em síntese, a pretensão de Baker de eleger a ação comunicativa como base da sua teorização moral precisa ser argumentada enquanto convicção, no sentido dworkiniano. Assim como os princípios da dignidade de Dworkin, e suas implicações morais, precisam ser defendidos com base em elaborações de sentido controversas das práticas sociais a que se referem. Não me estenderei, no entanto, na discussão acerca da interpretação feita por Baker acerca do conceito de convicção no trabalho de Dworkin.

pensar as exigências da moral a partir daquilo que é inescapável nas nossas práticas de interação com os outros. Ele afirma (sem maiores justificações) que a ação comunicativa é a prática social moral por excelência.

> A fonte, fundamento, justificação e motivação da moralidade advêm de práticas relacionais das quais não podemos abrir mão e ainda sim sermos o tipo de seres que somos e com os quais somos comprometidos. Mais especificamente, (...), os pressupostos normativos relacionais da, ou compromissos implícitos na, ação comunicativa são fundantes para a moralidade. O argumento se baseia na suposição de que a ação comunicativa, a qual é ela mesma centralmente envolvida em nossos esforços normativos, e os compromissos que ela implica são suficientemente básicos para a nossa identidade que não poderíamos abrir mão deles e ainda sermos o tipo de seres que somos e que queremos ser. (BAKER, 2004b, p. 533).

E afirma ainda que, para seres tais como os seres que somos, a ação comunicativa é uma prática não apenas inescapável para as pessoas, como também uma "que elas [as pessoas] não desejam viver sem" (BAKER, 2008, p. 234).

O que é a ação comunicativa e quais são os seus pressupostos ou compromissos implícitos e inafastáveis que oferecem o fundamento para a teoria moral? Baker acompanha Habbermas no conceito de ação comunicativa[206] e brevemente a define da seguinte forma:

> O objetivo intrínseco da ação comunicativa (...) é o acordo não coercitivo. O falante objetiva obter o assentimento do ouvinte, supostamente com fundamento em boas razões ou bons argumentos, enquanto o poder de ação (*agency*) do ouvinte significa que ele sempre pode dar um 'sim' ou um 'não' como resposta às reivindicações do falante. E, claro, o ouvinte também desempenha o papel do falante e vice-versa no discurso moral. (BAKER, 2004b, p. 533).

A princípio, poderíamos pensar que Baker irá localizar no acordo o conteúdo da regra moral. No entanto, Baker entende que o acordo é implausível tanto empírica, quanto hipoteticamente (BAKER, 2004b, p. 534), já que mesmo no nível da construção teórica ele entende ser normativamente adequado esperar que os indivíduos trarão as suas convicções

[206] No entanto, a teoria da justiça resultante de Baker é bastante diferente, com um volume de implicações substantivas muito maior, do que a de Habbermas. Possivelmente isso se dá pelo fato de Habbermas entender que as regras morais são aquelas resultantes de um acordo alcançado por meio de um diálogo que respeita certas condições, enquanto Baker dispensa o acordo, empírico ou hipotético-teórico, enquanto condição da moralidade. Isso porque Baker entende que o diálogo não deve ser livre de razões éticas retiradas de diferentes concepções do bem humano ou da boa vida, acerca das quais há grande discordância. Não aprofundarei nesse trabalho a diferença entre eles.

a respeito da boa vida ou do bem humano para o debate acerca das regras morais. Sendo assim, para Baker, a ação comunicativa parece se caracterizar menos pelo sucesso na obtenção do acordo, e mais pelo tipo de engajamento e pelos pressupostos implícitos nesse engajamento que visa o acordo. E sendo a ação comunicativa aquela que por excelência constitui a moralidade, os seus pressupostos estruturais, ou compromissos inafastáveis, equivaleriam aos fundamentos dos princípios morais estruturais da teoria política de Baker: o princípio da igualdade e aquele da autonomia.

A primeira característica da prática da ação comunicativa é a de que ela visa o *acordo não coercitivo*. O fato de que ela visa o acordo implicaria que os participantes, ao se engajarem na prática, assumem o compromisso da *igualdade* dos demais participantes. O acordo significa o endosso de cada um dos participantes, o que pressupõe que o status de cada participante importa. Pressupõe também que nenhum participante pode submeter outro a uma conclusão, sob pena de descaracterização da prática como uma que visa o acordo não coercitivo. Em segundo lugar, uma prática que *visa* o acordo, pressupõe a possibilidade de não-acordo, o que significa que cada participante pode dizer sim ou não àquilo que é proposto pelos demais. O compromisso implícito nessa possibilidade, de relevância normativa segundo Baker, é o da *autonomia* de cada participante. A união dos dois princípios leva à conclusão de que, segundo Baker, aquilo que funda, porque pressuposto pela prática da ação comunicativa, a moralidade, é o respeito devido por cada participante à autonomia igualitária de cada um dos demais. Autonomia essa tanto de dizer sim ou não à proposta dos demais, quanto de fazer propostas próprias para a devida apreciação dos demais, informadas pela pretensão de acordo e pelo respeito da capacidade do outro de dizer sim ou não (BAKER, 2010, p. 816; 2004b, p. 533).

Com essa breve apresentação da ação comunicativa enquanto fundamento da teoria moral de Baker, posso rastrear uma resposta de Baker à segunda crítica preliminar que a ele dirigi. A igualdade entre as pessoas, para Baker, pode ser concluída de uma prática social que pressupõe também a autonomia. Daí Baker entende ser capaz de fundamentar toda a sua teoria da liberdade, o que inclui a liberdade de expressão. Essa seria uma liberdade central na prática moral porque é pela faculdade de se exprimir que as pessoas elaboram seus valores, sua orientação no mundo, e contribuem para a criação de novos universos de sentido compartilhado. Por outro lado, segundo Baker, a ação comunicativa não oferece nada para concluir que a moralidade exige não apenas igualdade de respeito, mas também, na linguagem de Dworkin, igualdade de consideração. A ação comunicativa não sugere que, ao apresentarmos nossos argumentos a respeito do que

devemos uns aos outros individualmente, ou enquanto partícipes de uma comunidade política, devemos restringir as nossas propostas pela preocupação igualitária com o destino de cada interlocutor. Não há nada na ação comunicativa que nos exija considerar o interesse do interlocutor de promover os seus valores em sua vida, valores dos quais eu, você e as demais pessoas podemos discordar com veemência. Pelo contrário: a ação comunicativa é, para Baker, uma prática na qual nos investimos por inteiro, trazendo para o debate os melhores argumentos que podemos formular em defesa das nossas concepções de mundo, da boa vida e do bem humano, sem qualquer dever de deferência à preocupação dos outros em promover os seus próprios valores. O objetivo de cada pessoa na ação comunicativa é persuadir os demais da força e plausibilidade dos seus próprios argumentos. O seu compromisso moral é o de agir de acordo com as suas convicções últimas, apresentando argumentos que genuinamente crê podem ser endossados pelos demais participantes. Cada pessoa, no entanto, sabe que as demais pessoas podem não se persuadir ao final do debate, bem como sabe que pode sair perdedora na empreitada. O fato de haver perdedores, no entanto, não acarreta em violação do status igualitário de ninguém, desde que as condições igualitárias do debate tenham sido respeitadas. Ou seja, que a todos tenha sido dada oportunidade de participação, que a todos tenha sido dada a oportunidade de divergência e iniciativa argumentativa, que todos tenham se engajado no debate de boa fé, com abertura genuína para a apreciação das propostas e respectivos argumentos de fundamentação dos demais participantes.

É possível traçar brevemente as conclusões de Baker sobre o sentido dos valores políticos da liberdade, da democracia, e da igualdade, partindo da ação comunicativa como base da moralidade. Quanto à liberdade, o fato de que a ação comunicativa pressupõe uma igualdade na autonomia, a moralidade deve reconhecer um espaço de autonomia para cada indivíduo decidir por si mesmo a melhor concepção do bem humano, do sentido da vida, e da melhor direção que uma comunidade política deve seguir. A teoria política, assim, exige que, no domínio da sua vida privada, o indivíduo possa viver de acordo com essas convicções sem interferência dos demais indivíduos.

Quanto à democracia, a ação comunicativa exige que seja garantida igualdade política entre os participantes. A estrutura institucional estatal deve proteger o direito de toda pessoa de participar do debate coletivo, de expressar a sua rejeição das propostas alheias, e de propor, com fundamentação, as suas próprias propostas a respeito do destino da comunidade política. Ainda, assumindo que as pessoas levam, para a arena pública, a integralidade das suas convicções éticas e morais, apesar de a ação comunicativa visar o

acordo, ela não garante o acordo. O melhor sentido para a democracia não é, portanto, aquele que Baker atribui a Dworkin e Rawls e que chama de democracia epistêmica. A democracia é melhor compreendida, mesmo no plano teórico, como um sistema de decisão coletivo que resguarda um amplo espaço para a escolha genuína dos participantes entre possibilidades distintas e conflitantes de identidade coletiva, dos rumos a serem tomados pela comunidade e de emprego dos recursos. Ela não elimina o conflito moral no campo distributivo, nem mesmo no plano teórico, assim como defende que a legitimidade da coerção estatal sobrevive ao fato de haver perdedores na dinâmica de deliberação e decisão coletiva.

Por fim, a igualdade é compreendida, basicamente, como a igualdade de respeito das prerrogativas garantidas pela liberdade e pela democracia. Baker nega que a tônica da reflexão sobre a igualdade seja o problema distributivo. Ele entende que a garantia de acesso a um mínimo de recursos necessários para condução de uma vida autônoma é uma exigência da igualdade, mas apenas enquanto condição lógica de possibilidade material para condução de uma vida na qual as exigências da liberdade e da democracia são respeitadas. A igualdade, dessa forma, não significa igual direito de reivindicação aos recursos (seja qual for a métrica distributiva adotada), porque nada no fundamento da moralidade, nada na ação comunicativa, nos permite concluir que devemos aos demais igualdade de acesso aos recursos.

Apresentarei, no próximo tópico, críticas tanto a aspectos da meta-teoria de Baker quanto de seus conceitos dos valores políticos substantivos. Posteriormente, desenvolverei uma crítica sucinta ao posicionamento específico de Baker em relação ao direito à reputação.

### *5.4 A implausibilidade do ponto de partida e daquilo que dele segue*

São várias as críticas que poderiam ser formuladas à teoria política de Baker. Elas poderiam seguir as mesmas estratégias que Baker persegue expressamente no seu longo texto de crítica (*In Hedgehog Solidarity*, 2010) a *Justice for Hedgehogs* de Dworkin: seja questionando a plausibilidade e poder de persuasão de aspectos dos conceitos políticos substantivos de Baker, seja focando na correção dos próprios "tijolos" a partir dos quais Baker busca raciocinar moralmente. Selecionei três críticas que entendo centrais ao

trabalho de Baker, e as quais se definem da seguinte maneira:

1. A primeira crítica questiona o caráter empírico universal que Baker atribui à ação comunicativa como prática de tomada de decisão a respeito do que fazer em relação aos outros (crítica voltada à adequação dos "tijolos" a partir dos quais Baker constrói sua teoria moral).

2. A segunda crítica afirma que, ainda que Baker possa assumir a ação comunicativa como fundamento da moralidade, os pressupostos que ele destaca na ação comunicativa não permitem concluir pela proteção de uma esfera privada na qual prevalece o livre exercício da autonomia individual (crítica voltada à desconexão entre os "tijolos" de Baker e as suas conclusões substantivas, em especial, suas conclusões sobre a liberdade).

3. A terceira crítica afirma que, se Baker pretende proteger uma esfera de autonomia privada livre da ingerência da maioria, ele apenas poderá fazê-lo pressupondo um valor para a vida individual. Essa concessão não permite justificar a legitimidade da ordem política a não ser que essa ordem garanta igual acesso aos recursos e oportunidades produzidos coletivamente a cada pessoa submetida à ordem comum (crítica voltada ao conceito substantivo de democracia e de igualdade de Baker).

Elaborarei de forma sucinta cada uma delas abaixo.

1.

Como alternativa às convicções de Dworkin, as quais Baker considera frágeis por serem juízos individuais subjetivos, Baker defende que a moralidade seja construída a partir dos pressupostos ou compromissos internos à ação comunicativa. Baker toma esses pressupostos como uma espécie de "dados morais" os quais, segundo suas próprias palavras, "resistem a variação histórica, locacional ou individual". Eles assim o seriam porque implícitos à uma prática supostamente universal e inevitável para seres humanos tais como somos.

A crítica que apresento é simples e direta: não há nada na história das interações humanas que "prova" ou "demonstra" a inevitabilidade da ação comunicativa como forma humana, por excelência, de tomada de decisão acerca do que fazer em relação aos outros. Pelo contrário: a história é rica em padrões de interação baseados na força, na dominação e na imposição. As guerras são uma marca da história da humanidade, pela qual regras de interação são decididas e muitas vezes mantidas em razão do desequilíbrio de poder de

coerção entre as partes envolvidas. Nesse sentido, não há nada de inevitável na ação comunicativa. Ela é, no que diz respeito à realidade política, bastante evitável muitas vezes, e de fato o é por meio do emprego de intimidação e pelo simples fato de que pessoas, grupos e nações são desiguais em força e poder.

Ainda, mesmo que possamos considerar que a ação comunicativa é muitas vezes um meio de interação para decisão da ação coletiva, não há nada nela que requeira ou garanta inclusão universal. Mais uma vez, a história mostra que as sociedades criam espaços privilegiados de diálogo por meio da inclusão de certos grupos nos processos decisórios e exclusão de outros. A democracia entre "iguais" já coexistiu em inúmeros e variados períodos históricos, bem como em inúmeras e variadas sociedades, com a exclusão sistemática de diversos grupos: negros escravizados, ou privados de direitos políticos nos Estados Unidos e na África do Sul em pleno século XX, mulheres desprovidas de direitos civis. Isso mostra que, embora a ação comunicativa, enquanto modelo para a democracia, possa (mas não necessariamente) ser adotada como parâmetro para decisão acerca do que fazer no âmbito político, os compromissos nela pressupostos não são resistentes a variação histórica, locacional ou individual, contrariando o universalismo inevitável atribuído por Baker.

Por fim, além de dizer que a ação comunicativa é inevitável, Baker também afirma que ela é uma prática sem a qual seres do tipo que nós somos não gostariam de viver sem. Esse é um argumento que apela para um fato de outra ordem: o da universalidade da prática não pela sua inevitabilidade, mas pelo seu apelo universal à vontade das pessoas. Isso, tampouco, é verdadeiro. O que observamos, muitas das vezes, é que quando a conversa falha, aqueles que dispõem de maior poder de coerção e intimidação utilizam desse poder para "forçar" o "acordo". Isso ocorre no âmbito das relações interpessoais como também das relações políticas internas e internacionais. Para aqueles que dispõem de poder, a ação comunicativa pode ser facilmente dispensada em favor da força.

Essas críticas não afastam, necessariamente, a ação comunicativa como paradigma ou ponto de partida para a reflexão moral. O que elas apontam é que se Baker quiser assim proceder ele deverá argumentar a favor dessa reivindicação, assim como Dworkin precisa argumentar a favor do que entende como princípios da dignidade humana e da sua relação com a reflexão moral e política. Nesse sentido, tudo aquilo a que Baker pode recorrer são as convicções, as mesmas convicções a que Dworkin recorre. Nada no mundo dos fatos é capaz de eximir Baker do trabalho de argumentação, ou seja, de defesa

moral da ação comunicativa como fundamento da própria moral. Em última instância: por que devemos adotar a ação comunicativa como ponto de partida do raciocínio moral? Por que não partirmos do valor individual da vida humana e do sentido desse valor para refletir acerca do que a moralidade individual, e política, requer? A próxima crítica visa mostrar como os pressupostos da ação comunicativa, ao contrário do que pretende Baker, não providenciam qualquer razão para proteção de uma esfera privada de autonomia ou independência ética. Nesse caso, a ação comunicativa como ponto de partida se revela muito pouco atraente para fundamentar uma das convicções basilares do liberalismo, uma que tanto Baker quanto Dworkin pretendem defender: a de que os sujeitos possuem o direito de autodeterminação em relação às suas convicções identitárias e às ações e modo de vida privados, sem ingerência da maioria política.

2.

Em crítica aos fundamentos da teoria política de Rawls, Baker argumenta em favor de uma teoria que parta do caráter relacional da moral e que negue a compartimentalização das capacidades do sujeito para o pensamento normativo em duas esferas incomunicáveis, a da moral (ou do dever) e a do bem ou da boa vida (própria da condução da vida individual). A longa citação abaixo explicita com clareza como a alternativa da ação comunicativa se diferencia da compartimentalização das duas capacidades morais que Rawls identifica como pressupostos básicos para a teorização moral.

> (...) a participação na ação comunicativa é relacional. A prática localiza a igualdade não em qualquer fato natural acerca dos indivíduos em isolamento mas precisamente dentro da sua pluralidade ou vida social. O aspecto central da pessoa moral reside na sua imersão nas relações (normalmente práticas sociais), não em sua possessão individualizada de dois poderes morais. (...) embora a ação comunicativa possa ser acerca do direito, ela pode na verdade ser acerca de qualquer coisa. Isso é, o objeto da prática possui um domínio ilimitado. Um foco individualista baseado nos dois poderes morais da pessoa mais facilmente sugere dividir o seu papel em dois domínios separados. A capacidade para um senso de justiça poderia ser operativa em suporte apenas das instituições e a capacidade para uma concepção do bem, operativa nas escolhas privadas da pessoa dentro, isto é, consistentes com, um pano de fundo justo. A noção da ação comunicativa plausivelmente vê ambos os poderes morais exercidos em todos os contextos, incluindo a escolha das estruturas. (BAKER, 2008, p. 235).

Se Baker realmente entende que cada um dos poderes morais pode ser exercido em todos os contextos, então ele precisa admitir não apenas que a capacidade para uma concepção do bem atue na definição das instituições, como também que a capacidade para a moral atue na definição daquilo que as pessoas podem fazer individualmente, no âmbito da sua vida privada. Afinal, não há nada na ação comunicativa que pressuponha a autonomia do sujeito na condução dos seus assuntos privados.

A autonomia que Baker identifica na ação comunicativa é aquela de dizer sim ou não para as propostas de terceiros, bem como aquela de propor ideias e sugestões suportadas por argumentos e razões, com intuito de persuadir os demais acerca dos melhores fundamentos para a identidade e a ação coletiva. Essa autonomia opera, portanto, na relação específica do debate e dos processos decisórios coletivos. Tal como o próprio Baker aponta, a ação comunicativa é uma prática social. Ela diz respeito a uma relação, e, no caso, ele chama atenção para a relação da deliberação acerca dos rumos a dar à coletividade. Essa autonomia pressuposta na ação comunicativa voltada ao acordo é própria, portanto, do domínio da relação moral política, e não da vida privada. Ela diz respeito ao respeito que devemos uns aos outros no âmbito dos processos de decisão coletiva, ou seja, o respeito que devemos aos direitos individuais de participação autônoma e ao poder que a cada um cabe nos processos de decisão.

Isso significa que, assim como Baker afirma que nada na igualdade dos indivíduos permite derivar um dever de igual consideração pelo destino de cada pessoa, tampouco Baker pode derivar um direito de autonomia no âmbito da vida privada a partir da autonomia pressuposta na ação comunicativa. O máximo que a autonomia na ação comunicativa garante é que a igualdade política seja informada por direitos de participação autônoma, seja no debate, seja na contabilização das vontades autônomas para determinação da vontade da maioria. Mas o pressuposto da autonomia política nada nos diz a respeito de um direito à proteção de uma esfera privada na qual o sujeito pode autonomamente decidir sobre os assuntos centrais para a sua autoconcepção e sem ingerência da decisão majoritária. E se as duas capacidades normativas, segundo Baker, devem atuar em todos os contextos, o compromisso da autonomia na ação comunicativa não oferece qualquer obstáculo ao tratamento daquilo que os indivíduos podem ou não fazer no âmbito de sua vida privada pelas decisões coletivas.

Uma objeção que poderia ser feita à minha crítica seria a de que a autonomia no âmbito da vida privada é um pressuposto para participação autônoma na ação comunicativa voltada para os processos políticos. No entanto, essa objeção não se sustenta.

É perfeitamente possível preservar uma série de liberdades centrais para a participação política autônoma, tais como a liberdade de expressão, e os direitos de voto e de candidatura política, sem que isso requeira proteção de liberdade sexual, liberdade de casamento interracial, liberdade de escolha e exercício profissional, liberdade de ir e vir, liberdade de abortar, ou liberdade de consumo de substâncias nocivas, tais como álcool ou cigarros, por exemplo. É perfeitamente possível imaginar uma sociedade de estrito controle de aspectos importantes da vida privada, e ainda assim "democrática" no sentido de garantidora de direitos de participação política autônoma.

Baker, no entanto, pretende proteger cada uma dessas liberdades individuais no âmbito da vida privada enquanto direitos de autonomia, ou seja, direitos em sentido forte, os quais uma comunidade política não pode deixar de proteger sem com isso perder em legitimidade. Se os pressupostos da ação comunicativa não são suficientes para fundamentar, no sentido bakeriano, tais direitos de autonomia, Baker precisa necessariamente recorrer a uma concepção do valor de cada vida individualmente considerada capaz de impor limites ao poder de ingerência da maioria na vida privada. Isso mostra o poder de atração de uma teoria que não necessariamente compartimentaliza as duas capacidades normativas no indivíduo, requerendo que ele recorte artificialmente a sua identidade para aplicar uma metade no campo político e a outra no campo da ética individual, mas que integre uma teoria ética mais básica com a teoria moral de forma que a teoria ética informe o sentido de conceitos morais e vice-versa. Isso leva à conclusão de limites impostos pela teoria acerca do bem viver àquilo que pode ser objeto de decisão coletiva, bem como de limites impostos pela teoria moral às pretensões éticas individuais de cada pessoa.

3.

Baker parece depender de um reconhecimento do valor individual de cada vida (ainda que, em concordância com Baker, esse valor seja de impossível realização sem imersão social) para condicionar a legitimidade política ao respeito de uma esfera de autonomia privada. Isso significa, em contrapartida, que as pessoas possuem razão para obedecer as decisões coletivas quando essa esfera privada não é violada porque a ordem social se harmoniza com o valor individual da vida humana. O que dizer, nesse sentido, das razões que os indivíduos teriam para reconhecer a legitimidade de decisões coletivas de emprego dos recursos socialmente produzidos na promoção de concepções do bem que

esses indivíduos desprezam? Como justificar, para esses indivíduos, a legitimidade de uma maioria de outros indivíduos de apropriação do produto dos esforços dos primeiros para realização prioritária de valores que esses primeiros repudiam?

