

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

João Vítor Nascimento Martins

PARTIDISMO, DISCURSOS DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Belo Horizonte
2019

João Vítor Nascimento Martins

PARTIDISMO, DISCURSOS DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante.

Belo Horizonte
2019

Martins, João Vítor Nascimento

M386p Partidismo, discursos de ódio e liberdade de expressão / João Vítor

Nascimento Martins. – 2019.

Orientador: Thomas da Rosa de Bustamante.

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,

Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Liberdade de expressão – Teses 3. Ódio – Teses
4. Política – Aspectos morais – Teses I. Título

CDU 342.721

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

João Vítor Nascimento Martins

Partidismo, discursos de ódio e liberdade de expressão

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

O candidato foi considerado _____ pela banca examinadora.

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (Orientador) – UFMG

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento – UERJ

Prof. Dr. Bruno Camilloto Arantes – UFOP

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira – UFMG

Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Fernandes – UFMG

Belo Horizonte, 26 de fevereiro de 2019.

Para Jana, com o maior e mais sincero amor.
Para a minha família, que me permitiu ser um leitor e, por isso, poder verter em
palavras a minha leitura do mundo.
Para o Professor Thomas Bustamante, exemplo ímpar de dedicação ao magistério,
à teoria do direito e à justiça.
Para todos aqueles que travam batalhas em prol de uma democracia verdadeira,
que respeita o pluralismo, a diferença e permite a autoafirmação dos indivíduos
enquanto sujeitos de direitos.
Para todas as vítimas de discursos de ódio.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus pela grata tarefa de poder assumir este dever.

Agradeço àqueles que abdicaram de tanto para me permitir o acesso a uma educação de suficiente qualidade para construir esta pesquisa: os meus pais.

Agradeço àqueles que sempre estiveram ao meu lado: Babi, Felipe, meus amigos e familiares.

Presto o meu mais sincero agradecimento ao Professor Thomas Bustamante, não apenas pela orientação – dedicada e zelosa –, mas, sobretudo, por instigar em mim a ambição de fazer da teoria do direito um instrumento em proveito da justiça.

Agradeço ainda ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG, seus professores e servidores, por me fornecerem a estrutura e o conteúdo necessário para a consecução da pesquisa e redação desta tese. Esta faculdade é o exemplo vivo do ensino público gratuito e de qualidade.

Não posso deixar de agradecer aos colegas deste e de outros cursos de pós-graduação pelas inúmeras e profícuas discussões, sem as quais a construção desta tese não seria minimamente viável.

Tenho de agradecer também ao curso de Direito da UFOP, que me concedeu a formação exemplar e me permitiu ingressar na pós-graduação e, assim, realizar esta pesquisa.

Agradeço à Muzzi e Advogados Associados, por fomentar diariamente a minha paixão pelo Direito.

Agradeço aos meus alunos e aos meus colegas professores, por me permitirem a alegria de experimentar a docência.

Agradeço aos Professores Emílio Peluso, Rodolfo Viana, Maria Fernanda Repolês e Ronaldo Macedo pelas indispensáveis críticas e contribuições na qualificação do projeto e desta tese, e aos Professores Daniel Sarmiento, Bruno Camilloto, Marcelo Cattoni e Bernardo Gonçalves, por aceitarem o convite para avaliar esta tese.

Por fim, agradeço à Jana, pelos diálogos instigantes, pelo auxílio incomensurável, pela parceria incondicional, pelo incentivo diário e pela compreensão diante da minha ausência, tão constante no decurso desta pesquisa.

Um dia estamos desconfiados de tudo, e no outro somos os mais pacíficos pais de família, tão felizes e iludidos. E podemos pensar qualquer atrocidade saindo à rua como se nada fosse, porque nada é. As ideias, meu amigo, são menores nos nossos dias. Não importam. As liberdades também fazem isso, uma não importância do que se pensa, porque parece que já nem é preciso pensar. Sabe, é como sequer termos de pensar na liberdade. É um dado adquirido, como existir oxigênio e usarmos os pulmões.

Valter Hugo Mãe

RESUMO

A liberdade de expressão é um direito fundamental consolidado nos sistemas jurídicos de estados democráticos de direito. Nem por essa razão, entretanto, pode-se afirmar que a aplicação ilimitada deste direito fundamental está ou deveria estar consolidada. Com razão, diversos são os casos recentemente noticiados em que se observa a liberdade de expressão sendo utilizada, de forma discutível, como fundamento para dar guarida à propagação de discursos racistas, xenófobos, misóginos, homofóbicos. Em um contexto geral, a esses discursos tem sido atribuída a alcunha de discursos de ódio – aqueles discursos proferidos de forma renitente em face de determinado grupo de indivíduos, com o intuito de difamá-lo em virtude de aspectos como a religião, a nacionalidade, a cor da pele, o gênero ou a sexualidade, e que, com isso, tendem a obstar o processo de autodeterminação destes indivíduos enquanto sujeitos de direito em uma dada sociedade. Um discurso que, embora pouco estudado e discutido, tem se demonstrado bastante recorrente, tanto em âmbito internacional como nacional, é o discurso fundado no partidismo, uma espécie de preconceito especificamente relacionado ao posicionamento político-partidário. Em âmbito nacional, os discursos fundados no partidismo estão em voga e ganharam fôlego extra no contexto do julgamento do impeachment de Dilma Rousseff e das campanhas eleitorais de 2014 e 2018, sendo que, nesta, foram observados, inclusive, atos de violência física relacionados com o posicionamento político. Diante desse cenário, o presente trabalho se dedica a analisar a possibilidade de se desenvolver uma nova concepção de discurso de ódio para abranger, além dos discursos fundamentados no preconceito em virtude da cor da pele, da origem, da religião, do gênero e da sexualidade, também aqueles discursos de ódio fundamentados no partidismo. A partir da referida construção, a tese passa a avaliar as circunstâncias em que os discursos de ódio fundamentados no partidismo podem e devem ser limitados, bem como apresenta uma justificção político-moral de uma legislação que estabeleça tal limitação, de modo a evitar que ela implique em uma forma de censura.

Palavras-Chave: Liberdade de expressão; Discursos de ódio; Partidismo; Fundamentos político-morais.

ABSTRACT

Freedom of expression is a fundamental right consolidated in the legal systems of democratic states committed to rule of law. Not for this reason, however, it can be said that the unlimited application of this fundamental right is, or should be, consolidated. Indeed, several are the recently reported cases in which free speech is being used in a questionable way, as a basis for the propagation of racist, xenophobic, misogynist, homophobic discourses. In a general context, to these discourses have been attributed to the name of hate speech - those discourses uttered reluctantly in the face of a certain group of individuals, with the aim of defaming it by virtue of aspects such as religion, nationality, skin color, gender or sexuality, and that, with this, tend to impede the process of self-determination of these individuals as subjects of law in a given society. A discourse that, although little studied and discussed, has proved quite recurrent both internationally and nationally, is the discourse founded on partyism, a kind of prejudice specifically related to political-party option. At the national level, discourses based on partyism are in vogue and gained extra breath in the context of the impeachment trial of Dilma Rousseff and the electoral campaigns of 2014 and 2018, wherein were observed even acts of physical violence related to the political position. Given this context, the present work is dedicated to analyzing the possibility of developing a new conception of hate speech to cover, in addition to discourses based on prejudice based on skin color, origin, religion, gender and sexuality, hate speeches based on partyism. From this construction, the thesis begins to evaluate the circumstances in which hate speech based on partyism can and should be limited, as well as presenting a political and moral justification of legislation that establishes such a limitation, in order to prevent it imply a kind of censorship.

Keywords: Freedom of Speech; Hate speech; Partyism; Political-moral foundations.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

DOI-CODI – Destacamento de Operações de Informação - Centro de Operações de Defesa Interna

ETA – *Euskadi Ta Askatasuna* (Pátria Basca e Liberdade)

EUA – Estados Unidos da América

MR – Movimento Reformador

N. P. – Não paginado

NV-A – Nova Aliança Flamengo

OED – *Oxford English Dictionary*

ONG – Organização Não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

PNV – Partido Nacionalista Basco

PP – Partido Popular

PS – Partido Socialista

PSOE – Partido Socialista Operário Espanhol

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

PT – Partido dos Trabalhadores

SP.A. – Partido Socialista - Diferente

US – *United States*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. OS FUNDAMENTOS POLÍTICO-MORAIS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	19
2.1. Liberdade de expressão	19
2.2. O contrato social	22
2.3. A busca da verdade	22
2.4. A democracia.....	30
2.5. A autonomia.....	37
2.6. O argumento constitutivo.....	41
2.7. Uma breve síntese.....	45
3. OS DISCURSOS DE ÓDIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE REGULAÇÃO	46
3.1. Discursos de ódio: concepções e regulações.....	46
3.2. Os fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão protegem os discursos de ódio?	56
3.2.1. <i>A autonomia é fundamento de legitimação dos discursos de ódio? A proibição dos discursos de ódio à luz da obrigação de não causar dano.....</i>	<i>56</i>
3.2.2. <i>O Contrato Social e a democracia legitimam os discursos de ódio? A proibição dos discursos de ódio à luz da gradação da legitimidade</i>	<i>102</i>
3.2.3. <i>A busca da verdade legitima os discursos de ódio? A proibição dos discursos de ódio à luz da interpretação discriminadora e do efeito silenciador dos discursos de ódio</i>	<i>111</i>
3.3. O suposto conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade, a democracia e a igualdade à luz da teoria da unidade do valor	115
3.4. As críticas à regulação dos discursos de ódio e a prevenção à censura.	121
4. O PARTIDISMO COMO UMA MANIFESTAÇÃO DE DISCURSO DE ÓDIO	128
4.1. Partidismo.....	128
4.2. O partidismo é um fenômeno exclusivo dos Estados Unidos?	144
4.3. O partidismo é uma forma de discurso de ódio que causa dano?	151
4.3.1. <i>Os danos provocados pelo partidismo</i>	<i>152</i>
4.3.2. <i>O discurso fundamentado no partidismo é um discurso de ódio</i>	<i>167</i>
4.4. Como enfrentar o partidismo?	179
4.4.1 <i>O que a democracia militante pode ensinar?</i>	<i>183</i>
4.4.2. <i>O princípio da oposição leal</i>	<i>202</i>
5. CONCLUSÃO	209
REFERÊNCIAS.....	213

1. INTRODUÇÃO

Em agosto de 2017, uma marcha realizada em Charlottesville no estado norte-americano da Virgínia, denominada *Unite the Right* – Unir a Direita –, por integrantes de um movimento chamado *alt-right* – direita alternativa – provocou enorme espanto e comoção de escala internacional.

Os participantes da marcha, que se autodeclararam racistas e supremacistas, propagaram discursos intolerantes em face de minorias de negros, latinos, homossexuais, judeus e imigrantes de uma forma geral, e pregaram a expulsão dos Estados Unidos de todos aqueles que não se enquadravam nos pretensos padrões da sociedade norte-americana. Ouviram-se expressões tais como: “Vocês não vão nos substituir!”, ‘Judeus não vão nos substituir!’ [...] ‘Sou nazista, sim’, ‘A negra está assustada’, ‘Suma daqui, viadinho’, ‘Ele não é americano’” (SENRA, 2017a, n. p.).

Em um contexto geral, esses discursos – geralmente fundados em preconceitos ligados à religião, à cor da pele, à origem, ao gênero ou à sexualidade – tem sido reconhecidos como discursos de ódio. Segundo Jeremy Waldron, são discursos de ódio aqueles proferidos de forma renitente em face de determinado grupo de indivíduos, com o intuito de difamá-lo em virtude de aspectos como a religião, a nacionalidade, a cor da pele, o gênero ou a sexualidade, e que, com isso, tendem a obstar o processo de autodeterminação destes indivíduos enquanto sujeitos de direito em uma dada sociedade. De acordo com Waldron, esses discursos de ódio provocam um dano social ao depreciar a dignidade e a cidadania básica de determinados grupos sociais (2012a, p. 37).

Recentemente, observou-se um aumento considerável desses discursos de ódio em períodos de corrida eleitoral. Conforme dados levantados pela Organização Não Governamental *Safernet*, entre a data do primeiro turno e a data do segundo turno das eleições de 2018, “as denúncias com teor de xenofobia cresceram 2.369,5%, de apologia e incitação a crimes contra a vida, 630,52%, de neonazismo, 548,4%, de homofobia, 350,2%, de racismo, 218,2%, e de intolerância religiosa, 145,13%” (MESQUITA, 2018, n. p.). A ONG constatou, ainda, que “o número total de

denúncias mais que dobrou em relação ao pleito de 2014: passou de 14.653 para 39.316 neste ano” (MESQUITA, 2018, n. p.).

De acordo com dados obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação, nos meses do período eleitoral do ano de 2018, os registros de ocorrências de crimes relacionados à intolerância religiosa cresceram 171%, os registros de ocorrências de crimes relacionados à intolerância pela origem cresceram 83%, os registros de ocorrências de crimes relacionados à homofobia cresceram 75% e os registros de ocorrências de crimes relacionados à cor da pele cresceram 15% no estado de São Paulo em relação aos três meses anteriores ao pleito. A partir de uma perspectiva anual, o aumento também foi considerável: em 2016, foram registradas 2.009 ocorrências de crimes relacionados à intolerância; em 2017, 1.607; e, em 2018, 3.191 (ESTARQUE; FARIA, 2019, n. p.).

O ódio, que até pouco tempo era fomentado por meio de discursos que se valiam de subterfúgios e de meios obscuros para se enraizarem e se propagarem sem se exporem à luz do dia, ganhou recentemente os holofotes.

Na corrida eleitoral de 2018, o então candidato à Presidência da República e Deputado Federal Jair Bolsonaro, ostentando um tripé de uma câmera de vídeo em representação a uma arma, discursou: “vamos fuzilar a petralhada aqui do Acre”, eles “vão ter que comer capim” (PONTES, 2018, n. p.). Meses antes do ocorrido, um ônibus de uma caravana formada pelo Ex-Presidente da República Lula foi alvejado por tiros quando deixava um evento realizado no Rio Grande do Sul (CARAM, 2018, n. p.). No decorrer da campanha eleitoral de 2018, o então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro sofreu um atentado a faca quando participava de um ato de campanha na cidade de Juiz de Fora no estado de Minas Gerais (LANDIM, 2018, n. p.). Poucos dias depois, quando foram apurados os resultados do primeiro turno, o Mestre Moa do Katendê foi vítima de homicídio após uma discussão em um bar sobre as eleições (PITOMBO, 2018, n. p.).

A intolerância que ganhou a arena política e está sendo fomentada pela arena política apresenta muitas vezes os mesmos contornos dos discursos de ódio habituais: ora fundados em preconceitos relacionados à cor da pele, ora à origem, a sexualidade, o gênero ou mesmo a religião. Ocorre, contudo, que o discurso promovido pelo então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro, em que ele fomenta os seus apoiadores a “fuzilar a petralhada aqui do Acre”, bem como os

atos de violência física mencionados há pouco, ocorridos no contexto das eleições de 2018, exemplificam a força de um discurso intolerante que encontra fundamento em um preconceito diverso, um preconceito relacionado à posição político-partidária.

O professor da Universidade de Harvard Cass Sunstein denomina essa forma de preconceito relacionado ao partido político de “partyism” ou, em tradução livre, partidismo. Segundo Sunstein, “‘partidismo’ é uma forma de hostilidade e preconceito que opera através das linhas políticas”¹ (2016, p. 01). “A ideia central é que pela mera identificação com um partido político, uma pessoa torna-se hostil ao partido político oposto e disposta a acreditar que os seus membros têm uma série de características ruins”² (SUNSTEIN, 2016, pp. 01-02).

Ocorre que os discursos fundamentados no partidismo provocam um dano considerável ao pluripartidarismo e, via de consequência, à democracia. Isso porque da intolerância em relação às preferências partidárias decorre uma redução drástica da disposição para tratar as ações dos opositores como legítimas, implicando em uma aprofundada contestação dos resultados políticos. Trata-se de um verdadeiro incentivo dos partidos à anulação dos opositores e de suas políticas, como se a mera discordância implicasse em ilegitimidade (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 705).

Este o cenário retratado e, a partir dele, a pesquisa desenvolvida se dedicou, então, a duas tarefas. Primeiramente, o trabalho se debruçou sobre a árdua tarefa de examinar se existem fundamentos político-morais para que o Estado promova a limitação dos discursos de ódio e se é possível fazê-lo sem corromper o direito fundamental à liberdade de expressão – tão caro ao constitucionalismo e ao regime democrático – e sem correr o risco de promover uma censura, que é própria de regimes que não guardam qualquer apreço pela democracia. Em segundo lugar, a pesquisa se propôs a averiguar se os discursos fundados no partidismo podem ser classificados como discursos de ódio e, como tais, podem ser limitados a partir dos mesmos fundamentos político-morais que dão subsídio à legislação restritiva dos discursos de ódio.

¹ Tradução livre do original em inglês: “‘Partyism’ is a form of hostility and prejudice that operates across political lines” (SUNSTEIN, 2016, p. 01).

² Tradução livre do original em inglês: “The central idea is that merely by identifying with a political party, a person becomes hostile to the opposing party and willing to believe that its members have a host of bad characteristics” (SUNSTEIN, 2016, pp. 01-02).

Para tornar factível essa empreitada, foi desenvolvida uma pesquisa de natureza pluridisciplinar, que, como tal, abordou uma questão de ordem tanto político-filosófica, quanto jurídico-filosófica. A pesquisa alinou-se à vertente metodológica jurídico-teórica ou jurídico-dogmática, já que se dedicou à análise teórica de uma relação jurídico-filosófica e político-filosófica, sobretudo, a partir dos fundamentos político-morais do ordenamento jurídico, mas não limitada a este, já que também se dedicou à análise de pesquisas empíricas realizadas por outros campos das ciências humanas e sociais aplicadas sobre discursos de ódio, bem como de projetos de lei em tramitação e leis aprovadas pelo Poder Legislativo de outros países.

A partir da vertente metodológica jurídico-teórica, a pesquisa realizada vinculou-se ao tipo jurídico-compreensivo de investigação, tendo em vista que realizou uma investigação que discute a amplitude do direito à liberdade de expressão; e ao tipo jurídico-comparativo de investigação, tendo em vista que, para permitir a investigação sobre a possibilidade de limitação aos discursos de ódio fundamentados no partidismo, lançou mão de casos práticos abordados de forma comparativa.

Para realizar essa investigação, a pesquisa valeu-se dos seguintes dados primários: projeto de lei sobre discursos de ódio em tramitação no Brasil; leis sobre discursos de ódio aprovadas pelos parlamentos de outros países; entrevistas e reportagens; pesquisas empíricas realizadas por outros campos das ciências humanas e sociais aplicadas. Valeu-se, ainda, na qualidade de dados secundários, da literatura desenvolvida sobre o tema.

Tendo em vista que a pesquisa se alinou a uma vertente jurídico-teórica, a principal técnica de pesquisa (estratégia metodológica) adotada foi a pesquisa teórica, com ênfase na análise de conteúdo.

A partir dessa metodologia, com o intuito de responder ao primeiro problema proposto, este trabalho partiu da hipótese de que os fundamentos político-morais do direito fundamental à liberdade de expressão – sobretudo a democracia, a autonomia, o contrato social e busca da verdade – não abrigam os discursos de ódio, eis que estes, na qualidade de atos de fala performativos, têm o condão de causar danos à dignidade, à autonomia, à igualdade e à democracia.

Para analisar a procedência da mencionada hipótese, o capítulo que sucede esta introdução dedica-se à análise dos fundamentos político-morais do direito fundamental à liberdade de expressão. Aderindo à linha de raciocínio adotada por autores como Michel Rosenfeld e Frederick Schauer, o capítulo dois analisa quatro diferentes argumentos que se prestam para justificar o direito à liberdade de expressão, quais sejam: o contrato social, a busca da verdade, a democracia e a autonomia individual. A partir desses argumentos, é possível construir uma justificação político-moral do direito fundamental à liberdade de expressão que demonstre a razão da sua proteção pelas cartas constitucionais consolidadas no seio do constitucionalismo e pelas declarações de direitos consolidadas, sobretudo, no segundo pós-guerra.

Com esse intuito, o segundo capítulo se vale, entre outros, dos estudos de John Stuart Mill sobre a busca da verdade; da teoria do perigo iminente desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos com fundamento na obra de Mill; dos estudos de James Weinstein e Ronald Dworkin sobre a relevância da liberdade de expressão para a construção e manutenção da democracia; e da correlação necessária entre a liberdade de expressão e a autonomia individual, conforme demonstrada por Edwin Baker e Ronald Dworkin.

Partindo dos pressupostos construídos no segundo capítulo e ainda objetivando confirmar a correção da primeira hipótese, o terceiro capítulo destina-se a averiguar se os fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão analisados no segundo capítulo – o contrato social, a busca da verdade, a autonomia e a democracia – se prestam a resguardar não apenas a liberdade de expressão, mas também os discursos de ódio. Propõe-se, ainda, a questionar se eventual legislação que restrinja os discursos de ódio promoveria algum dano aos fundamentos político-morais da liberdade de expressão ou se, em um sentido contrário, os discursos de ódio teriam, eles próprios, o condão de provocar efeitos deletérios à qualidade do debate, à autonomia individual e à democracia.

Para tanto, no terceiro capítulo, são reconstruídas diversas concepções de discursos de ódio e analisadas legislações que se propõem a enfrentar os efeitos deletérios desses discursos, a partir das quais é possível inferir as características centrais que conformam, em regra, a categorização de um determinado discurso como um discurso de ódio.

Partindo-se da teoria dos atos de fala proposta por John Austin, que demonstra que os atos de fala performativos têm o condão de concretizar ações – produzir efeitos perlocucionários, como amedrontar, ameaçar, ofender, intimidar, e não apenas representar simbolicamente um acontecimento –, demonstra-se, com Jeremy Waldron, que os discursos de ódio carregam o potencial de provocar um dano à dignidade dos membros de minorias, ao poluir o ambiente social e obstar o processo de autodeterminação destes indivíduos enquanto sujeitos de direito em uma dada sociedade. Defende-se, com Joseph Raz, que os discursos de ódio obstaculizam o implemento de uma das condições de autonomia qual seja: um leque adequado de opções para exercício da escolha individual. Sustenta-se, ainda, com Owen Fiss, que os discursos de ódio provocam um efeito silenciador em face dos seus alvos, do qual decorre um dano ao princípio igualitário e à própria democracia. Assim, o terceiro capítulo procura demonstrar que os discursos de ódio não encontram fundamento na autonomia individual, nem na democracia. Ao contrário, os discursos de ódio têm o condão de provocar um dano considerável a esses valores, o que, inclusive, torna contraditória a permissividade de Ronald Dworkin em relação aos discursos de ódio, já que as obrigações associativas – baluarte da sua teoria sobre democracia – decorrem de uma obrigação geral de todos os cidadãos de não causar dano a outros cidadãos.