Baker afirma que a tese de que a moralidade exige a decisão da maioria como critério de correção distributiva da maior parte dos recursos sociais é atraente porque evita uma suposta perversidade. Essa perversidade seria a de imposição de limites importantes à realização de concepções variadas do bem humano.

> (...) limitar o direito aos universais ou à neutralidade seria fortemente incapacitante para a empreitada humana e a realização de projetos humanos. Isso limitaria severamente e desnecessariamente a busca das pessoas pelo bem, o ético em vários contextos nos quais a busca efetiva pelos valores requer ação coletiva imponível. Se isso estiver correto, um argumento poderoso e persuasivo seria necessário para tal exigência incapacitante. Um argumento moral pelo direito de uma pessoa, um dissidente solitário e perdedor político em potencial, de ser capaz de exercer esse tipo de poder sobre outras pessoas parece perverso. (BAKER, 2004, p. 538).

Essa declaração de Baker é surpreendente. Ele afirma que intuitivo é permitir que outras pessoas possam reivindicar poder sobre os produtos dos esforços de minorias para avançar valores, projetos e empreitadas que essas minorias desprezam. E ele assim parece afirmar porque o contrário significaria impor limites perversos na capacidade humana de realização de empreitadas humanas, sejam elas quais forem (desde que não sejam intolerantes ou neguem o direito de todos de participação nesse bem específico, caso seja da vontade das pessoas).

O absurdo do argumento se torna mais visível quando traduzimos a tese de Baker em exemplos. O argumento suportaria a situação na qual uma maioria religiosa, com concepção bastante espartana a respeito de um mínimo necessário à vida autônoma (o que poderia significar um mínimo para subsistência, na concepção dessa maioria), decidisse por dedicar a maior parte dos recursos produzidos socialmente para a construção de um templo faraônico em homenagem à divindade da referida religião. Podemos até imaginar, em uma concessão aos aspectos substantivos da teoria da justiça de Baker (ainda que eu já tenha enfatizado a forma como a autonomia privada não decorre dos pressupostos da ação comunicativa), que uma minoria de ateus nessa comunidade política teria os seus direitos de participação política protegidos, assim como a sua autonomia de negar, em âmbito privado, as práticas da religião da maioria. Ainda assim, ao nos deparar com tal situação, entendemos que há uma expropriação da minoria por parte da maioria.

Ainda, poderíamos afirmar que a teoria de Baker endossaria uma forma de comunismo democrático, no qual todas as pessoas receberiam a mesma quantidade de recursos (a quantidade que a maioria entendesse necessária para a condução de uma vida autônoma), independente do seu esforço e das suas escolhas profissionais, enquanto preservariam a liberdade de expressão, os direitos políticos e a autonomia no âmbito privado. A convicção liberal se insurge contra essa possibilidade distributiva porque ela é insensível aos esforços e escolhas individuais de produção.

Por outro lado, a tese da igualdade distributiva segundo a qual as pessoas possuem o direito de acesso igualitário a recursos e oportunidades (de acordo com uma métrica igualitária) não impede que as pessoas persigam com vigor e determinação objetivos e empreitadas coletivas. As pessoas são livres para investirem os seus recursos de forma associativa com outras pessoas para a promoção de valores e objetivos compartilhados os mais diversos. Isso é, justamente, o que muitas pessoas fazem na forma de associações civis para promoção de fins religiosos, sociais, culturais, esportivos, ambientais ou para estudo e disseminação dos mais variados assuntos e temas. Essas associações, no entanto, são fundadas sob a premissa da voluntariedade: cada pessoa emprega a parcela dos seus recursos que entende valer a pena empregar, na medida da sua vontade e da sua convicção pessoal. É verdade que o tipo de comunidade política que Baker tem em mente possui um potencial maior para a promoção de determinadas concepções do bem humano do que associações voluntárias, porque a comunidade política bakeriana pode exigir de determinadas pessoas que empreguem suas energias para o avanço de determinadas concepções éticas as quais elas desprezam. Sendo assim, essa comunidade política será capaz de reunir uma quantidade muito maior de recursos para construir, por exemplo, um templo protestante, em uma comunidade política de maioria protestante, do que uma associação voluntária formada apenas por pessoas da fé protestante nessa mesma comunidade. Porque nesse último caso, o produto dos esforços econômicos da comunidade seria igualmente distribuído e as minorias dos católicos, judeus, e budistas, por exemplo, não seriam obrigadas a empregar os recursos resultantes de seus esforços para a construção de um templo de religião alheia às suas crenças. As nossas intuições morais, no entanto, e ao contrário do que argumenta Baker, não nos levam a lamentar tais limites normalmente impostos pela igualdade distributiva. Podemos até lamentar que muitas pessoas não compartilhem os mesmos gostos, preferências, religião ou senso estético que o nosso. Mas não entendemos que temos o direito de exigir dessas mesmas pessoas que gastem a sua energia com a promoção de gostos, preferências, religião ou senso estético que elas não

endossam voluntariamente. Forçá-las, nesse sentido, implica em uma violação da autonomia ou independência ética dessas pessoas, da mesma maneira como essa independência é violada se elas são obrigadas a levar uma vida que elas desaprovam eticamente.

O simples fato de que a todas as pessoas é garantida uma voz e uma parcela igualitária de impacto na decisão política (por meio de igualdade do peso do voto), não satisfaz as nossas exigências de igualdade. Isso fica mais claro quando procuramos aplicar, em outros tipos de associações, a mesma lógica moral que Baker defende para a distribuição no âmbito político. Vamos considerar as obrigações associativas de uma família. É muito mais plausível pensar que uma comunidade familiar, formada por laços de afeto e compromissos emocionais, na qual as pessoas se conhecem com muito mais intimidade e compartilham de forma muito mais intensa as suas aspirações, crenças e desejos, se reúna em torno da promoção de uma concepção específica de bem humano, do que uma comunidade política. Essa última é de tamanho muito superior e formada por milhares de pessoas, a maior parte das quais desconhecidas umas das outras. No entanto, mesmo no seio de uma família, as nossas intuições apontam para a ilegitimidade de decisões majoritárias determinando uma distribuição desigual de recursos em prol da promoção de uma concepção de bem específico, em detrimento dos anseios de um membro de posição minoritária. Muito concretamente, pensamos que é ilegítimo que uma família formada por pai, mãe, dois filhos e uma filha, decida empregar a maior parte dos recursos familiares para custear a carreira esportiva do irmão mais velho. Não consideramos que seja consistente com a igualdade de cada um dos filhos que a maioria formada pelo pai, mãe e irmãos decida que a irmã será privada de uma parcela igualitária dos recursos familiares para perseguir os seus estudos de medicina porque a maior parte dos membros da família entende que o esporte é um bem humano de maior valor, que deve ser promovido por meio do talento esportivo do irmão mais velho.

Assim como as obrigações familiares, as obrigações políticas são de caráter associativo. Elas não são voluntárias, mas fruto de um tipo de associação humana, historicamente contingente, da qual as pessoas necessitam para viver e na qual elas se organizam pela alocação de responsabilidades, obrigações e direitos. Dworkin afirma que a única maneira de justificar moralmente essas obrigações de origem não voluntária, sem que elas redundem em violação da autonomia ou independência ética das pessoas, é pela reciprocidade. As obrigações que surgem em relações marcadas pela vulnerabilidade pessoal e interdependência se justificam porque, se por um lado devemos cuidado, atenção,

compromisso e certo sacrifício de interesses pessoais em benefício de pais, irmãos, cônjuges, filhos, e em menor medida de outros parentes e amigos, por outro lado somos sujeitos dos mesmos benefícios por parte daqueles aos quais somos comprometidos. Em associações familiares, entendemos que cada membro da família possui a expectativa legítima de que o seu destino seja objeto de igual consideração em relação ao destino de todos os demais membros. Caso contrário, entendemos haver violação dos deveres de igualdade em relação àquele cujo destino é sacrificado em prol do destino de um ou mais membros. Tal como no exemplo acima, quando a vida de um filho é instrumentalizada, sem o seu consentimento, em prol do destino de outro irmão ou familiar, entendemos que a unidade familiar perde a legitimidade para exigir daquele cuja vida é instrumentalizada o cumprimento das suas obrigações em relação aos demais membros da família.

Se rejeitamos de forma tão instintiva o majoritarianismo no âmbito das decisões familiares de aplicação dos recursos disponíveis na família, nos é ainda mais fácil compreender as razões pelas quais a unidade política não pode exigir de um cidadão que participe da produção dos recursos sociais para fins de promoção de concepções do bem humano que ele rejeita. As obrigações políticas, involuntárias tal como as obrigações familiares, somente se justificam se o destino de cada cidadão é igualmente considerado pela comunidade política. A contrapartida da não voluntariedade é o esforço contínuo para que cada cidadão possa ter acesso à igualdade de recursos e oportunidades sociais, possibilitando a condução do seu projeto pessoal com independência ética.

Baker afirma que incluir a distribuição de recursos enquanto elemento central da igualdade limita o escopo da ação coletiva. Ela reduz as possibilidades de autodefinição coletiva por vedar uma grande quantidade de alternativas às decisões comunitárias. A resposta de Dworkin é a de que, de fato, cada tipo de associação humana tem o dever de respeitar o escopo da sua atuação bem como deve restringir as exigências coletivas sobre os indivíduos às questões abarcadas pela natureza da associação.

> Formas diferentes de associação pressupõem diferentes tipos de consideração geral que se assume que cada membro possui pelos outros. O nível de consideração é diferente - eu não preciso agir em relação ao meu sócio como se eu pensasse que o bem estar dele é tão importante como o do meu filho - e também o seu alcance: a minha consideração pelo meu "irmão" de sindicato é geral em relação à vida econômica e produtiva que nós compartilhamos mas não se estende ao sucesso dele na sua vida social, tal como a minha consideração pelo meu irmão biológico se estende. (DWORKIN, 1986, p. 200).

Dworkin retoma o exemplo de uma orquestra (2000, p. 225-226) explorado por Rawls: é verdade que o sucesso de cada membro de uma orquestra, no que diz respeito à sua participação na execução de uma sinfonia, é função do sucesso da performance coletiva. O músico que toca em uma orquestra apenas se regozija do sucesso de sua performance na medida em que toda a orquestra é bem sucedida. Nesse sentido, cada músico da orquestra possui o dever de se submeter às decisões direcionadas à toda a orquestra acerca do conceito artístico, da interpretação, e da leitura das obras a serem executadas pelo grupo. No entanto, a participação em uma orquestra não submete, digamos, a vida sexual do músico, ou a maneira como ele decide passar a suas férias, às decisões coletivas dos membros da orquestra. Entendemos que seria descabido e ilegítimo que um maestro condicionasse a participação de um músico em uma orquestra não à capacidade do músico de manuseio técnico do instrumento, de responder às orientações artísticas ou à sua capacidade de trabalhar com um grupo de outros músicos, mas à orientação sexual ou à preferência do músico por férias na praia ao invés de um descanso nas montanhas. A orquestra é uma empreitada musical, que exige competência musical, bem como o compromisso de contribuir com essa empreitada específica. Qualquer exigência externa à empreitada musical feita ao indivíduo como condição para a sua participação na empreitada é compreendida como descabida e ilegítima[207].

Isso remete ao problema de definir o tipo de associação que é a associação política. Para tanto, é preciso enfrentar uma pergunta anterior acerca de como identificar uma associação, os seus participantes e o seu escopo. Dworkin defende a concepção de associação baseada em uma prática social. Ele afirma que associações não podem ser constituídas por "decreto" ou ato de vontade unitário. Eu não posso me declarar membro da Orquestra Sinfônica de São Paulo e a partir de então reivindicar participação no sucesso ou fracasso das suas apresentações. Tampouco posso, adaptando outro exemplo de Dworkin, declarar a existência de uma associação de juristas mulheres cujos nomes ou sobrenomes começam com a letra C e dessa forma reclamar orgulho ou pesar pelo sucesso ou fracasso do trabalho de Claudia Lima Marques, ou de Carmem Lucia. Uma associação existe e seus membros e escopo são definidos se há padrões sociais de comportamento

[207] Conferir a obra de Michael Walzer *Spheres of Justice* (1983), que sugere que a justiça é uma questão de respeito aos princípios distributivos sociologicamente definidos em contextos distintos, bem como em relação a bens humanos distintos. Nessa obra, Walzer explora, dentre vários outros, a distribuição dos bens da educação, da amizade e do amor, dos cargos públicos, de mercadorias e dinheiro, e até mesmo do tempo livre e do lazer. É interessante perceber que nem todos os bens dos quais a obra trata são distribuídos por meio da comunidade política e suas estruturas coercitivas. Isso sugere uma ampliação do sentido do termo "justiça", que passa a ser usado para denotar também a questão da correção da distribuição, ou do ideal igualitário distributivo extra-político.

compartilhados segundo os quais as pessoas identificam o engajamento de múltiplos indivíduos em um projeto comum e entendem que o seu sucesso pessoal na atividade com que contribuem para esse projeto é dependente do sucesso do projeto como um todo. Tendo essa concepção de comunidade ou associação em mente, podemos perguntar de que tipo é a associação política. Podemos reconhecer na associação política o compartilhamento de um projeto ético, ou seja, um projeto vinculante a todos os brasileiros acerca de como viver bem e acerca da melhor concepção de boa vida? Vou tornar a pergunta mais concreta: é verdade que entendemos, por todo o Brasil, que a realização sexual de uma pessoa depende das práticas sexuais das pessoas que habitam o Estado federado vizinho? Ou que o senso de satisfação religiosa dos católicos das cidades interioranas de Minas Gerais depende do fato de os índios da Amazônia rezarem as mesmas orações, na mesma frequência com que grande parte dos mineiros as rezam?

A resposta que Dworkin oferece a essa pergunta é previsível e consiste de um retumbante não. Não identificamos, em nossas práticas políticas, nenhuma ação coletiva religiosa ou sexual, ou ainda relacionada à gestão afetiva das nossas vidas. Tampouco os critérios de participação na comunidade política dizem respeito ao engajamento dos indivíduos em práticas sexuais, afetivas ou religiosas específicas, tal como exigimos dos participantes de uma orquestra que sejam músicos.

> Os cidadãos nascem, em sua maior parte, nas suas comunidades políticas, e a maior parte não possui uma perspectiva real de deixar aquela na qual nasceram. Pessoas de todas as raças, credos, e ambições podem nascer na mesma comunidade política, e é profundamente implausível que a caracterização da vida comunitária que melhor se ajusta a essa comunidade poderia ser uma que assume que ela deve escolher um credo ou conjunto de ambições pessoais ou alianças étnicas, ou um conjunto de padrões de responsabilidade sexual, tal como uma pessoa individual saudável deve. Essa caracterização não apenas não se ajusta aos critérios de cidadania; ela os torna próximos de ininteligíveis. (DWORKIN, 2000, p. 229).

Se é assim, e comunidades políticas não figuram como associações humanas que agem coletivamente no âmbito das questões éticas, então como compreender o argumento de Baker de que as questões distributivas devem ser decididas de forma a promover a concepção de bem humano ou da boa vida que *nós*, enquanto *coletividade política*, entendemos ser a mais correta e da qual queremos individualmente participar? Baker poderia objetar que essa caracterização sociológica da associação política não esgota o debate. Pois ele não está afirmando que as comunidades políticas são caracterizadas pela

busca de projetos éticos coletivos, mas que elas não deveriam ser impedidas de assim se tornarem, ou seja, que não há nada na melhor concepção dos fundamentos da moralidade que nos impede de buscar uma realização ética coletiva no âmbito político.

Ocorre que, retomando a segunda crítica acima exposta, se Baker entende que a distribuição de recursos deveria estar a serviço de um projeto coletivo ético, de forma a expandir as possibilidades de realização dos valores humanos, não há nada nesse argumento (assim como não há nada na prática da ação comunicativa na qual Baker fundamenta todo o seu edifício moral) que justifique restringir o alcance dessa lógica distributiva ao âmbito dos recursos. Ela deveria alcançar também as liberdades éticas no âmbito privado. Até mesmo porque é plausível pensar que, no que diz respeito a uma série de projetos éticos, tais como projetos religiosos ou de moralidade sexual, o controle daquilo que as pessoas fazem em âmbito privado parece muito mais relevante para o projeto do que disponibilizar uma quantia maior ou menor de dinheiro para a construção do próximo templo religioso, ou para a próxima campanha publicitária de caráter sexual.

A intuição que Baker captura por meio da defesa da autonomia individual no que diz respeito aos assuntos éticos na vida privada se traduz também em exigência de distribuição igualitária de recursos no âmbito da comunidade política. Não queremos uma comunidade política que faça escolhas coletivas no âmbito ético[208]. Nas palavras de Dworkin,

> o sentido (*point*) de viver junto em comunidades políticas legítimas sujeitas ao princípio da dignidade não é identificar e recompensar nenhum conjunto específico de habilidades, qualidades, ou sorte, de forma que as leis que provavelmente alcançarão esse resultado deverão ser enviesadas. (DWORKIN, 2011, p. 354).

Se não há razões para submeter nossa autonomia ética privada às decisões da comunidade política, não há também razões pelas quais deveríamos ser privados de uma

[208] O que não significa que não queremos uma comunidade política de nenhum tipo, ou que a comunidade política seja desprovida das características ou valores que enxergamos em associações como orquestras ou instituições religiosas. Comunidades políticas são agentes coletivos que realizam empreitadas coletivas de cujos méritos ou deméritos os cidadãos participam e os quais interferem no valor da vida individual de cada um (Conferir Dworkin, *Sovereign Virtue,* capítulo 5). A questão é que o objeto do político é a igualdade na distribuição de liberdades, recursos e oportunidades, e não uma concepção ética específica qualquer. Rawls parece endossar essa persectiva: "(...) podemos agora ver como os princípios da justiça se relacionam à sociabilidade humana. A ideia central é simplesmente a de que uma sociedade bem ordenada (correspondente à justiça como equidade) é ela mesma uma forma de união social. De fato, é uma união social de uniões sociais. Ambas as características estão presentes: a condução bem sucedida de instituições justas é o fim último compartilhado de todos os membros da sociedade, e essas formas institucionais são estimadas enquanto um bem em si mesmas." (RAWLS, 1999, p. 462).

parte igualitária, sensível ao nosso esforço e insensível à nossa má sorte, dos recursos socialmente produzidos para a promoção dos nossos ideais éticos. Não há o que justifique a nossa contribuição coercitiva para ideais éticos específicos dos quais discordamos. Se Baker quer preservar o ideal da autonomia individual na vida privada, ele deve reconhecer a justiça da distribuição igualitária dos recursos e oportunidades, assim como deve abandonar o ideal de fundamentação de sua teoria política nas características fáticas da ação comunicativa.

Caso Baker estivesse disposto a reorganizar uma parte importante das conclusões substantivas de acordo com as suas premissas metateóricas, ele produziria uma teoria mais coerente. No entanto, seria uma teoria ruim, pois desprezaria várias das intuições que possuímos acerca do valor da vida humana, uma que pressupõe o endosso independente dos ideias éticos. Essas são as intuições que explorei na formulação dos dois princípios da dignidade de Dworkin.

Essa longa digressão acerca das premissas da teoria política de Baker e aspectos de sua concepção de igualdade e democracia serviram para fazer uma crítica à exclusão do ideal de igualdade distributiva na teoria de Baker. Isso se fez necessário porque, segundo a minha leitura, as diferenças entre os posicionamentos de Baker e aquele que eu construí a partir de elementos da teoria dworkiniana acerca da reputação são traçadas às suas discordâncias a respeito do ideal da igualdade e sua dimensão distributiva.

A seguir, elaborarei uma crítica específica ao posicionamento de Baker acerca do direito à reputação. Mostrarei a implausibilidade da aplicação da ideia bakeriana de garantia a um conjunto mínimo de recursos para a condução da vida autônoma ao bem da percepção social associada à reputação.

### *5.5 Um mínimo necessário de reputação?*

Quero agora direcionar a engenharia da crítica geral construída acima para enfrentar especificamente o posicionamento de Baker sobre a reputação. Desenvolverei dois argumentos: o primeiro desafia a coerência interna da teoria de Baker em relação ao direito à reputação. O segundo desafia a viabilidade ou inteligibilidade da implementação da teoria da igualdade de Baker no que diz respeito à reputação.

Começarei pela segunda crítica, mais rápida e direta. Considere-se o sentido com o qual vim empregando o interesse de reputação de forma geral, como a percepção das outras pessoas não apenas das características, habilidades, modo de vida, afinidades e valores específicos de cada pessoa individualmente considerada, mas também dos grupos aos quais cada pessoa pertence e das identidades coletivas das quais participa. O argumento de muitos dos que defendem a proibição de discursos de ódio, tal como já apresentado, é o de que as oportunidades de uma pessoa para otimização dos próprios recursos, para produção de mais recursos e para a realização de uma série de outros valores que não dependem de controle sobre bens de valor econômico (tais como os bens do amor, da amizade, e da autoestima, por exemplo) dependem muito da maneira como ela é percebida na sociedade por terceiros. Essa percepção, tanto dos méritos e deméritos da pessoa específica, quanto dos grupos de que participa, condiciona as diversas oportunidades associativas dessa pessoa. Em última instância, uma vida minimamente valiosa depende de um mínimo de oportunidades associativas: o volume de recursos que uma pessoa possui, por mais excepcional que seja, não vale de muita coisa se ela não puder se associar voluntariamente com outras pessoas seja para a troca desses por outros recursos mais úteis, seja para engajar os recursos na realização de fins que ela autonomamente endossa e promove.

Assim como Baker concede que o acesso a um mínimo de recursos é condição material para o exercício de uma vida autônoma, é plausível pensar que ele também concederia que o gozo de um mínimo de receptividade social é também condição para essa mesma vida. Ocorre que aquilo que consideramos como exemplos paradigmáticos de recursos materiais possui natureza muito distinta da percepção social. Esses últimos são bens muito diferentes na maneira como engajam terceiros para a sua alocação. Para que uma pessoa tenha o controle de uma cadeira, de uma mesa, ou de um bocado de dinheiro, ela não depende da convicção de um terceiro. O mesmo não se pode dizer do bem constituído pela percepção social de si. O problema que entendo decorrer para a teoria de Baker é o de como operacionalizar a distribuição de um "mínimo de percepção social positiva" para cada pessoa como condição mínima para o desfrute de uma vida autônoma. Como definir quem deverá esse mínimo de receptividade? Em quais tipos de relações esse mínimo será devido? A ideia de distribuição de um mínimo de reputação necessário para a condução de uma vida autônoma é muito estranha pois, diferente de bens como dinheiro, mesas ou cadeiras, não podemos separar um "punhado" ou uma "quantidade" mínima de reputação tal como podemos destacar um "montante absoluto" de uma determinada coisa

material enquanto exigência da igualdade. A reputação é o tipo de bem cuja distribuição nos mostra com clareza as implicações da autonomia de cada indivíduo para a justiça dessa distribuição, ou em outras palavras, de como a autonomia (ou independência ética de Dworkin) importa em um direito a uma métrica de igualdade não apenas na participação política, como também na própria distribuição dos recursos. Igualdade, na distribuição da reputação, só pode significar igualdade na dinâmica distributiva, e nunca igualdade de um resultado específico de fruição ou controle sobre o bem objeto da distribuição.