Tomando como ponto de partida a teoria da legitimidade de Ronald Dworkin, o terceiro capítulo ainda busca refletir como as legislações restritivas dos discursos de ódio não comprometem a legitimidade da representação política e da legislação por ela criada.

Ainda no terceiro capítulo, sustenta-se que, à luz da interpretação discriminadora proposta por Ronald Dworkin e do efeito silenciador dos discursos de ódio, conforme constatado por Owen Fiss, a busca da verdade não se presta a legitimar os discursos de ódio.

Por meio dessa construção, respondendo ao primeiro problema proposto, confirma-se a hipótese sustentada, segundo a qual os fundamentos político-morais do direito fundamental à liberdade de expressão não se prestam a albergar os discursos de ódio, já que, enquanto atos de fala performativos, causam danos à dignidade, à autonomia, à igualdade e à democracia. Essa conclusão é alcançada não por meio da adoção de um método de ponderação que coloque frente a frente

os valores da liberdade de expressão e a dignidade, a autonomia, a igualdade e a democracia, mas sim pela teoria da unidade do valor, conforme proposta por Ronald Dworkin, segundo a qual “[...] a melhor concepção de cada um desses conceitos tem de se apoiar nas concepções de todos os outros e, ao mesmo tempo, contribuir com elas” (2014, p. 250).

Por fim, no terceiro capítulo, são analisadas e enfrentadas as principais críticas à regulação dos discursos de ódio, propondo-se, com lastro na defesa da dignidade, da autonomia, da igualdade e da democracia, uma legislação que combata os discursos de ódio sem que se incorra em uma forma de censura.

Para enfrentar o segundo problema proposto, parte-se da hipótese de que os discursos fundados no partidismo são discursos de ódio, eis que carregam as características principais desse tipo de discurso: constituem-se em uma manifestação, escrita ou oralizada; fomentam o ódio; o fazem em face de um determinado grupo em virtude de características comuns que os membros desse grupo compartilham; e provocam um dano. Em virtude de tanto, os discursos de ódio fundados no partidismo deveriam sofrer a mesma restrição aplicada aos discursos de ódio fundados no racismo ou na religião, por exemplo.

Objetivando confirmar a procedência dessa segunda hipótese, o quarto capítulo destina-se inicialmente a construir uma concepção bem fundamentada de partidismo e a delinear as suas principais características. Para tanto, são analisados casos recentes em que foram observados discursos marcados pelo tom acre da intolerância política e, após, é dedicada atenção redobrada a pesquisas empíricas, como aquelas desenvolvidas por Shanto Iyengar e Sean J. Westwood, que demonstram que, nos Estados Unidos, a polarização afetiva baseada no partido político é tão forte quanto a polarização causada pela cor da pele e a discriminação baseada no partido político é tão profunda que chega a superar a discriminação baseada na cor da pele. Demonstram, ainda, que provavelmente a força da discriminação fundada no partidismo se funda na ausência de aplicação de normas igualitárias, tais quais aquelas que combatem o racismo. Demonstram, por fim, que os discursos fundados no partidismo são decorrência de uma polarização de grupo e provocam um dano profundo ao minar a disposição para tratar as ações dos opositores como legítimas, resultando em uma aprofundada contestação dos

resultados políticos, tratando-se de um verdadeiro incentivo dos partidos à anulação dos opositores políticos.

Ainda no capítulo quarto, é analisada uma pesquisa empírica desenvolvida por Sean Westwood, Shanto Iyengar, Stefaan Walgrave, Rafael Leonisio, Luis Miller e Oliver Strijbis que busca retratar que, em que pese o partidismo tenha sido inicialmente diagnosticado nos Estados Unidos, não é um fenômeno exclusivo daquele país e, menos ainda, do seu sistema político-partidário. O partidismo foi observado em países com estruturas políticas organizadas de forma bastante distante dos Estados Unidos, como a Inglaterra, a Bélgica e a Espanha.

Após, o capítulo quarto debruça-se sobre a pesquisa desenvolvida por Yphtach Lelkes e Sean Westwood – que alcança a conclusão de que o partidismo fomenta a promoção de discursos negativos e o evitamento de pessoas externas ao grupo – e sobre os estudos de Nancy Rosenblum – que concluem que os discursos políticos extremistas, que são observados quando um partido abdica da sua responsabilidade de mobilizar os eleitores, propondo a intransigência como um valor a ser resguardado, têm o condão de provocar danos à democracia por minar as condições de manutenção do pluripartidarismo.

A partir desses pressupostos, demonstra-se a procedência da segunda hipótese aventada, já que a busca pela eliminação da pluralidade, da diversidade – característica inerente ao partidismo – não condiz com os preceitos básicos da democracia e do princípio igualitário, mas, ao contrário, provoca um dano pungente a esses valores. Além disso, o discurso fundado no partidismo fomenta o ódio e caracteriza-se, inquestionavelmente, como um discurso, manifestado pela escrita ou pela verbalização.

Aproximando-se da reta final, o capítulo quarto se dedica a evidenciar que o discurso de ódio fundado no partidismo atinge minorias tais quais as minorias atingidas por um discurso de ódio fundado na religião, já que a filiação partidária não está tão atrelada a alinhamento ideológico a algum grupo político-partidário, mas sim ao afeto, característica essa muito semelhante à aderência religiosa. Destarte, observa-se que o partidismo é fruto de uma polarização afetiva e, não necessariamente ideológica.

Por fim, assumindo, portanto, que existem discursos de ódio fundados no partidismo e que esses discursos causam um dano à democracia, o capítulo quarto

se debruça sobre a tarefa de encontrar meios democráticos que se prestem à proteção da democracia. Para tanto, o trabalho se dedica à análise de duas propostas.

Em primeiro lugar é analisada a proposta da democracia militante, tal qual proposta inicialmente por Karl Loewenstein – e posteriormente estudada e desenvolvida por Giovani Capoccia, Nancy Rosenblum e Ruti Teitel – que implica no “uso de restrições legais à manifestação e à participação políticas para coibir atores extremistas em regimes democráticos”³ (CAPOCCIA, 2013, p. 207).

Após, é analisado o princípio da oposição leal, conforme teoricamente desenvolvido por Waldron em sua obra *Political political theory* (2016).

A conclusão alcançada não poderia ser outra: a liberdade de expressão não é um direito vazio, sem fundamentos, que possa ser lido sem reminiscência histórica e sem apreço aos valores que lhe dão sustentação. Não se pode recorrer ao direito à liberdade de expressão pela mera retórica oca e circular que se presta tão somente a reproduzir preconceitos que minam valores, como a dignidade e a igualdade, tão caros aos regimes democráticos quanto a liberdade. A liberdade de expressão deve ser vista como um direito fundamental quando adequada aos preceitos que lhe prestam de fundamento: sobretudo a autonomia, a igualdade e a democracia.

A democracia não se compraz com discursos de ódio que, tais quais aqueles fundados no partidismo, se dedicam a minar a existência da pluralidade, da diversidade, que são condição de existência do regime democrático. Conforme sustenta Dworkin, devemos ser moralmente responsáveis e somente podemos sê-lo “[...] na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente” (DWORKIN, 2014, p. 153)⁴.

³ Tradução livre do original em inglês: “the use of legal restrictions on political expression and participation to curb extremist actors in democratic regimes” (CAPOCCIA, 2013, p. 207).

⁴ Alguns trechos desta tese foram objeto de publicação prévia em trabalhos de autoria do próprio autor da tese de doutorado, conforme permitido pelo artigo 65, parágrafo quarto, do Regulamento da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Os aludidos trechos foram publicados nos seguintes artigos: “MARTINS, João Víctor N.. As obrigações associativas do Império do Direito à Justiça para Ouriços. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, v. 31, p. 138-148, 2017”; “MARTINS, João Víctor N.. Há razões para combater o partidismo no Brasil?. In: PEREIRA, Rodolfo Viana. (Org.). Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio. 1ed. Curitiba: Íthala, 2018, v. 1, p. 77-98”; e “MARTINS, João Víctor N.. Por que o direito à liberdade de expressão não abrange o discurso de ódio?. In: III Congresso Internacional de Direito

2. OS FUNDAMENTOS POLÍTICO-MORAIS DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*Pai, afasta de mim esse cálice
De vinho tinto de sangue
Como beber dessa bebida amarga
Tragar a dor, engolir a labuta
Mesmo calada a boca, resta o peito
Silêncio na cidade não se escuta.*

CHICO BUARQUE E GILBERTO GIL

2.1. Liberdade de expressão

“Posso não concordar com o que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo”. O famoso aforismo cuja autoria é atribuída a François Marie Arouet – o filósofo iluminista Voltaire – elucida o cerne de um dos mais relevantes direitos fundamentais que, em regra, permeiam as cartas consolidadas no seio do constitucionalismo: o direito à liberdade de expressão – o direito a desenvolver e manifestar as opiniões pessoais sem que dita manifestação venha a ensejar qualquer repreensão estatal.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já no ano de 1789, dispôs que “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente (...)” (FRANÇA, 1973, n. p.).

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, no ano de 1791, determinou que “o congresso não deverá promulgar qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa (...)”⁵ (USA, 1791, n. p.).

Constitucional e Filosofia Política, 2019, Curitiba. Anais do III Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia (pendente de publicação)”.
⁵ "O congresso não deverá promulgar qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de peticionarem ao governo para que sejam feitas reparações de queixas". Tradução livre do original em inglês: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, declarou, em seu artigo 19, que “todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, n. p.).

O artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 também previu que “toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1966, n. p.).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imbuída do mesmo ideal, positivou a proteção ao direito fundamental à liberdade de expressão em seu artigo 5º, incisos IV e IX, e em seu artigo 220, determinando que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”; “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1988, n. p.).

A liberdade de expressão é, por conseguinte, um direito fundamental inequivocamente consolidado nos sistemas jurídicos de Estados Democráticos de Direito regidos por cartas que, permeadas pelos princípios propostos pelo Constitucionalismo, visam a atribuir aos cidadãos direitos e garantias fundamentais, bem como limitar o poder estatal.

A tradição político-filosófica liberal, desenvolvida desde a obra *On Liberty*, de John. S. Mill (1964), e mais recentemente representada por Ronald Dworkin, entre outros, é responsável pelo desenvolvimento teórico de alguns dos mais relevantes fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão. Essa tradição tem demonstrado grande apreço pela impossibilidade de imposição de limites ao exercício do direito à liberdade de expressão, senão quando esta implicar em efetiva violência.

Fato é que dito apreço ganhou tamanho vulto nos Estados Unidos que é absolutamente incomparável com qualquer outro sistema jurídico. Como defende

Ronald Dworkin, “mesmo entre as democracias, os Estados Unidos se destacam pelo grau extraordinário em que sua Constituição protege a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa” (2006, p. 311). Da mesma forma, afirma Michel Rosenfeld que “a liberdade de expressão não apenas é o direito constitucional norte-americano mais apreciado, como também um dos símbolos culturais mais importantes dos Estados Unidos”⁶ (2003, p. 160). Segundo Rosenfeld, tamanha importância da liberdade de expressão se deve a diversos fatores, “incluída uma marcada preferência pela liberdade sobre a igualdade, o compromisso com o individualismo e uma tradição de direitos naturais proveniente de Locke, que propugna a liberdade frente ao estado – ou a liberdade negativa – sobre a liberdade positiva – a liberdade por meio do estado”⁷ (2003, p. 160). Em outros termos, a liberdade de expressão é vista, no sistema jurídico dos Estados Unidos, como uma proteção do cidadão contra a interferência estatal, ou seja, uma vedação, uma proibição, uma garantia negativa (ROSENFELD, 2003, p. 160).

É certo que a liberdade de expressão ganhou contornos peculiares ao longo do desenvolvimento da tradição liberal nos Estados Unidos. Com razão, de acordo com a perspectiva comparativa adotada por Donald Kommers, “diferentemente do enfoque anglo-americano, que em sua tradição lockeana considera que todos os direitos fundamentais são inalienáveis e que precedem e transcendem a sociedade civil, a tradição alemã considera que os direitos fundamentais dependem do estado (constitucional) para seu estabelecimento e apoio”⁸ (KOMMERS *apud* ROSENFELD, 2003, p. 180).

Segundo Rosenfeld, ao longo da história, foram desenvolvidos quatro diferentes argumentos que se prestam para justificar o direito à liberdade de expressão, quais sejam: o contrato social, a busca da verdade, a democracia e a autonomia individual (2003, p. 163). Esta classificação, inclusive, coincide em muito

⁶ Tradução livre do original em espanhol: “La libertad de expresión no sólo es el derecho constitucional norteamericano más apreciado, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de los Estados Unidos”.

⁷ Tradução livre do original em espanhol: “incluida una marcada preferencia por la libertad por encima de la igualdad, el compromiso con el individualismo y una tradición de derechos naturales que proviene de Locke, que propugna la libertad del estado -o la libertad negativa- por encima de la libertad a través del estado -o la libertad positiva”.

⁸ Tradução livre do original em espanhol: “A diferencia del enfoque angloamericano, que en su tradición lockeana considera que los derechos fundamentales son inalienables y que preceden y trascienden a la sociedad civil, la tradición alemana considera que los derechos fundamentales dependen del estado (constitucional) para su establecimiento y sostén” (KOMMERS, Donald. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 363 (2d. ed. 1997)., en 424).

com aquela proposta por Frederick Schauer em sua obra *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982).

Nos tópicos seguintes, dentro do recorte proposto pelo presente trabalho, será dedicada alguma atenção a cada qual destes fundamentos político-morais.

2.2. O contrato social

A primeira justificação do direito à liberdade de expressão adota como procedente a tese contratualista desenvolvida por autores como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, segundo a qual, em suma, os indivíduos, em busca de garantir a sua proteção, a sua segurança, aceitariam se submeter ao domínio do Estado, atribuindo a um governo autoridade para gerir os rumos de uma determinada sociedade nos termos de um pacto inicial (ROSENFELD, 2003, p. 164).

De acordo com a justificação do direito à liberdade de expressão por meio do contrato social, as instituições políticas fundamentais – bem como quaisquer alterações em ditas instituições – devem necessariamente ser justificáveis a partir de um acordo, seja ele real ou hipotético, firmado entre os membros de uma determinada sociedade. Partindo desta justificativa, não há possibilidade de exclusão, *ex ante*, de qualquer manifestação de ideia, ainda que radical, desde que ela se preste para justificar a adesão de um determinado indivíduo aos termos do contrato social (ROSENFELD, 2003, p. 164).

Assim, seria necessário garantir a livre manifestação como forma de garantir a possibilidade de discussão dos “termos” do contrato ao qual o cidadão há de se submeter.

A liberdade de expressão pode ser considerada, a partir dessa perspectiva, um requisito imprescindível à garantia da legitimidade do contrato social e, via de consequência, da autoridade do governo fundamentada neste suposto contrato social.

2.3. A busca da verdade

Já a justificação lastreada na busca da verdade se baseia na teoria de John Stuart Mill segundo a qual “o descobrimento da verdade é um processo empírico crescente que se baseia no método de ensaio e erro e que exige uma discussão

desinibida”⁹ (ROSENFELD, 2003, p. 164). Isso porque, de acordo com Stuart Mill, somente a proteção ao dano contra outro indivíduo constitui um princípio capaz de justificar a interferência do Estado na liberdade de um indivíduo. Assim, o dano provocado pelo indivíduo, no exercício de sua autonomia, a ele mesmo, não pode ser objeto de tutela do Estado. “Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano” (MILL, 1964, p. 34).

Para Mill, ao se cercear a liberdade de expressão, ao se impedir a manifestação de determinada opinião, rouba-se a possibilidade de permitir que uma opinião verdadeira venha à tona ou, ainda que se trate de uma opinião errônea, perde-se a possibilidade de se enfatizar a força da opinião contrária ao confrontá-la com a opinião dissonante. “Nunca podemos estar seguros de que a opinião que procuramos sufocar seja falsa; e, se estivéssemos seguros, sufocá-la seria ainda um mal” (MILL, 1964, p. 44). Mill dá vida à tese do mercado livre de ideias com essa frase, porque pressupõe a falibilidade da razão humana, que é capaz sempre de construir opiniões equivocadas. Sendo assim, impedir que uma manifestação seja expressa porque se supõe que a opinião contrária é verdadeira seria, para Mill, um erro absurdo (1964, p. 45).

É fato que Mill não exclui a possibilidade de presumir-se a verdade naquilo que se postula, naquilo que se defende. Muito pelo contrário, é não uma faculdade, mas um dever daquele que defende uma ideia presumir a verdade do que postula, de modo a orientar a própria conduta do autor do discurso. Isso não implica, entretanto, em presumir a irrefutabilidade do postulado, de modo a impedir a discussão acerca do tema (1964, pp. 47-48). Com razão, segundo Mill, melhor confiança merece aquela tese que, postulando-se verdadeira, submete-se a toda e qualquer espécie de crítica e as responde, quando falácias, ou as absorve, quando adequadas (1964, pp. 49-50).

Stuart Mill oferece exemplos de pessoas, como Sócrates e Jesus, que foram mortas em razão de professar o que ele entende como “verdades”, e procura demonstrar o quão maléfica é a censura ao discurso não apenas para aquele que sofre a coerção, mas para a própria sociedade, que se vê privada, ou ao menos postergada, da possibilidade de usufruir daquela “verdade” (1964, p. 67).

⁹ Tradução livre do original em espanhol: “el descubrimiento de la verdad es un proceso empírico creciente que se basa en el método de ensayo y error y que exige una discusión desinhibida”.

Além das duas possibilidades suscitadas – a de que o debate fortalece a verdade quando a opinião é verdadeira e a de que o debate faz sucumbir a opinião quando falsa –, Mill apresenta uma terceira possibilidade: quando duas opiniões divergentes são apresentadas em um debate e nenhuma das duas são verdadeiras, essas opiniões podem, em debate, se complementar na busca da verdade (1964, p. 87). Segundo a sua tese, “[...] mesmo que a opinião a que se impôs silêncio seja um erro, pode conter, e muito comumente contém uma parte de verdade. E, uma vez que a opinião geral ou dominante sobre um assunto é raramente, ou nunca, a verdade inteira, só pela colisão das opiniões contrárias se faz provável se complete a verdade com a parte ausente” (MILL, 1964, p. 98).

Stuart Mill entende que não se deve impor limitações ao exercício da liberdade de expressão, ainda quando a opinião for manifestada por meios insidiosos e não cordiais. O mais curioso é que, segundo Mill, na maior parte das vezes, o discurso agressivo somente é aceito quando oriundo de uma maioria e direcionado contra uma minoria, já que tende a encontrar espaço para se acomodar e pouco espaço para sofrer críticas. Já quando o discurso agressivo é proferido por uma minoria em face de uma maioria, encontra rapidamente uma enorme resistência. Segundo Mill, “as opiniões contrárias às comumente admitidas só podem conseguir atenção por uma linguagem estudadamente moderada, e pelo mais cauteloso evitamento de ofensas desnecessárias” (MILL, 1964, p. 100).

Assim, por exemplo, se se tivesse de escolher, haveria muito mais necessidade de desencorajar os ataques ofensivos à descrença que à religião. É, entretanto, óbvio que a lei e a autoridade não devem restringir nem uma nem outra. E, à opinião cabe, em cada espécie concreta, determinar o seu veredicto segundo as circunstâncias do caso individual, condenando todo aquele, seja qual for o seu partido no debate, em cujo modo de defesa se manifeste falta de candura, malignidade, hipocrisia, ou intolerância de sentimento. Mas não deve inferir esses vícios do partido tomado, ainda que seja o contrário do nosso (MILL, 1964, p. 101).

A partir dessa perspectiva, Mill defende a ampla liberdade de expressão, como meio de busca à verdade e entende pertinente uma limitação à liberdade de expressão apenas quando se tratar de incitação à violência.

Ninguém pretende que as ações devam ser tão livres como as opiniões. Pelo contrário, mesmo as opiniões perdem a sua imunidade quando as circunstâncias em que se exprimem são tais que a sua expressão constitui um incitamento positivo a algum ato nocivo. A opinião de que os

comerciantes de cereais matam à fome o pobre, ou a de que a propriedade privada é um latrocínio, não devem ser molestadas quando simplesmente veiculadas pela imprensa, mas podem incorrer em pena justa quando expostas oralmente, ou afixadas sob a forma de cartaz, em meio a uma turba excitada, reunida diante da casa de um comerciante de cereais. Atos de qualquer espécie que, sem causa justificável, produzem dano a outrem, podem ser refreados pelos sentimentos desfavoráveis e, quando necessário, pela interferência ativa da coletividade, e, nos casos mais importantes, exigem mesmo tal. A liberdade do indivíduo deve ser, assim, em grande parte, limitada — ele não deve tornar-se prejudicial aos outros (MILL, 1964, pp. 102-103).

Por outro lado, quando se está a tratar de mera manifestação de opinião, sem o recurso à violência, há de se garantir, segundo Mill, ampla e absoluta liberdade ao interlocutor.

Mas, se se abstém ele molestar os outros no que lhes concerne, e meramente age segundo a própria inclinação e julgamento, em assuntos que dizem respeito a ele próprio, as mesmas razões que demonstram dever a opinião ser livre, provam também que se lhe deve permitir, sem o importunar, leve à prática as suas opiniões à própria custa (MILL, 1964, p. 103).

Para compreender a lógica do argumento de Stuart Mill, é importante perceber que o autor defende o individualismo enquanto fonte de evolução da sociedade. Para ele, o cerceamento ao individualismo embota a criatividade inerente aos gênios e pode conduzi-los à mediocridade do comportamento costumeiro de determinada sociedade. Tanto por isso, é de extrema relevância, para Mill, garantir seja oportunizada a cada pessoa o desenvolvimento de sua individualidade independentemente de este comportamento se adequar ou não aos costumes da sociedade. Em outros termos, Mill defende a liberdade, a individualidade e, com isso, a diversidade. Segundo ele, “se a resistência aguarda quase se reduza a vida a um tipo uniforme, todos os desvios desse tipo virão a ser considerados ímpios, imorais, mesmo monstruosos e contrários à natureza. A humanidade se torna rapidamente incapaz de conceber a diversidade se por muito tempo se desacostumou de vê-la” (MILL, 1964, p. 134).

Em virtude de tanto, é necessário, para Mill, garantir que se imponham limites à interferência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Segundo Mill, ainda que não se parta de uma ideia contratualista de Estado, é certo que o Estado exija determinados comportamentos e determinadas contrapartidas do cidadão, a partir do momento em que lhe oferece proteção, infraestrutura e benefícios, bem

como pressupõe a existência de uma sociedade que é constituída por uma diversidade de cidadãos que hão de conviver. Segundo Mill, o Estado pode, então, exigir que um indivíduo não ofenda determinados interesses de terceiros, interesses estes juridicamente constituídos como direitos. Contudo, Mill defende que um indivíduo pode até adotar condutas que sejam danosas a outros indivíduos, sem que isso implique, entretanto, em violação ao direito atribuído a estes indivíduos. Em situações como estas, cabe à moralidade pública reprimir dito comportamento e não ao Direito (MILL, 1964, pp. 135-136).

Já os atos ofensivos aos outros exigem um tratamento completamente diverso. A usurpação dos seus direitos; infligir-lhes lesão ou dano que os direitos do que lesa ou prejudica não justificam; a falsidade ou duplicidade no trato com eles; o uso ilícito ou mesquinho de vantagens que sobre eles se tenham; mesmo a abstenção egoística de os defender contra injúria — tudo isso são objetos adequados de reprovação moral e, nos casos graves, de retribuição e punição morais. E não somente esses atos, mas as disposições que a eles conduzem, são imorais no sentido próprio, dignas de reprovação, a qual pode ir à aversão (MILL, 1964, pp. 140-141).

Mill não enxerga a possibilidade de reprovabilidade social a atos que, ainda que não facilmente aceitos, tendam a prejudicar tão somente o próprio indivíduo. Somente quando há um prejuízo ao direito estabelecido pelo Estado a outro indivíduo ou à sociedade, o ato individual pode vir a sofrer a devida repreensão. “Em suma, quando se verifica um prejuízo definido, ou existe um risco definido de prejuízo, a um indivíduo, ou ao público, o caso sai do setor da liberdade, e recai no da moralidade ou no da lei” (MILL, 1964, p. 146).

Em âmbito nacional, aparentemente aderindo à tese do mercado livre de ideias, Ronaldo Porto Macedo Junior – ao discutir sobre a decisão liminar proferida Juiz Federal Waldemar Claudio de Carvalho em Ação Popular que visava à suspensão dos efeitos da Resolução 001/1999 do Conselho Federal de Psicologia, que estabeleceu normas de atuação para psicólogos em questões relacionadas à orientação sexual – defendeu que “no âmbito do debate público, as ideias, por mais equivocadas, erradas e, por esse motivo, potencialmente enganosas e eventualmente perigosas para o processo de ‘Esclarecimento do Mundo’, não podem ser censuradas” (2017b, n. p.). Isso porque, segundo Macedo Junior, “a eventual e hipotética vantagem que a censura poderá representar em contextos muito particulares para impedir a disseminação de equívocos e preconceitos não é

aceitável do ponto de vista dos fundamentos da liberdade de expressão” (2017b, n. p.).

É pertinente observar como esta tese do “mercado livre de ideias” desenvolvida por Stuart Mill foi incorporada de forma notória pela jurisprudência constitucional estadunidense construída em torno da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, sobretudo, sob a batuta do *Justice* Oliver Wendell Holmes, e deu origem à “jurisprudência do perigo iminente” adotada atualmente pela Suprema Corte norte-americana. A partir dessa jurisprudência, assim como para a tese do “mercado livre de ideias”, a liberdade de expressão deveria ser ampla, a não ser em casos de incitação à violência, já que, caso uma ideia seja falsa, o melhor método para combatê-la é o debate amplo, que resultaria em seu falseamento (ROSENFELD, 2003, p. 164).

Conforme relata Dworkin, inicialmente, à época dos federalistas, a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos era lida à luz da Teoria da Restrição Prévia, conforme desenvolvida por William Blackstone: o Estado não poderia proibir a publicação de nenhum conteúdo, mas poderia punir posteriormente a entidade que o publicou caso entendesse se tratasse de conteúdo ofensivo ou perigoso. Até mesmo o Juiz Oliver Wendell Holmes adotou essa teoria, em julgado datado de 1907 (2006, p. 314).

Essa tese, contudo, começou a ser descartada, aos poucos, a partir da I Guerra Mundial, em casos como *Masses* (U.S. DISTRICT COURT, 1917)¹⁰, *Abrams* (U.S. SUPREME COURT, 1919a)¹¹ e *Whitney* (U.S. SUPREME COURT, 1927)¹² e

¹⁰ Trata-se do caso em que o chefe dos correios de Nova York se recusou a entregar as revistas da empresa “*Masses Publishing Co.*” que continha charges críticas à guerra, sob o argumento de que referidas charges violariam a “Lei de Espionagem” de 1917, que proibia os cidadãos norte-americanos a fazer declarações que interferissem nas operações militares, estimular insubordinação, motim, ou qualquer forma de obstrução intencional ao recrutamento e ação das forças armadas. Apesar das alegações do chefe dos correios de que as charges críticas promoviam “agitação política”, o Juiz da Corte Distrital de Nova York, Learned Hand, determinou que a Lei de Espionagem não proíbe a publicação das referidas charges que, embora críticas ao governo dos EUA, eram opiniões protegidas pela Primeira Emenda e, portanto, não poderiam ser proibidas (U.S. DISTRICT COURT, 1917).

¹¹ Em ocorrido semelhante ao do caso anterior, ao serem pegos distribuindo panfletos de cunho político que faziam uma dura crítica ao governo norte-americano por interferir na Revolução Russa com o envio de tropas e produção de armas objetivando impedir as forças revolucionárias, os réus também foram acusados de violar a “Lei de Espionagem de 1917” por incitar a resistência e mobilizar contra o governo. Nesse caso, no entanto, ao contrário do *Masses v. Patten*, a Suprema Corte condenou os acusados (com 7 votos favoráveis e 2 contrários), decidindo que “A Primeira Emenda não protege a fala que é projetada a minar os Estados Unidos na guerra, fomentando a insubordinação e a desordem” (U.S. SUPREME COURT, 1919a).

foi substituída pela teoria do perigo iminente já no início da segunda metade do Século XX. A partir desta teoria, o Estado somente pode intervir na liberdade de expressão para evitar ou punir um “perigo evidente e imediato” (DWORKIN, 2006, pp. 315-316).

É interessante observar que, de acordo com os precedentes desenvolvidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos, este perigo capaz de ensejar a limitação à liberdade de expressão há de ser de fato evidente e imediato, não se caracterizando como tanto declarações que possam ofender, desagradar, humilhar, sem, contudo, ensejar uma ação violenta direta e imediata. O julgamento do caso *National Party vs. Skokie* pela Suprema Corte é o mais reverenciado exemplo da força praticamente ilimitada da liberdade de expressão na tradição liberal norte-americana, fundada na teoria do perigo iminente. No referido caso, a Suprema Corte Americana decidiu, nos dias de 1977, pela inconstitucionalidade de uma decisão judicial que impediu o Partido Nacional Socialista de realizar uma passeata de caráter neonazista, com a distribuição de panfletos e a ostentação de suásticas, em um bairro tipicamente judeu da cidade de Skokie, tendo em vista que a decisão judicial contrariava a liberdade de expressão e de reunião prevista na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos (U.S. SUPREME COURT, 1977).

Segundo Ronaldo Porto Macedo Junior, da teoria do perigo iminente decorre a necessária distinção entre a mera expressão da ideia e a incitação ao preconceito ou a violência:

Incitar não pode ser compreendido como sinônimo de advocacia de ideias (advocacy of ideas), como desde há muito tem entendido a doutrina anglo-saxã sobre liberdade de expressão. Incitar exige a realização de uma prática discursiva diretamente relacionada à produção de uma ação. Trata-se de um encorajamento a uma ação direta e não a mera defesa de uma ideia que eventualmente, depois de um processo de reflexão e pensamento, poderá produzir uma ação. Incitar um crime envolve um tipo particular de encorajamento que pode ser causalmente decisivo na sua concretização. O exemplo típico é a convocação emotiva e passional para que membros de um grupo participem de um linchamento (2017a, n. p.).

¹² A ré Charlotte Whitney foi acusada, em 1927, com base na “*California Criminal Syndicalism Act*” de 1919, que criminalizava a associação sindical, por auxiliar a formação do “Partido Trabalhista Comunista da América” o qual, segundo as acusações, era um grupo destinado a promover a derrubada violenta do governo. Nesse caso paradigma específico, Whitney foi condenada pela maioria da Suprema Corte, que decidiu que, “apesar da primeira emenda, um estado pode usar seu poder policial para punir o discurso que prejudica o bem-estar público, incitando a atividade criminosa, perturbando a paz, ou defendendo a derrubada violenta do governo” (U.S. SUPREME COURT, 1927).

Tratando especificamente dos protestos de caráter eminentemente racista e xenófobo ocorridos em São Paulo contra a Lei de Migração (Lei 13.445 de 2017), o autor sustenta que:

[...] é evidente que o combate a uma ideia e a defesa do veto da lei de imigração não podem ser considerados incitação a prática de crime de discriminação ou à intolerância. Diferente seria se, durante a manifestação, houvesse o encorajamento direto a práticas de ações violentas como a agressão física ou a ofensa direta a imigrantes que lá estivessem. Isto sim, seria uma incitação ao crime. Observando vídeos e relatos da manifestação noticiada aparentemente não foi isto que ocorreu. Caso tenha ocorrido, contudo, é certo que apenas tais práticas específicas, mas não a manifestação como um todo estariam passíveis a um escrutínio do ponto de vista da lei penal (MACEDO JUNIOR, 2017a, n. p.).

Anthony Lewis – que, em sua obra *Freedom for the thought that we hate*, faz uma biografia da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos – também relata que, nas primeiras décadas de vigência da Primeira Emenda, muitos episódios de cerceamento à liberdade de expressão e de imprensa foram observados. Mas hoje nem mesmo as mais ácidas críticas são objeto de cerceamento pelos tribunais, indicando uma alteração na interpretação da Primeira Emenda (LEWIS, 2007, p. x).

O fato é que, segundo Lewis, a Primeira Emenda é testemunha do grande papel exercido pelos juízes na democracia. Para o autor, em que pese a democracia resida sobre o pilar da soberania popular, as tiranias da primeira metade do Século XX demonstraram ao mundo que o controle dos direitos fundamentais baseado na autocontenção da maioria demonstrou-se infrutífero. É necessário um sistema de democracia constitucional, tal qual o estadunidense, por meio do qual juízes, não atrelados a maiorias eventuais, protejam os valores mais profundos da democracia. Deve haver limites formais à vontade da maioria. A imensa maioria dos países ocidentais adotou este modelo após a Segunda Guerra Mundial, inclusive os países europeus, permitindo, o que Lewis entende como um avanço no campo da liberdade de expressão (2007, pp. xii-xiii).

Lewis entende, então, que os valores fundamentais de uma sociedade são consolidados com a sua constitucionalização e com a proteção por uma Suprema Corte, que, por sua vez, é inevitavelmente influenciada pela sociedade. Segundo Lewis, “o significado da Primeira Emenda tem sido, e será, moldado por cada

geração americana: por juízes, líderes políticos e cidadãos”¹³ (2007, p. xiv), mas, independente da geração, o direito fundamental à liberdade de expressão (ainda que perturbadora) não está mais em dúvida.

É incontestável, portanto, que a justificação apresentada a partir da busca pela verdade ganhou terreno fértil, sobretudo nos Estados Unidos, e deu origem a um argumento de segunda ordem: a teoria do perigo iminente.

2.4. A democracia

A justificação da liberdade de expressão proposta a partir da democracia, ao seu turno, parte da ideia de que esse direito exerce uma função indispensável no processo de autogoverno democrático. O discurso político, neste sentido, deve ser protegido, de modo a garantir a livre circulação das ideias (ROSENFELD, 2003, p. 163).

Segundo James Weinstein, apesar de os diversos aspectos que constituem uma democracia variarem de acordo com a cultura e história de cada sociedade, pode-se afirmar que toda democracia exige ao menos o atendimento a dois requisitos, quais sejam: a soberania popular, que exige o controle popular sobre o governo; e o direito de todo cidadão participar dos processos públicos de tomada de decisão (2013, p. 25).

O compromisso com a soberania popular exige um respeito ao direito à liberdade de expressão. Isso porque, considerando que o povo é a fonte de autoridade do governo, ele deve ter o direito de debater todas as questões que permeiem o exercício dessa autoridade (2013, p. 26).

“Como James Madison argumentou mais de dois séculos atrás, uma consequência lógica de um compromisso com a soberania popular é que ‘o poder de censura se dá do povo sobre o governo, e não do governo sobre o povo’”¹⁴ (WEINSTEIN, 2013, p. 26).

¹³ Tradução livre do original em inglês: “The meaning of the First Amendment has been, and will be, shaped by each American generation: by judges, political leaders, citizens”.

¹⁴ Tradução livre do original em inglês: “As James Madison argued over two centuries ago, a logical consequence of a commitment to a popular sovereignty is that ‘the censorial power is in the people over the Government, and not in the Government over the people’” (2013, p. 26).

Além disso, a ideia de democracia também pressupõe, ao menos, um direito a um procedimento formal que garanta a participação de cada indivíduo nos processos de tomadas de decisões públicas (WEINSTEIN, 2013, p. 27).

Se o governo impedir qualquer cidadão de participar do processo de tomada de decisão, cerceando a sua liberdade de expressão por entender que as suas ideias são muito perigosas ou perturbadoras, a lei criada por meio desse processo será inevitavelmente ilegítima. O governo não seria democrático, mas sim uma “autocracia ilegítima”¹⁵ (WEINSTEIN, 2013, p. 28).

A reunião desses dois pressupostos demonstra que o discurso público – a liberdade de expressão relacionada à organização e à cultura de uma sociedade – é um requisito para o exercício de um governo democrático (WEINSTEIN, 2013, p. 29).

Conforme relatado por Ronaldo Porto Macedo Junior:

Nos EUA, que contam com a mais rica e longa tradição liberal sobre o tema, a censura de conteúdo é corretamente entendida como uma violação da liberdade de expressão. Afinal, como fixar, a priori, os conteúdos que seriam aceitáveis? Como definir o que seriam ideias preconceituosas? A quem deveria estar relegada a função de “censor esclarecido” destas questões? A experiência histórica brasileira e internacional é plena de exemplos dos riscos que tais ideias trazem não apenas para a liberdade de expressão, como também para a própria democracia (2017a, n. p.).

Para Weinstein, o direito à liberdade de expressão, contudo, não implica o direito a insultar as pessoas em confrontações face a face, provocando violência e distúrbios à paz (*fighting words*)¹⁶. Esse tipo de *fighting words* não é parte essencial de nenhuma expressão de ideias e, assim, segundo a Suprema Corte Americana, “qualquer benefício que pode derivar delas é claramente superado pelo interesse social na moralidade e na ordem pública”¹⁷ (2013, pp. 35-36).

Segundo o autor, em qualquer sistema democrático, deve haver uma linha separando a defesa profunda dos discursos públicos dos demais discursos,

¹⁵ Tradução livre do original em inglês: “illegitimate autocracy” (WEINSTEIN, 2013, p. 28).

¹⁶ Segundo Daniel Sarmiento, a doutrina das *fighting words* foi inicialmente elaborada pela Suprema Corte americana no caso *Chaplinsky vs. New Hampshire* (315 U.S. 568 (1942)). Ele observa que a *ratio decidendi* da jurisprudência das *fighting words* não é a proteção ao direito das vítimas, mas sim a garantia da ordem e da paz públicas (SARMENTO, 2006, p. 9).

¹⁷ Tradução livre do original em inglês: “(...) ‘any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality’” (2013, pp. 35-36).

sobretudo aqueles que instigam disputas não relacionadas a questões de interesse público (WEINSTEIN, 2013, p. 36).

Neste mesmo sentido, a concepção constitucional de democracia desenvolvida por Ronald Dworkin pressupõe a imprescindibilidade da defesa da liberdade, enquanto condição necessária ao exercício da democracia. Segundo a sua concepção constitucional de democracia, “o objetivo que define democracia tem de ser diferente: que as decisões sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito” (DWORKIN, 2006, p. 26).

A partir dessa concepção constitucional de democracia, Dworkin afirma que:

O Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (equal concern); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento, como a liberdade de expressão e a liberdade de religião (DWORKIN, 2006, p. 11).

Para tratar da liberdade de expressão, a partir do argumento da democracia, vale a pena lançar luzes sobre o caso *Buckley versus Valeo* (U.S. SUPREME COURT, 1976), por meio do qual a Suprema Corte Americana declarou a inconstitucionalidade da lei que estipulava um teto de gastos nas campanhas eleitorais após os escândalos do *Watergate*. A Suprema Corte fundamentou-se na Primeira Emenda para derrubar dita limitação, já que, para ela, limitar os gastos de campanha implicaria em impor limites à liberdade de expressão de ideias políticas pelos candidatos, o que violaria a Primeira Emenda (DWORKIN, 2011, p. 495).

A posição concordante ou discordante em relação à decisão proferida pela Suprema Corte americana depende, segundo Dworkin, da concepção de democracia adotada pelo crítico. Ele poderia adotar uma concepção tradicional (majoritarista) de democracia, ou uma segunda concepção de democracia à qual Dworkin atribui o nome de coparticipativa (DWORKIN, 2011, pp. 501-503).

Um crítico que adote a concepção majoritarista da democracia sustenta que a democracia requer que as decisões do governo correspondam à vontade da maioria da população sujeita ao seu império. Em outros termos, um governo é democrático quando respeita a vontade da maioria. Uma perspectiva mais

requintada da concepção majoritarista da democracia exige, ainda, que aos cidadãos seja provida a maior possibilidade de acesso a informações para que tomem as suas decisões da forma mais fundamentada possível (DWORKIN, 2011, pp. 503-509). Seria possível questionar a um defensor de uma concepção majoritarista de democracia: “[...] será compatível com essa concepção de democracia permitir restrições legais que diminuam o volume total de discursos eleitorais, quando tais restrições tiverem, como meta, que a opinião pública seja diferente da que seria sem tais restrições”? (DWORKIN, 2011, p. 504).

Adotando essa concepção majoritarista de democracia, invariavelmente, um crítico há de concordar com a decisão tomada pela Suprema Corte, já que reputa inaceitável o controle do governo sobre a liberdade de expressão, primeiramente porque ela não reflete algo que a maioria da população quer e, em segundo lugar, porque a liberdade de expressão, no caso, se presta para conceder aos cidadãos um maior volume de informações que se prestarão como subsídio para a tomada de decisão inerente ao exercício do voto. Trata-se da adoção de uma estratégia à qual Dworkin atribui o nome de aposta democrática (2011, p. 509).

Tomemos em conta, agora, a segunda perspectiva proposta por Dworkin. Para ele, a concepção coparticipativa de democracia exige que os cidadãos se autogovernem de forma coletiva, não apenas através do sufrágio, mas como parceiros ativos e iguais (2011, p. 510). Essa concepção de democracia contém três dimensões necessárias: *(i)* a soberania do povo, que detém efetivamente as rédeas do poder; *(ii)* a igualdade de cidadania, que demanda que cada indivíduo receba a oportunidade de participar em igualdade de condições com os demais deste processo democrático – também nomeada de equidade; e *(iii)* o discurso democrático, que exige a deliberação entre os cidadãos em situações que oportunizem o convencimento recíproco (2011, pp. 510-512).

Quanto à relação entre a dimensão da soberania e a liberdade de expressão, Dworkin defende que a liberdade de expressão é meio (caminho, instrumento) para que o povo possa, de fato, exercer o poder democrático. Caso o governo tivesse o condão de cercear a manifestação da opinião popular, necessariamente inviabilizaria o exercício da soberania popular (2011, p. 513).

Mais especificamente sobre a relação entre a liberdade de expressão e a dimensão do discurso democrático, Dworkin ressalta que:

A democracia não pode oferecer uma forma genuína de autogoverno se os cidadãos não puderem falar à comunidade em uma estrutura e em um ambiente que incentive a atenção aos méritos do que dizem. Se o discurso público for mutilado pela censura, ou cair em uma briga de gritos e calúnias, na qual cada lado só tenta distorcer o que os outros dizem ou gritar mais alto do que os outros, então não há governo coletivo, nenhum tipo de empreendimento coletivo, mas somente a contagem de votos como uma espécie de guerra (2011, pp. 512-513).

Por outro lado, Dworkin defende a possibilidade de regulamentação do discurso político realizado “por meio de comerciais políticos grotescos, que não fazem o debate e não vão além de *jingles* e *slogans* repetitivos” (2011, p. 515), já que este tipo de discurso “também compromete o caráter argumentativo do discurso” (2011, p. 515).

Já sobre a relação entre a liberdade de expressão e a dimensão da igualdade de cidadania, Dworkin sustenta que:

A liberdade de expressão também ajuda a proteger a igualdade dos cidadãos. [...]. Devemos permitir a cada cidadão, que pretendemos ter a obrigação de cumprir nossas leis, uma voz igual no processo de produzir tais leis, mesmo quando justamente detestamos suas convicções, ou então perdemos o direito de lhes impor nossas leis. A liberdade de expressão impõe esse princípio e, assim, protege a igualdade dos cidadãos (2011, p. 514).

Com base nessa ideia, Dworkin ataca aqueles que defendem a intervenção do governo para a proibição de discursos de ódio. Segundo ele, aqueles que defendem essa limitação manifestam o “desejo de uma maioria de cidadãos de silenciar aqueles cuja opinião desprezam” (2011, pp. 514).

Há quem afirme que a expressão de opiniões pejorativas com relação a grupos raciais, étnicos ou sexuais prejudica a igualdade dos cidadãos porque, além de ofender os cidadãos que são seus alvos, também prejudica sua própria capacidade de participar da política como iguais. Diz-se que o discurso racista, por exemplo, “cala” as minorias raciais que são seus alvos. A força empírica dessa ampla generalização é incerta: não está clara a extensão do impacto que tal discurso tem e sobre quem. Mas, de qualquer forma, seria um grave mal-entendido da igualdade dos cidadãos, e da concepção geral de democracia co-participativa, supor que permitir a livre circulação até de opiniões políticas psicologicamente danosas ofenda a igualdade em questão. A igualdade dos cidadãos não pode exigir que eles sejam protegidos pela censura, mesmo contra as crenças, convicções ou opiniões que dificultem para eles conquistar atenção para suas opiniões em um concurso político justo, ou que prejudiquem sua própria opinião sobre si mesmos. Não seria possível generalizar um direito a tal proteção – um cristão fundamentalista, por exemplo, não poderia ser protegido de tal forma – sem proibir completamente o discurso e a expressão de opiniões.