Passando à primeira crítica, ela diz respeito à contradição entre as razões pelas quais Baker defende a legitimidade de restrição de discursos que deliberadamente disseminam falsidades e a sua negação a um direito de reputação. Já apresentei o posicionamento de Baker de que a regulação de alguns tipos ou instâncias discursivas se justificam seja porque o discurso não serve aos propósitos subjacentes à proteção da liberdade de expressão, seja porque o discurso nega de alguma forma a autonomia alheia, instrumentalizando o interlocutor para a promoção dos fins do falante. No caso das falsidades intencionais, aí incluídos os discursos prejudiciais à reputação que Baker entende passíveis de regulação, ele afirma que

> normalmente o falante pretende que o ouvinte responda de formas que o falante deseja mas às quais o falante espera que o ouvinte resistiria se o ouvinte tivesse informação precisa. Nesse sentido esses usos proibidos do discurso envolvem comportamento instrumental supostamente direcionado a minar a autonomia do ouvinte (BAKER, 1994b , p. 1200).

Se as falsidades intencionais usurpam a autonomia do ouvinte, a teoria política de Baker que foca a proteção da autonomia deveria afirmar um direito em sentido forte de cada indivíduo de proteção contra as falsidades intencionais. A princípio, isso implicaria em um direito em sentido forte de proteção contra a fraude, contra o perjúrio, e contra a inflição deliberada de estresse emocional baseada na mentira. Também implicaria, seguindo o raciocínio, um direito de proteção contra a difamação que possuiria escopo parcialmente coincidente com aquele decorrente da concepção de reputação defendida nesse trabalho[209].

[209] Eu preferi não equacionar o direito de reputação à proteção contra a mentira porque entendo que em alguns contextos discursivos, as pessoas possuem maior compromisso com a verdade em função do papel social que ocupam, independente de possuírem intenção subjetiva de mentir ou não. Esse é o caso de jornalistas e outros participantes da imprensa: essas pessoas possuem compromisso com padrões de investigação e, quando falham em cumpri-los, devem ser responsabilizadas pelas inverdades que disseminam independente de intenção subjetiva de mentir. Por outro lado, em alguns outros contextos discursivos, assume-se que a mentira fará parte da dinâmica do debate. Esse é o caso de debates eleitorais, nos quais

Uma possibilidade de dissipação da contradição seria a de ressaltar que, no caso de falsidades difamatórias, a autonomia lesada pela alteração deliberada das circunstâncias de formação da convicção e de tomada de decisão para ação é aquela dos terceiros ouvintes, e não a da pessoa de cuja reputação se trata. O interesse da pessoa de que os juízos acerca de si sejam formados com base em fatos verdadeiros sobre si é diferente do interesse de terceiros de contar com um conjunto de informações precisas e verdadeiras para formação da sua convicção e para decisão de agir. Uma vez que Baker não entende que a autonomia dos indivíduos possui implicações diretas para a justiça dos processos distributivos, essa conclusão seria coerente com a teoria da justiça de Baker e poderia avalizar a negação de um direito à reputação.

Creio que, nesse caso, ainda que Baker pudesse negar um direito à reputação em sentido forte, ele não teria como negar um direito difuso em sentido forte de proteção contra falsidades deliberadas que deturpam o pano de fundo no qual as pessoas formam suas convicções e decidem sobre suas ações. Aí se incluiria a proteção contra as falsidades deliberadas intencionadas à manipulação da percepção social de pessoas e grupos de pessoas. Uma consequência interessante dessa conclusão seria o reconhecimento da titularidade potencial de qualquer pessoa para propor ações judiciais indenizatórias pelas falsidades deliberadas atentatórias à reputação de terceiros.

***

Procurei mostrar, nesse capítulo, como a proteção do discurso de ódio é consistente com a defesa de um sentido possível e normativamente atraente do direito à reputação. Entendo que a concepção da *reputação enquanto competição justa contra a má percepção social de si* é aquela que pode e deve ser defendida no âmbito de uma teoria política baseada nos preceitos dworkinianos da dignidade. Dessa forma, pretendi responder à primeira crítica ao posicionamento de Dworkin apontada ao final do capítulo 2. A concepção de reputação aqui defendida não justifica a proibição e punição das instâncias paradigmáticas de discursos de ódio.

O próximo capítulo se dedicará a responder à segunda crítica apontada ao final do capítulo 2, qual seja, a de que convivemos com variadas instâncias de proibição de discursos de ódio em contextos tais como o discurso comercial, as relações de trabalho, e

---

candidatos e adversários políticos mentem acerca de uns e outros com o propósito instrumental de ganhar eleições.

as universidades, sendo que as razões para proibição nesses contextos justificaria a proibição geral desses discursos. Buscarei responder à crítica explicitando a consistência das exigências da dignidade com a possibilidade e dever de proibição de algumas instâncias de discurso de ódio em certos contextos especiais. Não pretendo esgotar a discussão acerca dos fundamentos e escopo de restrição do discurso nesses contextos, mas apresentarei de forma esquemática algumas das linhas argumentativas sobre as quais tais restrições poderiam se basear e que são compatíveis com a proteção de discursos de ódio no debate público. Focarei na elaboração das razões que entendo aplicáveis principalmente à regulação do discurso nas relações de trabalho bem como do discurso comercial.

# A PROIBIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO EM CONTEXTOS DISCURSIVOS ESPECIAIS

O último capítulo desse trabalho pretende formular respostas para a segunda crítica que apontei à tese de Dworkin e Baker no capítulo dois: a de que as razões para a proibição de discurso de ódio em razão de seu conteúdo ou forma em alguns contextos específicos, proibição essa com a qual muitos que visam proteger esses discursos no debate público concordariam, se aplicam de forma geral em toda e qualquer situação discursiva.

São vários os contextos discursivos nos quais existe consolidada proibição de discurso de ódio em razão de seu conteúdo ou forma, mesmo nos Estados Unidos, conhecido por constituir a exceção em termos de proteção de amplo escopo para a liberdade de expressão. No capítulo dois, abordei um desses contextos, o da educação básica, e defendi a legitimidade da proibição de discurso de ódio em razão de seu conteúdo ou forma nesse contexto. Isso por causa do propósito central das relações e atividades desse contexto discursivo: o de formação das capacidades individuais para a independência ética. A educação básica deverá buscar consolidar o senso individual de valor igualitário em cada criança ou jovem submetido ao sistema educacional.

Alguns outros contextos discursivos nos quais há proibição consolidada, em alguns países, do discurso de ódio em razão de seu conteúdo ou forma são os locais de trabalho, as universidades e o discurso comercial. Seria necessário dedicar um trabalho completo a cada um desses contextos especiais para explicitar e sistematizar as razões de proibição do discurso de ódio em cada um deles. O meu objetivo nesse capítulo, portanto, não é o de explorar e defender uma tese de justificação das razões de proibição em cada um desses contextos, mas apenas o de esboçar algumas das razões aplicáveis em alguns desses contextos para a proibição do discurso de ódio. Busco, assim, apontar um caminho para responder à última crítica formulada às teses de Dworkin e Baker que me propus e me falta abordar. Com isso busco explicitar o argumento de fundo de que a gramática dos direitos de liberdade de expressão, ou seja, as suas regras de funcionamento, não precisa ser a mesma em contextos sociais distintos.

Escolhi o discurso nas relações de trabalho e o discurso comercial como contextos exemplificativos nos quais se aplicam tipos distintos de justificativas para proibição de discursos de ódio. Defenderei que nas relações de trabalho as razões de proibição são de

dois tipos distintos: a primeira, de política, diz respeito à promoção de benefícios sociais amplos; a segunda é de princípio, relacionada a direitos individuais devidos a cada pessoa. Já a proibição do discurso de ódio no contexto da publicidade se justificaria por razões de política. Elas são aplicáveis de forma menos controversa porque ao enunciador do discurso comercial não assistem direitos individuais de expressão, já que o seu engajamento discursivo nesse contexto não serve o valor da independência ética.

## 1. A proibição do discurso de ódio nas relações de trabalho

### *1.1 Razões de política*

Argumentei, no final do capítulo dois, que a proibição de discurso de ódio no contexto da educação básica era defensável, dentre outras razões, porque esse contexto discursivo não se confunde com o discurso público. Defendi que a melhor compreensão daquele contexto requeria tomá-lo como espaço de promoção de objetivos institucionais específicos, dentre eles, a formação das capacidades individuais para a independência ética. Também o contexto das relações de trabalho pode e deve ser compreendido como um espaço institucional de realização de objetivos sociais específicos, o que justifica destacá-lo do âmbito do debate ou discurso público em geral.

Diferente do contexto da educação básica, as relações de trabalho não se prestam à formação de condições identitárias individuais para o exercício da própria dignidade. O objetivo institucional dessas relações, dessa forma, não se vincula à própria realização das exigências da dignidade, mas à produção de bens e serviços de interesse social. A produção de bens e serviços de qualidade e da maneira mais eficiente interessa à sociedade de forma geral (a todos beneficia o acesso a bens e serviços de qualidade e ao menor custo possível) bem como especificamente ao conjunto de indivíduos envolvidos nessa produção. O interesse que impulsiona a organização dos esforços nas relações de trabalho, portanto, é um do tipo que informa razões de política, e é a conexão entre essas razões específicas das relações de trabalho e a proibição de discursos de ódio que será explorada nesse tópico.

Diferente das razões de princípio que informam a proibição dos discursos de ódio no contexto da educação básica, as razões de política que orientam as atividades nas relações de trabalho não fundamentam um direito moral de quem quer que seja à proibição de discursos de ódio. A boa promoção das relações de trabalho, com vistas à melhor produtividade, não é um bem a que os indivíduos tenham o direito moral de exigir, seja do Estado, seja de seus empregadores ou colegas. É bastante benéfico que a sociedade conte com estruturas produtivas eficientes, mas a ninguém é reconhecido o direito de se beneficiar ou de participar de tais estruturas.

No entanto, a execução eficiente das atividades para as quais são constituídas as estruturas produtivas pode se beneficiar de boas iniciativas de gestão, contanto que tais iniciativas não violem direitos individuais de quaisquer pessoas. Defendo nesse tópico que a proibição de discurso de ódio nas relações de trabalho, seja pela sua forma ou conteúdo, por iniciativa de empregadores ou gestores, não viola direitos individuais de expressão dos empregados porque as relações de trabalho constituem contexto especial dedicado à realização de objetivos específicos. A formação e reconhecimento desses contextos especiais é compatível com a preservação de direitos individuais de expressão justamente porque coexistem com os espaços de livre expressão de discursos contraproducentes do ponto de vista da realização de objetivos sociais desejáveis (tais como a estabilidade, a igualdade social ou a produtividade econômica). O discurso ou debate público é o contexto nos quais as pessoas são permitidas expressões com potencial disruptivo para a realização desses objetivos.

A proibição de discurso de ódio nas relações de trabalho guarda relações com a boa promoção dos objetivos institucionais das organizações produtivas. Discursos elaborados de formas extremamente ofensivas, que carregam mensagens de negação do valor igualitário intrínseco de certas pessoas, ou de negação das capacidades e habilidades de certas pessoas apenas por conta do seu pertencimento a certos grupos, prejudicam as interações no local de trabalho de diversas formas. Eles criam obstáculos à cooperação, provocam desconcentração, causam mal estar e sensação de alarme e falta de pertencimento em uma parte dos trabalhadores, além de drenarem uma parte da energia para discussões e conflitos que não aportam para os objetivos institucionais. Vale apontar que não apenas o discurso de ódio pode provocar a desestabilização das atividades no trabalho. É possível pensar em outros exemplos de discurso ou expressão que poderiam ser legitimamente proibidos no local ou relações de trabalho pelas mesmas razões de política que ora enfatizo: música alta com temáticas de protesto político, ou mesmo sem qualquer

temática polêmica, tais como marchinhas de carnaval ou gospel, pregação religiosa, mesmo aquela sem conteúdo discriminatório, ou iniciativas de doutrinação de qualquer tipo, tais como campanhas ostensivas pelo veganismo, ou pela luta contra o aquecimento global. Essas iniciativas de comunicação poderiam ser restringidas porque tiram o foco do trabalho e desarticulam as relações necessárias para cumprimento dos objetivos institucionais.

É importante explicitar o impacto deletéria dos discursos de ódio sobre os objetivos das relações de trabalho porque o fato de o local de trabalho não integrar um dos espaços do debate público não significa que gestores e patrões podem utilizar as suas prerrogativas de gestão para dirigir comportamentos e restringir as oportunidades de autodeterminação dos empregados para fins diversos daqueles da instituição em questão. O local de trabalho, se não é uma instância do debate público, tampouco é uma instituição de controle total das atitudes e do discurso dos empregados enquanto esses se encontram no trabalho[210].

[210] Baker explicitamente concorda com a existência de razões de política para a proibição de discursos em contextos institucionais especiais, assim como reitera o limite do escopo dessas razões, no sentido de que atingem apenas o discurso contraproducente para os objetivos institucionais específicos: "Quando um governo estabelece uma estrutura governamental - um tribunal, uma legislatura, uma agência administrativa, ou, eu argumentei, uma eleição - ou quando ele oferece um emprego ou uma subvenção, a pessoa (digamos, um agente autônomo) que escolhe se tornar enredado deve aceitar essas restrições em sua autonomia que são necessárias para a operação legítima da instituição, execução dos objetivos do programa de subvenção, ou realização adequada do trabalho. (...). Apesar de haver uma perda contextual, baseada no papel social (*role-based*), de autoridade (autonomia) sobre ambos os seus discursos político e não-político, essa perda não é inconsistente com a atribuição geral de autonomia. Os limites não desrespeitam ao contrário de pressupor o status geral da pessoa enquanto um agente autônomo. O limite se torna desrespeito apenas quando a condição ou a restrição contextual, institucionalmente vinculada, da expressão não é requerida pelas funções legítimas da instituição ou pelos objetivos do trabalho ou da subvenção." (BAKER, 2011, p. 280-81). A posição de Dworkin sobre as razões que corretamente justificam a proibição de discursos em contextos especiais são articuladas de forma menos clara. Ele sugere que enquanto as pessoas possuem o direito de expressão, isso não significa que possuem o direito de serem materialmente apoiadas por qualquer instituição para dizerem aquilo que desejam. Isso justificaria restrições a certos conteúdos em certos ambientes institucionais, assim como demissões em função da enunciação de certos discursos: "A liberdade de expressão não é, exceto em circunstâncias muito especiais, um direito de falar o que se pensa em uma posição mantida e apoiada por outros. Legalmente, é claro, a Primeira Emenda se aplica apenas contra o governo: ela não é violada quando instituições privadas impõem restrições discursivas como uma condição de emprego. Mesmo o direito moral de liberdade de expressão não é normalmente violado por tais condições - ele não é violado, por exemplo, quando uma loja de departamentos despede alguém por denegrir seus produtos, ou quando uma igreja não permite que um de seus padres pregue uma fé rival em seu púlpito. Liberdade de expressão, no seu âmago, é o direito de não ser de todo prevenido de dizer alguma coisa, não o direito de continuar a ser apoiado e ajudado enquanto se diz aquilo que outros pensam ser falso ou indesejável". (DWORKIN, 1996g, p. 247). Os exemplos utilizados por Dworkin assentam bem à tese defendida nesse tópico de que discursos de participantes de uma empreitada institucional incompatíveis com os propósitos da instituição podem ser proibidos. As razões oferecidas por Dworkin no trecho destacado, no entanto, parecem provar mais do que desejaríamos. Digamos que o dono da loja de departamentos não goste do catolicismo, e resolva despedir um funcionário que comentou na sala dos funcionários acerca de um milagre operado por um santo católico. Ou que um bispo de uma igreja seja irmão do dono de uma loja de departamentos e resolva impedir que um padre assuma uma paróquia por ter falado mal dos produtos dessa loja. As razões oferecidas por Dworkin para justificar as restrições discursivas nos exemplos originais justificariam também as restrições nos

Faz sentido, portanto, proibir a exibição, em quadro para fins de comunicação entre funcionários, de propagandas de uma instituição religiosa com mensagens flagrantemente homofóbicas prometendo, por exemplo, a cura daqueles "desenganados" com tendências homossexuais, justamente por criar um ambiente de tensão no trabalho. Mas a mesma proibição seria extremamente duvidosa em relação a um aviso informando sobre um grupo de estudos sobre um tipo específico de literatura. Se o quadro para comunicação dos funcionários é uma proposta de ampliar as trocas entre as pessoas em uma empresa, seria discriminatório permitir que certas atividades fossem anunciadas enquanto outras seriam suprimidas sem que essa diferença pudesse ser razoavelmente explicada em função do impacto negativo de uma determinada mensagem no ambiente de trabalho.

Ressaltar a relação entre a restrição de uma prerrogativa de discurso e determinados objetivos institucionais é importante quando a razão para a proibição é de política. A comparação entre cenários institucionais distintos torna clara a importância dessa reflexão. Isso porque algumas vezes o objetivo de uma instituição justifica proteger certos tipos de discurso de ódio enquanto requer a proibição de outros. Alguns teóricos defendem que esse é o caso das instituições universitárias ou de ensino superior. Enquanto no local de trabalho a supressão de conteúdo discriminatório, seja qual for a forma de sua expressão, faz sentido tendo em vista o seu impacto deletério nas relações de trabalho, a universidade deveria comportar a expressão desse mesmo conteúdo nos locais de debate de ideias, desde que expressos sob uma forma passível de contra argumentação.

Isso porque os objetivos institucionais da universidade não comportam a restrição do conteúdo pelo seu caráter politicamente incorreto ou imoral. A universidade é o espaço institucional por excelência de formulação e exposição genuína de crenças e convicções. O trabalho do acadêmico e do intelectual, e aquilo que a sociedade dele espera, é o de que ele se empenhe ao máximo para refletir acerca da sociedade, das relações políticas, econômicas, filosóficas, religiosas, bem como acerca do mundo físico e biológico, de forma a ampliar a compreensão dos homens acerca de cada um desses campos. O dever

---

exemplos por mim reconstruídos. Afinal de contas, nesses últimos temos situações nas quais instituições ou empregadores decidem por não apoiar ou sustentar materialmente os discursos que pensam ser falsos ou indesejáveis. No entanto, nossas intuições apontam para a injustiça das restrições nos exemplos reconstruídos. Uma pessoa não pode ser despedida por casualmente expressar sua crença religiosa no local de trabalho, assim como a um padre não pode ser vedada uma posição por expressar descontentamento com os produtos de uma loja de departamentos. Isso porque a opinião religiosa de uma funcionária de uma loja de departamentos é irrelevante para o seu bom desempenho na referida loja, assim como a opinião do padre como consumidor de bens e serviços é irrelevante para a sua atuação na instituição religiosa.

maior do acadêmico e do intelectual é de fidelidade em relação às suas convicções. Ele deve guiar-se por aquilo que o seu intelecto, sua intuição e sua percepção apontam, sem se deixar intimidar por outros tipos de interesses ou pressões. O trabalho acadêmico é aquele que, por excelência, toma a independência ética como norte profissional.

Essa fidelidade às convicções pessoais enquanto dever profissional difere de outras atividades profissionais que focam no interesse do cliente, do consumidor, ou de um paciente: um médico, por mais errado que considere a prática do aborto, possui o dever, ao menos nos países nos quais o aborto é praticado de forma legal, de informar o paciente acerca da alternativa do procedimento e dos riscos envolvidos. A atividade acadêmica constitui, portanto, um paradigma de integridade ética na sociedade: um norte aspiracional do sentido da formulação individual e responsável de um conjunto refletido de convicções. Dworkin afirma que a liberdade acadêmica é importante porque a universidade, quando baseada no compromisso individual do acadêmico com as suas convicções e com a busca da verdade segundo essas convicções, é um pilar institucional da cultura mais geral do individualismo ético:

> A educação pública liberal, a liberdade de expressão, consciência e religião e a liberdade acadêmica são todas partes do suporte de nossa sociedade à cultura da independência e de sua defesa contra uma cultura da conformidade. A liberdade acadêmica desempenha um papel especial porque instituições educacionais são centrais nesses esforços. Elas são centrais, em primeiro lugar, porque elas podem tão facilmente se tornar motores de conformidade, tal como todo regime totalitário compreendeu, e, em segundo lugar, porque elas podem fornecer encorajamento e habilidades importantes para uma vida de convicção pessoal. Parte do propósito da educação, em uma sociedade liberal, é aprender a importância e profundidade de uma aliança à verdade pessoal ao invés de coletiva. A liberdade acadêmica é também importante simbolicamente, porque em uma academia livre o exemplo e as virtudes do individualismo ético estão tão flagrantemente em evidência. Em nenhuma outra ocupação é tão claramente e evidentemente a responsabilidade dos profissionais de encontrar e dizer e ensinar a verdade tal como eles a veem. Acadêmicos existem para isso, e apenas para isso. (DWORKIN, 1996g, p. 252)

A proibição da expressão ou veiculação de uma tese de conteúdo preconceituoso nos espaços de discussão acadêmica viola, assim, o compromisso institucional com a independência ética daqueles que a constituem. Corresponde a uma negação do exercício da fidelidade profissional àquilo a que levou a percepção, reflexão e maturação honesta de ideias de um profissional. Se a intencionalidade da apresentação dessa ideia é compatível

com o exercício intelectual que se espera da atividade universitária, ela deve ser protegida pelo valor da liberdade acadêmica.

O que quero dizer com "intencionalidade da apresentação da ideia" se relaciona, por outro lado, com a forma pela qual a ideia é apresentada. Um conteúdo que busca, por exemplo, discriminar entre negros e brancos em termos de capacidade intelectual, pode ser apresentado de diversas formas. Ele pode ser defendido calmamente por meio da apresentação de teses e evidências de suporte dessas teses. Ou pode ser apresentado por meio de expressões ofensivas cujo objetivo, segundo as regras de uso da linguagem, é usualmente atrelado à desestabilização emocional de participantes de, ou daqueles presentes em, um determinado contexto discursivo. Tendo em vista o compromisso institucional de universidades e demais fóruns acadêmicos com a apresentação, defesa e confrontação racional de ideias, as expressões de caráter ofensivo em função da forma de sua apresentação podem ser restringidas porque isso favorece a promoção dos objetivos institucionais[211].