Precisamos atacar coletivamente o preconceito e a predisposição, mas não assim (DWORKIN, 2011, pp. 514-515).

A partir deste argumento, para defender a liberdade de expressão em uma democracia, segundo Dworkin, pode-se adotar três estratégias: a aposta democrática, estratégia adotada pela concepção majoritarista de democracia; a estratégia balanceadora, que avalia o custo benefício de cada regulamentação da liberdade de expressão a partir do prejuízo que traz a determinada dimensão em relação ao benefício que atribui a outra dimensão de democracia; ou um “método mais minucioso que combinasse elementos de ambas as estratégias” (2011, p. 516).

Para desenhar essa estratégia mais minuciosa, Dworkin parte, inicialmente, do pressuposto segundo o qual “a garantia da liberdade de expressão não pode, em hipótese alguma, ser absoluta” (2011, p. 516). Dworkin alerta, ainda, que não se pode promover uma competição entre as diversas dimensões da democracia de modo a estipular aquela ou aquelas que devam prevalecer nesta ou naquela situação. Segundo ele:

A igualdade dos cidadãos, em especial, é uma questão de direito individual, e não poderíamos justificar as violações a esse direito – censurando os racistas com a justificativa de que isso melhoraria o discurso democrático, por exemplo – por intermédio de qualquer cálculo agregatório. Em segundo lugar, qualquer exceção desse tipo estaria especialmente aberta a abusos: haveria o constante risco de que o governo tentasse aniquilar partidos novos e barulhentos, ou críticos poderosos, em nome do discurso democrático ou da igualdade dos cidadãos, como têm feito os governos totalitários em outros lugares. O Congresso ou um legislativo estadual poderia desqualificar um partido cuja mensagem declarasse perigosa para a soberania popular por ser confusa, por exemplo (2011, pp. 516-517).

Porém, embora a história apoie tanto a plausibilidade desse temor quanto a sensatez de tal estratégia, não podemos mais nos dar ao luxo de ignorar os riscos opostos – principalmente nesta era eletrônica – de um discurso político completamente desregulamentado. Precisamos comparar o risco de uma garantia constitucional menos rígida permitir que um governo engenhoso oculte do povo informações e discussões que deveria divulgar, mesmo que os tribunais estejam vigilantes para evitar tal abuso, com o risco adversário de uma proteção mais rígida permitir à riqueza e aos privilégios um poder flagrantemente antidemocrático, e permitir que o discurso político se torne tão depreciado que perca completamente seu caráter argumentativo (2011, p. 518).

A partir desse argumento, Dworkin desenvolve a terceira estratégia à qual atribui o nome de estratégia minuciosa, que reconhece os danos potenciais carregados pela liberdade de expressão ilimitada e “proíbe qualquer legislação do discurso que prejudique perceptivelmente a soberania dos cidadãos ou a igualdade

entre eles” (2011, p. 519). “Rejeita, por ser incompatível com a igualdade dos cidadãos, o argumento que mencionei de que se deva proibir o discurso racista ou machista para evitar que se ‘silenciem’ os grupos minoritários ou as mulheres, ou para aperfeiçoar o caráter do discurso político” (DWORKIN, 2011, p. 519). Por outro lado, essa estratégia permite regulamentações à liberdade de expressão que visem a fomentar alguma dimensão da democracia sem causar nenhum “dano genuíno à soberania dos cidadãos ou à igualdade entre eles” (DWORKIN, 2011, p. 520).

Dworkin defende a plausibilidade desta estratégia a partir da ideia de que, se é possível interpretar que o texto da Primeira Emenda à Constituição Americana permite uma limitação à liberdade de expressão para garantir a segurança nacional e a paz, não há razão para que ela não possa ser sujeita a regulamentação em prol da defesa da democracia (2011, p. 522).

Partindo de uma declaração do Juiz Brandeis no caso *Whitney versus California* (U.S. SUPREME COURT, 1927), Ronald Dworkin frisa que, conforme expressado pelo juiz, a liberdade de expressão não objetiva tão somente garantir a manifestação de opiniões, mas também permitir o desenvolvimento dos cidadãos, funcionando como instrumento para alcançar um fim democrático (2011, p. 523). Em outros termos, Dworkin defende abertamente que a Primeira Emenda “permite uma regulamentação do discurso que aumente sua meta presumida de proteger a democracia, melhorando a igualdade dos cidadãos ou o caráter do discurso político” (2011, p. 531), Trata-se de uma interpretação à qual Dworkin vai atribuir a alcunha de interpretação discriminadora (2011, p. 531).

Dworkin reconhece, mais uma vez, que essa interpretação está sujeita a certo risco, uma vez que o governo pode tentar valer-se dela para limitar um discurso que lhe seja desfavorável. Mas o autor lembra que esse risco é minimizado à medida que a interpretação discriminadora não permite que as regulamentações aos discursos políticos prejudiquem de forma notória a igualdade ou a soberania dos cidadãos (2011, pp. 534-535).

Dworkin adota a premissa epistêmica do mercado livre de ideias de John Stuart Mill (1964) citada há pouco. Contudo, ele a interpreta de outro modo a despeito daquele comum. Em regra, admite-se, a partir de Mill, que, quanto maior o volume de informações recebidas, maior a probabilidade de se alcançar a verdade. Dworkin, entretanto, entende que não apenas a quantidade, mas a qualidade dessa

informação e a qualidade da estruturação de sua apresentação influenciam na busca pela verdade. “Nessa outra perspectiva, o importante é a mistura cognitiva e emocional do que se apresenta, e não a quantidade em si (...)” (2011, pp. 535-536). Assim, Dworkin defende que esse modelo de interpretação permite que o discurso guarde maiores probabilidades de alcançar a verdade, caso seja estruturado de tal modo que incentive a investigação dos conteúdos das ideias manifestadas (2011, p. 536).

Há que se atentar, contudo, que, a partir da perspectiva de alguns autores, tomando por plausível este argumento da democracia e, portanto, “se o objetivo primordial é a preservação e o fomento da democracia, o discurso antidemocrático em geral e o discurso de ódio e o discurso político extremista em particular, com toda probabilidade não serviriam a um propósito útil, e portanto não justificariam proteção”¹⁸ (ROSENFELD, 2003, p. 163).

2.5. A autonomia

A justificação da liberdade de expressão por meio da autonomia individual se fundamenta na ideia de que a autonomia do indivíduo é constituída, entre outros fatores, pela liberdade de manifestar as suas ideias de forma espontânea e não ser sancionado por isso. Em outros termos, a partir dessa perspectiva, a liberdade de expressão é elemento imprescindível para a afirmação da autonomia do indivíduo (ROSENFELD, 2003, p. 166).

Edwin Baker sustenta a relação necessária entre a liberdade de expressão e a autonomia individual a partir de duas premissas correlacionadas. A primeira sustenta que a legitimidade do Estado depende do respeito à igualdade e à autonomia do povo. A segunda sustenta que, a partir de uma perspectiva puramente formal, o Estado somente respeita a autonomia do povo quando permite que todo indivíduo manifeste as suas ideias livremente, independentemente de quão danosas para outras pessoas sejam essas ideias (2013, p. 142).

¹⁸ Tradução livre do original em espanhol: “Si el objetivo primordial es la preservación y el fomento de la democracia, el discurso antidemocrático en general, y el discurso del odio y el discurso extremista político en particular, con toda probabilidad no servirían a un propósito útil, y por lo tanto no justificarían protección” (ROSENFELD, 2003, p. 163).

Assim, a implementação de políticas públicas que visem a objetivos mais substantivos, como a defesa da dignidade, deve respeitar a estrutura formal do direito que observa a autonomia individual (BAKER, 2013, p. 142).

Segundo Baker, pode-se dividir a autonomia em autonomia formal e autonomia material – substantiva. A autonomia formal é aquela provida pelo Estado quando é criada uma estrutura estatal que permite a cada pessoa manifestar a sua opinião e expressar as suas ideias (2013, p. 142). Já a autonomia material ou substantiva envolve a capacidade de uma pessoa de tornar a sua vida o mais autogerida possível. Assim, o Estado fomenta a autonomia material de alguém em detrimento da autonomia material de outras pessoas quando cria uma política pública que endossa as suas ideias em detrimento das demais (2013, p. 143).

Para Baker, a legitimidade democrática exige que, ao fomentar a autonomia material de um determinado grupo social, em uma disputa política, o Estado não desrespeite a autonomia formal (2013, p. 143).

Ao seu turno, Ronald Dworkin defende que cada indivíduo deve ter autonomia para decidir quais valores são importantes para ele mesmo. Em sua obra *Justice for Hedgehogs* (A raposa e o porco-espinho: justiça e valor, 2014), Dworkin ressalta a relevância do direito à liberdade para cada indivíduo da sociedade e demonstra o seu valor através de suas diversas facetas ou de seus diversos enfoques.

Segundo Dworkin, tomando-se a liberdade como um valor interpretativo, tradicionalmente, atribuem-se duas interpretações necessárias a ela: a liberdade negativa e a liberdade positiva. Conforme a clássica distinção promovida por Isaiah Berlin, em *Quatro ensaios sobre a liberdade* (1981), entre liberdade negativa e liberdade positiva, a primeira constitui uma vedação ao Estado, que está impedido de cercear a liberdade dos indivíduos, enquanto a liberdade positiva “é o poder de participar das decisões públicas e controlá-las – inclusive da decisão de o quanto se deve restringir a liberdade negativa” (DWORKIN, 2006, p. 345).

O primeiro desses sentidos políticos de liberdade individual ou liberdade institucional (farei uso de ambas as expressões para dizer a mesma coisa), o qual (com base em muitos precedentes) chamarei de sentido “negativo”, vem incorporado na resposta à pergunta “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?”. O segundo, que chamarei de sentido positivo, vem incorporado na resposta à pergunta “O que ou quem é a fonte de controle ou de

interferência que pode determinar que alguém faça ou seja tal coisa e não outra?” (BERLIN, 1981, p. 136).

Dworkin, entretanto, afasta a ideia proposta por Isaiah Berlin da existência de duas liberdades, sustentando que ambas são apenas teorias sobre a liberdade. Esta posição de Dworkin deriva diretamente de sua teoria sobre a dignidade, que, segundo ele, é formada por dois princípios: o respeito por si mesmo – segundo o qual “cada pessoa deve levar a sério a sua própria vida” (2014, p. 311) – e a autenticidade – segundo o qual “cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida” (2014, p. 311).

A questão é que este segundo princípio da dignidade – a autenticidade – exige que o sujeito viva de acordo com a sua situação e com os valores que lhe parecem adequados. A autenticidade pressupõe um zelo pelo caráter pessoal e o compromisso com os padrões e ideais segundo os quais o sujeito age. O princípio da autenticidade exige tanto que cada pessoa tenha responsabilidade reflexiva pelos seus atos, quanto que tenha independência nas relações com as demais pessoas. Em outros termos, a “autenticidade exige que, na medida em que for necessário a uma pessoa tomar decisões acerca do melhor uso a ser dado à sua vida, elas devem ser tomadas pela própria pessoa” (DWORKIN, 2014, p. 324).

Partindo-se dessa ideia de autenticidade, portanto, não há, para Dworkin, duas liberdades, mas tão somente teorias sobre a liberdade:

Em primeiro lugar, cada qual deve ter a permissão para participar, da maneira correta, das decisões coletivas que constituem o seu governo; e, em segundo lugar, cada qual, deve ser eximido das decisões coletivas naqueles assuntos que a sua responsabilidade pessoal exige que ele decida por si mesmo. Uma vez que a responsabilidade tem essas duas dimensões, a liberdade também as tem. Uma teoria da liberdade positiva vai estipular o significado da correta participação de cada qual – ou seja, ela oferece uma concepção de autogoverno. Uma teoria da liberdade negativa vai descrever quais escolhas devem ser eximidas das decisões coletivas para que a responsabilidade pessoal seja preservada (DWORKIN, 2014, p. 559).

Vê-se que Dworkin crê, ao contrário dos liberais clássicos, que não há uma necessária contradição entre as duas teorias da liberdade, ou entre a “liberdade negativa” e a “liberdade positiva”, desde que não haja um absolutismo que usurpe a

ideia de liberdade positiva para suprimir as liberdades negativas (2014, pp. 558-559).

Um dos enfoques do direito à liberdade seria, segundo o autor norte-americano, o direito à liberdade de expressão. Especialmente em relação a esta liberdade, Dworkin entende que ela se encontra protegida tanto pela “liberdade positiva”, quanto pela “liberdade negativa”. Primeiramente, porque a capacidade de autogoverno do indivíduo somente se constrói mediante igual acesso à informação e à influência política. Em segundo lugar, porque a censura, além de danificar o autogoverno, no sentido de igual respeito e consideração com as ideias de todos na hora de construir políticas, pode ferir o direito à independência ética das pessoas (2014, p. 570).

Além de solapar a liberdade positiva, a censura também pode, como eu já disse, violar o direito à independência ética das duas formas já assinaladas. Pense em como vários fatores interagem quando o governo tenta proibir as expressões de ódio (*hate speech*). Um tribunal de Ohio condenou criminalmente um líder da Ku Klux Klan porque ele defendera o ódio contra os negros e os judeus. A lei, assim interpretada, violava o seu direito à liberdade positiva, pois o proibia de tentar convocar outros cidadãos a adotar as suas opiniões políticas. Violava o seu direito à independência ética, porque o direito a dar testemunho público das próprias convicções políticas é fundamental e a violência por ele pregada não era iminente. E violava sua independência ética de um outro modo ainda, pois parece provável que o processo não foi motivado pelo medo da violência, mas pela aversão – inteiramente justificada – à baixa estima que ele tinha pela importância de certas vidas (DWORKIN, 2014, pp. 570-571).

O fato é que, de acordo com a teoria desenvolvida por Dworkin, todos os cidadãos têm o direito à independência ética – enfoque do direito à liberdade segundo o qual o Estado não tem o condão de interferir na esfera de liberdade dos indivíduos de poder eleger os seus projetos de vida e sequer os valores pelos quais pretendem nortear estes projetos (2014, p. 572).

Dworkin postula que os fundamentos da dignidade – igual respeito e consideração pelos indivíduos – são trunfos conquistados face às políticas governamentais e, assim, devem ser respeitados, afastando-se a ideia de supremacia do interesse geral sobre o interesse de cada indivíduo. A garantia ampla ao direito à liberdade de expressão, segundo Dworkin, é um meio de se resguardar não apenas a democracia, mas de sobremaneira a autonomia individual, denotando-se igual respeito e consideração por cada um dos indivíduos (2014, p. 572).

2.6. O argumento constitutivo

A classificação proposta por Michel Rosenfeld (2003) e Frederick Schauer (1982) delineada acima demonstra, conforme se pôde observar, argumentos político-morais de quatro ordens a fundamentar o direito à liberdade de expressão: o contrato social, a busca da verdade, a democracia e a autonomia do indivíduo.

De acordo com Dworkin, contudo, os três primeiros argumentos compõem a categoria de argumentos de ordem instrumental, sendo, contudo, merecedor de igual atenção um argumento de ordem constitutiva (2006, p. 318). Ambas as justificações – instrumental e constitutiva – não são autoexcludentes, mas se completam (DWORKIN, 2006, p. 320).

Com razão, a partir da classificação de Dworkin, apresentam-se como justificativas de ordem instrumental à liberdade de expressão a já mencionada busca pela verdade, fundada na tese do mercado livre de ideias, segundo o qual é mais provável se encontrar a verdade em um debate quando este é livre de censura; a defesa da democracia, já que a liberdade de expressão permite o autogoverno do povo; e até mesmo a proteção contra a corrupção, já que um governo tende a ser menos corrupto quando não tem o poder de limitar a liberdade de expressão daqueles que o criticam (2006, p. 319).

Já a justificativa de ordem constitutiva defende que a liberdade de expressão carrega em si mesma um valor político-moral a ser constitucionalmente protegido, não se valendo apenas como mero instrumento de garantia de outros direitos (DWORKIN, 2006, p. 319). Este argumento, apesar de intitulado de constitutivo por Dworkin, já que visa a proteger um valor inerente à própria liberdade de expressão, aparenta estar fundado, ainda, no argumento da autonomia.

Conforme ressalta Dworkin:

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

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

Em segundo lugar, a responsabilidade moral significa não só a responsabilidade “de constituir convicções próprias, mas também de expressá-las para os outros, sendo essa expressão movida pelo respeito para com as outras pessoas e pelo desejo ardente de que a verdade seja conhecida, a justiça seja feita e o bem triunfe” (DWORKIN, 2006, p. 320). Segundo Dworkin, “o Estado frustra e nega esse aspecto da personalidade moral quando impede que certas pessoas exerçam essas responsabilidades, justificando o impedimento pela alegação de que as convicções delas as desqualificam” (2006, p. 320).

A partir dessa perspectiva, na mesma medida em que o Estado exerce o domínio político sobre uma pessoa e exige dela a obediência política, o governo não pode negar nenhum desses dois aspectos de responsabilidade moral da pessoa, por mais odiosas que sejam as opiniões que esta decida ponderar ou propagar. Não pode fazê-lo do mesmo modo pelo qual não pode negar-lhe o direito de votar (DWORKIN, 2006, p. 320).

Observe-se, a título de exemplo, o caso *American Booksellers Association vs. William H. Hudnut, III, Mayor, City of Indianapolis*, 598 F. Supp. 1316 (U.S. SUPREME COURT, 1984). Neste caso, o Município de Indianápolis promulgou uma lei que proibia a produção e a comercialização de material pornográfico (DWORKIN, 2006, pp. 349-350). Referida legislação se justificava, segundo o Município, no fato de a pornografia incentivar o estupro e provocar uma submissão da mulher na sociedade, que passaria a ser vista como mero objeto de prazer, provocando, inclusive, a sua subordinação política (DWORKIN, 2006, pp. 351-353).

Refutando o argumento que lastreou a legislação municipal, Dworkin defende que:

[...] toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-las não controlam sua própria identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser (DWORKIN, 2006, p. 357).

Dworkin ainda reforça o argumento citado acima ao comentar as condenações ocorridas na Alemanha relacionadas a manifestações de negação do holocausto:

[...] mas a censura é outra coisa. Não podemos aprovar o princípio de que uma opinião pode ser proibida quando os que estão no poder têm certeza de que ela é falsa e que algum grupo será profunda e compreensivelmente melindrado se essa opinião for publicada. [...]. Toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. Tome cuidado com princípios em que você só pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensem como você (DWORKIN, 2006, p. 361).

É interessante analisar como Dworkin enfatiza dita liberdade quase ilimitada de expressão. Ele o faz novamente quando se dedica à análise da defesa à criminalização da pornografia feita por Catharine MacKinnon em *Only Words* (MACKINNON, 1996).

Vários argumentos suscitados pela autora são expostos, mas um sobressai e atrai a atenção de Dworkin com mais contundência, o seguinte: a pornografia, ainda que seja protegida pela liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda, viola o ideal de igualdade previsto na Décima Quarta Emenda, segundo a qual o Estado não pode privar um cidadão da proteção legal concedida aos demais. Assim, segundo MacKinnon, incumbiria à Suprema Corte promover uma ponderação entre os dois princípios e avaliar qual teria primazia neste caso (MACKINNON, 1996, pp. 71-73).

A partir desse argumento, as mulheres seriam merecedoras de “proteção garantida pela Primeira Emenda, pois a pornografia as humilha, as obriga pelo medo a ficar em silêncio e condiciona os homens a não compreenderem o que elas dizem” (DWORKIN, 2006, p. 372).

Para Dworkin, entretanto, esse argumento “toma como premissa uma proposição inaceitável: que o direito à liberdade de expressão inclui o direito a viver em circunstâncias que nos encorajem a falar e o dever das outras pessoas de compreender e respeitar nossa voz” (2006, p. 372). Para o autor, evidentemente esse direito e esse dever não podem ser reconhecidos nem muito menos impostos por nenhuma sociedade (2006, p. 372).

Segundo Dworkin, se tivéssemos que fazer a escolha proposta por MacKinnon entre a liberdade de expressão e a igualdade, “se os dois valores constitucionais realmente estivessem em rota de colisão –, teríamos de escolher a liberdade, pois a alternativa seria o despotismo da polícia do pensamento” (2006, p. 379).

Como se sabe, porém, Dworkin discorda deste conflito entre liberdade e igualdade, conforme se tornou mais evidente em sua obra *Justice for Hedgehogs* (2014). Para Dworkin, a igualdade, no âmbito da política, exige que todos os cidadãos possam desempenhar o mesmo papel no escrutínio dos candidatos. E isso não apenas por meio dos votos, mas também por meio dos debates e das discussões públicas que permitam a cada um manifestar os seus anseios e preferências políticas. Em outros termos, “o que a igualdade exige é que todas as opiniões tenham a oportunidade de exercer a sua influência” (DWORKIN, 2006, pp. 379-380).

Mas Dworkin sustenta que a igualdade não se aplica apenas ao ambiente político, mas a algo que ele chama de “ambiente moral”. Segundo Dworkin, “o modo como as outras pessoas me tratam, minha noção de identidade e minha autoestima são determinadas em parte pelo conjunto de convenções sociais, opiniões, gostos, convicções, preconceitos, culturas e estilos de vida que se manifestam na comunidade em que vivo” (2006, p. 380). Em virtude disso, a igualdade exige que “ninguém deve ser impedido de influenciar o ambiente moral comum através de suas próprias escolhas, gostos e opiniões e do exemplo de sua vida; o fato de esses gostos e opiniões chocarem aqueles que têm o poder de prender ou calar a pessoa não é motivo suficiente para que ela não possa expressar-se” (DWORKIN, 2006, p. 381).

A partir dessa ideia, Dworkin descarta a possibilidade de afastar do debate – tanto no “ambiente moral”, quanto no ambiente político – as manifestações que venham a ofender ou prejudicar determinados grupos em virtude de suas opiniões ou gostos dissonantes, sob pena de cercear o direito de participação de determinados grupos do debate (2006, pp. 381-382). Por isso, Dworkin defende uma concepção de liberdade de expressão da Primeira Emenda que tem como um dos seus objetivos a defesa da igualdade nos processos de formação dos ambientes

moral e político. “A liberdade garantida pela Primeira Emenda não é inimiga da igualdade; é o outro lado da moeda da igualdade” (DWORKIN, 2006, p. 382).