[211] "Uma universidade pode apropriadamente demandar uma atmosfera de decência na qual nem professores nem grupos de estudantes ajam com a intenção de intimidar, constranger ou machucar alguém na comunidade, e até o ponto em que códigos de expressão banirem apenas tal comportamento eles seriam consistentes com a liberdade acadêmica mesmo quando (porque a universidade em questão era uma instituição pública) eles violam a Primeira Emenda. Nós podemos seguramente estender esse limite à liberdade acadêmica para incluir a linguagem ou a exibição que podem ser chamadas de insultantes per se, porque o seu significado na dicção contemporânea inclui insulto. Dirigir-se a um estudante negro como "menino" (*boy*) ou "menina" (*girl*), ou vestir um capuz branco em sala de aula, ou exibir uma suástica ou uma foto de centro de página da Playboy na parede de um escritório ao qual estudantes são convidados ou dos quais se espera uma visita é em si um insulto, e uma universidade pode razoavelmente exigir, consistentemente com a liberdade acadêmica, que os seus estudantes e professores expressem suas opiniões de outras formas". (DWORKIN, 1996g, p. 255-256). Para uma defesa das prerrogativas de administradores de universidades privadas de regular o discurso dos participantes da instituição baseada em razões de liberdade associativa conferir MICHELMAN, 1992: "Não é uma resposta suficiente que códigos de expressão ofendem a ideia precisa do legislador (ou a nossa ideia precisa) do que uma universidade deve ser. Esse deve ser o sentido irredutível da liberdade de associação, mesmo para aqueles que se sentem capazes de derivar de um consenso de valor de elevada abstração, tal como democracia, uma concepção ideal de universidade." (MICHELMAN, 1992, p. 358). Presumivelmente, Michelman defenderia que o sentido do ideal de liberdade acadêmica é um que cabe a cada associação universitária (ao menos a cada uma delas que seja privada) decidir de forma autônoma. Isso poderia levar tanto a um escopo mais amplo quanto menos amplo de proibições discursivas em relação àquelas que brevemente defendo nesse tópico do trabalho. Creio que Michelman se equivoca principalmente quando perde de vista o fato de que universidades não são apenas associações quaisquer pelas quais indivíduos com interesses comuns se reúnem para promover esses interesses. Universidades não são como a Associação de Amantes dos Gatos, ou a Associação dos Fãs de Nirvana. Elas integram uma estrutura de distribuição de um bem central para a competição por oportunidades e recursos sociais, qual seja, a educação superior. Enquanto tal, elas devem se submeter às regras que protegem a igualdade distributiva, dentre as quais, a que proibe que a desigualdade na distribuição seja determinada por fatores imorais tais como raça, cor, religião, sexo, orientação sexual, dentre outras. Uma universidade não possui, dessa forma, direito a autonomia de determinação dos seus fins institucionais de forma a negar o seu papel na estrutura distributiva do bem da educação. No próximo tópico defenderei razões de princípio, relacionadas a direitos de igualdade distributiva, para a proibição de discursos de ódio em certos ambientes universitários.

Também em atenção à exigência de que a métrica de proibição ou proteção de discurso atente aos objetivos institucionais específicos, a liberdade acadêmica não significa a liberdade do acadêmico de dizer o que quiser em consonância com as suas convicções em relação a quaisquer temas, problemas ou controvérsias. O acadêmico, via de regra, possui uma ou algumas poucas áreas de atuação. Discussões acadêmicas são circunscritas a tópicos, problemas e temáticas específicas. Uma aula na universidade nunca é sobre todo e qualquer problema intelectual que possa interessar os presentes. Ela é uma aula acerca de uma área da matemática. Ou uma aula focada em geografia física de uma determinada região. Ou de biologia genética. Isso é importante porque não há razões de liberdade acadêmica para proteger o discurso de ódio, digamos, a tese da diferença geneticamente determinada entre a capacidade intelectual de brancos e negros, em uma aula de matemática. A responsabilidade ética que atribuímos ao professor de matemática enquanto acadêmico, e de todos os alunos que participam de uma aula de matemática, é a de fidelidade às suas convicções, ao produto da sua racionalidade, no que diz respeito aos problemas da matemática. Nesse sentido, é completamente compatível com a promoção dos objetivos institucionais acadêmicos a proibição de discurso de ódio em ambientes de debate acadêmico quando o tema do debate não tiver qualquer relação com argumentos de diferenciação entre o valor, habilidades ou mérito de grupos de pessoas.

Essa comparação entre o contexto das relações de trabalho e aquele dos fóruns acadêmicos permite mostrar como o escrutínio dos fins institucionais é importante para a reflexão acerca da lógica discursiva que pode e deve ser legitimamente imposta em cada um desses contextos. Quando a razão para restrição do conteúdo ou forma do discurso residir no objetivo de política de promoção dos benefícios sociais específicos de um determinado arranjo institucional, a legitimidade da restrição dependerá da adequada identificação do objetivo institucional em questão e da adequação da restrição discursiva a esse objetivo.

Finalizo esse tópico, no entanto, concedendo o caráter controverso das atribuições finalísticas a que procedi de forma bastante breve e pouco elaborada às relações do trabalho. O valor e propósito das relações de trabalho na ampla estrutura institucional social é objeto de controvérsias centrais no campo da teoria da justiça. Eu caracterizei as relações de trabalho como parte das estruturas produtivas de bens e serviços e de alocação de oportunidades e recursos em uma sociedade. Não considero as especificidades éticas de

cada uma das atividades profissionais na avaliação da igualdade das referidas alocações. É certo que tal abordagem é própria de uma teoria liberal da justiça[212].

O meu objetivo, nesse trabalho, não é o de defender essa teorização política das relações de trabalho de críticas levantadas por outras linhas teóricas. O meu objetivo é mostrar como o liberalismo igualitário, mais especificamente aquele de Ronald Dworkin e C. Edwin Baker, é capaz de reconhecer razões para restrição de discurso de ódio, em razão de seu conteúdo ou forma, em contextos especiais, sem que isso contradiga as razões de proteção dos amplos direitos de liberdade de expressão desses mesmos discursos justamente pela preservação do debate ou discurso público.

### *1.2 Razões de princípio*

Nesse tópico pretendo defender o argumento de que nos contextos constitutivos das dinâmicas centrais de alocação de oportunidades e recursos socialmente produzidos, razões de princípio também fundamentam a proibição de discursos de ódio caracterizado tanto pela sua forma como pelo seu conteúdo.

O emprego ou o trabalho é o meio por excelência pelo qual os indivíduos acessam oportunidades e recursos em uma sociedade capitalista. É pelo exercício do trabalho e a possibilidade de atingir a excelência na atividade que se desempenha que os indivíduos podem se esforçar para melhorar as suas condições pessoais e materiais. A maior parte dos indivíduos, dessa forma, depende, incontornavelmente, de uma inserção no mundo do trabalho, seja para a sua própria sobrevivência, seja para lutar pela realização de objetivos materiais e éticos a que o sujeito se propõe.

Entendo que esse caráter estrutural das relações do trabalho na vida da maior parte das pessoas é o que informa o dever do Estado de garantir igualdade de acesso a postos e oportunidades promocionais no trabalho, inclusive na iniciativa privada. A igualdade de acesso significa a vedação de que fatores imorais e irrelevantes do ponto de vista da realização dos objetivos institucionais das estruturas produtivas desempenhem algum papel na alocação de oportunidades de trabalho. Essa lógica é a que informa, a meu ver, as leis

[212] A caracterização brevemente descrita nesse tópico, e por mim endossada, da relevância das relações de trabalho para o valor da igualdade é questionada por várias linhas teóricas, tais como teorias feministas, marxistas e das capacidades, por exemplo.

anti-discriminação que proíbem que a uma pessoa seja negado um posto de trabalho ou uma promoção no local de trabalho, ou que ela seja preterida na disputa por uma vaga ou uma promoção, por razões imorais e irrelevantes para a alocação de recursos e oportunidades sociais (tais como raça, etnia, cor, religião, sexo, orientação sexual, gênero, nacionalidade ou outros traços culturais).

Se a competição pelos postos de trabalho e pelo reconhecimento profissional deve se pautar por critérios de justiça, entendo que é também devida a manutenção de condições igualitárias para engajamento nessa competição. Em outras palavras, não faz sentido garantir a justiça nos critérios de seleção para inserção e promoção no mundo do trabalho sem que se garanta também um ambiente razoavelmente igualitário para que cada indivíduo possa aprimorar e desenvolver o seu desempenho profissional.

Diferentemente do discurso público, no qual cada sujeito pode escolher se engajar ou não, com maior ou menor intensidade ou frequência, com as várias instâncias discursivas ridículas, absurdas, ofensivas ou repugnantes com as quais ele se depara, sem prejuízo dos seus direitos políticos, ou de sua autodeterminação na esfera privada, o confronto com o ambiente discursivo do local e nas relações de trabalho não pode ser abordado como uma escolha individual. Isso porque escolher se afastar de manifestações de conteúdo discriminatório ou de caráter extremamente ofensivo no local de trabalho significa se abdicar do posto de trabalho. Condicionar o acesso ao trabalho ao confronto com discursos de inferiorização da identidade pessoal significa a imposição de condição não igualitária para a justa participação na competição distributiva. O problema de permitir livre expressão de discurso de ódio no local de trabalho é, portanto, de natureza distributiva, e é esta também a natureza da razão de princípio que fundamenta a proibição desse mesmo discurso nesse contexto especial. Tal como enfatiza Balkin, dando ênfase ao problema da discriminação sexual nas relações de trabalho, é a dependência do trabalhador da relação de trabalho que legitima a regulação distinta desse contexto em comparação com as interações no discurso público: "(...) o abuso sexual é um mecanismo pelo qual a estratificação sexual do ambiente de trabalho é alcançada ou mantida usando a dependência econômica dos trabalhadores como uma forma poderosa de alavancagem". (BALKIN, 1999, p. 2314).

Suzanne Sangree também enfatiza a falta de liberdade do trabalhador para escolher suas interações discursivas nas relações de trabalho. A liberdade que se confere ao falante no âmbito do discurso público se lastreia em alguma medida na liberdade de

manobra que possui o ouvinte para se autodeterminar escolhendo seja insistir na interação com o falante ou se abster do confronto com certas ideias e convicções.

> A maior parte dos empregados não são em última instância livres para deixar os seus empregos sem fundamentalmente afetar a sua qualidade básica de vida. Os empregados dependem de seus empregos para a sobrevivência econômica. Ademais, a maior parte dos empregados não exerce muito controle sobre o seu ambiente de trabalho. Empregadas mulheres com frequência não são livres para evitar áreas nas quais a pornografia é afixada, ou para evitar trabalhar com homens que abusam delas. Abuso, se difundido no local de trabalho, é com frequência impraticável, se não impossível, de evitar. A relativa condição cativa do empregado e a impraticabilidade de se evitar o abuso são dois dos muitos fatores que contribuem para a criação de ambientes hostis no ambiente de trabalho e que, portanto, podem informar a análise com base na Primeira Emenda nesse contexto." (SANGREE, 1995, p. 517-518)

Tanto Balkin quanto Sangree entendem que a doutrina da "audiência cativa" ("*captive audience*") formulada no direito estadunidense para justificar a proibição de determinadas instâncias discursivas é capaz de captar e aplicar a lógica restritiva que defendo nesse tópico. Trata-se da doutrina segundo a qual "o governo pode regular o discurso expresso para um ouvinte não desejoso [do discurso]" (STRAUSS, 1991, p. 85). A doutrina possui aplicações muito díspares a contextos muito diversos, sendo difícil precisar todas as linhas de justificação a ela subjacentes. Tal como critica Marcy Strauss, "Raramente, se em alguma vez, uma pessoa é realmente cativa; quase sempre há um meio alternativo que o ouvinte não desejoso pode tomar para evitar a mensagem." (STRAUSS, 1991, p. 86). A doutrina aponta, portanto, para a pertinência normativa da seguinte pergunta: "quando o ônus deve ser alocado aos ouvintes para virar as suas cabeças, desviar os seus olhos, tampar os seus ouvidos ou mesmo psicologicamente sublimar a mensagem, ao invés de forçar o falante a cessar a comunicação?" (STRAUSS, 1991, p. 86)[213]. Sem pretender esgotar todas as razões possíveis que poderiam justificar alocar o ônus no falante ao invés de no ouvinte, nesse tópico busquei formular apenas uma delas, estruturada da seguinte forma:

i. A justiça distributiva exige a manutenção de condições igualitárias de competição na distribuição de recursos e oportunidades socialmente produzidos;

---

[213] Discutindo a pertinência da aplicação da doutrina da audiência cativa (*captive audience*) para a proibição e punição de discursos sexualmente abusivos nas relações de trabalho, Balkin formula pergunta semelhante: "(...) trabalhadoras que recebem salário mínimo talvez tenham que trocar de trabalho em trabalho para evitar abuso. Mas a questão não é a de se há outro trabalho disponível que paga salários igualmente baixos. A questão é a de se elas deveriam ter que sair de um trabalho para evitar serem abusadas sexualmente." (BALKIN, 1999, p. 2312).

ii. O local e as relações de trabalho constituem dinâmica central de distribuição de recursos e oportunidades socialmente produzidos, sendo impossível para a maior parte das pessoas abdicar da inserção e competição nesse mercado para fins de garantia de sua sobrevivência, em primeiro lugar, e para a consecução de suas metas materiais e pessoais, em segundo lugar.

iii. É injusto submeter os indivíduos ao confronto inevitável com mensagens de inferiorização de sua identidade em um espaço e em relações das quais os indivíduos não podem abdicar se quiserem participar da dinâmica competitiva de distribuição de recursos e oportunidades na sociedade[214].

Em consonância com esse argumento, Balkin defende que a aplicação da doutrina da audiência cativa (*captive audience*) no ambiente de trabalho obedece à mesma lógica das leis de anti-discriminação, que proíbem que a uma pessoa seja negado acesso a um

[214] Balkin defende ideia semelhante, focando na discriminação de gênero, quando afirma que "Discurso sexualmente abusivo que seria protegido fora do ambiente de trabalho se torna desprotegido nesse ambiente porque ele ocorre em uma relação particular de dependência econômica e social - a relação de trabalho - e porque ele envolve uma forma de discriminação sexual que (1) materialmente altera os termos e condições do trabalho para as mulheres, (2) reforça o status inferior das mulheres nas relações de trabalho, e (3) preserva a estratificação de gênero no mercado de trabalho." (BALKIN, 1999, p. 2307). A tese que defendo nesse tópico certamente se alinha à primeira razão elencada por Balkin para proibir discurso de conteúdo sexual que representa mulheres em posição de inferioridade ou as objetifica. A transformação das condições de trabalho para as mulheres é o elemento injusto que torna desigual a competição pelos recursos e oportunidades no mercado de trabalho. As segunda e terceira razões elencadas por Balkin, no entanto, não parecem compatíveis com a proteção da liberdade de expressão como exercício da independência ética. A tese que defendo nesse trabalho nega que um discurso possa ser proibido por causa das ideias que ele dissemina e o risco do seu poder de conformação da opinião pública. Afirmar que um discurso pode ser proibido porque "reforça o status inferior das mulheres nas relações de trabalho" ou porque "preserva a estratificação de gênero no mercado de trabalho" equivale a proibir um discurso por causa do seu impacto de persuasão, o que é incompatível com a liberdade de expressão. Strauss também identifica a diferença entre proibir o discurso sexista nas relações de trabalho porque ele promove a ideia da discriminação, e proibir o mesmo discurso porque ele é, em si, discriminatório: "Primeiro, o Estado pode querer banir o discurso porque o discurso implicitamente ou explicitamente advoga a desigualdade. Por exemplo, quando um homem diz a uma mulher empregada que ela é uma "puta estúpida", o discurso pode ser visto como veiculando uma mensagem sobre a subordinação das mulheres. Em segundo lugar, o Estado pode querer censurar o discurso porque o discurso ele mesmo discrimina. A mensagem "você é uma puta estúpida" pode compelir as mulheres a se retirar do local de trabalho, seja ao deixar o emprego seja ao desempenhar menos produtivamente." (STRAUSS, 1990, p. 14). Strauss conclui que o "balanceamento" entre interesses de liberdade de expressão e cada um desses conjuntos de razões justifica proibir o discurso porque ele em si discrimina, mas não porque ele advoga ideias discriminatórias (apesar de Strauss nunca oferecer qualquer explicação do procedimento de balanceamento que ela afirma operar). Conferir STRAUSS, 1990, p. 37-41.
Para posição contrária à proibição de discurso de ódio no local de trabalho em função de seu conteúdo ou forma, conferir VOLOKH, 1995, p. 571-572 e 1992, p. 1833-1843: " (...) a habilidade de sair somente é importante se a ofensa pode ser evitada ao se deixar um lugar depois que o falante começou a falar. Mas isso não é normalmente verdadeiro: se alguém é ofendido ao ouvir a palavra 'filho da puta' (ou 'preto'), então a ofensa ocorre quando a palavra é falada e ouvida, seja ou não o caso de esse alguém poder sair e evitar ouvir mais. Um empregado no local de trabalho não seria mais cativo de alguém dizendo 'todos os pretos deveriam ser enviados de volta para a África', ou de alguém chamando-o de um nome derrogatório, do que ele seria das mesmas palavras faladas em público" (VOLOKH, 1992, p. 1839) e "Na verdade, se a situação de cativeiro consiste em uma inabilidade de evitar discurso ofensivo, na sociedade atual somos todos 'cativos' da profanidade. Nós podemos sair de perto de alguém que a usa, mas nós não podemos evitá-la de todo - nós a ouvimos onde quer que vamos." (VOLOKH, 1992, p. 1840).

posto de trabalho ou a oportunidades de ascensão profissional por motivos imorais, tais como cor, raça, sexo, orientação sexual, dentre outros. Isso porque, uma vez circundado por um ambiente hostil de discurso e conduta, se o único remédio da vítima é deixar o trabalho, "os mecanismos de segregação no trabalho simplesmente persistem inabalados." (BALKIN, 1999, p. 2312).

É bastante plausível a aplicação dessa mesma razão de princípio no âmbito de instituições de ensino superior. No Brasil é menos comum que estudantes universitários não apenas frequentem a universidade durantes as aulas e período de estudos na biblioteca mas organizem toda a sua vida em torno das estruturas universitárias. Nos Estados Unidos em especial, mas também em universidades em outros países, os estudantes muitas vezes vivem nos aposentos mantidos pela universidade, se alimentam nos restaurantes e lanchonetes universitários e organizam sua vida esportiva e social na infraestrutura oferecida pela universidade. Assim, se no tópico anterior defendíamos que o discurso de conteúdo discriminatório deve ser protegido no debate acadêmico, desde que apresentado de forma a favorecer a discussão de ideias, e desde que pertinente ao debate acadêmico em questão, o mesmo não procede no caso dos espaços de uso comum utilizados pelos alunos para o desenvolvimento de suas atividades universitárias[215].

[215] Jack M. Battaglia faz uma defesa de códigos de expressão banindo discursos de ódio em universidades que não faz diferenciação entre o ambiente de sala de aula e os demais ambientes nos quais os alunos conduzem suas vidas nos campi universitários. Isso sugere que ele não reconhece as exigências sutis do valor da liberdade acadêmica para os limites regulatórios dos debates acadêmicos propriamente ditos. Por outro lado, Battaglia sugere que apenas discursos direcionados a pessoas específicas ou a grupos pequenos de pessoas identificáveis deve ser proibido, e isso enquanto uma exigência do nexo de causalidade entre ato discursivo e dano. Dessa forma, Battaglia explicitamente rejeita a possibilidade de restrição de discurso por sua contribuição para a formação de um ambiente hostil, possibilidade essa que estou defendendo no que diz respeito à expressão em ambientes nos quais as pessoas podem ser consideradas como "cativas" (*captive audience*). Battaglia tenta alinhar as proibições de discursos de ódio nos campi universitários às condições para restrição discursiva aplicáveis ao discurso público, o que revela a falta de discernimento da normatividade especial subjacente ao contexto universitário. Conferir BATTAGLIA, 1991, em especial pág. 375-378. A posição de Strossen é, nesse sentido, ambígua. Ao mesmo tempo em que ela afirma que "os seguintes princípios que governam a permissibilidade das regulações de discurso em geral deveriam guiar a nossa análise da permissibilidade de regulações de discurso específicas no ambiente acadêmico." (STROSSEN, 1990, p. 502), ela é sensível à diversidade de ambientes de que é feita a estrutura universitária, admitindo que lógicas regulatórias distintas devem se aplicar a espaços distintos do ambiente universitário: "Ao sopesar as preocupações constitucionais de liberdade de expressão, igualdade e privacidade que as regulações de discurso de ódio implicam, os tomadores de decisão devem levar em consideração o contexto em particular dentro da universidade no qual o discurso ocorre. Por exemplo, as generalizações dos tribunais acerca da proteção elevada devida à liberdade de expressão no mundo acadêmico certamente são aplicáveis a algumas áreas do campus, tal como parques, shoppings, ou outros locais tradicionais de encontro. As generalizações, no entanto, não devem ser aplicáveis a outras áreas, tais como quartos do dormitório estudantil. Esses quartos constituem os lares dos estudantes. Dessa forma, sob os princípios da liberdade de expressão estabelecidos, os estudantes devem ter o direito de evitar serem expostos à expressão de outros buscando refúgio em seus quartos." (STROSSEN, 1990, p. 503). Creio que Strossen não opera uma diferenciação entre a lógica regulatória aplicável a espaços universitários específicos e aquela aplicável ao discurso público em geral porque entende que a doutrina da audiência cativa (*captive audience*) determina exceções à proteção discursiva geral. O que eu defendo é que a doutrina da audiência cativa (*captive*

A lógica é a mesma daquela elaborada para a proibição de discursos ofensivos e de conteúdo discriminatório nas relações de trabalho. Seria injusto condicionar o uso de bibliotecas, restaurantes, ginásios, e do equipamento dos dormitórios universitários, ao confronto constante com discursos de inferiorização da identidade pessoal. Assim como as relações de trabalho, o ensino superior é um elemento estrutural na dinâmica de distribuição de oportunidades na sociedade. A competição igualitária pelo acesso a recursos e oportunidades no mercado de trabalho passa, atualmente, na maior parte das sociedades capitalistas, pela possibilidade de competição igualitária pelo acesso à universidade e pela competição igualitária de desempenho nessas mesmas instituições. Sendo assim, seria injusto que determinadas pessoas, apenas pelo seu pertencimento a determinados grupos identificados por características totalmente irrelevantes para a mensuração do mérito nas dinâmicas distributivas competitivas da academia, tivessem que enfrentar condições mais adversas nessa competição, condições essas que elas não poderiam evitar se quisessem continuar a participar dessa dinâmica competitiva[216].