2.7. Uma breve síntese

Conforme restou demonstrado, ao longo do desenvolvimento das teorias filosóficas liberais, foram construídos importantes fundamentos político-morais para a fundamentação de estatutos jurídico-constitucionais que oferecem guarida ao direito à liberdade de expressão.

Dentre estes fundamentos, destacam-se os argumentos de ordem instrumental, como a busca pela verdade – que influenciou de sobremaneira a construção da teoria do perigo iminente adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos –, o contrato social, a democracia e a autonomia. Destaca-se, ainda, um argumento de ordem constitutiva, no sentido em que, independentemente de a liberdade de expressão prestar-se a resguardar determinados valores, ela carrega em si mesma um valor digno de proteção – valor este que, na perspectiva ora apresentada, parece se confundir em algum ponto com a autonomia do indivíduo.

Explicitados e perscrutados, portanto, dentro do panorama do presente trabalho, os fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão, cabe averiguar, no passo seguinte, se estes fundamentos se prestam a resguardar não apenas a liberdade de expressão, mas se garantem, ainda, que os discursos de ódio estejam albergados sob este mesmo manto.

3. OS DISCURSOS DE ÓDIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE REGULAÇÃO

Se formos de uma tolerância absoluta, mesmo para com os intolerantes, e se não defendermos a sociedade tolerante contra seus assaltos, os tolerantes serão aniquilados, e com eles a própria tolerância.

KARL POPPER

3.1. Discursos de ódio: concepções e regulações

Conforme demonstrado no segundo capítulo, a liberdade de expressão é um direito fundamental inequivocamente consolidado nos sistemas jurídicos inseridos no paradigma do Estado Democrático de Direito, estando resguardado por fundamentos de ordem político-moral de sobremaneira relevantes, tais quais a democracia e a autonomia individual.

Nem por essa razão, entretanto, pode-se afirmar que a aplicação ilimitada deste direito fundamental está ou deve estar consolidada em regimes democráticos. Com razão, diversos são os debates fomentados acerca da licitude de casos recentemente noticiados em que se observa o direito à liberdade de expressão sendo utilizado de forma discutível como fundamento para dar guarida à propagação de discursos que propagam o ódio em virtude da raça, da origem ou da religião.

Como é possível notar por meio de acontecimentos como a marcha racista e supremacista realizada em agosto de 2017 em Charlottesville, no estado norte-americano da Virgínia, a realidade política e social contemporânea pôs à prova os limites ao exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. Naquela oportunidade, um conjunto de indivíduos componentes de um movimento chamado *alt-right* – direita alternativa – convocou uma marcha denominada *Unite the Right* – Unir a Direita – contra a retirada de uma estátua do General Robert Lee, comandante das tropas confederadas que defendiam a manutenção do regime escravocrata, de um parque da cidade (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017, n. p.).

Na marcha, racistas e supremacistas propagavam palavras de ordem em face de minorias, tais como: “Vocês não vão nos substituir!”, ‘Judeus não vão nos substituir!’ [...] ‘Sou nazista, sim’, ‘A negra está assustada’, ‘Suma daqui, viadinho’, ‘Ele não é americano’” (SENRA, 2017a, n. p.). A marcha terminou com a morte de

três pessoas que protestavam contra o movimento racista e supremacista (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017, n. p.).

Ocorre que, conforme muito bem apontado por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Maria Fernanda Salcedo Repolês e Francisco de Castilho Prates, a liberdade de expressão carrega consigo um risco, decorrente de uma tensão interna, de se buscar legitimar, pela liberdade de expressão, esse tipo de discurso de ódio:

[...] essa abertura discursiva carrega consigo um risco inerente de serem levantadas pretensões ilegítimas e abusivas ao direito, ou seja, pretensões que negam o diálogo, a liberdade, a igualdade e a alteridade, a própria ideia do pluralismo, expressando injustificável repúdio ao “outro”, ao espontâneo e inesperado, procurando, em realidade, impor o silêncio de suas verdades (2017, p. 04).

Em um contexto mais recente, esses discursos – geralmente fundados em preconceitos ligados à religião, à cor da pele, à origem, ao gênero e à sexualidade – têm sido identificados como discursos de ódio.

De acordo com o *Oxford English Dictionary*, entende-se por discurso de ódio, o “discurso ou escrito abusivo ou ameaçador que expressa preconceito contra um determinado grupo, especialmente com base em raça, religião ou orientação sexual”¹⁹ (HATE SPEECH, 2018).

Ivan Hare e James Weinstein também conceituam o discurso de ódio em sua obra *Extreme Speech and Democracy* (2013), analisando, ainda, o objetivo de legislações que limitam esses discursos:

Na sua forma mais pura, discurso de ódio é a simples expressão que articula o ódio por outro indivíduo ou grupo, geralmente baseado em uma característica (como a raça) que é perceptivelmente compartilhada pelos membros do grupo alvo. Sistemas jurídicos não tentam proibir a expressão do ódio simplesmente. Antes, a regulação do discurso de ódio proíbe o falante de usar o discurso de ódio para alcançar outros propósitos: geralmente incitar outros a odiar o grupo alvo ou buscar encorajar os espectadores a discriminá-los²⁰ (HARE; WEINSTEIN, 2013, p. 04).

¹⁹ Tradução livre do original em inglês: “Abusive or threatening speech or writing that expresses prejudice against a particular group, especially on the basis of race, religion, or sexual orientation” (OED, 2018).

²⁰ Tradução livre do original em inglês: “In its purest form, hate speech is simply expression which articulates hatred for another individual or group, usually based on a characteristic (such as race) which is perceived to be shared by members of the target group. Legal systems do not attempt to prohibit the expression of hate *simplicity*. Rather hate speech regulation prohibits the speaker from using hate speech to achieve some further propose: usually inciting others to hatred the target group or seeking to encourage the audience to discriminate against them” (HARE; WEINSTEIN, 2013, p. 04).

De acordo com Robert Mark Simpson, discurso de ódio é um termo utilizado especificamente na teoria política e na teoria jurídica para designar a conduta verbal ou simbólica que expressa deliberadamente antipatia contra determinado indivíduo ou grupo, quando este determinado grupo costuma ser distinguido em virtude de sua etnia, religião ou orientação sexual, transmitindo a ideia de que o pertencimento a esse determinado grupo social permite que as pessoas sejam tratadas com desprezo (2013, pp. 701-702).

Robert Post, ao seu tempo, conceitua discurso de ódio como o discurso que expressa ódio ou intolerância contra grupos sociais, baseado, sobretudo, na raça ou na sexualidade. De acordo com Post, proibir os discursos de ódio implica em proibir manifestações extremas de intolerância (2013, p. 123).

Caleb Yong conceitua os discursos de ódios como uma designação de sobremaneira ampla e que se refere a discursos que promovem ataques contra pessoas em virtude do seu pertencimento a um grupo identificado pela raça, nacionalidade, religião, orientação sexual, ou outras características distintivas (2011, p. 386).

Segundo Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Maria Fernanda Salcedo Repolês e Francisco de Castilho Prates:

Por seu turno, discursos de ódio são monológicos e, não obstante, toda uma série de conceituações existentes sobre o seu sentido e alcance, podem ser definidos a partir de um ponto em comum a qualquer dessas definições, qual seja, a radical ojeriza e aversão ao “outro”, resultado de uma injustificável “mixofobia” (BAUMAN, 2007, p. 92), operando como uma resposta de extrema violência, de odiosa exclusão, silenciamento e invisibilização, buscando manter tudo como sempre foi, em que cidadania é tão somente para pessoas como nós. Essas imagens, ainda que sintéticas, visam ressaltar que os discursos de ódio refletem preconceituosas aversões, como a xenofobia, o antissemitismo ou a homofobia, conformando não interações de reconhecimento e abertura ao “outro”, mas, sim, uma patológica procura de uma suposta unidade substancial e indiscutível, em que a alteridade deve ser excluída, tornada invisível, procurando fazer prevalecer persistências que ocultam vínculos de servidão e subordinação social (2017, p. 05).

Jeremy Waldron, em sua obra *The Harm in Hate Speech*, se preocupa em demonstrar que não é o mero ódio em si que caracteriza o discurso de ódio e sustenta que “precisamos ir além da descrição do próprio discurso de ódio como odioso para alcançar uma compreensão da maneira como ele polui o ambiente

social de uma comunidade e torna a vida muito mais difícil para muitos daqueles que nela vivem”²¹ (2012a, p. 16).

Em que pese a abundância de conceitos, é sugestiva a ideia comum de que os discursos de ódio se caracterizam por manifestações que, fundamentadas em preconceitos das mais diversas origens, ecoam e estimulam o ódio em face de determinados grupos em virtude de uma característica comum aos membros desses grupos.

A par das concepções fornecidas pela literatura especializada e de uma ideia geral dos discursos de ódio, cabe questionar se esses discursos deveriam ser limitados pelo Estado e se seria possível fazê-lo sem corromper o princípio da liberdade de expressão, tão caro ao constitucionalismo e ao regime democrático, e sem correr o risco de promover a censura, ato inequivocamente atrelado a regimes autoritários.

Robert Post, imbuído deste propósito, questiona quando este ódio será de tal forma extremo a ponto de ser proibido, eis que, segundo ele, o ódio é inerente à condição humana (2013, pp. 123-124). Post defende que qualquer tentativa de proibir os discursos de ódio enfrenta uma dificuldade conceitual muito grande de distinguir o ódio da mera antipatia ou discordância (2013, p. 125).

De acordo com Post, praticamente todas as leis que regulamentam o discurso de ódio definem o discurso de ódio em termos de expressões de aversão e, além disso, com base em um elemento adicional que identifica a presença do ódio extremo e, em virtude de tanto, justifica a intervenção legal. Ainda segundo Post, esse elemento costuma ser de dois tipos: ou deriva da maneira pela qual o discurso é realizado ou da probabilidade de aquele discurso causar algum dano, como violência ou discriminação (2013, p. 127).

Para Post, somente é possível inferir a ocorrência de um discurso de ódio do primeiro tipo – baseado na forma de apresentação – caso se leve em consideração as normas sociais de civilidade e organização social. A partir desse ponto de vista, poder-se-ia afirmar que um discurso é extremo quando ele viola os padrões essenciais de civilidade (2013, pp. 127-128).

²¹ Tradução livre do original em inglês: “But we need to go beyond the description of the speech itself as hateful to an understanding of the way it pollutes the social environment of a community and makes life much more difficult for many of those who live in it” (2012, p. 16).

Essas normas sociais se distinguem por serem intersubjetivas – “se referem a atitudes e padrões que as pessoas têm o direito de esperar das demais”²² (2013, p. 129); por serem instiladas nas primeiras relações familiares da infância, mas também por serem cotidianamente reforçadas por outras formas de relações sociais; por definirem, em conjunto, a identidade de uma comunidade; por serem compartilhadas e por evoluírem ao longo do tempo; e, exatamente por evoluírem, serem intrinsecamente contestáveis. Tanto em virtude disso, as comunidades tendem a atribuir a algumas instituições a autoridade de interpretar essas normas. As escolas e o Direito são exemplos de instituições dotadas dessa autoridade (2013, p. 129).

Quando essas formas de interação social são perturbadas, o mesmo acontece com as identidades de membros bem-socializados de uma cultura. Se os outros agem de formas que persistentemente violam as normas que definem minha dignidade, eu me vejo ameaçado, rebaixado, e até enlouquecido. A saúde da nossa personalidade, portanto, depende em grande parte do respeito às normas comunitárias²³ (POST, 2013, p. 129).

O Direito tende a ser uma forma de fazer cumprir determinadas normas sociais adotadas pelos detentores do poder. Dessa forma, quem detém o poder tem a capacidade de legitimar determinadas normas culturais e proibir outras. Contudo, segundo Post, o Direito não pode impor normas culturais no âmbito do discurso público, conforme previsto na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Para o autor, essa vedação deriva da preservação da legitimidade democrática. O Estado deve se abster de interferir na competição que se estabelece entre as diversas visões da comunidade que, através do debate público, visam a tornar aquela visão de comunidade em uma posição oficial imposta pelo Direito (POST, 2013, pp. 131-133).

Tratando do segundo tipo de discurso de ódio – que causa um determinado dano –, Post afirma que a relação causal entre o discurso e o dano deve ser bastante veemente. Exemplo disso é o que propõe a interpretação da Suprema Corte Americana à Primeira Emenda, segundo a qual somente o discurso que se

²² Tradução livre do original em inglês: “they refer to attitudes and standards that persons have a right to expect from others” (2013, p. 129).

²³ Tradução livre do original em inglês: “When these forms of social interaction are disrupted, so are the identities of well-socialized members of a culture. If others act in ways that persistently violate the norms that define my dignity, I find myself threatened, demeaned, perhaps even deranged. The health of our personality, therefore, depends in no small degree upon the observance of community norms” (2013, p. 129).

demonstrar capaz de causar um perigo claro e iminente de dano poderá se proibido (2013, pp. 133-134).

Segundo Post, isso ocorre nos Estados Unidos pelo medo do mau uso das regulamentações de discursos que, não tendo uma relação causal direta e inequívoca com o dano, venham a ser proibidos com fins diversos (2013, p. 134).

A questão que se coloca a partir da interpretação proposta pela Suprema Corte dos Estados Unidos à Primeira Emenda e sustentada por Robert Post é saber qual tipo de dano, cujo perigo de ocorrência seja claro e iminente, permitiria uma relativização da liberdade de expressão.

Jeremy Waldron, por exemplo, defende que os discursos de ódio devem ser regulamentados justamente por terem o condão de causar um dano. Não um dano físico ou material, mas um dano à dignidade (2012a, pp. 09-10).

Waldron questiona a razão pela qual devemos chamar determinadas difamações coletivas de discurso de ódio (2012a, p. 34). Inicialmente, abordando o termo “ódio”, Waldron relata que muitos questionam se, ao buscar a limitação aos discursos de ódio, estar-se-ia buscando uma limitação aos sentimentos das pessoas que, motivadas pelo ódio, propagam estes tipos de discurso (2012a, p. 34). Mas Waldron afasta essa possibilidade. Ao contrário dos crimes de ódio – sancionados com penas acrescidas de agravantes – que são motivados pelo ódio, os discursos de ódio assim são caracterizados por incitarem o ódio na sociedade. Dessa forma, o ódio é abordado pelas legislações de países que os proíbem, como o Canadá e o Reino Unido, antes como uma consequência do que como uma causa do discurso de ódio (2012a, p. 35).

Para que se entenda algo como discurso de ódio, não basta a mera ofensa, há de haver uma conduta que cause um impacto permanente no ambiente das minorias vulneráveis. Com efeito, segundo Waldron, aqueles que defendem a regulamentação do discurso de ódio não inferem o equívoco da instigação do ódio contra minorias vulneráveis da mera maldade do ódio em si mesmo. Eles se preocupam com a situação das pessoas vulneráveis que estão sujeitas ao ódio voltado contra a sua cor, a sua religião ou a sua origem (2012a, p. 37).

Já quanto ao termo “discurso”, Waldron crê que a legislação não pode se impor apenas em face da palavra dita, mas sim em face de todas as expressões que, de alguma forma, poluem o ambiente e dificultam o convívio das minorias

vulneráveis, tais como cartazes, folhetos ou postagens na internet (2012a, p. 37). Waldron, contudo, crê que o discurso impresso, que tem o condão de atravessar gerações, é o mais preocupante (2012a, p. 38).

As restrições aos discursos de ódio nas quais eu estou interessado não são as restrições ao pensamento; são restrições em formas de mensagem mais tangíveis. A questão é a publicação e o dano causado a indivíduos e grupos através da desfiguração do nosso ambiente social por meio de anúncios visíveis, públicos e semipermanentes, no sentido em que, na opinião de um grupo da comunidade, talvez a maioria, membros de outros grupos não são dignos da mesma cidadania²⁴ (WALDRON, 2012a, p. 39).

A partir dessa perspectiva, Waldron defende a regulamentação do discurso de ódio nos moldes observados em legislações e países como o Canadá, a Dinamarca, a Alemanha e o Reino Unido, que proíbem declarações públicas “que incitem ao ‘ódio contra qualquer grupo identificável em que tal incitação é suscetível de conduzir a uma violação da paz’ (Canadá)”²⁵ (2012a, p. 08); ou “‘pelas quais um grupo de pessoas é ameaçado, ridicularizado ou degradado por causa de sua raça, cor da pele, origem nacional ou étnica (Dinamarca)’”²⁶ (2012a, p. 08); ou que “‘ataquem ‘a dignidade humana dos outros insultando, caluniando ou difamando maliciosamente segmentos da população’ (Alemanha)” (2012a, p. 08)²⁷; ou que empreguem o uso de “‘palavras ou comportamentos ameaçadores, abusivos ou insultuosos’, quando estes se destinam a ‘provocar ódio racial’, ou quando ‘levando em consideração todas as circunstâncias, o ódio racial é suscetível de ser fomentado’ (Reino Unido)”²⁸ (2012a, p. 08).

Segundo Waldron, esse tipo de legislação visa a tornar menos livres as expressões públicas de ideias que minam a dignidade dos indivíduos pertencentes a minorias vulneráveis (2012a, p. 149).

²⁴ Tradução livre do original em inglês: “The restrictions on hate speech that I am interested in are not restrictions on thinking; they are restrictions on more tangible forms of message. The issue is publication and the harm done to individuals and groups through the disfiguring of our social environment by visible, public, and semipermanent announcements to the effect that in the opinion of one group in the community, perhaps the majority, members of another group are not worthy of equal citizenship” (2012, p. 39).

²⁵ Tradução livre do original em inglês: “that incite ‘hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace’ (Canada)” (2012, p. 08).

²⁶ Tradução livre do original em inglês: “‘by which a group of people are threatened, derided or degraded because of their race, color of skin, national or ethnic background’ (Denmark)” (2012, p. 08).

²⁷ Tradução livre do original em inglês: “attacks on ‘the human dignity of others by insulting, maliciously maligning or defaming segments of the population’ (Germany)” (2012, p. 08).

²⁸ Tradução livre do original em inglês: “‘threatening, abusive or insulting words or behavior,’ when these are intended ‘to stir up racial hatred,’ or when ‘having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby’” (United Kingdom)” (2012, p. 08).

Destarte, é possível observar que diversos países dedicaram legislação específica para impedir a propagação de discursos de ódio, conforme observa Daniel Sarmiento, em seu artigo *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”* (2006). No Canadá, é considerado crime “*promover propositadamente o ódio contra algum grupo identificável*, através de comunicação que não fosse mera ‘*conversa privada*’, previsto no art. 319 (2) do Código Penal do Canadá” (SARMENTO, 2006, p. 16). “O item 7 deste mesmo dispositivo definira como ‘grupo identificável’ qualquer seção da sociedade que se caracterize pela cor, raça, religião ou origem étnica” (SARMENTO, 2006, p. 16). Sarmiento também pontua que “a Lei Fundamental alemã estabelece já no seu art. 1º: ‘A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades estatais’” (SARMENTO, 2006, p. 20).

No âmbito do Direito Internacional, merece destaque o artigo 4º da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial²⁹, ratificada pelo Brasil.

Artigo 4º

Os Estados Membros condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, inter alia:

a) A declarar, como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.

b) A declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível por lei a participação nessas organizações ou nessas atividades.

c) Direitos políticos, particularmente direitos de participar nas eleições — de votar e ser votado — conforme o sistema de sufrágio universal e igual, de tomar parte no Governo, assim como na direção dos assuntos públicos qualquer nível, e de acesso em igualdade de condições às funções públicas.

d) Outros direitos civis [...] (BRASIL, 1969, n. p.).

²⁹ Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 e promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969.

No Brasil, como ocorre em países como Inglaterra, Alemanha, Nova Zelândia e Canadá, pode-se dizer que a própria Constituição propôs a imposição de limites aos discursos de ódio, tanto ao determinar como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988, n. p.), quanto ao determinar que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988, n. p.).

Os discursos de ódio relacionados à raça, à origem e à religião receberam tratamento peculiar tanto do constituinte – que impôs, no artigo 5º, inciso XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988, n. p.) –, quanto do legislador infraconstitucional, que, através da Lei nº 7.716/1989, determinou punição para aquele que “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989, n. p.).

Vale ressaltar, ainda, o Projeto de Lei 7.582/2014, de autoria da Deputada Federal pelo Rio Grande do Sul Maria do Rosário, do Partido dos Trabalhadores, que “define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal” (BRASIL, 2014)³⁰.

³⁰ Até o momento do fechamento deste trabalho, o Projeto de Lei encontrava-se aguardando Parecer da Relatora na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM). Dentre os seus dispositivos, destacam-se os seguintes (BRASIL, 2014): Art. 3º Constitui crime de ódio a ofensa a vida, a integridade corporal, ou a saúde de outrem motivada por preconceito ou discriminação em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência. Pena – A prática de crime de ódio constitui agravante para o crime principal, aumentando-se a pena deste de um sexto até a metade.

Art. 4º Constituem crimes de intolerância, quando não configuram crime mais grave, aqueles praticados por preconceito ou discriminação em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência, quando a prática incidir em: I – violência psicológica contra a pessoa, sendo esta entendida como condutas que causem dano emocional e diminuição da auto-estima ou que prejudiquem e perturbem o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e autonomia, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; II – impedimento de acesso de pessoa, devidamente habilitada, a cargo ou emprego público, ou sua promoção funcional sem justificativa nos parâmetros legalmente estabelecidos, constituindo discriminação; III – negar ou obstar emprego em empresa privada de pessoa, devidamente habilitada, ou demitir, ou impedir ascensão funcional ou dispensar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho sem justificativa nos parâmetros legalmente estabelecidos, constituindo discriminação; IV – recusa ou impedimento de acesso a qualquer meio de transporte público; V – recusa, negação, cobrança indevida, ou impedimento de inscrição, ingresso ou permanência de aluno em estabelecimento de ensino público

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já manifestou em algumas oportunidades interpretação no sentido de que o direito à liberdade de expressão não permite a disseminação de discursos de ódio, como, a título de exemplo, ocorreu no caso *Siegfried Ellwanger*, o Habeas Corpus nº 82.424 de 2004^{31 32} (BRASIL, 2004).

ou privado; VI – proibição ou restrição a expressão e a manifestação de expressões culturais, raciais ou étnicas, afetividade, identidade de gênero, expressão de gênero, orientação sexual, uso pessoal de símbolos religiosos, em espaços públicos ou privados de uso coletivo, quando estas expressões e manifestações sejam permitidas às demais pessoas, ressalvadas as regras estabelecidas privadamente nos locais de culto religioso; VII – impedimento ou limitação do acesso, cobrança indevida ou recusa: a) hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou estabelecimento similar; b) atendimento em estabelecimento comercial de qualquer natureza, negando-se a servir, atender ou receber cliente; c) atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, clubes sociais abertos ao público e similares; d) entrada em espaços públicos ou privados de uso coletivo; e e) serviços públicos ou privados. VIII – impedimento do direito de ir vir no território nacional; IX – impedimento de alguém fazer o que a lei não proíbe ou aquilo que se permite que outras pessoas façam. Pena – Prisão de um a seis anos e multa. Parágrafo Único – A proibição de acesso prevista no inciso VII não se refere ao acesso ou permanência em locais de culto religioso, aos quais é preservada autonomia para as definições de ingresso e permanência de pessoas.