---

*audience*) se explica não em função de aspectos contextuais do discurso público que poderiam justificar exceções à liberdade de expressão, mas pelas exigências normativas de contextos especiais que não se confundem com o discurso público. A meu ver, o ambiente universitário não se confunde com o discurso público, enquanto, pela leitura que faço de Strossen, ela provavelmente o incluiria no escopo do discurso público, com exceção de alguns domínios que ela categoriza como espaços de privacidade: "Algumas áreas no campus apresentam problemas difíceis relativos ao nível apropriado de proteção de discurso porque eles compartilham características tanto de casas privadas quanto de fóruns públicos." (STROSSEN, 1990, p. 503).

[216] Creio que nem Baker, nem Dworkin, concordariam com o reconhecimento de razões de princípio para a proibição de discursos de ódio nas relações de trabalho ou na infraestrutura universitária. Dworkin expressamente parece negar que razões de princípio de fundamentação de direitos individuais se apliquem no contexto do trabalho ou das instituições de ensino: "Pessoas em uma sociedade plural possuem um direito, esse argumento de princípio insiste, de trabalhar e estudar e viver em um ambiente que é livre de afirmações ou exibições que elas razoavelmente tomam como degradantes ou humilhantes.
(...).
A ideia de que as pessoas possuem esse direito é absurda. Claro que seria bom se todos gostassem e respeitassem todos os demais que merecessem essa resposta. Mas nós não podemos reconhecer um direito ao respeito, ou um direito de ser livre dos efeitos de um discurso que torna o respeito menos provável, sem subverter totalmente as ideias centrais da cultura da independência e negar o individualismo ético que essa cultura protege". (DWORKIN, 1996g, p. 258). Penso que o equívoco de Dworkin é não reconhecer que as instituições do trabalho e da educação, além de serem especiais no sentido da política, por se prestarem a realizar objetivos específicos socialmente relevantes, são também especiais por ocuparem uma posição estrutural na distribuição de recursos e oportunidades na sociedade. Nesse sentido, penso que Dworkin faria bem em distinguir um direito de trabalhar e estudar em ambientes não degradantes ou humilhantes daquele de viver, de forma geral, nesses mesmos ambientes. Assim como Dworkin, eu negaria o último. Mas afirmaria os primeiros em função de uma exigência da igualdade distributiva.
Quanto à incompatibilidade desse argumento com a teoria bakeriana da liberdade de expressão, e da justiça em geral, penso que é devida à rejeição por Baker de um direito à igualdade distributiva. Apesar de a concepção de igualdade de Baker proibir que padrões distributivos sejam informados por preferências que negam o valor igualitário de certos grupos, ele não nega que a desigualdade distributiva possa ser informada pela preferência das pessoas por concepções específicas do bem humano. Assim, resultados discriminatórios poderiam ser obtidos por meio da operação dessas últimas preferências. Ademais, Baker afirma que o critério de definição da intenção de um padrão distributivo é o do sentido atribuído ao padrão pela sociedade em determinado período histórico: "O sentido social ou contextual de uma lei ou ato legislativo necessariamente depende da sociedade específica que as pessoas criam - das práticas das pessoas na política da vida cotidiana.

No tópico abaixo buscarei tornar concreta a diferença entre a lógica normativa subjacente ao debate ou discurso público daquela do contexto especial das relações de trabalho por meio de exemplos de instâncias discursivas as quais, segundo a tese defendida nesse trabalho, devem ser protegidas no âmbito do debate público, mas podem ou devem ser proibidas nas relações de trabalho.

### *1.3 Realizando a proibição de discursos de ódio nas relações de trabalho*

A pergunta que quero enfrentar nesse tópico é: quais instâncias discursivas poderiam, enfim, ser proibidas nas relações de trabalho que não poderiam ser proibidas no debate público em geral. Em outras palavras, qual diferença a tese da possibilidade de proibição desse discurso nas relações de trabalho de fato faz? Creio que essa é uma pergunta importante porque nos permite acessar com mais concretude o tipo de limitação do discurso que se justifica em determinados contextos especiais.

Vou construir exemplos análogos de discursos de ódio no debate público e nas relações e ambiente de trabalho para mostrar como a lógica normativa específica das relações no contexto especial justifica a proibição de atitudes que seriam permitidas no debate público.

Par de exemplos 1: Propaganda escrita de uma organização racista

a. Um membro de uma organização racista, cujo nome seria "União ariana pela libertação do Brasil", organiza um ato de panfletagem na praça da Sé, em São Paulo, distribuindo material explicativo dos objetivos da organização de promover o desenvolvimento nacional por meio de dominação da política pelos brancos. A organização conclama a todos os cidadãos a não votar em candidatos negros ou que sejam

---

Assim, o sentido ou propósito objetivo de uma lei se altera na medida em que as pessoas, na sua tentativa de criar uma sociedade melhor, alteram o contexto social no qual a lei é compreendida. A capacidade de dar novos sentidos para, e assim tornar questionável, várias práticas e artefatos sociais, incluindo as leis, promove a habilidade das pessoas de se engajar na política e de escolher ou criar a sua sociedade." (BAKER, 1983, p. 975). Se é assim, em uma sociedade composta por uma maioria que genuinamente compreende que a promoção de uma determinada religião é o melhor propósito que a sociedade em questão pode abraçar, negar alocação de certos recursos e oportunidades para pessoas que não seguem a referida religião não seria discriminatório, apenas refletiria as "boas intenções" prevalentes nessa sociedade de tornar-se a melhor possível.

racialmente miscigenados porque essas pessoas possuiriam menor capacidade intelectual e para o trabalho. O panfleto cita "estudos científicos" que corroboram a sua tese.

b. Um funcionário de uma empresa, membro da "União ariana pela libertação do Brasil", espalha dezenas dos referidos panfletos em mesas de café na empresa em que trabalha, e dependura alguns desses panfletos em quadros destinados à comunicação dos funcionários. Ele também dependura um desses panfletos em seu pequeno quadro no seu próprio espaço de trabalho e mantém consigo em suas gavetas individuais no local de trabalho alguns desses panfletos e exemplares de outros materiais de divulgação da organização.

Segundo a tese que defendo nesse trabalho, a organização "União ariana pela libertação do Brasil" poderia incorrer na panfletagem na Praça da Sé como exercício da liberdade de expressão. A única condição é a de que o ato fosse pacífico e não apresentasse riscos para a ordem pública ou a integridade física dos transeuntes.

Já o funcionário da empresa, em b., não poderia expor de forma sustentada e pública material com conteúdo discriminatório no local de trabalho. A exibição dos panfletos nos quadros de comunicação e a sua disponbilização nas mesas de café poderiam tanto ser proibidos por razões de política, quanto deveriam ser proibidos por razões de princípio. As razões de princípio determinam que o funcionário membro da organização racista não poderia impor aos trabalhadores negros ou de raças miscigenadas o confronto com a inferiorização da sua condição e da sua identidade, de forma a prejudicar as condições do seu desempenho profissional. Já as razões de política justificariam a iniciativa de gestores ou empregadores de proibição da circulação pública desse tipo de discurso no ambiente de trabalho por prejudicar as relações de cooperação, causar polêmicas que levam à dispersão de energia, desconcentração e animosidades, e por prejudicar as condições de trabalho de alguns funcionários. Nesse sentido, seria possível defender a pertinência de medidas de advertência, e outras punições, a funcionários que incorressem nessas atitudes prejudiciais aos objetivos institucionais da empresa.

E quanto ao panfleto dependurado em quadro pessoal do espaço de trabalho individual do funcionário racista, assim como a manutenção de exemplares tanto desse panfleto quanto de outros materiais de divulgação da "União ariana pela libertação do Brasil" na gaveta do espaço de trabalho do funcionário em questão? Penso que seria defensável a diferenciação dessas duas ações daquelas de expressão ampla da mensagem

racista no local de trabalho. Do ponto de vista das razões de princípio, o direito de todo trabalhador é o de não ter que se confrontar de forma involuntária com discursos de inferiorização da sua identidade em locais e situações os quais ele não pode evitar a não ser que abra mão de uma posição de competição pelos recursos e oportunidades produzidos e distribuídos socialmente. Esse direito, no entanto, não compreende o de não se deparar com, interagir ou ocupar os mesmos espaços de pessoas que sabidamente sustentam convicções extremamente ofensivas, injustas e de inferiorização de grupos de pessoas.

Pela perspectiva das razões de política, o interesse dos empregadores e gestores institucionais de forma geral é o de gerenciar o discurso que circula publicamente no ambiente de trabalho, e não o de gerir identidades. Um exemplo analógico e de mais fácil visualização seria aquele de um empregado extremamente religioso, cujas convicções são contrárias às relações homossexuais e ao aborto. É plausível exigir desse empregado que não incorra em discursos de aliciamento religioso ou catequização no local de trabalho. Mas não se pode dele exigir que se dispa das suas convicções e dos elementos de que ele se cerca para afirmá-las. Assim como não se pode retirar da mochila de um empregado religioso uma revista com material acusatório do homossexualismo e do aborto, também não se pode retirar das gavetas de um empregado racista material que exiba as suas convicções. É verdade que o fato de as pessoas possuírem convicções distintas e muitas vezes antagônicas, e o fato de elas serem conhecidas pelas demais pessoas, pode provocar desconforto nas interações profissionais. No entanto, o que conhecemos como atitude profissional é justamente o ônus que recai a todos aqueles que participam do mundo do trabalho de interagir dentro dos justos propósitos dos objetivos institucionais. E isso independentemente do apreço pessoal que cada trabalhador nutre pelos demais colegas de trabalho ou parceiros profissionais.

Par de exemplos 2: Discurso misógino falado

a. Um membro de um partido político conservador discursa em cadeia nacional contra uma política de creches públicas por acreditar que essa política incentiva indevidamente a inserção das mulheres no mercado de trabalho, a ruptura da estrutura familiar e a degeneração das crianças. O político afirma que o perfil emocional das mulheres as habilita às atividades domésticas e que o anseio moderno das mulheres de se inserirem no mercado de trabalho constitui uma tentativa de se eximirem das suas responsabilidades definidas biologicamente.

b. Um simpatizante x desse mesmo partido político se reúne com vários outros colegas no local de trabalho durante as pausas para o café para contar casos que ele considera como de patente inaptidão feminina para o trabalho. Os casos ridicularizam a atuação das mulheres nos mais diversos ambientes de trabalho, desde aqueles que exigem maior capacitação e especialização até aqueles que envolvem esforços mais mecânicos ou braçais. Um outro simpatizante y desse mesmo partido, mais discreto do que o primeiro, sempre quando indagado por algum outro colega de trabalho aceca das atividades profissionais de sua esposa, afirma que ela não trabalha e sim cuida dos filhos e da casa, "tal como deve ser".

Assim como no caso a. do par de exemplos 1, também no caso a. desse par de exemplos a tese defendida nesse trabalho orienta para a proteção do discurso. Trata-se de posicionamento ético-político expresso em espaço dedicado à expressão pública de ideias éticas e políticas. Já no caso b. tanto as razões de princípio quanto aquelas de política respectivamente deveriam e poderiam levar à proibição dos atos expressivos do simpatizante x. O seu discurso submete as mulheres do ambiente de trabalho a um espetáculo reiterado de inferiorização do seu papel nas atividades produtivas. Além de violar o direito das mulheres a um ambiente de trabalho razoavelmente igualitário, no qual elas possam competir pelos benefícios do bom desempenho profissional, o discurso cria animosidades e tensões nas relações entre os funcionários. No entanto, repetindo a lógica da distinção entre os panfletos guardados dentro de gavetas e dependurados em espaços individuais de trabalho e aqueles distribuídos e exibidos publicamente no espaço coletivo de trabalho, penso ser cabível também uma distinção entre a atitude do simpatizante x e aquela do simpatizante y. Esse último se restringiu a expor um aspecto da sua vida particular quando indagado a esse respeito por parte de outros colegas. Apesar de as convicções do simpatizante y serem bastante perturbadoras para as mulheres, ele possui o direito de mantê-las e de viver de acordo com elas. Assim como possui o direito de expressá-las em conversas privadas, ainda que no ambiente de trabalho, quando a sua intenção claramente não é a de expô-las amplamente para a comunidade profissional da qual participa.

Pelos exemplos acima tentei tornar concreta a aplicação da lógica normativa que diferencia entre as prerrogativas de expressão no discurso ou debate público e aquelas que assistem às pessoas nos espaços e relações de trabalho. Tentei também indicar os limites do escopo das razões proibitivas nos espaços e relações de trabalho, no sentido de que

alcançam a circulação pública de mensagens de ódio, mas não as instâncias de afirmação privada das convicções e da identidade de trabalhadores e funcionários.

Passarei no próximo tópico a explorar as razões que fazem do discurso comercial um contexto especial apartado do debate público, e de que maneira essas razões justificam restrições de discurso de ódio nesse contexto.

## 2. A proibição do discurso de ódio no contexto do discurso comercial

As razões que destacam o contexto do discurso comercial daquele do discurso público são distintas daquelas que fazem do local e relações de trabalho, ou do ambiente universitário, contextos especiais. No caso desses últimos, a maior parte das restrições discursivas se justificam pelo caráter institucional específico no qual o discurso acontece. Os atos discursivos proibidos podem ser de mesma natureza daqueles protegidos no discurso ou debate público: trata-se de indivíduos, ou associações de indivíduos formadas com a intenção de engajamento no amplo debate público de ideias, expressando suas convicções, visões de mundo, preferências e agindo com o propósito de modificar o ambiente em que vivem de acordo com essas convicções. O que muda, portanto, não é a natureza do engajamento dos titulares do discurso. São os objetivos específicos de um contexto institucional, ou a importância desse contexto para uma dinâmica distributiva igualitária, que justificam proibir o engajamento individual ou coletivo voltado para a autorrealização nesses contextos específicos. A autorrealização é preservada por haver outros contextos que constituem o discurso ou debate público no qual esses mesmos engajamentos não só são permitidos como protegidos.

No caso do discurso comercial, é a natureza do engajamento no discurso o que poderá justificar a sua restrição com base em razões normalmente inaceitáveis para a proibição do mesmo conteúdo discursivo no debate público. Baker afirma que o discurso comercial, no nosso contexto histórico presente,

> (...) não é uma manifestação da liberdade ou escolha individual; ao contrário das amplas categorias de discurso protegido, o discurso comercial não representa uma tentativa de criar ou afetar o mundo de uma maneira que se possa esperar representar os desejos privados ou pessoais de alguém. Assim, o discurso orientado ao lucro ou comercial não possui as conexões cruciais com a liberdade individual e a

> autorrealização que existem para o discurso em geral, e as quais são centrais para as justificações para a proteção constitucional do discurso, justificações as quais por sua vez definem o escopo apropriado da proteção sob a primeira emenda (BAKER, 1976, p. 3).

Baker justifica o seu ponto de vista afirmando que o regime econômico capitalista pressupõe agentes em competição em um mercado de bens e serviços orientados ao lucro. O regime constrange os agentes a produzir com vistas ao valor de troca daquilo que produzem, pois a sua sobrevivência no mercado depende da sua capacidade de gerar um excedente de valor na venda da sua produção. O valor de um capital ou de uma propriedade, dessa forma, "depende da sua habilidade de retornar um lucro - de reproduzir a si mesmo com um acréscimo" (BAKER, 1976, p. 11). A subsistência das pessoas e a busca pela realização de seus objetivos pessoais em uma economia capitalista altamente especializada depende, portanto, da sua capacidade de gerar lucro.

Nesse contexto de organização da vida econômica, Baker enfatiza os processos históricos que levaram à separação acentuada entre as esferas do lar e do consumo e aquela do engajamento econômico voltado ao lucro (BAKER, 1976, p. 12). Na primeira, as pessoas se expressam e agem de acordo com as suas concepções de mundo e seus compromissos éticos estruturais. Já na segunda esfera, segundo Baker, a intencionalidade dominante é a da geração de lucro. Essa separação "permite e requer que a atividade na esfera economicamente produtiva e alocativa da vida seja cada vez mais divorciada dos valores individuais dos agentes" (BAKER, 1976, p. 13).

O que é importante na orientação ao lucro adotada por todos os agentes no sistema econômico é que ela é uma imposição externa e estrutural do sistema sobre os indivíduos. As ações que o sujeito toma na esfera da empreitada econômica no sistema capitalista, portanto, devem ser interpretadas não como fruto da concepção que o sujeito possui de si mesmo ou do sistema de valores que ele endossa, ou do mundo para o qual ele gostaria de contribuir, mas como uma necessidade imposta por um determinado modo de produção e alocação de recursos. O sujeito, portanto, segue as imposições desse sistema pela produção o mais eficiente possível de bens e serviços com alto valor de troca para que ele possa aumentar as suas oportunidades de autorrealização na esfera do lar e do consumo privado.

Para Baker, o discurso comercial nada mais é do que uma dentre as ações que constituem a empreitada comercial. A publicidade é um discurso primordialmente orientado para a promoção dos objetivos de lucro da empresa ou da atividade econômica

sobre a qual ela trata. As imagens que ela veicula, a mensagem que ela expressamente ou implicitamente formula e a maneira como descreve e situa socialmente o produto ou serviço sobre o qual ela versa são calculadas para produzir lucro.

> Idealmente, o conteúdo, a forma, e particularmente a intensidade e direção da propagação do discurso comercial é determinado pelo cálculo da sua contribuição positiva para o lucro. Um parâmetro dado e imposto pela estrutura do mercado competitivo ao invés da escolha ou preconceito de valor do falante reside na fonte do discurso comercial. (BAKER, 1976, p. 14).

O ponto de Baker é o de que o discurso comercial é uma instância das atividades econômicas. Não o interpretamos como um engajamento de autorrealização, ou de independência ética, porque de forma geral partimos do pressuposto de que o propósito desse discurso é promover o lucro de uma empreitada econômica. A atividade econômica produtiva é tomada, de acordo com nosso modo de organização social, como uma atividade instrumental em relação à autorrealização pessoal. É verdade que uma parte importante da identidade humana e do valor que as pessoas realizam em suas vidas advém da sua relação com a sua atividade profissional. Mas isso não significa que o Estado não possa, no que diz respeito à coordenação da exploração de recursos e serviços, impor restrições e regulações que atendam a interesses de eficiência na exploração de recursos, interesses coletivos de distribuição dos recursos socialmente explorados e a prevenção contra danos individuais e coletivos na exploração desses mesmos recursos e serviços. Essas regulações são tomadas não como ingerências ilegítimas do Estado na autonomia das pessoas, mas como parâmetros que o Estado impõe às estruturas de propriedade e à exploração de uma atividade no mercado de bens e serviços as quais os sujeitos devem levar em consideração quando da realização de suas escolhas profissionais e de investimentos.

Desse modo, Baker argumenta que assim como o exercício de atividades produtivas podem ser reguladas pelo Estado, por não possuírem como intencionalidade central o exercício da autorrealização ou independência ética, também a publicidade que acompanha essas atividades podem e devem ser reguladas pelas mesmas razões.

A ênfase na articulação do discurso como uma atividade econômica instrumental é central para a sua caracterização enquanto discurso comercial. Isso porque a mera associação simplista entre ações discursivas, por um lado, e a proposição de transações econômicas ou perseguição de lucro, por outro, para fins de caracterização de atos

discursivos enquanto discurso comercial, pode gerar perplexidades. Esse seria o caso de uma associação religiosa que organiza um evento em praça pública e na ocasião distribui panfletos anunciando e promovendo a venda de literatura religiosa, com indicação de preços e locais de venda. Esse ato expressivo tanto propõe uma transação econômica (venda de livros), quanto persegue o lucro (obtenção de um adicional sobre o custo de produção e comercialização dos livros). No entanto, essa transação econômica e o lucro visado dela decorrente são constitutivos de uma prática de valor ético, qual seja, a prática religiosa. Tanto uma quanto outra são promovidas por uma associação de pessoas cuja intenção central não é a de ganhar dinheiro, ou obter lucro, mas de promover uma determinada visão de mundo e um conjunto de valores estruturantes da identidade pessoal, para o que necessitam de financiamento[217].

Baker aponta para o efeito de distorção que a publicidade gera no debate público. No capítulo terceiro abordei a concepção de democracia de Baker, segundo a qual a igualdade política deve ser garantida a toda pessoa para que possa contribuir para a identidade coletiva. A democracia exige liberdade de expressão como condição para a ação comunicativa, por meio da qual se dá a participação nos processos de decisão acerca da sociedade que "queremos" ser e dos valores que "queremos" promover. Dar livre curso ao discurso publicitário, na visão de Baker, significa permitir que engajamentos discursivos lastreados em intenções distintas daquela de exercício da independência ética, e sim impostas por um sistema produtivo não neutro em relação às alternativas de conformação da produção e do trabalho, exerçam um grande impacto na circulação das ideias e na formação da opinião pública. Esse impacto, segundo Baker, equivaleria a uma usurpação do direito das pessoas de chegarem a decisões a respeito de como desejam estruturar a sua sociedade, por meio de engajamentos que traduzem o valor igualitário de cada um, incluindo decisões sobre os padrões e prioridades na exploração de recursos e a forma de organização do trabalho e da propriedade. Para Baker, dar voz ao comércio equivaleria a dar voto a esse mesmo comércio, já que uma parte importante da democracia, na visão de Baker, ocorre não nas urnas, mas na discussão acerca do que e de que maneira votar: "A maneira como o 'lucro' quer que o mundo seja não possui nenhuma relação com a maneira como qualquer indivíduo quer que ele seja. Permitir o 'lucro' votar é depreciar a liberdade humana" (BAKER, 1976, p. 16).

[217] Esse é exatamente o alerta de Post quando afirma que o discurso comercial não pode ser definido por um conjunto de características únicas compartilhadas pelos falantes, assim como não pode ser definido pelo seu conteúdo. Conferir POST, 2000b, p. 15-20.

Se é claro, por um lado, que o discurso comercial, compreendido como parte de uma prática social intencionada ao lucro, não perfaz instância de exercício da independência ética, seja para fins privados, seja para fins de participação política, por outro lado não fica clara a dimensão das consequências que Baker pretende daí extrair. Afirmar que o discurso comercial não faz parte do cerne de proteção da liberdade de expressão significa que o governo poderá limitá-lo da maneira como bem entender? O governo poderá proibir a publicidade de excursões para a cidade de Aparecida, com o objetivo de desestimular a vida religiosa por compreender que a devoção religiosa embota a reflexividade e impede a emancipação individual? Parece existir uma diferença entre a proibição da publicidade de excursões para Aparecida e a proibição de publicidade de energia elétrica por empresa pública com vistas à promoção da economia de energia elétrica. Ou ainda, parece haver diferença entre a imposição de obrigação às empresas produtoras de cigarro para adição da advertência acerca dos efeitos adversos do tabaco em suas campanhas publicitárias, ou de obrigação às empresas fabricantes ou distribuidoras de bebidas alcóolicas de inclusão da advertência acerca dos efeitos adversos do alcoolismo ou dos riscos relacionados à embriaguez ao volante, e a proibição completa da publicidade de excursões à Aparecida. Ademais, segundo a lógica de Baker, se o discurso publicitário é tomado como atividade que intrinsicamente distorce a deliberação pública, isso significaria que o Estado possui o direito potencial de simplesmente banir toda e qualquer publicidade? Talvez as consequências do argumento de Baker sejam ainda mais drásticas no sentido não apenas de permitir ao Estado banir toda publicidade mas naquele de impor um dever ao Estado de que o faça, já que qualquer mediação do Estado acerca daquilo que pode ou não pode ser anunciado gerará uma inevitável distorção da deliberação pública, com a maioria não apenas decidindo acerca das estruturas de produção e alocação de recursos e da prioridade dos gastos públicos, mas se apropriando do próprio debate com a finalidade de conduzi-lo para a realização dos seus interesses.

As distinções conceituais operadas por Baker nos auxiliam a compreender porque um mesmo conteúdo discursivo pode ser proibido em certas instâncias discursivas mas não em outras. A ausência de engajamento ético no caso do discurso comercial, substituído pela intenção central de obtenção de lucro, explica, por exemplo, porque podemos proibir que uma empresa farmacêutica anuncie falsamente o poder de cura de uma planta em doenças letais como o câncer. E a intencionalidade ética central do discurso de um chefe de tribo indígena é aquilo que explica o seu direito de expressar esse mesmo conteúdo discursivo, ou seja, o seu direito de atribuir os mesmos poderes curativos à mesma planta,

ainda que essa seja uma convicção falsa. Mas as distinções de Baker parecem provar muito mais do que as nossas intuições acerca do valor do discurso comercial e, principalmente, acerca da interação entre poder estatal e regulação do discurso comercial. Elas parecem deferir à maioria toda a discricionaridade para decidir sobre o que permitir e o que proibir em matéria de discurso comercial. Mas o contraste entre os exemplos dos parágrafos anteriores sugere que ainda que não possamos reconhecer no discurso comercial a realização do valor central da autonomia ou independência ética, é possível que o discurso comercial se preste à realização de algum valor secundário também relacionado à liberdade de expressão, valor esse que de certa forma se conecta com a promoção do individualismo ético.

### *2.1 O discurso comercial e o valor da informação*

Robert Post constrói uma teoria do valor do discurso comercial que pretende justificar porque o discurso comercial, apesar de não equiparar-se ao discurso público, guarda ainda um valor que deve ser reconhecido e protegido pelo Estado:

> O discurso comercial, em contraste, consiste em comunicação acerca de questões comerciais que transmitem informação necessária para a tomada de decisão pública, mas que não é em si mesmo parte do discurso público. Discurso comercial difere do discurso público porque ele é constitucionalmente valorizado apenas pela informação que ele dissemina, ao invés de ser em si mesmo uma forma valiosa de participação na autodeterminação democrática. (POST, 2000b, p. 4).

Post mantém o mesmo posicionamento de Baker no que diz respeito à impossibilidade de inclusão do discurso comercial na categoria do discurso público "porque nós mais naturalmente compreendemos as pessoas que estão anunciando produtos para venda como buscando promover os seus interesses comerciais ao invés de participando na vida pública da nação." (POST, 2000b, p. 12). Mas ele nega que o discurso comercial seja destituído de todo e qualquer valor constitucional. Para Post, é o valor informacional do discurso comercial o que explica tanto o poder regulatório do discurso

comercial pelo Estado quanto os limites a esse mesmo poder[218].

Post afirma que a ampla disseminação de informações pelo discurso comercial alimenta e amplia as possibilidades de exercício da autodeterminação democrática[219]. Os cidadãos aprendem muito sobre o catálogo de produtos disponibilizados no mercado, sobre o custo desses produtos, e o nível de competição em determinado mercado por meio das informações disponibilizadas pela publicidade. Essas informações são úteis para a articulação dos cidadãos em torno de políticas públicas (Post oferece o exemplo segundo o qual os cidadãos podem ser incentivados a se organizar em torno da criação ou modificação de políticas de saúde pública em função do conhecimento acerca dos preços dos remédios, adquirido por meio da publicidade de empresas farmacêuticas) (POST, 2000b, p. 11). Mas são também úteis para que os indivíduos tenham acesso a opções de produtos e serviços que contribuem para diversos estilos de vida distintos. Uma publicidade acerca de um pacote de viagens para a Tailândia, com imagens de pratos da culinária local, das praias e dos templos religiosos do país, veiculando ainda a informação de que o pagamento poderá ser feito em diversas parcelas, pode trazer para o rol de possibilidades de um determinado público uma viagem que esse público jamais havia concebido fazer. A publicidade pode adicionar imaginários distintos, bem como informar acerca das reais condições financeiras necessárias para a realização de uma visita à Tailândia[220].

---

[218] A abordagem teórica a que Post se lança, tal como enfatizado no capítulo 2, é descritiva. A tarefa que Post sempre se propõe é a de divisar uma estrutura principiológica para um conjunto de doutrinas elaboradas pela Suprema Corte dos EUA. O seu objetivo é organizar o sentido das doutrinas de forma que elas possam ser modificadas com vistas à sua coerência interna, bem como possam ser desenvolvidas em novas situações, de forma também coerente. Ele parte, assim, do pressuposto de que a sua tarefa primeira é encontrar uma justificativa plausível para a categoria intermediária de proteção constitucional que a Suprema Corte já atribuiu ao discurso comercial. O norte de Post é a segunda das razões de princípio que o Juiz Blackmun afirmou para proteção do discurso comercial na decisão no caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council*, Inc., 425 U.S. 748 (1976), reconhecido como o caso central de proteção de discurso comercial decidido pela Suprema Corte. Segundo Blackmun, o discurso comercial "facilita o livre fluxo de informação comercial" que "pode ser de interesse público geral". Essas informações seriam essenciais para iluminar a "tomada pública de decisão em uma democracia". Não obstante o foco pretensamente descritivo de Post, entendo que a sua teorização é útil para auxiliar a organização das nossas intuições normativas acerca dos limites governamentais na regulação do discurso publicitário.

[219] Post nega que a liberdade de expressão sirva ao ideal do individualismo ético. Mas as conexões funcionais e valorativas que ele traça entre o discurso comercial e a autodeterminação democrática são também válidas entre o discurso comercial e a autodeterminação ética.

[220] Post concede que a importância das informações disseminadas pelo discurso comercial não dizem respeito apenas aos assuntos sobre os quais os cidadãos deliberam e tomam decisões políticas. Essa importância se estende às diversas concepções e imagens da boa vida disseminadas pela publicidade. No entanto, de acordo com a abordagem de Post, essas concepções e imagens são importantes na medida em que contribuem para o posicionamento das pessoas não em relação à sua identidade pessoal, mas coletiva: "Visões da boa vida articuladas em anúncios comerciais são relevantes para esse processo. Qualquer observador da cena americana relataria que a publicidade influencia profundamente nosso senso de nós mesmos enquanto uma nação." (POST, 2000b, p. 11).

A maneira como a informação comercial se articula com a autodeterminação se situa na figura não do falante, mas do ouvinte. Essas informações ampliam as possibilidades identitárias do ouvinte tanto no que diz respeito às suas decisões para a sua vida pessoal, quanto em relação aos temas de compartilhamento e discussão com os concidadãos. O discurso publicitário auxilia na conformação de um imaginário e uma temática comum de fácil acesso ao público em geral. Essa temática e esse imaginário compartilhado são importantes para estruturar as condições de um debate público. Os cidadãos apenas conseguem se engajar em debates de amplo escopo social se houver mecanismos de comunicação social que possam contribuir para a formação de agendas comuns.

O ouvinte, no entanto, não possui direito de acesso à maior quantidade de visões e perspectivas de mundo quanto possível. Cada um de nós, na capacidade de ouvinte, apenas temos direito a ouvir aquilo que uma pessoa ou um grupo de pessoas, no exercício da independência ética, se disponibilizar voluntariamente a expor e compartilhar: "(...), a Primeira Emenda, que opera como uma restrição na interferência governamental na esfera das liberdades individuais, não atribui ao ouvinte qualquer direito outro do que o de ter o governo não interferindo na liberdade de um falante disposto (*willing*)" (BAKER, 1976, p. 8). Quando, no processo comunicativo em questão, não houver um "ouvinte disposto" relevante, caso do discurso comercial, já que a "disponibilidade" do "falante comercial" para se expressar não conta como exercício da independência ética, a afirmação de Baker quanto aos direitos do ouvinte pode ser assim reformulada: a liberdade de expressão não atribui ao ouvinte qualquer direito outro do que o de ter o governo não interferindo no leque circulante de concepções éticas de mundo com o fim de privilegiar ou prejudicar a disseminação de uma delas. A liberdade de expressão não garante ao ouvinte direito de acesso ao que pensam os diversos falantes. Mas garante ao ouvinte o direito a um processo de formação de convicções e escolhas éticas livre das iniciativas de manipulação estatal.

### *2.2 Discurso comercial, independência ética do ouvinte e regulação estatal*

O valor informacional do discurso comercial e a sua relação com a independência ética do ouvinte pode auxiliar a compreender o escopo do poder regulatório do Estado sobre esse discurso. Retornando aos exemplos mencionados em parágrafos acima, o Estado

não pode proibir a publicidade de uma excursão à cidade de Aparecida porque não cabe ao Estado desfavorecer a vida religiosa em favor de outras formas de estruturação do valor da vida humana. O ouvinte possui o direito de não ser privado de informações sobre atividades relacionadas à vida religiosa quando essa privação tiver lastreada na intenção do Estado de manipular as convicções éticas dos ouvintes.

No entanto, o Estado pode compelir os fabricantes e vendedores de cigarro a incluir advertências acerca dos malefícios relacionados ao tabagismo. A imposição de "obrigação de fornecer informação" sobre empresas do ramo do cigarro não viola a liberdade de expressão das empresas ou de nenhum de seus trabalhadores, gerentes ou sócios, já que, como visto, a expressão de uma entidade comercial não é melhor interpretada como um exercício de engajamento ético. Ademais, trabalhadores, gerentes e sócios da empresa mantêm seus direitos de expressão no debate público enquanto sujeitos dotados de dignidade. E se for de sua convicção que o tabagismo deve ser encorajado e disseminado enquanto estilo de vida, eles poderão expressar esse ponto de vista sem qualquer interferência estatal (seja para restringir ou obrigar a expressão). Quanto aos ouvintes, a obrigação de disponibilização de informação não proíbe a disseminação de concepções que associam o cigarro a certos estilos de vida (a empresa continua a poder associar o cigarro à sensação de liberdade do alpinista no alto de uma montanha nos Andes. Ou à sensação de intimidade e sofisticação por meio da imagem de um cigarro aceso e compartilhado entre um casal bonito em um quarto de hotel). Os ouvintes continuam a ter acesso ao tabagismo como uma prática possível. Mas eles ganham mais, ao invés de menos, subsídios para tomar a decisão de fumar ou não.

Ainda, se o valor do discurso comercial é informacional, o Estado poderá proibir a disseminação de afirmações de fato falsas em publicidades comerciais. A proibição de falsidades empíricas em anúncios publicitários não se explica pela intenção de favorecimento ou preterimento de posicionamentos éticos. A ciência fornece a melhor base preditiva segundo a qual tomar decisões acerca do que fazer. Quando o Estado proíbe a disseminação da falsidade, determinada segundo os métodos convencionalmente aceitos de verificação, ele não visa impor ou preterir uma visão de mundo ética específica[221].

[221] É verdade que, em certo sentido, a adoção da ciência enquanto parâmetro para a definição da verdade não é neutro. A verificação científica não é a única epistemologia possível ou a única forma de organização da experiência sensível. Não entrarei, no entanto, nessa discussão específica nesse ponto do trabalho já que o meu objetivo não é, nesse capítulo, apresentar teses definitivas acerca do escopo legítimo de ingerência estatal no discurso nos contextos especiais ora tratados. Penso, no entanto, ser apenas oportuno ressaltar que a ciência como método de determinação da verdade é adotada como parâmetro pelo Estado para determinação do dever estatal em relação àqueles sujeitos à sua jurisdição em diversos campos da regulação,

Por fim, o Estado não viola a independência ética dos ouvintes quando eventualmente dificulta a adoção de um determinado estilo de vida ou a realização de uma ação de relevância ética por incidir em regulação das atividades econômicas com o fim de promover certos interesses coletivos. Por exemplo, o Estado não incide em violação da independência ética quando impõe altos impostos sobre a circulação de cigarros e bebidas alcoólicas, encarecendo substancialmente o acesso ao tabagismo ou ao alcoolismo. Há razões não paternalistas[222] pelas quais o Estado pode se engajar nessa tributação. Por exemplo, o Estado pode pretender eliminar ou diminuir os custos sociais associados ao tabagismo e ao alcoolismo, tais como gastos no sistema público de saúde, no sistema de assistência social, bem como a diminuição da produtividade das pessoas em idade ativa que sofrem com o vício. Essas razões somam-se à pretensão de aumentar as informações disponíveis aos ouvintes na justificação de imposições de obrigação de informar aos produtores e distribuidores de cigarros e bebidas alcoólicas.

O foco no interesse público poderia também justificar a proibição de publicidade de promoção do consumo de energia elétrica. Além de o fato do consumo de energia elétrica em si não constituir um valor substantivo em torno do qual as pessoas poderiam

---

sem que isso seja tomado como demonstração de viés estatal em relação a qualquer alternativa ética. Alguns exemplos são os parâmetros utilizados para aferir responsabilidade por erro médico, regulação dos processos de aprovação de novos medicamentos para comercialização, determinação de diversos parâmetros de segurança e performance para produtos e serviços disponibilizados ao consumidor, definição do currículo escolar, dentre vários outros exemplos. Questionar a ciência enquanto parâmetro eticamente neutro significaria questionar a legitimidade da adoção da ciência enquanto padrão de correção em cada um dos exemplos regulatórios e de política pública acima mencionados, assim como significaria conceber que o próprio método de aferição da verdade pudesse ser submetido a decisão democrática (o que poderia implicar, por exemplo, a possibilidade de que a prática médica passasse a ser avaliada de acordo com uma epistemologia religiosa).

[222] Mesmo o paternalismo, quando qualificado, poderia justificar a ingerência estatal tanto no discurso comercial quanto em outros aspectos circundantes de determinadas escolhas de relevância ética. O Estado pode proibir drogas pesadas como o crack ou a cocaína, por exemplo. Penso que a preocupação paternalista é minimalista na mesma proporção do minimalismo ético que informa a teoria da justiça que fundamenta esse trabalho. Drogas pesadas como crack ou cocaína eliminam em muito pouco tempo o poder de ação (*agency*) do indivíduo. O uso dessas drogas pode ser compreendido como um ato de independência ética em um tempo 1. No entanto, ele se converte em pouquíssimo tempo em autoextermínio das capacidades de autodeterminação. É por roubar a pessoa de si mesma que essas drogas podem ser legitimamente banidas. A sua proibição resguardaria a própria possibilidade da autodeterminação no tempo. Isso poderia explicar a diferença entre a intolerância acerca do uso dessas drogas e a tolerância com o uso de outras drogas como o cigarro ou o álcool. A diferença poderia ser articulada de três formas distintas. A primeira delas argumentaria no sentido de que o álcool e o cigarro, apesar de poderem levar as pessoas a formas muito fortes de vício, não retiram das pessoas o poder completo de ação. O sujeito, sob o efeito dessas drogas, retém ainda condições de tomar decisões, mesmo que de difícil execução, de abandono do vício. Em segundo lugar, o vício em cigarro ou álcool não significa, muitas das vezes, completa incapacitação para o exercício da independência ética em diversos outros aspectos da vida. Em terceiro lugar, muitas pessoas mantêm o seu consumo de drogas como cigarro e álcool sob controle, sem inocorrência em vício. É possível consumi-las em momentos específicos e em quantidades específicas em ocasiões pontuais sem que elas se apoderem quimicamente dos mecanismos de autodeterminação dos indivíduos.

organizar a sua vida[223], o interesse do Estado não é o de manipular as escolhas éticas de ninguém, mas o de promover a preservação de um recurso socialmente importante.

Creio ter chegado o momento de introduzir o problema da regulação de discursos de ódio no contexto do discurso comercial. A eventualidade dessa regulação não encontra obstáculos relacionados ao falante, tal como identificamos no caso de discurso de indivíduos ou grupos de indivíduos associados para fins de promoção de uma visão de mundo, pois a intencionalidade do discurso comercial não é, paradigmaticamente, a de exercício da independência ética, mas a de promoção de um objetivo econômico instrumental. É preciso investigar se é possível identificar interesses legítimos pelos quais o Estado poderá proibir a circulação de conteúdo discriminatório ou de extrema ofensividade contra determinados grupos de pessoas em discursos comerciais, insistindo que, nesse caso, o critério de legitimidade se refere ao respeito pela independência ética dos ouvintes.

Penso que a promoção da igualdade é um interesse coletivo legítimo o qual, tal como discutido no capítulo segundo, o Estado possui o dever de promover. Esse interesse poderia justificar a proibição de discurso de conteúdo discriminatório, tal como definido nesse trabalho, em discursos comerciais. O Estado poderá proibir, por exemplo, propagandas que explorem ideias de superioridade racial, com textos ou imagens que sugiram a subordinação de algumas raças por outras. Poderá também proibir propagandas que explorem a desumanização ou degradação de certos grupos de pessoas por outras, ou a violência institucionalizada exercida contra determinados grupos, definidos por conta de alguma característica religiosa, nacional, étnica, de orientação sexual, de gênero, ou cultural, sugerindo a negação de direitos a certos grupos em função de sua escolha ética ou de qualquer outro traço que o defina.

Essas mesmas instâncias discursivas, se praticadas por indivíduos ou grupos de pessoas no exercício da independência ética na arena do debate público não poderiam ser proibidas a não ser que associações causais diretas pudessem ser assumidas entre esses atos discursivos e a ocorrência de danos iminentes aos direitos de terceiros à vida, integridade física ou de acesso igualitário a recursos e oportunidades. O argumento que ora defendo é o de que os vínculos causais estritos entre discurso e dano não são os únicos a condicionar a legitimidade da regulação do discurso comercial de conteúdo discriminatório. O Estado

---

223 Ninguém determina para si o objetivo de se tornar o maior consumidor possível de energia elétrica. É verdade que muitas atividades importantes do ponto de vista ético podem exigir um consumo maior de energia. Mas o exemplo foca na regulação de uma mensagem que trata de consumo de energia e não das demais outras atividades que envolvem consumo de energia em maior ou menor grau.

não viola a independência ética de qualquer falante quando proíbe conteúdo discriminatório em discurso comercial. Tampouco aquela de nenhum ouvinte, já que o objetivo que pode ser razoavelmente atribuído à regulação é o de promoção da igualdade, e não o de manipulação da escolha ética dos ouvintes. Já afirmei que convicções racistas ou preconceituosas de outras naturezas podem ser centrais na formação de identidades pessoais. No entanto, existe uma diferença sutil entre proibir uma mensagem discriminatória por compreender que o ouvinte é incapaz de tomar uma decisão autônoma acerca do valor de ideias racistas e preconceituosas e proibir essa mesma mensagem para promover a igualdade de direitos no âmbito político. A igualdade é um ideal que o Estado possui o dever de endossar e promover ativamente, desde que não viole os direitos individuais de ninguém.

Quanto à regulação de conteúdos extremamente ofensivos e que não necessariamente advogam pela restrição dos direitos de certos grupos de pessoas (tal como críticas ácidas e chocantes de certas práticas religiosas), penso que é preciso maior cautela. Isso porque pode ser mais difícil insistir em que a interpretação mais plausível dessas restrições não implique a manipulação de convicções éticas dos ouvintes. Não me parece que a proibição de uma imagem que distorce de forma chocante os dogmas de uma determinada religião possa ser explicada a não ser pela intenção de poupar os sentimentos religiosos de um grupo de pessoas.

Alguns casos podem se mostrar de difícil interpretação por terem o seu caráter ofensivo atrelado a pressupostos discriminatórios e preconceituosos. Creio que bons exemplos nesse sentido são as propagandas de cerveja que associam a sensualidade e a aparência física das mulheres ao produto que é consumido pelos homens. Também podem aí figurar as mensagens que buscam explorar de forma cômica certos estereótipos raciais, tais como o negro de baixa capacidade intelectual ou o nordestino preguiçoso. A potência da mensagem é centrada em torno do reforço dos papéis sociais subordinados ou inferiores dos grupos sociais em questão. A mensagem discriminatória não é claramente expressa, mas as imagens e mensagens reforçam os pressupostos presentes na maior parte das atitudes de discriminação contra mulheres, negros e nordestinos. Essa contribuição difusa porém possivelmente poderosa da exploração sutil de estereótipos para a naturalização de preconceitos poderia justificar a restrição de publicidade que explora tais estereótipos com base no interesse de promoção da igualdade entre os grupos sociais.

***

Nesse capítulo procurei expor brevemente a plausibilidade de razões para proibição de discursos de ódio com base em seu conteúdo e forma em contextos institucionais especiais, com foco nas relações de trabalho e no discurso comercial. O meu objetivo não foi o de esgotar a discussão acerca da justiça da regulação do discurso com base em conteúdo e forma nesses contextos, o que requereria adentrar os detalhes das controvérsias relacionadas às intencionalidades prevalentes nas atividades em cada um deles. O meu objetivo foi apenas o de mostrar caminhos possíveis da argumentação que coerentemente requer a proteção de discursos de ódio no debate público ao mesmo tempo em que permite ou exige a restrição de instâncias desses discursos em contextos especiais. Espero, com esse esforço, ter indicado respostas possíveis para a segunda crítica a Dworkin formulada no final do capítulo 2 desse trabalho. A crítica reivindicava que as razões que justificam a proibição do discurso de ódio em determinados contextos devem ser generalizadas para todas as instâncias discursivas. Espero que o leitor tenha se convencido de que as regras de regulação do discurso não são as mesmas em contextos discursivos diversos. Espero que tenha se convencido da diferença que existe entre discurso público e contextos discursivos especiais (tais como o da educação básica, educação universitária, relações de trabalho e discurso comercial). E, mais importante, que tenha se convencido de que as razões que exigem a proibição de discursos de ódio em alguns contextos especiais são as mesmas que exigem a proteção desses mesmos discursos no debate público. Isso, se tivermos a pretensão de honrar aquilo que a democracia, por vezes dolorosamente, requer.