Art. 5º Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio ou pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, por qualquer meio, inclusive pelos meios de comunicação e pela internet, em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência. Pena – Prisão de um a seis anos e multa. § 1º – aumenta-se a pena de um sexto a metade se a ofensa incitar a prática de crime de ódio ou intolerância, conforme definido nesta lei, ou a prática de qualquer outro crime.

³¹ “Os Ministros entenderam que, no caso, a conduta do paciente, consistente em publicação de livros de conteúdo anti-semita, foi explícita, revelando manifesto dolo, vez que baseou-se na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. Dessa forma, a discriminação cometida, que seria deliberada e dirigida especificamente contra os judeus, configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

O Plenário consignou que a Constituição Federal impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a restauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Assentou-se, por fim, que, como qualquer direito individual, a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta, podendo ser afastada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, como no caso de manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. Por isso, no caso concreto, a garantia da liberdade de expressão foi afastada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. Vencidas a tese que deferia a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva e a tese que deferia habeas corpus de ofício para absolver o paciente por atipicidade da conduta. Conseqüentemente, o Plenário do Tribunal, por maioria de votos, denegou a ordem” (BRASIL, 2004, n. p.).

³² A menção ao caso se faz necessária em virtude da relevância do precedente no cenário jurídico brasileiro. Não se pode, contudo, dessorir, a partir da menção ao caso, que este trabalho coaduna com todos os fundamentos construídos pelo Supremo Tribunal Federal para lastrear a decisão. De acordo com os fundamentos que serão construídos ao longo deste capítulo, tornar-se-á evidente a discordância desta tese com o método adotado pelo Supremo Tribunal Federal no caso *Siegfried Ellwanger*, já que, conforme demonstra José Emilio Medauar Ommati, a decisão trata “[...] o Direito e a Constituição como uma ordem concreta de valores, passíveis de ponderação em caso de conflito [...]” (OMMATI, 2014, pp. 04-05). Referida crítica é compartilhada, ainda, por Menelick de Carvalho

3.2. Os fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão protegem os discursos de ódio?

Constata-se que, a despeito da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos e da interpretação que lhe foi concedida pela Suprema Corte daquele país, é possível encontrar constituições e legislações de diversos países, assim como tratados internacionais, que proíbem os discursos de ódio, limitando o exercício da liberdade de expressão, de forma excepcional, quando, e apenas quando, dito exercício se encontra atrelado a uma tarefa de diminuição da dignidade e da igualdade dos indivíduos.

Confirmada a existência de legislações que proíbem os discursos de ódio, cabe averiguar, então, conforme suscitado ao final do segundo capítulo, se os fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão – o contrato social, a busca da verdade, a autonomia e a democracia – se prestam a resguardar não apenas a liberdade de expressão, mas também os discursos de ódio.

Cabe perquirir, ainda, se, ao proibirem-se os discursos de ódio, estar-se-ia, automaticamente, provocando um dano ao contrato social, à busca da verdade, à autonomia individual e, ao fim e ao cabo, à democracia ou se, em um sentido contrário, os discursos de ódio teriam, eles próprios o condão de provocar efeitos deletérios à qualidade do debate, à autonomia individual e à democracia.

3.2.1. A autonomia é fundamento de legitimação dos discursos de ódio? A proibição dos discursos de ódio à luz da obrigação de não causar dano

Em sua obra *Freedom's Law* (O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana, 2006), Dworkin faz menção a um argumento suscitado por Frank Michelman, segundo o qual “certas formas de expressão [...] podem ter elas mesmas o efeito de ‘silenciar’ outras formas, de tal modo que acabam por impedir outras pessoas de exercer a sua liberdade negativa de expressão” (DWORKIN, 2006, p. 356). Segundo Michelman, determinadas manifestações podem abafar a voz da mulher na sociedade ou diminuir drasticamente o valor que os ouvintes atribuem à sua fala, em virtude da imagem

Neto e Guilherme Scotti, na obra *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras* (2011).

depreciada que se passa a ter do seu caráter, do seu lugar e de suas condições (DWORKIN, 2006, p. 356).

A partir desse argumento, pode-se sustentar que quando o Estado impede um indivíduo de construir e manifestar a sua opinião, ele viola, por um ato comissivo, a sua liberdade negativa ou a sua autonomia. Por outro lado, quando o Estado permite que pessoas subjuguem a dignidade de um indivíduo, negando o seu status de cidadão, dificultando o processo de construção e expressão da sua opinião, não estaria ele violando, por um ato omissivo, a liberdade negativa ou a autonomia desse indivíduo?

Dworkin, contudo, aparentemente entende que não. Segundo ele:

Toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-las não controlam sua própria identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser (DWORKIN, 2006, p. 357).

Caso se entenda que a posição adotada por Dworkin esteja correta, então seria possível afirmar que a autonomia é um fundamento não apenas para resguardar a liberdade de expressão, mas também os discursos de ódio.

Essa hipótese, contudo, parece encontrar um óbice na própria teoria dworkiniana, bem como na teoria dos atos de fala de John Austin e nas teorias sobre os discursos de ódio de Jeremy Waldron e Owen Fiss, conforme se buscará demonstrar a seguir.

Em sua obra *O Império do Direito* (2007), Ronald Dworkin desenvolveu uma concepção de obrigações associativas ou comunitárias. Ao fazer menção à referida expressão, Dworkin disse estar se referindo “às responsabilidades especiais que a prática social atribui ao fato de se pertencer a algum grupo biológico ou social, como as responsabilidades de família, amigos ou vizinhos” (2007, p. 237).

Proposta a ideia inicial de obrigações associativas, Dworkin buscou interpretar a natureza ou a origem de tais obrigações, de modo a demonstrar que “a obrigação política – inclusive a obrigação de obedecer ao direito – é uma forma de obrigação associativa” (2007, p. 249).

Segundo Dworkin, há um pensamento disseminado segundo o qual as obrigações associativas derivam simplesmente do fato de pertencerem a um grupo,

o que, obviamente, não deriva necessariamente de um ato voluntário de escolha. Por outro lado, as obrigações políticas são popularmente reconhecidas como obrigações derivadas de um ato de vontade, ou seja, de escolha quanto ao pertencimento à determinada sociedade – daí a aceitação quase unânime da ideia de contrato social. Ocorre que, se aceitas as duas teses ora expostas, seria inconcebível tratar as obrigações políticas enquanto obrigações associativas, visto que as primeiras derivariam de um ato de vontade e as segundas não (DWORKIN, 2007).

Dworkin, então, refuta a tese segundo a qual há uma relação necessária entre as obrigações políticas e o ato de escolha. Para ele, “a relação que conhecemos entre obrigação comunitária e escolha é muito mais complexa, e bem mais uma questão de grau que varia de uma forma de associação comunitária a outra” (2007, p. 239).

As obrigações associativas dependeriam, então, de certas condições e atitudes que poderiam densificar a concepção proposta em *O Império do Direito*. A condição a qual Dworkin atribui maior relevância é a reciprocidade:

A reciprocidade que exigimos para as obrigações associativas deve ser mais abstrata, mais uma questão de aceitar um tipo de responsabilidade que, para ser explicada, precisa das ideias do outro sobre integridade e interpretação. (...). As obrigações associativas podem ser mantidas entre pessoas que compartilham uma ideia geral e difusa dos direitos e das responsabilidades especiais que os membros devem pôr em prática entre si, uma ideia do tipo e do nível de sacrifício que suas relações mútuas devem pressupor (DWORKIN, 2007, p. 241).

Além da condição imposta pela reciprocidade, Dworkin ainda enumera quatro atitudes que devem ser adotadas pelos membros de uma comunidade de modo a tornar viável a assunção de obrigações associativas. Em primeiro lugar, esses membros “devem considerar as obrigações do grupo como especiais, dotadas de caráter distintivo dentro do grupo, e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele” (2007, p. 242).

Em segundo lugar, os membros do grupo devem adotar essas responsabilidades especiais enquanto responsabilidades pessoais, ou seja, dirigidas diretamente a um segundo membro do grupo e não de forma genérica, dirigida a todos. Cada qual dos indivíduos deve merecer consideração e respeito (DWORKIN, 2007, p. 242).

Mas, em terceiro lugar, os membros do grupo devem tratar “essas responsabilidades como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo” (DWORKIN, 2007, p. 242).

Por fim, os membros de um grupo devem adotar a atitude segundo a qual toda e cada ação de um membro deve denotar igual interesse por todos os membros daquele grupo (DWORKIN, 2007, p. 242).

A partir dessas condições e interesses, Dworkin constrói uma concepção de obrigações associativas que não pressupõem um ato psicológico de escolha e aderência dos indivíduos que assumem essas obrigações, mas um interesse, uma “propriedade interpretativa das práticas que permitem ao grupo a afirmação e o reconhecimento das responsabilidades” (2007, p. 244).

A partir dessa concepção, então, Dworkin conclui que as obrigações políticas são obrigações associativas, tendo em vista que a escolha de participação em uma sociedade não é um critério para se definir as obrigações associativas (2007, p. 244).

Tome-se, então, como exemplo, uma comunidade em que as pessoas assumem obrigações associativas, inclusive a obrigação política de obedecer ao Direito. Parece bastante evidente que o ato de um grupo de indivíduos silenciar as ideias de outro indivíduo pertencente à mesma comunidade não é uma forma de demonstrar consideração e respeito por ele, menos ainda, uma forma de cumprir a obrigação com “o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo” (DWORKIN, 2007, p. 242).

Parece difícil, ainda, partir do pressuposto de que toda e cada ação de um membro deve denotar igual interesse por todos os membros da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 242) e ainda assim sustentar que um membro da sociedade seja alvo de discursos de ódio, tais quais aqueles observados em Charlottesville.

Mas não é só. Também em sua obra *Justice for Hedgehogs* (A raposa e o porco-espinho: justiça e valor, 2014), Dworkin dedica algum tempo à análise daquelas obrigações associativas que já haviam sido merecedores de sua atenção em *O Império do Direito*. Entre os temas abordados naquela densa obra, Dworkin se debruça sobre os desafios éticos e morais que são impostos aos indivíduos quando é possível, com algum custo, ajudar pessoas que guardam alguma espécie especial

de relação com aquela pessoa que se dispõe a ajudar. Segundo Dworkin, essa relação especial pode se apresentar de duas formas: como relações performativas ou como relações associativas. As relações performativas derivam de atos voluntários e isolados, como uma promessa, enquanto as relações associativas derivam de um laço especial, um laço associativo, como a família (2014, p. 459).

Ambas as espécies de relações – performativas e associativas – dão origem a deveres ou obrigações. A principal questão levantada por Dworkin, entretanto, se resume a entender como os deveres e obrigações vinculados às nossas relações especiais são derivados da nossa ideia sobre o valor ético do bem viver³³ e como elas afetam essa ideia (2014, p. 459).

Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin vai partir, então, da tese segundo a qual, por um lado, as obrigações associativas são derivadas da nossa ideia de bem viver, ou seja, vai defender que as obrigações associativas derivam de um ato de interpretação, e, por outro lado, as obrigações, sejam performativas ou associativas, são drasticamente afetadas pelos fatos sociais – as convenções contingentes, dependentes do contexto social, do tempo e local, alteram as obrigações associativas.

Ocorre que as convenções são uma questão de fato e nada mais e, portanto, à luz do Princípio de Hume – segundo o qual não se pode derivar um dever de um ser, ou seja, um fato não pode determinar um padrão de conduta – as convenções não poderiam criar e moldar deveres morais (DWORKIN, 2014, p. 461).

Segundo Dworkin, para enfrentar esse desafio, muitos filósofos criaram princípios morais que poderiam atribuir força moral aos fatos contingentes. Dizem eles que as convenções dão origem a expectativas e que as pessoas teriam o direito moral à proteção de suas expectativas. Outros filósofos citam o dever moral geral de respeitarmos as instituições sociais úteis e justas. Outros filósofos sustentam que os princípios gerais de equidade mandam não tirarmos vantagem das instituições sociais sem respeitar os fardos dessas instituições (2014, p. 461).

Dworkin, entretanto, entende que todas essas concepções são incompletas e, para demonstrar isso, o autor lança mão do instituto da promessa. Segundo ele, precisamos de uma explicação melhor da força moral das promessas e das

³³ A ideia de bem viver já foi trabalhada no capítulo anterior e pode ser resumida da seguinte forma: “Viver bem significa esforçar-se para criar uma boa vida, mas somente dentro de certos limites essenciais para a dignidade humana” (DWORKIN, 2014, p. 298).

convenções ligadas aos papéis sociais e poderemos encontrá-la nos dois princípios básicos da dignidade – o de que devemos respeitar a igual importância das vidas humanas e o de que temos uma responsabilidade especial pela nossa vida (2014, pp. 462-463).

De acordo com Dworkin, é comumente aceitável a ideia de que as promessas criam obrigações, mas essa afirmação pode ser bastante acrítica quando não devidamente analisada, conforme muito bem acentuou Hume (*apud* DWORKIN, 2014, p. 463):

Devo observar que, visto que cada nova promessa impõe uma nova obrigação moral a quem a faz, e visto que essa nova obrigação nasce de sua vontade, essa é uma das operações mais misteriosas e incompreensíveis que se possam imaginar, e pode até ser comparada a uma transubstanciação ou ao sacramento da ordem, onde certa forma de palavras, aliada a certa intenção, muda completamente a natureza de um objeto externo e até de uma criatura humana.

Com efeito, é difícil explicar, sem recorrer à circularidade, a razão pela qual a promessa cria uma obrigação. Segundo Dworkin, sentimos a tentação de dizer que, ao prometer, criamos uma expectativa no promissário de que o objeto prometido será efetiva e irrefutavelmente cumprido. Mas o promissário não tem nenhuma razão para ter a expectativa de que a promessa seja cumprida senão em razão do fato de enxergá-la como uma obrigação. De acordo com Dworkin, esses problemas só surgem porque muitos filósofos encaram o ato de prometer como uma fonte independente e distinta da moral. Segundo ele, devemos abandonar este mau hábito (2014, p. 464).

O ato de prometer, para Dworkin, não é uma fonte independente de um tipo característico de dever moral, mas faz parte de uma responsabilidade mais geral: a responsabilidade de não causar dano a outras pessoas³⁴. Temos a responsabilidade

³⁴ É importante observar que Dworkin, ao tratar da obrigação geral de não causar dano a outras pessoas está tratando do dano deliberado e não do mero dano decorrente da competição. Conforme muito bem pontua Thomas Bustamante: “Para entender nosso dever de não causar danos a outras pessoas, Dworkin distingue entre ‘o dano decorrente da mera competição’ e o ‘dano deliberado’. Somente o último, de acordo com Dworkin, constitui uma quebra de nosso dever de não causar dano a outras pessoas. De acordo com Dworkin ‘ninguém poderia sequer começar a viver uma vida se o mero dano decorrente da competição estivesse proibido.’ Se você compete comigo e ganha, por um emprego, ou um amor ou uma casa, eu não posso reivindicar compensação pelo mero fato da minha derrota. Nós devemos viver nossas vidas, portanto, ‘na maior parte do tempo como nadadores em raias demarcadas.’ Eu devo cruzar a linha, às vezes, para te auxiliar se você está em perigo, mas eu nunca posso deliberadamente te ferir ou retardar para o fim de obter sucesso: ‘se nossa

geral de não causar dano às outras pessoas e, em virtude disso, temos a responsabilidade de atendermos às expectativas que deliberadamente estimulamos nessas pessoas. Assim não podemos causar dano às pessoas, fazendo-as crer que agiremos de um modo e frustrando a expectativa que estimulamos naquelas pessoas, recusando-nos a agir do modo esperado. “Essa responsabilidade geral é, ela própria, um caso particular da responsabilidade ainda mais geral [...]: a de respeitar a dignidade dos outros e, assim fazendo, respeitar a nossa própria dignidade” (2014, p. 465).

Para explicar melhor este conceito, Dworkin desenvolve a ideia de estímulo. Segundo ele, nós não podemos viver sem estimular as pessoas a fazer previsões sobre como vamos agir e a confiar nessas previsões. Se eu faço um convite a uma determinada pessoa para me acompanhar a um evento e deixo de cumprir a minha promessa de que estarei naquele evento, eu tendo a frustrar as expectativas estimuladas naquela pessoa que recebeu o meu convite e, com isso, posso causar dano à dignidade dessa pessoa. Em primeiro lugar, eu crio um risco de dano, e a criação de um risco é ela própria um tipo de dano. O risco de dano “causa dano do mesmo modo que causaria caso dirigisse sem cuidado pela minha rua, mesmo que não me atropelasse” (DWORKIN, 2014, p. 467). Em segundo lugar, causa um dano semelhante ao que causa com a mentira, porque altera a base de informações a partir da qual as pessoas tomam as decisões. O ato de me estimular, a fim de mudar as minhas expectativas e intenções tem uma consequência moral. Não há como simplesmente ignorá-la. “Você precisa de algum tipo de razão para justificar o ato de não fazer o que me estimulou a pensar que faria” (DWORKIN, 2014, p. 468).

Para explicar como a ideia de promessa influencia o seu argumento, Dworkin lança mão da estratégia utilizada por Thomas Scanlon (Princípio F), frisando haver diferenças entre as abordagens (SCANLON *apud* DWORKIN, 2014, p. 469):

Se (1) A, voluntária e intencionalmente, leva B a ter a expectativa de que A vá fazer X (a menos que B consinta com que A não o faça); (2) A sabe que B quer que A lhe dê certeza disso; (3) A age com o objetivo de proporcionar essa certeza e tem boas razões para crer que a proporcionou; (4) B sabe que A tem as crenças e intenções acima descritas; (5) A tem a intenção de que B saiba disso e sabe que B o sabe; e (6) B sabe que A tem esse

responsabilidade por nossas vidas for efetiva, nós devemos estar moralmente imunes ao dano deliberado de outrem” (BUSTAMANTE, 2018b, p. 36).

conhecimento e essa intenção – nesse caso, e na ausência de qualquer justificativa especial, A deve fazer a X a menos que B consinta com que A não faça X.

Dworkin sustenta que essa proposição (Princípio F) envolve diversas questões de grau. Segundo ele, as pessoas devem compreender que as circunstâncias mudam e que elas necessariamente correm algum risco quando confiam em previsões, mesmo que estejam deliberadamente cultivadas. Mas se esta incerteza moral fosse tão profunda, haveria uma frustração muito grande. Entretanto, o risco, segundo Dworkin, tende a diminuir à medida que o grau de estímulo promovido pelo promitente ao promissário aumenta. De acordo com Dworkin, as convenções do ato de prometer proporcionam um vocabulário por meio do qual é possível elevar imediatamente o estímulo a um nível tal que torne quase irrelevantes outros fatores que, em circunstâncias diferentes, deporiam contra a responsabilidade. Mas nenhum grau de estímulo seria capaz de eliminar inteiramente os efeitos de outros fatores que poderiam atenuar ou anular a responsabilidade, logo, o ato de prometer tampouco poderia eliminá-los (DWORKIN, 2014, pp. 472-473).

Uma vez que o ato de prometer não é uma prática isolada que gera obrigações automaticamente, mas depende, antes, do dever muito mais geral de não causar dano a outrem, a interpretação das obrigações advindas das promessas exige uma interpretação das práticas do prometer que situe essas práticas dentro da rede mais ampla de convicções éticas e morais. Assim, pode-se sustentar que o objetivo do ato de prometer é aumentar muito as exigências para que se aceite uma desculpa pelo ato de frustrar deliberadamente uma expectativa estimulada. Uma promessa torna inelegível uma gama de desculpas que seriam suficientes se a confiança tivesse sido estimulada de modo menos intenso. Uma vez que se pressuponha a existência de uma promessa, temos de avaliar as desculpas oferecidas para o seu descumprimento por meio de um critério tão exigente quanto aquele que usamos para verificar as desculpas dos danos indubitáveis (DWORKIN, 2014, p. 474).

Há que se concluir, portanto, que as promessas, enquanto obrigações performativas, derivam, para Dworkin, de uma obrigação ética e moral maior e é fortemente influenciada por fatos e convenções sociais. Ao que tudo indica, Dworkin

demonstra a existência desta mesma relação na construção das obrigações associativas.

Ao analisar as obrigações associativas, Dworkin questiona a razão pela qual o fato de todos os outros membros da minha comunidade pensarem que eu tenho obrigações morais para com os meus parentes, amigos e concidadãos significa que eu efetivamente tenho essas obrigações. A resposta, segundo ele, reside em uma interação criativa entre nossa responsabilidade geral de não causar dano a outrem, por um lado, e as práticas sociais que refinam essa responsabilidade, por outro (2014, p. 475).

De fato, Dworkin sustenta que a melhor justificação dessa obrigação associativa “evidencia uma relação de confirmação mútua entre a responsabilidade especial que, no caso concreto, temos para com as pessoas com quem mantemos certos relacionamentos, por um lado, e um conjunto de práticas sociais que reduz progressivamente as incertezas inerentes a esse tipo de responsabilidade, por outro” (2014, p. 476).

Na obra *Justice for Hedgehogs*, então, Dworkin sustenta que as obrigações existem enquanto fruto de uma responsabilidade especial, enquanto a convenção “intensifica e molda os princípios e responsabilidades mais gerais que pressupõe” (2014, p. 480). O objetivo das convenções na construção de obrigações associativas seria, então, diminuir o grau de incerteza dos danos que devem ser considerados proibidos nas relações sociais.

Quanto mais detalhadas as convenções, menos incertas elas são quanto aos danos que devem ser considerados proibidos. Na ausência de quaisquer instruções convencionais, eu não saberia com certeza, na melhor das hipóteses, a quem considerar membro da minha família e merecedor de uma consideração especial. Tampouco saberia o que a amizade permite ou exige em matéria de favorecimento profissional. A prática social reduz essas zonas de incerteza; faz isso de diferentes modos nas diferentes culturas e épocas (DWORKIN, 2014, p. 480-481).