# CONCLUSÃO

Os argumentos os mais poderosos no atual debate jurídico e filosófico em favor da proibição de discurso de ódio no discurso público, sejam eles fundados em uma concepção de dignidade como fundamentos da reputação, em um conceito de reputação enquanto direito de resultado sobre o discurso acerca de si socialmente circulante ou em um conceito de democracia enquanto garantia igualitária do voto informado, não logram, afinal, sucesso. Isso ainda que esses argumentos busquem, a princípio, uma alternativa ao simples balanceamento entre a igualdade ou dignidade dos grupos vulneráveis, por um lado, e a liberdade daqueles que possuem convicções odiosas, por outro. Ou seja, ainda que eles façam vislumbrar, em sua estrutura, clarões de uma pretensão teórica voltada à conceitualização coerente dos valores políticos e dos direitos em jogo. O seu fracasso, no entanto, guarda uma importância didática que falta às fórmulas tributárias às abordagens consequencialistas, ou de custo-benefício mais amplas. Isso porque ele só pode ser reivindicado depois de apreciado o quanto as concepções dos valores políticos pressupostos por tais argumentos são capazes de explicar e justificar as nossas práticas discursivas no debate público. A reivindicação desse fracasso é dependente do enfrentamento, portanto, de um ônus argumentativo imposto aos defensores de um escopo para as expressões de ódio. Nesse processo argumentativo, aqueles que defendem a proteção do discurso de ódio no debate público, e se opõem à sua proibição em razão de seu conteúdo ou forma, são forçados à verificação da coerência interna de seus próprios argumentos e da plausibilidade dos pilares da teoria política na qual se assentam.

Waldron argumenta que a dignidade confere a cada ser humano uma posição na sociedade que lhe permite exigir deferência e respeito por parte das demais pessoas. No entanto, Waldron, certamente, não quer que o sentido desse direito de deferência signifique o direito de controle sobre os pensamentos e convicções das demais pessoas. Para tanto, ele precisa identificar um conteúdo para o direito violado pelos discursos de ódio externo à mente daqueles que possuem crenças odiosas. Waldron propõe a ideia de um direito a uma garantia de pertencimento à sociedade em boas condições. Ou seja, o direito não apenas de ser tratado no presente de acordo com as exigências da justiça, mas também da garantia de que isso irá acontecer no futuro. Os discursos de ódio violariam essa garantia ao atentar contra os fundamentos da reputação das pessoas. Esse é um argumento poderoso que se

baseia na mínima limitação do conteúdo admitido no debate público (pois impõe apenas que os fundamentos da justiça não sejam negados), assim como faz uma conexão da proibição dos discursos de ódio com o direito de reputação.

No entanto, tal como o próprio Waldron admite, ele necessita, ao fim e ao cabo, sacrificar (ainda que "pouco") os valores da independência ética dworkiniana ou autonomia bakeriana, e da legitimidade política, tal como defendida não apenas por Dworkin e Baker, mas também outros teóricos da liberdade de expressão, como Post e Weinstein. Ainda, tanto a versão do argumento formulada na hipótese causal da discriminação em sentido estrito, quanto aquela na hipótese do dano aperfeiçoado no discurso, provam muito mais do que o próprio Waldron gostaria. Se tivermos o dever de restringir todo discurso que possui relação causal difusa com a dura, cruel realidade cotidiana das mulheres que são abusadas sexualmente pelos patrões, dos travestis que são assassinados em ruas escuras nas periferias das grandes cidades brasileiras, dos negros que são todo dia tomados por bandidos ou traficantes e assassinados sumariamente pela polícia nas favelas, então teríamos que banir uma parte imensa da cultura popular. Não apenas criticá-la. De certo, bani-la. E, se quisermos ampliar o escopo de nossas preocupações àqueles que são homens brancos, mas que morrem mais cedo de pobreza, de exaustão no trabalho braçal, de falta de atendimento no injusto sistema de saúde, fruto do injusto sistema distributivo, então deveremos banir parte relevante dos partidos políticos, e outra parte imensa do debate político em todas as esferas nas quais ele ocorre. Porque a cultura do preconceito e a cultura política que permeiam a violência e a flagrante injustiça da sociedade brasileira são destiladas e reforçadas nas sutilezas das mais diversas dinâmicas de expressão de ideias, símbolos e concepções éticas, morais e políticas.

No entanto, essas dinâmicas nada mais são do que a própria voz dos que constituem a nossa comunidade política. O autogoverno de que trata a democracia diz respeito ao autogoverno dessas pessoas para essas mesmas pessoas. A tomada independente de posição em assuntos sobre o sentido do casamento, sobre o sentido da família, sobre as possibilidades do sexo, sobre a justa distribuição dos recursos sociais disponíveis, sobre o direito de pertencimento à comunidade política, informa o valor da vida de todas as pessoas, inclusive daquelas que muitas vezes se equivocam terrivelmente, de forma repugnante, acerca das respostas a essas questões.

Quando digo que elas se equivocam, que elas erram e dão voz ao seu erro, afirmo que isso ocorre dentro das regras socialmente compartilhadas de formação de identidades políticas, religiosas e de apreciação dos méritos e deméritos de teses sobre o valor da vida

humana, sobre a relação entre grupos de pessoas e sobre a melhor organização das instituições políticas. Quando, no entanto, as pessoas violam essas regras socialmente compartilhadas de limitação legítima da expressão sobre questões de fato e valor em contextos discursivos distintos, e quando isso é prejudicial à maneira como pessoas individuais ou grupos de pessoas são percebidos socialmente, então haverá violação dos direitos de reputação de terceiros. Ofereci, portanto, uma concepção do direito de reputação compatível com a proteção dos casos paradigmáticos de discursos de ódio. Uma concepção que exige a alteração de padrões jurídicos de definição do direito à reputação, protegido pelo instituto da difamação, na maior parte das democracias liberais, aí incluído o direito brasileiro. Mas que, não obstante, leva o direito à reputação a sério como uma exigência da igualdade distributiva de condições para a autodeterminação. Defendi que a reputação é um direito de competir de forma justa contra a má percepção social de si. Afirmei que esse é um direito em sentido forte, um trunfo perante os interesses coletivos associados inclusive à liberdade de expressão (controle social da política, informação do eleitorado e dos consumidores, dentre outros), mas que enquanto tal não pode significar um direito de resultado acerca das opiniões ou imputações de fato sobre si circulantes na sociedade. Mostrei ainda como uma teoria da justiça carente de tese acerca dos justos padrões substantivos de distribuição de recursos e oportunidades sociais, tal como a teoria bakeriana, é incapaz de justificar um direito de reputação em sentido forte.

O confronto com a crítica feminista, que ressalta o problema da manutenção das próprias condições de possibilidade do exercício da independência ética, ofereceu a oportunidade de insistir no compromisso, muitas vezes negligenciado na teoria da justiça dworkiniana, com uma teoria ética, ainda que minimalista. Essa teoria não adjudica sobre as mais diferentes formas de viver uma vida valiosa. Mas ela insiste que a vida humana possui valor objetivo e que uma das condições necessárias, porém não suficientes, de uma vida valiosa, é a de que ela seja fruto da reflexão independente daquele de cuja vida se trata. A justiça, afinal, adjudica sobre as condições corretas dentro das quais os indivíduos devem fazer suas escolhas éticas e se esforçar para fazer de suas vidas o melhor que elas puderem ser. Apesar de a verdade moral e política não ser derivada das intuições éticas (ela parte também de intuições morais e políticas independentes), o sentido da reflexão moral e política é possibilitar que todos as pessoas tenham condições de viver vidas valiosas. Se é assim, para além de preocupações distributivas, a coletividade tem o dever de se preocupar com as condições culturais e simbólicas dentro das quais as pessoas se formam sujeitos encarregados de viver vidas eticamente independentes. As capacidades

para a independência ética não são inatas. Elas precisam ser desenvolvidas. Defendi que na sociedade em que vivemos a educação básica é uma importante instituição organizada coletivamente que se encarrega, dentre outras coisas, de alimentar a autoconfiança, o senso do valor individual e a responsabilidade ética. Ela também apresenta às crianças e jovens diversos caminhos éticos valiosos, para que eles se eduquem aptos a fazer suas escolhas independentes, levando suas características pessoais, circunstâncias e tendências em consideração. Na escola é portanto necessário garantir, nas palavras de Waldron, um "ambiente moralmente saudável", porque o objetivo institucional específico da escola é o de oferecer condições propícias e igualitárias para a consolidação da autoconfiança e das capacidades para a independência. Crianças e jovens, por um lado, não possuem autonomia. Por outro, suas vidas possuem igual valor objetivo. A escola é o lugar no qual a sociedade se encarrega de promover igualmente o valor objetivo da vida de cada criança e de cada jovem. Por isso o dever de proibição de discursos de ódio, em razão de sua forma e conteúdo, no ambiente e nas relações escolares.

Os compromissos igualitários do Estado não se esgotam na política de educação básica. Eles possuem repercussão em outros contextos especiais que integram a dinâmica distributiva de oportunidades e recursos sociais. É por isso que o discurso de ódio poderá ser proibido em razão de seu conteúdo e forma nas relações de trabalho e nos ambientes universitários que constituem a infraestrutura básica da experiência universitária, tais como bibliotecas, academias de ginástica, refeitórios e dormitórios da instituição. A proibição, nesses casos, não se funda na falta de autonomia de estudantes terciários ou adultos partícipes do mercado de trabalho. Pelo contrário, o argumento pressupõe a autonomia dessas pessoas mas insiste no fato de que nesses contextos especiais elas são impedidas de exercê-la em toda a sua extensão. Se, por um lado, as pessoas possuem direito de expressão de discursos de ódio no debate público, elas por outro lado possuem o direito de evitar esses discursos no mesmo debate público ao se afastarem de quem fala, ao trocarem o canal de televisão ou a sintonia do rádio, ao jogarem fora panfletos com propaganda racista, misógina, preconceituosa de qualquer tipo ou ofensiva. Ocorre que exigir das pessoas a responsabilidade por gerência do seu espaço e tempo na maneira como interagem ou deixam de interagir com discursos de ódio nas relações especiais de trabalho ou de educação superior equivale a exigir que elas abdiquem de suas oportunidades de trabalho ou educacionais. Condicionar a participação na dinâmica de competição por recursos e oportunidades sociais ao confronto com expressões de inferiorização da própria identidade desequilibra imoralmente as condições dessa competição para os membros dos grupos-alvo

dos discursos. É por isso que a igualdade distributiva exige a proibição de discursos de ódio em razão de seu conteúdo e forma nas relações de trabalho e nos ambientes universitários coletivos que se espera sejam frequentados pelos estudantes enquanto parte de sua experiência universitária.

Em texto em que defende a restrição de algumas formas de discurso de ódio nos campi universitários, Charles Lawrence afirma muito se preocupar "com o papel que muitos libertários civis tem desempenhado, ou com os papeis que eles têm falhado em desempenhar, na luta persistente da vida real pela qual nós definimos a comunidade em que vivemos" (LAWRENCE, 1990, p. 435). Lawrence teme que por meio da maneira pela qual temos construído o debate em torno dos discursos de ódio " - enquanto um em que a liberdade de expressão está em conflito com a eliminação do racismo - nós tenhamos avançado a causa da opressão racial e tenhamos situado o fanático em alto terreno moral, abanando as chamas ascendentes do racismo"(LAWRENCE, 1990, p. 436). A conclusão a que cheguei nesse trabalho, de fato, não é uma que a maior parte dos leitores identifica com o típico final feliz. O meu argumento é o de que o vilão da história, o racista, misógino, homofóbico, fanático, ou preconceituoso de todo tipo, possui dignidade e é, nas palavras do próprio Waldron, "membro da comunidade política em boas condições". Gostaria, no entanto, de evidenciar o que nessa conclusão ilumina sim o nosso compromisso não apenas com o tipo de sociedade justa, igualitária, que queremos ser, mas também com o tipo de caminho, justo e igualitário, que queremos trilhar em perseguição do nosso ideal. Quero jogar luz sobre o fato de que não apenas o "o que", mas também, e muito importante, o "como", importa na difícil tarefa de nos aproximarmos do nosso ideal de coletividade justa.

A proteção do discurso de ódio no debate público não é resultado de um trunfo da liberdade sobre a igualdade. Tampouco é o contrário. A proteção de amplas liberdades de expressão no discurso público é uma exigência tanto da igualdade como da liberdade. O valor igualitário de cada vida humana requer a proteção da liberdade de expressão como condição de legitimidade política. É uma condição do respeito tanto pela capacidade e dever ético de cada pessoa de se responsabilizar pela elaboração da sua própria história de vida, e pela conformação do seu mundo privado, quanto pelo seu estatuto de membro e partícipe da comunidade política cujas decisões somos todos obrigados a acatar. Por outro lado, a igualdade de cada ser humano exige a liberdade de expressão porque é informada pelo individualismo ético. Porque entende que não há valor humano se os seres humanos são usurpados do desafio de chegarem às suas convicções identitárias mais importantes

com independência. Observar o fracasso de racistas, misóginos, homofóbicos e fanáticos religiosos quando esses reivindicam tratamento desigual entre grupos de pessoas e degradam o valor dos membros de alguns desses grupos é, ironicamente, o triste resultado do respeito pelo seu direito de exercer a sua responsabilidade ética.

A liberdade de discurso de ódio no debate público é a expressão menos gloriosa, mas não menos importante, da igualdade no "como" do nosso percurso em direção à sociedade mais justa que pudermos ser. Essa não se confunde com uma visão determinista que vislumbra o sucesso inevitável ao final da caminhada. É apenas o reconhecimento do risco envolvido no projeto que chamamos democrático. E também da enorme dificuldade que envolve promover sociedades de massas, de milhões de habitantes, na direção da justiça, sem passar por cima de condições inegociáveis da democracia. Condições que, em última instância, se assentam no reconhecimento inegociável da dignidade de cada pessoa submetida à autoridade estatal.

Lawrence nos exorta no sentido de que "precisamos encontrar caminhos e ação que resista e contenha as ideias racistas que a primeira emenda protege. Se nós falharmos nesse dever, as vítimas do discurso de ódio corretamente assumirão que nós estamos alinhados com os seus opressores." (LAWRENCE, 1990, p. 480). Ele tem razão. Nesse trabalho, no entanto, eu mostrei não apenas o lado protetivo aos discursos de ódio exigido pela melhor teoria liberal igualitária. Eu evidenciei também os momentos em que a melhor compreensão do liberalismo igualitário requer frear o discurso de ódio. Eles dizem respeito aos contextos discursivos centrais da dinâmica de distribuição de oportunidades e recursos na sociedade. Discurso de ódio não pode, dessa forma, impor obstáculos desiguais a mulheres, negros e homossexuais na busca pelo sucesso profissional. Não pode dificultar desigualmente os seus esforços na competição pelos melhores desempenhos acadêmicos. Todas as pessoas, a despeito de suas filiações de grupo e identitárias, possuem direito a lutar pelos seus ideais livres do confronto com condutas e mensagens de inferiorização de sua identidade em locais nos quais não podem evitar a não ser pela abdicação de oportunidades de trabalho e educacionais. Acima de tudo, as pessoas possuem direitos iguais a se formarem aptas à construção e perseguição de ideais. O discurso de ódio não pode invadir os espaços e as relações institucionais que a sociedade dedica, justamente, a fomentar, amadurecer e formar as individualidades das crianças e dos jovens para se apropriarem com energia da tarefa de forjarem para si uma vida plena de sentido, cientes e nunca reticentes do valor da sua vida. As crianças e jovens, em sua diversidade, possuem o direito de que o discurso de ódio seja barrado na porta da escola. Esses compromissos

normativos do liberalismo igualitário claramente mostram de que lado estão os defensores das liberdades civis enquanto direitos em sentido forte, dentre os quais eu gostaria de me incluir. Certamente não estamos alinhados com os opressores.

No epílogo de sua obra *Justice for Hedgehogs*, Dworkin alerta para o prejuízo que sociedades economicamente desiguais aportam para o valor ético da vida não apenas dos mais pobres, como também para a vida dos mais afluentes. Entre os abastados mais talentosos, uma sociedade economicamente desigual impõe o dever mais acentuado de realização de algo especialmente valioso de suas vidas, já que eles desfrutam de uma posição de privilégio em relação às demais pessoas. Essa situação também lhes impõe o drama de saber se eles podem fazê-lo dignamente, ou seja, de uma forma que compense a indignidade que reside no fato de disporem injustamente de mais recursos do que outras pessoas igualmente talentosas. Aos menos talentosos entre os mais abastados, a situação é ainda mais dramática, pois nada do que fizerem de suas vidas poderá compensar a indignidade do desfrute injusto de recursos. A todos eles, Dworkin afirma, caberá o dever inescapável de contribuir para a aprovação de leis e políticas públicas que tendam à correção da injustiça distributiva. Eles deverão apoiar financeiramente e votar nos políticos moralmente corretos, assim como deverão promover a ideia da justiça na distribuição de recursos e oportunidades na sociedade em que vivem. Esse compromisso com a política lhes é imposto pelas circunstâncias da injustiça na qual se vêem enlaçados e as quais impactam negativamente e inescapavelmente o valor ético de suas próprias vidas. Se quiserem consistentemente lutar pelo valor de sua própria vida, deverão também lutar pela igualdade de valor das vidas alheias.

A carapuça dworkiniana deverá servir igualmente, em razão da mesma lógica subjacente, àqueles que desfrutam, injustamente, de maiores oportunidades, recursos, segurança e de maior autoconfiança para a condução de uma vida valiosa em função das estruturas culturais, linguísticas e simbólicas que sistematicamente inferiorizam e estigmatizam certas pessoas apenas por fazerem parte de certos grupos sociais. Para os privilegiados por cor, raça, sexo, origem nacional, etnia, orientação sexual, pertencimento religioso, gênero ou qualquer outra identidade de grupo moralmente irrelevante na distribuição de recursos e oportunidades sociais, resta o mesmo dever inescapável de luta pela promoção da justiça em relação aos grupos desfavorecidos e vulneráveis. Eles deverão apoiar a promoção de leis e políticas públicas de proibição do discurso de ódio nos contextos em que eles devem ser proibidos bem como de combate cultural ao racismo, sexismo, homofobia ou qualquer outro preconceito estrutural na sociedade em que vivem.

Eles deverão votar e apoiar financeiramente os políticos que repudiam preconceitos de todo tipo, e deverão promover nas suas interações sociais as mais diversas, dentro da família, no trabalho, na escola, nos espaços de lazer, a igualdade do valor de toda e qualquer pessoa. Pois esse é um compromisso de toda pessoa que desfruta de algum privilégio não apenas com a dignidade das pessoas sistematicamente inferiorizadas, como com a sua própria dignidade.

Há muito, portanto, a ser feito pelos defensores dos direitos civis, aí incluindo os defensores da liberdade de expressão de discurso de ódio no debate público, para que sinalizem o lado da luta no qual se encontram. Essa tese, portanto, não visa minar as energias no combate ao preconceito. Muito pelo contrário. O que ela busca, no entanto, é trazer orientação acerca do "como" fazer, para que não percamos a justiça de vista na busca pela justiça. Isso pode tornar a batalha mais difícil. Mas a vida de cada pessoa não pode ser sacrificada em prol do nobre objetivo. O fato de nos alinharmos ao lado da igualdade, repudiando e combatendo todo tipo de preconceito e de opressão, não significa nos posicionarmos contra a dignidade dos racistas, sexistas, homofóbicos, fanáticos ou outros tipos de preconceituosos. O alerta de Dworkin é claro: a forma como protegemos a liberdade de expressão é uma das instâncias pela qual operamos o próprio valor da igualdade. O valor da nossa vida, da nossa luta pela promoção da justiça, depende de como insistimos ou não na dignidade também dos opressores. Nas palavras do próprio Dworkin, a dignidade é indivizível.

# REFERÊNCIAS

A COMMUNITARIAN DEFENSE OF GROUP LIBEL LAWS. **Harvard Law Review**, 101, 3, p. 682-701, 1988.

ACKERMAN, Bruce A. **Social Justice in the Liberal State**. New Haven: Yale University Press, 1980.

ALEXANDER, Larry. Low value speech. **Northwestern University Law Review**, 83, p. 547-554, 1989.

ALEXANDER, Larry. Free Speeh and Speaker's Intent. **Constitutional Commentary**, 12, p. 21-28, 1995.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**, 16, p. 131-140, 2003.

ANDERSON, Elizabeth S.. **What is the Point of Equality?** Ethics, 109, 2, 1999, p. 187 - 337.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and Free Speech. **Constitutional Commentary**, 27, p. 251-282, 2011a.

BAKER, C. Edwin, Is Democracy a Sound Basis for a Free Speech Principle?. **Virginia Law Review**, 97, 3, p. 515-529, 2011b.

BAKER, C. Edwin. In Hedgehog Solidarity. **Boston University Law Review**, 90, p. 759-817, 2010.

BAKER, C. Edwin. Viewpoint Diversity and Media Ownership. **Federal Communications Law Journal**, 60, 3, p. 651-671, 2009a.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Orgs.). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009b, p. 137-157.

BAKER, C. Edwin. Rawls, equality, and democracy. **Philosophy and Social Criticism**, 34, 3, p. 203 - 246, 2008.

BAKER, C. Edwin. **Media, Markets and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BAKER, C. Edwin. Michelman on Constitutional Democracy. **Tulsa Law Review**, 39, 3, p. 511 - 546, 2004b.

BAKER, C. Edwin. Harm, Liberty and Free Speech. **Southern California Law Review**, 70, p. 979 - 1020, 1997.

BAKER, C. Edwin. **Advertising and a Democratic Press**. Princeton: Princeton University Press, 1994a.

BAKER, C. Edwin. Of Course, More than Words (reviewing OnlyWords by Catharine A. MacKinnon). **The University of Chicago Law Review**, 61, 3, p. 1181 - 1211, 1994b.

BAKER, C. Edwin. **Human Liberty and Freedom of Speech**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

BAKER, C. Edwin. Outcome Equality or Equality of Respect: The Substantive Content of Equal Protection. **University of Pennsylvania Law Review**, 131, 4, p. 933-998, 1993.

BAKER, C. Edwin. Scope of the First Amendment Freedom of Speech. **UCLA Law Review**, 25, p. 964 - 1040, 1978.

BAKER, C. Edwin. Commercial Speech: a Problem in the Theory of Freedom. **Iowa Law Review**, 62, p. 1 - 56, 1976.

BALKIN, J. M. Free Speech and Hostile Environments. **Columbia Law Review**, 99, p. 2295-2320, 1999.

BARAK, Aharon. **Proportionality:** Constitutional Rights and Their Limitations. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís oberto. Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, 224, p. 31-50, 2001a.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 225, p. 5-37, 2001b.

BATTAGLIA, Jack M., Regulation of Hate Speech by Educational Institutions: a Proposed Policy. **Santa Clara Law Review**, 31, p. 345-392, 1991.

BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. **Indiana Law Review**, 47, 1, p. 1-35, 1971.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 166-217.

COHEN, Roni. Regulating Hate Speech: Nothing Customary About It. **Chicago Journal of International Law**, 15, 1, p. 229 - 255, 2014.

DARWALL, Stephen. Two Kinds of Respect. **Ethics**, 88, 1, p. 36-49, 1977.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista Direito da Universidade de Brasília**, 2, p. 96-118, 2016.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, 31, p. 273-301, 2011.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 1, p. 607-630, 2003.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. Four Observations about Hate Speech. **Wake Forest Law Review**, 44, p. 353-370, 2009.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ills?. **Cornell Law Review**, 77, p. 1258-1297, 1992.

DWORKIN, Andrea. **Pornography**: Men Possessing Women. Nova Iorque: Plume, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011a.

DWORKIN, Ronald. The Court's Embarrasingly Bad Decisions. **New York Review of Books**, Nova Iorque, 26 Maio 2011b, Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2011/05/26/courts-embarrassingly-bad-decisions/>. Acesso em: 04 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. The Decision That Threatens Democracy, **New York Review of Books**, Nova Iorque, 13 Maio 2010a, Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>. Acesso em: 04 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. The "Devastating" Decision. **New York Review of Books**, Nova Iorque, 25 Fev. 2010b, Disponível em: < http://www.nybooks.com/articles/2010/02/25/the-devastating-decision/>. Acesso em: 04 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. v-ix.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006a.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006b.

DWORKIN, Ronald. Originalism and Fidelity. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006c, p. 117-139.

DWORKIN, Ronald. Moral Pluralism. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006d, p. 103-116.

DWORKIN, Ronald. Equality, Luck and Hierarchy. **Philosophy and Public Affairs**, 31, 2, 2003, p. 190 - 198.

DWORKIN, Ronald. Sovereign Virtue Revisited. **Ethics**, 113, 1, Symposium on Ronald Dworkin's Sovereign Virtue, 2002, p. 106-143.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. Forked Tongues, Faked Doctrines. **Index on Censorship**, 3, p. 148-151, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996a.

DWORKIN, Ronald. Why Must Speech Be Free?. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996b, p. 195-213.

DWORKIN, Ronald. Learned Hand. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996c, p. 332-347.

DWORKIN, Ronald. Pornography and Hate. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996d, p. 214-226.

DWORKIN, Ronald. MacKinnon's Words. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996e, p. 227-243.

DWORKIN, Ronald. The Press on Trial. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**, Cambridge: Harvard University Press, 1996f, p. 167-194.

DWORKIN, Ronald. Why Academic Freedom? In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**, Cambridge: Harvard University Press, 1996g, p. 244-260.

DWORKIN, Ronald. Foundations of Liberal Equality. In: DARWALL, Stephen. Equal Freedom: **Selected Tanner Lectures on Human Values**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, p. 190, 1995a.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985a.

DWORKIN, Ronald. Do We Have a Right to Pornography?. In: **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985b, p. 335-372.

DWORKIN, Ronald. Can a Liberal State Support Art?. In: **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985c, p. 221-233.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy (Org.) **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1985d.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977a.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. . In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977b, p. 184-205..

DWORKIN, Ronald. Jurisprudence. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977c, p. 1-13.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules I. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977d, p. 14-45.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules II. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977e, p. 46-80.

DWORKIN, Ronald. Liberty and Liberalism. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977f, p. 259-265.

DWORKIN, Ronald. What Rights Do We Have?. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977g, p. 266-278.

DWORKIN, Ronald. Justice and Rights. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977h, p. 150-183.

DWORKIN, Ronald. Liberty and Moralism. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977i, p. 240-258.

FISS, Owen. A Freedom Both Personal and Political. In: FISS, Owen. **A Way Out: America's Ghettos and the Legacy of Racism,** Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 179-196.

FISS, Owen. The Supreme Court and the Problem of Hate Speech. **Capital University Law Review**, 24, p. 281-291, 1995.

FISS, Owen. Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review**, 71, p. 1405-1425, 1986.

FREEDMAN, Eric M.. A Lot More Comes into Focus When You Remove the Lens Cap: Why Proliferating New Communications Technologies Make it Particularly Urgent for the Supreme Court to Abandon its Inside-Out Approach to Freedom of Speech and Bring Obscenity, Fighting Words, and Group Libel Within the First Amendment. **Iowa Law Review**, 81, p. 883-968, 1996.

GARD, Stephen W. Fighting Word as Protected Speech. **Washington University Law Review**, 58, 3, p. 531-581, 1980.

GELBER, Katharine. ‘Speaking Back’: The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia. In: MAITRA, Ishani; MCGOWAN, Mary Kate (Orgs). **Speech and Harm**: Controversies Over Free Speech. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GRIMM, Dieter. The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany. . In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Orgs.). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 557-561.

HAND, Learned. Letter to the Editor. The Saturday Review of Literature, 15 mar 1947. In: HEYMAN, Steven J (Org). **The Development of the Hate Speech Debate**. New York & London: Garland Publishing, Inc., 1996, vol. 1, p. 35.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

HERZOG, Don. Aristocratic dignity?. In: WALDRON, Jeremy; DAN-COHEN, Meir. **Dignity, Rank and Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 99-117.

HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. **Criminal Law and Philosophy,** 6, 3, p. 307-325, 2012.

KAGAN, Elena. A Libel Story: Sullivan Then and Now (reviewing Anthony Lewis, Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment (1991)). **Law and Social Inquiry**, 18, p. 197-217, 1993.

KALVEN, Henry. The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment". **The Supreme Court Review**, p. 191-221, 1964.

KENDRICK, Leslie. Spech, intent, and the chilling effect. **William and Mary Law Review**, 54, p. 1633-1691, 2013.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. A Proporcionalidade como princípio constitucional universal. Traduzido por Philippe Seyphart de Souza Porto. **Revista Publicum**, 1, p. 30 - 70, 2015.

KYMLICKA, Will. **Contemporary Political Philosophy**: An Introduction. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LANGTON, Rae. Beyond Belief: Pragmatics in Hate Speech and Pornography. In: MAITRA, Ishani; MCGOWAN, Mary Kate. **Speech and Harm**: Controversies Over Free Speech. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 72-93.

LANGTON, Rae. Pornography: A Liberal Unfinished Business. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, XII, 1, p. 109-133, Jan., 1999.

LANGTON, Rae. Speech Acts and Unspeakable Acts. **Philosophy & Public Affairs**, 22, 4, p. 293-330, 1993.

LANGTON, Rae. Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers. **Philosophy & Public Affairs**, 19, 4, p. 311-359, 1990.

LAWRENCE III, Charles R. Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment. **Villanova Law Review**, 37, p. 787-804, 1999.

LAWRENCE III, Charles R. If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus. **Duke Law Journal**, 1990, 3, p. 431-483, Jun. 1990.

LAWRENCE III, Charles R. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism. **Stanford Law Review**, 39, 2, p. 317-388. 1987.

LEITER, Brian. Waldron on the Regulation of Hate Speech. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, 398, 2012. Disponível em: < http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1372&context=public_law_and_legal_theory>. Acesso em: 04 nov. 2016.

LITTLETON, Christine A. Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes. **Stanford Law Review**, 41, 3, p. 751-784.

LYNNE, Tyrrell. Genocidal Language Games. In: MAITRA, Ishani; MCGOWAN, Mary Kate. **Speech and Harm**: Controversies Over Free Speech. Oxford: Oxford University Press, 2012.

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

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. Saraiva, 2013a.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **O direito em desacordo**: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. 1v, 245f. Dissertação de Titularidade, área de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo. 2013b.

MACKINNON, Catharine. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

MACKINNON, Catherine. Pornography as Defamation and Discrimination. **Boston University Law Review**, 71, 5, 1991, p. 793-815.

MACKINNON, Catharine. Not a Moral Issue. In: MACKINNON, Catharina. **Feminism Unmodified**. Oxford: Oxford University Press, 1987a, p. 146-162.

MACKINNON, Catharine. Linda's life and Andrea's work. In: MACKINNON, Catharine. **Feminism Unmodified**. Oxford: Oxford University Press, 1987b, p. 127-133.

MALONE, Linda A. Sharon vs Time: The Criminal Responsibility Under International Law for Civilian Massacres. **Faculty Publications**, Paper 1404, p. 41- 72, 1986. Disponível em: < http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1404/>. Acesso em: 04 nov. 2016.

MARGALIT, Avishai. **The Decent Society**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

MATSUDA, Mari J.. Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story. **Michigan Law Reviw**, 87, 1989, p. 2320- 2381.

MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment Is an Absolute. **The Supreme Court Review**, 1961, p. 245-266, 1961.

MICHELMAN, Frank. Universities, Racist Speech and Democracy in America: an Essay for the ACLU. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 27, p. 339 - 369, 1992.

MURSHISON, Brian C. Speech and the Self-Realization Value. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 33, p. 443-503, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni, REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo, PRATES, Fracismo de Castilho. Liberdade de Imprensa e Autoridades Púbicas: Apontamentes a Partir do Estado Democrático de Direito. **Quaestio Iuris**, 10, 1, p. 219-240, 2017.

POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. **Virginia Law Review**, 97, 3, p. 477-489, Maio 2011a.

POST, Robert. Participatory democracy as a theory of free speech: a reply. **Virginia Law Review**. 97, 3, p. 617-632, Maio 2011b.

POST, Robert. Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence. **California Law Review**, 88, 6, p. 2353-2374, Dez. 2000a.

POST, Robert. The Constitutional Status of Commercial Speech. **UCLA Law Review**, 48, p. 1 - 57, 2000b.

POST, Robert. Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse. **University of Colorado Law Review**, 64, p. 1109-1137, 1993.

POST, Robert. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell. **Harvard Law Review**, 103, 3, p. 601-686, jan. 1990.

POST, Robert. Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum. **UCLA Law Review**, 34, p. 1713-1835, 1987.

POST, Robert. The social foundations of defamation law: reputation and the Constitution. **California Law Review**, 74, p. 691-742, 1986.

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

ROSA, Leonardo Gomes Penteado **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin**: o caso da liberdade de expressão. Versão corrigida em abril de 2014. 1v, 258f. Dissertação de Mestrado, área de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo. 2014.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jusrisprudence: A Comparative Analysis. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. (Orgs). The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 242-289.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Lumen Juris: 2009, p. 113-146.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207 – 262.

SANGREE, Suzanne. Title VII Prohibitions Against Hostile Environment Sexual Harassment and the First Amendment: No Collision in Sight. **Rutgers Law Review**, 47, 2, p. 461- 561, 1995.

SCHAUER, Frederick. On the Distinction between Speech and Action. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, n. 68, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514453>. Acesso em 09 nov. 2016.

SCHAUER, Frederick. On the Distinction Between Speech and Action. **Emory Law Journal**, 65, p. 427-454, 2015.

SCHAUER, Frederick. Harm(s) and the First Amendment. **Virginia Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, 23, 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030444>. Acesso em 09 nov. 2016.

SCHAUER, Frederick. Intentions, Conventions and the Frist Amendment: The Case of Cross-Burning. **The Supreme Court Review**, p. 197-230, 2003.

SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the "Chilling Effect". **Boston University Law Review**, 58, p. 685-732, 1978.

SCHEFFLER, Samuel. What is Egalitarianism? **Philosophy and Public Affairs**, 31, 1, 2003, p. 5 - 39.

SHIFFRIN, Steven. Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America. **Cornell Law Review**, 80, p. 43- 03, 1994.

SHIFFRIN, Steven. Campus Antiracism Rules: Constitucional Narratives in Collision. **Northwestern University Law Review**, 85, p. 343-387, 1991.

SHIFFRIN, Steven. Defamatory non-media speech and the first amendment methodology. **UCLA Law Review**, 25, p. 915 - 963, 1978.

SILVA, Júlio César Casarín Barroso. **Democracia e Liberdade de Expressão**: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 1v, 248f. Tese de Doutorado, departamento de Ciência Política. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo. 2009.

SOKOL, Jason. **There goes my everything**: white southerners in the age of civil rights, 1945-1975. New York: Vintage Books, 2007.

SOLOVE, Daniel J. Speech, Privacy and Reputation on the Internet. In: LEVMORE, Saul; NUSSBAUM, Martha. **The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation**. Cambirdge: Harvard University Press, 2010.

SOLOVE, Daniel J. **The Future of Reputation**: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet. New Haven: Yale University Press, 2007.

SOLOVE, Daniel J. A Tale of Two Bloggers: Free Speech and Privacy in the Blogosphere. **Washington University Law Review**, 84, p. 1195-1200, 2006.

SOLOVE, Daniel J. The Virtues of Knowing Less: Justifying Privacy Protections Against Disclosure. **Duke Law Journal**, 53, p. 967-1065, 2003.

STRAUSS, Marcy. Redefining the Captive Audience Doctrine. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol 19, p. 85-121, 1991.

STRAUSS, Marcy. Sexist Speech in the Workplace. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 25, p. 1-50, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. **Consultor Jurídico**. 8 Jan 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>. Acesso em 11 Nov 2016.

STROSSEN, Nadine. Defending the F-Word. In: GLASS, Loren; WILLIAMS, Charles Francis. **Obscenity and the Limits of Liberalism**. Columbus: The Ohio State University Press, 2011, p. 25-49.

STROSSEN, Nadine. A Feminist Critique of "the" Feminist Critique of Pornography. **Virginia Law Review**, 79, 5, p. 1099-1190, 1993.

STROSSEN, Nadine. Regulating Racist Speech on Campus: a Modest Proposal? **Duke Law Journal**, 3, p. 484-573, 1990.

SUNSTEIN, Cass R. **Going to Extremes**: How Like Minds Unite and Divide. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? **International Journal of Constitutional Law**, 7, 3, p. 468-493, 2009.

TSESIS, Alexander. Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy. **Wake Forest Law Review**, 44, p. 497-532, 2009.

TSESIS, Alexander. **Destructive Messages**: How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movements. Nova Iorque: New York University Press, 2002.

VOLOKH, Eugene. How Harassment Law Restricts Free Speech: Professor Volokh's Response. **Rutgers Law Review**, 47, p. 563-578, 1995.

VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and Work Place Harassment. **UCLA Law Review**, 39, p. 1791-1872, 1992.

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

WALDRON, Jeremy. Dignity, Rank and Rights. In: YOUNG, Suzan (Org). **The Tanner Lectures on Human Value**. Vol. 29. Salt Lake City: University of Utah Press, 2011, p. 207-253.

WALDRON, Jeremy. 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures: Dignity and Defamation: The Visibility of Hate. **Harvard Law Review**, 123, p. 1596-1657, 2010.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. **European Journal of Sociology**, 48, 2, p. 201 - 237, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. **Hastings Law Journal**, 45, p. 813 - 824, 1994.

WALDRON, Jeremy. Rights in Conflict. **Ethics**, 99, 3, p. 503-519, abril 1989.

WALKER, Robert Kirk. The Right to Be Forgotten. **Hastings Law Journal**, 64, p. 257-286, 2012.

WALZER, Michael. **Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality**. Princeton: Basic Books, 1983.

WEINSTEIN, James. Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine.**Virginia Law Review**, 97, 3, p. 491-514, 2011a.

WEINSTEIN, James. Free Speech and Political Legitimacy: A Response to Ed Baker. **Constitutional Commentary**, 27, p. 361-383, 2011b.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

**Vídeos de Waldron**

Debate pelo Ford Hall Forum, Universidade de Sullfolk, 6 de novembro de 214. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4BLuqPZ1jYw>. Acesso em: 09 nov

2016.

**Demais vídeos**

Programa O Despertar da Fé, da Rede Record, em 12 de outubro de 1995. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=V1L_xYxCOiI>. Acesso em: 11 nov 2016.

Íntegra do debate entre candidatos às eleições presidentes de 2014 transmitido pela Rede Record em 28 de setembro de 2014. <https://www.youtube.com/watch?v=Ca6TpSLXgeg>. Acesso em: 11 nov 2016

Trecho específico do debate entre candidatos às eleições presidentes de 2014 transmitido pela Rede Record em 28 de setembro de 2014 que fundamentou a ação movida pela Defensoria Pública. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=oPNs7owXs60>. Acesso em: 11 nov 2016.

**Decisões judiciais de jurisdições brasileiras**

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1098711-29.2014.8.26.0100, da 18ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Apelante José Levy Fidelix da Cruz, Apelado Defensoria Pública do Estado de São Paulo, Des. Relator Natan Zelinschi de Arruda, São Paulo, 2 de fevereiro de 2017, publicado em 14 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=1098711-29.2014.8.26.0100&cdProcesso=RI00379HX0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=8pxtiCODOpFbyo6bQn7kIDbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvUv2UZhk4ozjk1yaQVGKKRH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwTWXptQignWFJch18b0slhUSAmDCYSeje1gsbFKp4p71FLL%2BkU%2FBl%2BIMjwb7I3NCwFqWtQ5Vyr9G3O1SvRUlMrR2z3HKv3mH6S%2FPcJHmtk1o%3D>. Acesso em: 2 mar 2017.

BRASIL. 33ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Ação Cautelar nº 0030603-92.2016.8.19.0001, Requerente Ministério Público do Estado de Rio de Janeiro, Requeridos Centauro Editora e Distribuidora de Livros ME, Saraiva e Siciliano SA, Geração Editorial LTDA, Juiz de Direito Dr. Alberto Salomão Júnior, 2 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/livro-hitler-rj.pdf>. Acesso em 4 nov 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n$^{0}$ 0045315-08.2011.8.26.0506, da 6ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, Apelante Defensoria Publica do Estado de Sao Paulo Regional de Ribeirao Preto, Apelado Casa de Oraçao de Ribeirao Preto, Des. Relator Natan Zelinschi de Arruda, São Paulo, 10 de dezembro de 2015, publicado em 18 de dezembro de 2015b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0045315-08.2011.8.26.0506&cdProcesso=RI002W8K20000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=i04aS9XrwCeLvjYtoLE8mzbDmGLf

%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvXEGqskpgz5RkcMiBjrOx1H01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwTWXptQignWFJch18b0slhUi5%2B50yYXjytMcuM6ofwnGAe876HrHtyCP3K74CLxg0rRGyQHq1dWT0EyBgeqKHsnRqjxLsq9v3Hm7RmYsHBzY%3D> Acesso em: 4 nov 2016.

BRASIL. 18ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Ação Civil Pública nº 1098711-29.2014.8.26.0100, Requerente Defensoria Publica do Estado de Sao Paulo, Requerido José Levy Fidelix da Cruz e Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB), Juiza de Direito Dra. Flavia Poyares Miranda, 13 de março de 2015, publicado em 18 de março de 2015a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1098711-29.2014.8.26.0100&cdProcesso=2S000EEID0000&cdForo=100&baseIndice=INDDS&nmAlias=PG5JMDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&ticket=qRrezB3POO3KX1w9%2BoFMPso7DbaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvO97dEtGSDxbySa9rzMfG4H01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwE4ZYwx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2Bl7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka6G%2BR7zn1kzFYoSxybTAIavWdEHJ5KwMb7RqFlEjf%2B1htN2cvl2iHnPEQ3SPnr1LFqpkqraPYd8jEiGdzl7p5lGm1s3xPWlRfd04%3D>. Acesso em: 4 nov 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível n$^{0}$ 0014101-52.2006.4.01.3400, da 13a Vara Federal da Subseção judiciária do Distrito Federal, Apelante Ministério Público Federal, Apelado TV Globo Ltda, Des. Relator José Amílcar Machado, 24 de setembro de 2012b, publicado em 9 de outubro de 2012. Disponível em: < http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=715d652c9f482565ffdfb0f2941173d4&trf1_captcha=869n&enviar=Pesquisar&proc=14101522006401 3400&secao=TRF1>. Acesso em: 4 nov 2016.

BRASIL. 13ª Vara Federal da Subseção judiciária do Distrito Federal. Ação Civil Pública n$^{0}$ 2006.34.00.014242-4, Autor Ministério Público Federal, Réu TV Globo Ltda, Juiza Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, 28 de fevereiro de 2011, publicado em 4 de março de 2011. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=141015220064013400&secao=JFDF>. Acesso em: 4 nov 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n$^{0}$ 82424, Paciente Siegfried Ellwanger, Autor Werner Cantalício João Becker, Coator Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Moreira Alves, Minstro Relator para o Acórdão Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003, publicado em 19 de março de 2004, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 4 nov 2016.

**Decisões judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos**

**Virginia v. Black**, 538 U.S. 343 (2003)

**R.A.V. v. City of St. Paul**, 505 U.S. 377 (1992)

**National Socialist Party of America v. Village of Skokie**, 432 U.S. 43 (1977)

**Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council**, Inc., 425 U.S. 748 (1976)

**Gertz v. Robert Welch, Inc.**, 418 U.S. 323 (1974)

**Cohen v. California**, 403 U.S. 15 (1971)

**Brandenburg v. Ohio**, 395 U.S. 444 (1969)

**Watts v. United States**, 394 U.S. 705 (1969)

**Curtis Publishing Co. v. Butts**, 388 U.S. 130 (1967)

**New York Times Co. v. Sullivan**, 376 U.S. 254 (1964)

**Beauharnais v. Illinois** , 343 U.S. 250 (1952)

**Chaplinsky v. New Hampshire**, 315 U.S. 568 (1942)

**Schenck v. United States**, 249 U.S. 47 (1919)

**Outras decisões de tribunais norte-americanos**

**American Booksellers v. Hudnut**, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985)

**Decisões da corte do Canadá**

**R v Butler**, [1992] 1 S.C.R. 452