Por outro lado, as convenções também aumentam consideravelmente o risco de indignidade quando as responsabilidades por elas refinadas são ignoradas; “aumentam o risco na medida em que atribuem significado social, e não mais apenas pessoal, a qualquer desrespeito para com o relacionamento” (DWORKIN, 2014, p. 481). Assim, de acordo com Dworkin, as convenções sociais não apenas moldam como também fortalecem as obrigações decorrentes dos papéis sociais.

Mas essas interações recíprocas entre as responsabilidades e as convenções sociais ainda demonstram uma segunda característica dessas obrigações:

As convenções decorrentes dos papéis sociais não impõem genuínas obrigações associativas de modo automático: é preciso que as próprias convenções atendam a critérios éticos e morais independentes. As práticas sociais só criam obrigações genuínas quando respeitam os dois princípios da dignidade: somente quando são compatíveis com a igual apreciação da importância de todas as vidas humanas e quando não autorizam as espécies de dano aos outros que são proibidas por esse primeiro pressuposto (DWORKIN, 2014, p. 482).

Partindo dessa ideia de obrigação associativa, Dworkin suscita que os filósofos do direito e da política costumam discutir se as pessoas têm obrigação moral de obedecer às leis de sua comunidade pelo simples fato de serem as suas leis – obrigação política. Dworkin, assim como fez em *O Império do Direito* (2007), relembra que, em regra, os filósofos partem da ideia imaginária de contrato social para justificar essa relação. A popularidade dessa ideia, segundo Dworkin, ajuda a explicar “a suposição disseminada, mas errônea, de que a legitimidade do Estado depende do consenso unânime dos governados e, portanto, de alguma ficção histórica fantástica a respeito desse consenso” (2014, p. 485).

“Para Dworkin, o problema do consentimento não é que ele não pode ser aceito como um processo institucionalmente regulado para criação de novas normas [...], mas que ele não é ‘nem um fundamento necessário nem um fundamento suficiente para a legitimidade’ do direito [...]” (BUSTAMANTE, 2018a, p. 10).

A questão da obrigação política se torna mais clara quando não há nenhuma outra razão para eu obedecer a uma determinada lei senão o fato de ela ter sido aprovada pelas autoridades. Segundo Dworkin, os anarquistas negam que o simples fato de uma lei ter sido aprovada, mesmo numa comunidade cujas estruturas e leis são justas de modo geral, forneça uma razão moral independente para que tal lei seja obedecida. Para eles, teríamos que obedecer às leis quando existe um argumento independente em favor disso: se a lei aperfeiçoa a justiça social, por exemplo. Os anarquistas costumam se apoiar na seguinte tese filosófica geral: creem que ninguém é obrigado a nada a menos que aceite voluntariamente a obrigação (2014, p. 486).

Em *Justice for Hedgehogs*, entretanto, assim como havia feito em *O Império do Direito*, Dworkin defende que a popular suposição de que toda obrigação genuína e voluntária é, ela própria, insustentável. “Por trás de qualquer obrigação voluntária jaz uma obrigação involuntária” (2014, p. 487). Para Dworkin, se de fato temos obrigações políticas, estas devem ser um caso especial das obrigações associativas. “Temos obrigações porque nos relacionamos com nossos concidadãos de modo especial que confere a cada um de nós responsabilidades especiais para com todos os outros independentemente de qualquer consentimento” (DWORKIN, 2014, p. 488). “A obrigação política deflui da associação política do mesmo modo que as outras obrigações associativas defluem de outros tipos de associação” (DWORKIN, 2014, p. 488).

Em outros termos, Dworkin alcança em *Justice for Hedgehogs* a mesma conclusão alcançada em *O Império do Direito*: as obrigações políticas são obrigações associativas e, conforme expressamente enunciado em *O Império do Direito*, Dworkin aduz tratar-se de uma obrigação política a obrigação de obedecer ao direito (2007, p. 249).

Partindo do pressuposto que uma sociedade democrática decorre de obrigações políticas e que, portanto, exige o respeito às obrigações associativas que derivam de uma obrigação mais geral segundo a qual o cidadão tem a obrigação de não causar dano ao outro³⁵, a toda evidência, aparenta-se contraditório sustentar que o princípio da liberdade de expressão protege os discursos de ódio e, ao mesmo tempo, defender que “as práticas sociais só criam obrigações genuínas [...] quando são compatíveis com a igual apreciação da importância de todas as vidas humanas e quando não autorizam as espécies de dano aos outros que são proibidas por esse primeiro pressuposto” (DWORKIN, 2014, p. 482).

Para que as afirmações não incorram em contradição, é necessário sustentar que uma constituição que permita livremente os discursos de ódio parte da igual apreciação da importância de todas as vidas humanas e que essa constituição, ao permitir os discursos de ódio, não autorizará dano a esta igual apreciação da importância de todas as vidas humanas.

³⁵ Aqui, conforme é perceptível, ao discutir sobre discursos de ódio, está-se a tratar do dano deliberado e não do mero dano decorrente da competição, conforme classificação proposta por Dworkin tratada na nota de rodapé anterior.

Dessa forma, torna-se de sobremaneira relevante questionar se o discurso de ódio tem o condão de causar um dano. Para enfrentar esse problema, vale a pena, inicialmente, fazer uma digressão acerca do discurso e dos seus efeitos. Sobre o tema, é de extrema relevância a análise da obra *How to do things with words*, de Jonh Austin (Quando dizer é fazer, 1990).

Na apresentação à versão da obra de Austin traduzida para o português, que leva o nome de “A Filosofia da Linguagem de J. L. Austin”, Danilo Marcondes de Souza Filho situa a obra de Austin dentro da virada linguística que, por sua vez, se encontra dentro da tradição da filosofia analítica britânica (1990, p. 07).

Segundo Souza Filho, “o ponto central da concepção de Austin e sua principal contribuição à filosofia da linguagem parece-me ser a ideia de que a linguagem deve ser tratada essencialmente como uma forma de *ação* e não de *representação* da realidade” (1990, p. 11). Com razão, Austin desenvolve uma teoria da linguagem sobre como esta se presta a realizar determinados atos, os atos de fala, daí o nome original da obra ser *How to do things with words* (1990, p. 12).

Segundo Austin, acreditou-se, por muito tempo, que um proferimento consistia, necessariamente, em uma descrição de um estado de coisas, que, por retratar um fato, poderia ser considerado verdadeiro ou falso (1990, p. 21). Austin, contudo, entende que essa redução do proferimento a um caráter meramente descritivo constitui uma “falácia descritiva” (1990, p. 23).

Austin entende que, diferentemente dos proferimentos meramente descritivos, ou constatativos, existem ainda proferimentos aos quais ele vai atribuir o nome de performativos. Trata-se de proferimentos que não descrevem ou retratam, mas sim proferimentos que constituem a realização de uma ação, tais como as expressões: “aceito esta mulher como minha legítima esposa”, “lego a meu irmão este relógio” ou “aposto cem cruzados como vai chover amanhã” (1990, pp. 23-24).

“Estes exemplos deixam claro que proferir uma dessas sentenças (nas circunstâncias apropriadas, evidentemente) não é *descrever* o ato que estaria praticando ao dizer o que disse, nem declarar o que estou praticando: é *fazê-lo*” (AUSTIN, 1990, p. 24). De fato, ao dizer que “aceito esta mulher como minha legítima esposa” (AUSTIN, 1990, p. 24), eu estaria casando e não meramente descrevendo um casamento.

Os proferimentos performativos levam esse nome em decorrência do verbo inglês *to perform*, “verbo correlato do substantivo ‘ação’, e indica que ao se emitir o proferimento está-se realizando uma ação, não sendo, conseqüentemente, considerado um mero equivalente a dizer algo” (AUSTIN, 1990, p. 25).

Austin questiona, então, se, a partir da constatação da existência de proferimentos performativos, poder-se-ia afirmar que dizer é fazer algo. Para enfrentar essa questão, Austin observa que o proferimento de uma sentença é um dos aspectos da realização de um ato, mas não o único. Isso porque a realização de um ato depende ainda de determinadas circunstâncias que, se apropriadas, permitem que àqueles termos proferidos sejam relacionadas determinadas conseqüências. Assim, nos exemplos citados há pouco, não bastaria ao noivo proferir as palavras “aceito esta mulher como minha legítima esposa”, senão diante de um juiz de paz ou outra autoridade competente, sob pena de não se caracterizar um casamento segundo as normas e tradições (1990, p. 26).

Além disso, o proferimento há de ser feito com certa seriedade, a ponto de se denotar a intenção do autor de, com efeito, executar o ato por meio das suas palavras (1990, pp. 27-28).

Austin defende, então, que não se pode reputar nenhum proferimento desse tipo performativo como verdadeiro ou falso. Ainda assim, ele pode não implicar em um ato efetivamente concretizado. De fato, somente por meio do cumprimento de determinadas circunstâncias, poder-se-ia dizer que um noivo que diz “aceito esta mulher como minha legítima esposa” está realmente se casando. Sendo assim, Austin defende que existem algumas circunstâncias que podem resultar na felicidade ou infelicidade do proferimento. O que é diverso de discutir a verdade ou a falsidade desse proferimento (1990, p. 30).

Segundo Austin, para se garantir a felicidade de um proferimento, é necessário seguir seis regras:

- (A.1) Deve existir um procedimento convencionalmente aceito, que apresente um determinado efeito convencional e que inclua o proferimento de certas palavras, por certas pessoas, e em certas circunstâncias; e além disso, que
- (A.2) as pessoas e circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado.
- (B.1) O procedimento tem de ser executado, por todos os participantes, de modo correto e
- (B.2) completo.

(Γ .1) Nos casos em que, como ocorre com frequência, o procedimento visa às pessoas com seus pensamentos e sentimentos, ou visa à instauração de uma conduta correspondente por parte de alguns dos participantes, então aquele que participa do procedimento, e o invoca deve de fato ter tais procedimentos ou sentimentos, e os participantes devem ter a intenção de se conduzirem de maneira adequada, e além disso,
 (Γ .2) devem realmente conduzir-se dessa maneira subsequentemente (1990, p. 31).

Em caso de desrespeito às regras A e B, caracteriza-se um desacerto, pois o ato foi realizado, mas em desrespeito ao procedimento, o que faz do proferimento um ato nulo ou sem efeito. Já quando são desrespeitadas as regras Γ , observa-se o que ele chama de abusos, ou seja, proferimentos que não foram consumados (AUSTIN, 1990, pp. 31-32).

Austin frisa, contudo, que não se pode entender que um ato sem efeito que ele não tenha consequências, inclusive consequências talvez indesejáveis, mas tão somente que ele não surtiu o efeito esperado com aquele proferimento (1990, p. 32).

Austin entende que considerações de felicidade ou infelicidade de proferimentos performativos podem influenciar proferimentos constatativos (ou declarações), assim como considerações acerca da verdade ou da falsidade de proferimentos constatativos podem influenciar proferimentos performativos (1990, p. 59).

O autor procura desenhar diversas estratégias, primeiramente filosóficas e após linguísticas, para definir uma diferenciação aperfeiçoada entre os proferimentos performativos e os proferimentos constatativos, mas acaba por entender que “a fórmula performativa explícita [...] é apenas o último e o mais eficaz recurso linguístico, dentre muitos que sempre foram usados com maior ou menor êxito para desempenhar a mesma função” (AUSTIN, 1990, p. 70). De fato, vários instrumentos podem ser utilizados para atribuir o caráter performativo a um determinado proferimento, tais como o modo como é manifestado, o tom de voz, uma ênfase, o uso de advérbios e de partículas conectivas, os elementos que o acompanham, as circunstâncias em que é emitido (1990, pp. 70-72).

Em virtude da dificuldade em distinguir proferimentos performativos daqueles constatativos, Austin opta por dar um passo atrás e compreender, antes, o que se pode entender quando se afirma que dizer algo significa fazer algo (1990, pp. 82-83).

Austin desenvolve um raciocínio sobre as circunstâncias em que se faz um proferimento. Segundo ele, há um conjunto de sentidos “em que dizer algo tem sempre que se fazer algo” (1990, p. 83). Em suma, partindo dessa ideia, Austin vai sustentar que dizer, neste sentido, sempre é: *i.* realizar o ato de proferir determinados ruídos (ato fonético); *ii.* realizar o ato de proferir determinadas palavras que pertencem a uma determinada língua, um vocabulário, na forma prevista em sua gramática, com determinada entonação (ato fático); e *iii.* realizar o ato de proferir essas palavras dentro de um sentido previamente definido por determinadas convenções, que atribuem significado a essas palavras (ato rético) (1990, pp. 83-84).

Austin entende que dizer algo é a realização de um ato que ele chama de ato locucionário (1990, p. 85). Por exemplo, ao dizer que a porta vai bater, eu estou praticando um ato locucionário de dizer que a porta vai bater.

Ocorre que, segundo Austin, “realizar um ato locucionário é, em geral, *eo ipso*, realizar um ato ilocucionário” (1990, p. 88). O ato ilocucionário é aquele ato que se pratica ao dizer, em contrapartida ao ato locucionário de dizer algo (1990, p. 89). Nesse sentido, ao dizer que a porta vai bater, eu posso praticar o ato ilocucionário de advertir, de avisar, ou de simplesmente relatar um fato.

Mas, segundo Austin:

Há um outro sentido (C) em que realizar um ato locucionário, e assim um ato ilocucionário, pode ser também realizar um ato de outro tipo. Dizer algo frequentemente, ou até normalmente, produzirá certos efeitos ou consequências sobre os sentimentos, pensamentos, ou ações dos ouvintes, ou de quem está falando, ou de outras pessoas. E isso pode ser feito com o propósito, intenção ou objetivo de produzir tais efeitos. Em tal caso podemos dizer, então, pensando nisso, que o falante realizou um ato que pode ser descrito fazendo-se referência, meramente oblíqua (C.a), ou mesmo sem fazer referência alguma (C.b) à realização do ato locucionário ou ilocucionário. Chamaremos a realização de um ato desse tipo de realização de um ato perlocucionário ou perlocução (1990, pp. 89-90).

Como exemplo, Austin sustenta que, ao proferir a locução “você não pode fazer isso”, o falante protestou contra o meu ato (ilocução), me conteve (perlocução do tipo C.a) e me irritou (perlocução do tipo C.b) (1990, p. 90). Outro exemplo seria “distinguir o ato locucionário ‘ele disse que...’ do ato ilocucionário ‘ele argumentou que...’ e do ato perlocucionário ‘ele me convenceu que...’” (1990, p. 90).

Austin frisa que “os efeitos consequentes das perlocuções são realmente resultados, que não incluem efeitos convencionais, tais como, por exemplo, o fato de a pessoa que fala ficar comprometida a cumprir a sua promessa (isso corresponde ao ato ilocucionário)” (1990, p. 90).

Mas Austin ainda se dedica a tentar distinguir os atos ilocucionários dos atos perlocucionários. Segundo Austin, é possível alcançar resultados perlocucionários por outros meios que não locucionários. Assim, pode-se intimidar alguém sem fazer o uso de palavras. Mas, segundo Austin, também é possível alcançar resultados ilocucionários por meios não locucionários, como, por exemplo, prevenir ou pedir desculpas a alguém. O que realmente distingue esses atos de fala, segundo Austin, é que é possível obter resultados de atos perlocucionários por meios não convencionais, enquanto o mesmo não ocorre com os atos ilocucionários (1990, pp. 101-102). “Atos ilocucionários são atos convencionais; atos perlocucionários *não* são atos convencionais” (1990, p. 103).

Valendo-se da classificação dos atos como locucionários, ilocucionários e perlocucionários, Austin retorna, então, à questão sobre os proferimentos constatativos e performativos. Ele vê dificuldade em manter essa divisão, já que se percebe que os proferimentos constatativos podem estar sujeitos à felicidade ou à infelicidade, assim como os proferimentos performativos podem estar sujeitos à falsidade ou à verdade. Com razão, ao avisar para alguém que um touro está prestes a atacá-lo, estou performando, no sentido em que tento alarmá-lo. Mas a existência do touro e o risco estão sujeitos à falsidade, a informação pode ser falsa (1990, p. 113).

Assim, Austin conclui que “ao fazer uma declaração estamos ou podemos estar realizando atos perlocucionários de todo tipo” (1990, p. 115).

Que resta, então, da distinção entre proferimento performativo e o constatativo? Na verdade, podemos dizer que o que tínhamos em mente era isto: (a) No caso do proferimento constatativo, nos abstraímos dos aspectos ilocucionários (e de seus aspectos perlocucionários, também) do ato de fala, e nos concentramos no aspecto locucionário: além do mais, usamos uma noção supersimplificada de correspondência com os fatos – supersimplificada porque ela essencialmente absorve o aspecto ilocucionário. Almejamos alcançar um ideal do que seria acertado dizer em todas as circunstâncias, para quaisquer propósitos, para qualquer tipo de ouvinte, etc. Talvez isto seja algumas vezes realizado. (b) No caso do proferimento performativo, damos o máximo de atenção à força ilocucionária do proferimento, e nos abstraímos da dimensão da correspondência com os fatos (1990, pp. 119-120).

Observe-se, assim, que, partindo-se da teoria de Austin, ao se proferir discursos tais quais “‘Vocês não vão nos substituir!’, ‘Judeus não vão nos substituir!’ [...] ‘Sou nazista, sim’, ‘A negra está assustada’, ‘Suma daqui, viadinho’, ‘Ele não é americano’” (SENRA, 2017b, n. p.), surtem-se efeitos perlocucionários, como amedrontar, ameaçar, ofender, intimidar. Com efeito, Austin demonstra que, ao proferir um discurso, pode-se estar realizando uma ação.

Destarte, “desde os estudos de pensadores como Austin (1988), sabemos que as palavras realizam e conformam o mundo, que qualquer ato de linguagem é também constitutivo, desvelando o chamado sentido performativo, no qual ‘dizer é fazer’” (CATTONI DE OLIVEIRA et al., 2017, p. 04).

Cabe questionar, então, se essa ação produzida pelo discurso pode ser danosa. Para tanto, cabe analisar as teorias de Jeremy Waldron e Owen Fiss.

Waldron sustenta que os discursos de ódio têm o condão de causar danos e o faz com base em dois argumentos. Em primeiro lugar, Waldron defende que há um bem público de inclusão com o qual a sociedade deve estar comprometida. De acordo com Waldron, os seres humanos são diversos – em sua etnicidade, em sua cor, em sua cultura, em sua religião – e estão sujeitos a uma experiência de viver e trabalhar conjuntamente, a despeito da existência dessa diversidade. Isso posto, de acordo com o autor, cada grupo deve aceitar que a sociedade não é apenas dele ou vive para ele, mas é dele também, assim como de todos os outros grupos. O discurso de ódio dificulta a efetividade deste bem público de inclusão (2012a, p. 04).

Em segundo lugar, para Waldron, cada membro de cada grupo deve ter o direito de participar dessa experiência de viver conjuntamente, com a garantia de que não será excluído e discriminado pelos demais. Este é, para Waldron, um postulado, enquanto uma condição social básica do ser humano, ao qual ele vai atribuir o nome de dignidade. De acordo com esta condição social básica, cada pessoa deve ser tratada como membro da sociedade, tendo, por exemplo, o direito de professar a sua fé, manter a sua rotina diária, sem que as suas características culturais possam servir de razão para que a este indivíduo seja demandado tratamento diferenciado e excludente (2012a, p. 05).

Lançando mão de um caso ocorrido em 1798 – no qual o congressista republicano Colonel Matthew Lyon foi condenado por difamar a imagem do governo John Adams –, Waldron questiona a razão pela qual uma lei, tal qual esta que

limitou a liberdade de expressão de Lyon, era necessária no início da república americana (2012a, p. 20). Segundo Waldron, para além de proteger a vaidade política, este tipo de lei tinha uma função institucional: segundo ele, a manutenção do governo depende da opinião daqueles sob os quais são impostas as leis produzidas por este governo. Denúncias infundadas e manifestações de desprezo poderiam comprometer a autoridade do governo e retirar a confiança que a população legitimamente lhe atribuiu (2012a, p. 21). Àquela época, segundo Waldron, seria muito difícil imaginar que um governo sobrevivesse se não combatesse as ofensas injustas contra ele publicadas. Daí produzirem-se leis desse tipo (2012a, p. 21).

Observe-se que Oliver Wendel Holmes valeu-se do mesmo argumento para declarar a constitucionalidade do aprisionamento de um militante que, por meio da publicação de folhetos, comparava a convocação dos americanos para a guerra à escravidão: seria nocivo para o Estado, naquele momento, permitir um ambiente que desencorajasse a população a endossar a sua participação na guerra – *Schenck vs. Estados Unidos*, 1919³⁶ (WALDRON, 2012a, p. 23).

Ocorre que não seria razoável dizer que uma lei dessa natureza não estaria aberta a abusos. Com razão, há um risco considerável que ditas leis sejam utilizadas como ferramentas partidárias de autopreservação (WALDRON, 2012a, p. 22).

Mas não apenas as críticas políticas chegaram a ser punidas no início da república americana. As blasfêmias ao cristianismo também sofreram reprimendas sob o mesmo argumento: o cristianismo é uma herança que o povo americano recebeu e é uma das bases da sociedade, de modo que as ofensas aviltantes ao cristianismo seriam uma forma de desestabilizar a paz social (WALDRON, 2012a, p. 22).

Um caso de 1931 marcou a virada no pensamento da Suprema Corte Americana sobre a liberdade de expressão, quando ela declarou a inconstitucionalidade de uma lei que condenava o uso de bandeiras vermelhas, que simbolizariam um embate ao governo organizado (WALDRON, 2012a, p. 23). Não

³⁶ Nesse caso paradigmático, a Suprema Corte norte-americana entendeu que as circunstâncias do período da guerra autorizam restrições à liberdade de expressão que não seriam permitidas em tempos de paz, com intuito de afastar risco evidente da prática de um crime, e ementou que “se a fala destina-se a resultar em um crime, e há um perigo claro e presente que realmente resultará em um crime, a primeira emenda não protege o orador de ação do governo.” (U.S. SUPREME COURT, 1919b).

que não tenha havido casos anteriores de defesa à Primeira Emenda, mas este foi o início de uma virada, endossada, sobretudo, pela posição do Justice Holmes, que já havia sido anunciada em 1919 – *Abrams vs. United States* (WALDRON, 2012a, p. 24).

As citadas blasfêmias ao cristianismo foram as primeiras a deixar de sofrer as reprimendas estatais. Segundo Waldron, isso ocorreu porque a religião, em pleno século XX, já não era vista como um pilar do Estado, de modo que a preservação daquela pensando na estabilidade deste não faria mais qualquer sentido (2012a, p. 24).

Já quanto ao discurso político, atualmente o poder do Estado passou a ser uma ameaça muito maior ao indivíduo do que o indivíduo era para o Estado (WALDRON, 2012a, p. 25). De fato, a partir do momento em que o governo passou a ser visto como menos vulnerável, ele passou a ser visto como uma ameaça maior ao debate e à deliberação entre os cidadãos, sobretudo à individualidade dos dissidentes. Assim, a ameaça à ordem pública passou a ser absolutamente diminuta se comparada à ameaça provocada pelo governo de suprimir a oposição e calar os dissidentes. Esta é a razão pela qual a Primeira Emenda se tornou tão importante (WALDRON, 2012a, p. 26).

Mas, a partir dessa constatação, surge uma questão: será que essa regra se aplica às minorias vulneráveis? Será que o seu status de cidadão está tão garantido dentro da sociedade que não são necessárias leis para garanti-lo? Para Waldron, “não está claro [...] que os europeus estão enganados quando dizem que uma democracia liberal deve assumir uma responsabilidade afirmativa de proteger uma atmosfera de respeito mútuo contra determinadas formas de ataques viciosos”³⁷ (2012a, p. 30).

Waldron assume que a história da Primeira Emenda está relacionada ao fato de que o governo assumiu tamanha força que as suas defesas contra a liberdade de expressão se tornaram não apenas desnecessárias à sua manutenção, mas, pior, ameaças aos direitos individuais dos cidadãos. O fato é que as leis que limitariam estes discursos provocariam, segundo Waldron, certa histeria pública. Ocorre que essa histeria pública também é provocada pelos discursos de ódio, como foi visto

³⁷ Tradução livre do original em inglês: “It is not clear to me that the Europeans are mistaken when they say that a liberal democracy must take affirmative responsibility for protecting the atmosphere of mutual respect against certain forms of vicious attack” (2012a, p. 30).

em Charlottesville. “Por que nós devemos pensar que somente deve haver proteção contra leis restritivas e nunca contra manifestações racistas?”³⁸ (2012a, p. 32).

Anthony Lewis crê que é melhor tolerar e engolir as manifestações de “pensamentos que nós odiamos” que assumir os perigos da opressão estatal (WALDRON, 2012, pp. 32-33). Waldron já não está tão certo disso. Primeiro porque ele não crê que se trate de tolerar as manifestações de “pensamentos que odiamos”, mas sim de pensamentos que poluem o ambiente da sociedade e impedem a atribuição de igual status de cidadãos aos diversos membros da sociedade. Em segundo lugar, porque a questão em discussão não envolve aqueles que defendem a Primeira Emenda. A questão trata das pessoas que estão sendo alvejadas pelos discursos de ódio e que têm o seu direito de se desenvolver dentro da sociedade limitado por estes discursos (2012a, p. 33).

Waldron questiona, então, porque não simplesmente manter a questão da difamação em um âmbito privado. Por que o Direito deveria se preocupar com esse tipo de conduta? Primeiramente, porque ele acredita que determinadas formas de difamação podem ser vistas como um ataque à ordem pública. Não apenas à clássica visão de ordem pública enquanto responsável pela manutenção da paz social, mas, acima disso, a ordem pública enquanto responsável por manter entre os cidadãos um sentimento de que todos eles são dotados de um status social, ou seja, são sujeitos de direito cujas dignidades devem ser respeitadas (2012a, p. 46). Waldron afirma que é exatamente este o objetivo das leis sobre discurso de ódio: garantir a manutenção dos elementos básicos do status de indivíduo, da sua dignidade e da sua reputação enquanto cidadão ou membro de uma sociedade, sobretudo, protegendo de ataques realizados contra grupos sociais em virtude de suas características (2012a, p. 47).

Waldron volta, então, a sua atenção ao caso *Beauharnais v. Illinois* (U.S. SUPREME COURT, 1952). Ele se atenta ao fato de que a maioria da Suprema Corte – 5 contra 4 – se posicionou a favor da limitação dos discursos de ódio, no caso da proliferação de panfletos promovida pelo presidente de uma entidade supremacista dos Estados Unidos convocando brancos para defenderem a raça contra a miscigenação, as drogas e a violência supostamente provocadas pelos negros. Os fundamentos daqueles que apoiaram a condenação pelo discurso de

³⁸ Tradução livre do original em inglês: “Why should we think that there needs to be protection only against the constraining laws and never against the racist expression?” (2012a, p. 32).

ódio se aderiram, sobretudo, à ideia de que esse tipo de discurso incita a violência na sociedade (2012a, pp. 47-48).

Um argumento dissidente, porém, do Justice Hugo Black, chamou a atenção por não se concentrar nessa questão, mas sim na questão de que não havia, nos Estados Unidos, previsão de sanção à difamação direcionada a grupos da sociedade, mas tão somente a pessoas determinadas. Segundo Black, essa limitação não se deu em vão, mas sim de modo que o Estado não se intrometesse em questões de disputas de âmbito privado (2012a, pp. 49-52).

Waldron discorda, pois crê que o Direito carrega duas preocupações quando lida com este tipo de questão. Por um lado, o Direito se preocupa com a reputação personalizada em casos civis. Por outro lado, há uma preocupação com os fundamentos da reputação de qualquer pessoa ou da sua dignidade cívica enquanto membro da sociedade. Esta preocupação é a que atine ao Direito Penal (2012a, p. 52).

Waldron informa que, em última instância, ao se combater difamações coletivas, está-se a proteger o indivíduo. Esse tipo de lei volta suas atenções à condição social básica e à relação que é estabelecida, nos discursos de ódio, entre o ato de denegrir e determinadas características atribuíveis ao grupo ofendido (2012a, pp. 56-57).

Em primeiro lugar, sustenta Waldron, essa relação estabelecida pelos discursos de ódio pode assumir a forma de uma declaração fática, uma pretensa constatação. Uma imputação genérica de que os negros ou os islâmicos são perigosos causa um impacto profundo na condição social e nas relações sociais destes grupos (2012a, p. 57).

Em segundo lugar, esse tipo de difamação pode envolver caracterizações que denigrem as pessoas, como a caracterização dos judeus como anticristãos e falsos, por terem supostamente inventado o holocausto (WALDRON, 2012a, p. 57).

“Em terceiro lugar, uma difamação coletiva pode atingir diretamente os princípios normativos da igualdade, condenando os membros do grupo com caracterizações viciosas que desumanizam suas características ascriptivas, retratando-os como insetos ou animais”³⁹ (WALDRON, 2012a, p. 58).

³⁹ Tradução livre do original em inglês: “Third, a group libel may go directly to the normative basis of equal standing, damning the members of the group with vicious characterizations that dehumanize their ascriptive characteristics and depict them as insects or animals” (WALDRON, 2012a, p. 58).

Por fim, as difamações coletivas podem denegrir os membros de determinado grupo por meio de frases ou slogans que visem a degradar os seus alvos, como placas que pedem a expulsão de negros, islâmicos e latinos dos EUA. Estes sinais, quando disseminados, envenenam o ambiente e dificultam os seus alvos de sustentarem uma condição social favorável ao seu desenvolvimento e ao desenvolvimento da sua família (WALDRON, 2012a, p. 59).

Fato é que esses tipos de difamações representam verdadeiros ataques à dignidade das pessoas. “Dignidade no sentido de sua condição social básica, os fundamentos do seu reconhecimento como iguais e portadores de direitos humanos e direitos fundamentais”⁴⁰ (WALDRON, 2012a, p. 59). “É uma questão de status – o status de alguém como membro da sociedade em boas condições – e isso gera uma demanda por reconhecimento e por tratamento de acordo com este status”^{41 42 43} (WALDRON, 2012a, p. 60).

É que, filosoficamente, podemos afirmar que a dignidade é uma condição inerente ao ser humano. Mas, juridicamente, a dignidade deve ser estabelecida, garantida, assegurada e reivindicada pela sociedade por meio do Direito (WALDRON, 2012a, p. 60).

Assim, em que pese os discursos de ódio possam ser caracterizados como difamações coletivas, o alvo dessas difamações é a dignidade individual e não do grupo. Com efeito, ao fim e ao cabo, a preocupação das leis que tratam do discurso do ódio é com os efeitos provocados nos indivíduos quando imputações difamatórias são associadas a características do seu grupo como a cor, a raça, a etnia, a religião, o gênero (WALDRON, 2012a, p. 60).

⁴⁰ Tradução livre do original em inglês: “dignity in the sense of their basic social standing, the basis of their recognition as social equals and as bearers of human rights and constitutional entitlements”. (WALDRON, 2012a, p. 59).

⁴¹ Tradução livre do original em inglês: “It is a matter of status—one’s status as a member of society in good standing – and it generates demands for recognition and for treatment that accords with that status” (WALDRON, 2012a, p. 60).

⁴² Em um sentido semelhante ao abordado por Jeremy Waldron, encontra-se a ideia proposta por Heyman. Ver: Heyman, Steven J.. *Free Speech and Human Dignity* New Haven: Yale University Press, 2008.

⁴³ Poder-se-ia sustentar que a concepção waldroniana de dignidade é puramente sociológica e não deriva de uma formulação filosófica rigorosa. Embora o presente trabalho não se dedique especificamente a analisar eventuais críticas nesse sentido, ainda que se as considerasse procedentes, há que se tomar em conta que as exigências normativas da concepção de dignidade construída por Ronald Dworkin, fundada no respeito por si mesmo e na autenticidade (2014, p. 311) – sobre qual essa tese se debruçou no segundo capítulo – também implicariam a mesma conclusão quanto à reprovabilidade do discurso de ódio.

As leis de discurso de ódio buscam afirmar a dignidade de igual cidadania para todos os membros de todos os grupos, já que os discursos de ódio intentam minar esse status de alguns grupos (WALDRON, 2012a, p. 61). O discurso de ódio provoca um dano social, ao depreciar a dignidade e a cidadania básica de determinados grupos sociais. Há um propósito substantivo na legislação que objetiva suprimi-lo (WALDRON, 2012a, p. 65).

Para melhor retratar a tese de que os discursos de ódio causam um dano à dignidade, Waldron examina como deveria aparentar uma sociedade bem ordenada. Já de início, ele afasta qualquer pretensão filosófica de tratar, como John Rawls, de uma “abstração altamente idealizada”. Mas ele parte da ideia de Rawls para averiguar a influência do discurso de ódio na pretensão de uma sociedade bem ordenada (WALDRON, 2012a, pp. 65-66).

Waldron reforça que uma sociedade que permite o discurso de ódio permite a propagação de panfletos e cartazes que atribuem a grupos minoritários a pecha de criminosos e pervertidos, bem como assume a possibilidade de setores da sociedade disseminarem campanhas em prol da expulsão de determinadas minorias desta sociedade, fazendo com que estas pessoas não se sintam bem vindas. Waldron questiona se uma sociedade bem ordenada deve ter essa aparência (2012a, p. 66).

A pergunta se faz necessária, segundo Waldron, porque muitos constitucionalistas, sobretudo americanos, entendem que uma sociedade livre – e uma sociedade bem ordenada há de ser livre – não permitiria leis que restringissem os discursos de ódio, razão pela qual sustentam o caráter praticamente absoluto da Primeira Emenda. As pessoas que endossam essa corrente podem até admitir que o ambiente fique poluído e desagradável, mas ainda assim é uma sociedade bem ordenada, já que, assumindo a tese do mercado livre de ideias, a pluralidade de manifestações favorece a interação de ideias, que é uma característica de uma sociedade bem ordenada (2012a, p. 67).

Ainda segundo esses constitucionalistas, se, ao lado de propagandas racistas, também surgem atos de violência ligados ao racismo e tratamento discriminatório, haveria razão para se preocupar. Mas as preocupações deveriam se limitar a estes atos de violência e discriminação sistêmica e não com a propaganda racista (WALDRON, 2012a, p. 68).

Waldron assume que pretende testar esse ponto de vista. E pretende fazê-lo questionando exatamente como uma sociedade bem ordenada deve aparentar, no sentido do ambiente visível, ou seja, questionando se a aparência de uma sociedade é um fator importante para reputá-la bem ordenada. Caso a resposta seja positiva, as leis restritivas dos discursos de ódio podem, então, ser vistas como um instrumento para que as sociedades se façam ser vistas melhor ordenadas (2012a, pp. 68-69).

Waldron reforça que, ao utilizar o termo “sociedade bem ordenada” está preocupado com apenas um elemento da teoria rawlsiana:

O elemento que me interessa é este: Rawls estipula que em uma sociedade bem ordenada ‘todos aceitam, e sabem que todos os demais aceitam, exatamente os mesmos princípios de justiça’ (PL, 35). Agora, esta é uma ideia atrativa, independentemente do seu papel no argumento de Rawls. Nós gostamos da ideia de uma sociedade carregando os seus valores na manga, deixando claro a todos os que chegam os princípios fundamentais de liberdade, igualdade e dignidade que ela abraça. É nisto que eu pretendo me concentrar: a garantia de um compromisso geral com os fundamentos de justiça e dignidade que uma sociedade bem ordenada deve fornecer para os seus cidadãos como parte da ‘cultura pública de uma sociedade democrática’. Eu quero tomar a medida dessa garantia e, na medida em que seja importante, considerar o quão confortáveis devemos nos manter perante as manifestações públicas e semipermanentes de ódio racial e étnico enquanto aspectos visíveis do ambiente cívico^{44 45} (2012a, p. 69).

Partindo da ideia proposta por Catharine MacKinnon em sua já referenciada obra *Only Words* (1996), Waldron defende que o discurso de ódio – quando propagado por meios impressos ou publicados –, assim como a pornografia, tem o condão de definir o ambiente no qual as pessoas vão levar as suas vidas. Segundo Waldron, aqueles que disseminam os discursos de ódio têm plena consciência de

⁴⁴ Tradução livre do original em inglês: “The element that interests me is this: Rawls stipulates that in a well-ordered society ‘everyone accepts, and knows that everyone else accepts, the very same principles of justice’ (PL, 35). Now, this is an attractive idea, quite apart from its role in Rawls’s argument. We like the idea of a society bearing its values on its sleeve, making clear to all comers the fundamental principles of liberty, equality, and dignity that it embraces. That’s what I want to concentrate on: the assurance of a general commitment to the fundamentals of justice and dignity that a well-ordered society is supposed to furnish to its citizens as part of ‘the public culture of a democratic society’. I want to take the measure of this assurance and, to the extent that it is important, consider how comfortable we should be with public and semipermanent manifestations of racial and ethnic hatred as visible aspects of the civic environment” (2012a, p. 69).

⁴⁵ Waldron faz um aparte para frisar que utiliza tão somente a ideia de sociedade bem ordenada de Rawls para construir a sua teoria. Deste modo, ele se desliga de Rawls tão logo tenha dele retirado esta ideia, de modo que ele crê que provavelmente, embora Rawls não tenha se dedicado a este tema (a não ser por um capítulo do *Political Liberalism*, “The Basic Liberties and Their Priority”), se o tivesse feito, tomaria o caminho oposto ao seu (2012a, pp. 69-71).

que tornarão o mundo visível por eles criado um lugar mais difícil para os seus alvos viverem (2012a, p. 74).

Para refletir sobre o assunto, Waldron nos convida a pensar naquilo que ele chama de estética política. Quão importantes são os símbolos para a manifestação de poder? As cerimônias, as paradas militares, as estátuas públicas, os prédios públicos, as bandeiras, os brasões, os uniformes dos policiais, as togas dos juízes (2012a, p. 75).

Waldron questiona, então: o discurso de ódio pode ser tolerado em uma sociedade bem ordenada? Uma primeira resposta já nos demonstrou que sim, como parte de um mercado livre de ideias. Outra resposta, contudo, crê que não, já que não se pode atribuir a uma sociedade uma característica de bem ordenada se os seus membros propagam ódio racial e religioso, deturpando a concepção de justiça que deve governar uma sociedade bem ordenada (2012a, pp. 77-78).

No mesmo sentido da segunda resposta apresentada por Waldron se coloca a resposta apresentada por Rawls às religiões não liberais. Segundo este, as religiões intolerantes não de desaparecer para que existam sociedades bem ordenadas segundo o liberalismo político, já que elas demandam a supressão das demais religiões, subjugando os princípios de justiça e igual respeito aos demais cidadãos (WALDRON, 2012a, p. 78).

Mas Waldron segue questionando a sua própria teoria. Ainda que se aceitasse que uma sociedade bem ordenada não permite os discursos de ódio, não seria melhor deixar que estes discursos simplesmente morressem após serem submetidos ao mercado livre de ideias e às políticas educativas ao invés de simplesmente proibi-los por meio de leis restritivas? (2012a, p. 79).

Waldron entende que essa resposta subvaloriza o papel do Direito em uma sociedade bem ordenada conforme proposta na teoria rawlsiana. Rawls pretende, de fato, uma sociedade bem ordenada baseada no liberalismo político. Mas “ele diz que as instituições básicas de uma sociedade justa ‘inevitavelmente encorajam determinados modos de vida e desencorajam outros, ou até os excluem completamente’⁴⁶ (2012a, p. 79).

⁴⁶ Tradução livre do original em inglês: “he says that the basic institutions of a just society ‘inevitably encourage some ways of life and discourage others, or even exclude them altogether’ (PL,195).” (2012, p. 79).

O fato é que, na busca por uma sociedade idealmente bem ordenada, o papel do direito na construção dessa sociedade é muito relevante, não podendo ser eliminado da base da sua estrutura (WALDRON, 2012a, p. 80). Além disso, está em jogo a necessidade de se garantir um bem público comum, conforme proposto por Waldron, e, portanto, é importante questionar a probabilidade de este bem comum ser garantido sem intervenção legal. O Direito funciona como elemento chave na expressão e difusão de um compromisso geral de garantir este bem comum (2012a, p. 81).

Mas “por que a forma como uma sociedade bem ordenada se aparenta importa? Por que a aparência importa? A resposta tem a ver com segurança e garantia”⁴⁷ (WALDRON, 2012a, pp. 81-82).

A ideia de Waldron é que a aparência de uma sociedade é um dos meios primários de transmitir garantias aos seus membros acerca de como será o tratamento a eles dispensado no dia a dia da sociedade (2012a, p. 82). O conteúdo dessas garantias deve fazer parte de um senso comum de justiça. Obviamente que, em sociedades complexas como as atuais, há severos conflitos acerca da natureza do que é justo e do que é injusto. Porém, para Waldron, as pessoas que reclamam essas garantias estão lidando com os fundamentos básicos da justiça, quais sejam: que todos são iguais e detêm dignidade e um direito à justiça, bem como uma proteção contra violência, exclusão, indignidade e subordinação (2012a, pp. 82-83). Fato é que os discursos de ódio têm o condão de negar estes fundamentos básicos de justiça a determinados grupos da sociedade (WALDRON, 2012a, p. 83).

A aparência da sociedade importa, neste contexto, a partir do momento em que reflete uma demonstração difusa de aceitação desses fundamentos básicos de justiça, atribuindo segurança aos membros da sociedade e a garantia de que podem viver as suas vidas sem sofrerem violência, exclusão ou humilhações (WALDRON, 2012a, pp. 83-84). Trata-se da “difusão de uma garantia para todos os cidadãos que eles podem contar com um tratamento justo”⁴⁸ (WALDRON, 2012a, p. 85).

Segundo Waldron, a dignidade de uma pessoa, a partir de uma visão, sobretudo, normativa, é uma questão de status: ela demanda respeito dos demais indivíduos e do Estado. Este status deriva não apenas do fato de um indivíduo ser

⁴⁷ Tradução livre do original em inglês: “Why does it matter what a well-ordered society looks like? Why do appearances count? The answer has to do with security and assurance” (2012a, pp. 81-82).

⁴⁸ Tradução livre do original em inglês: “conveying of an assurance to all the citizens that they can count on being treated justly” (2012a, p. 85).

portador de direitos, mas também, ou, sobretudo, do reconhecimento destes direitos no tratamento dispensado a este indivíduo pelos demais cidadãos e pelo Estado. Dessa forma, a garantia de que indivíduo receberá este tratamento está intrinsecamente relacionada à dignidade (2012a, p. 85).

Ocorre que os discursos de ódio não são meras expressões autônomas de ódio. Esses discursos atingem exatamente o senso de garantia dos membros de grupos minoritários vulneráveis. O seu objetivo é exatamente negar a garantia implícita oferecida pela sociedade aos membros destes grupos de que eles são aceitos na sociedade e podem viver suas vidas em segurança. Eles objetivam subestimar e colocar em questão esta garantia (WALDRON, 2012a, p. 88).

Fazendo uma comparação com os danos que, segundo Mackinnon, são causados à mulher por meio da pornografia, Waldron sustenta que cartazes com representações humilhantes de negros não apenas demonstram uma intenção clara de discriminar determinadas pessoas pela sua cor de pele, mas também denotam uma mentalidade da sociedade que seria incompatível com a pretensão dessas pessoas viverem em condições de igualdade dentro da sociedade (2012a, pp. 90-91).

Segundo Waldron, os defensores da liberdade de expressão sustentam que esses discursos – sejam racistas, sejam sexistas – somente poderiam vir a ser restringidos quando implicarem em real e efetiva violência. Mas Waldron não entende que o dano provocado por esses discursos se limitem à violência. Também deve ser levada em consideração a questão mais profunda acerca da manutenção de uma ordem pública que oferte dignidade aos cidadãos (2012a, pp. 91-92).

Segundo Waldron, a conexão entre dignidade e difamação é tão relevante na pornografia quanto o é no caso do discurso de ódio. “Em ambos os casos, uma sociedade bem ordenada deve transmitir, ao menos implicitamente, a garantia de que os membros de um grupo vulnerável podem viver suas vidas de uma forma graciosa e digna, com interações rotineiras com outros [...]”⁴⁹ (2012a, p. 92).

Uma sociedade bem ordenada deve ter um interesse sistêmico e estruturado em prover este bem público. Ela deve ter o interesse em que as pessoas confiem na existência dessa garantia (WALDRON, 2012a, p. 93).

⁴⁹ Tradução livre do original em inglês: “In both cases, a well-ordered society ought to be conveying, at least implicitly, the assurance that members of a vulnerable group can live their lives gracefully and in a dignified manner, in routine interactions with others (...)” (2012a, p. 92).

Além de os discursos de ódio – como os cartazes difamando negros, as passeatas neonazistas – terem o condão de minar essa garantia, ainda visam a criar um “bem público rival”, demonstrando para todos aqueles que professam discursos de ódio ou que têm interesse em fazê-lo que eles não estão sozinhos, fomentando a sua ação. É um meio de proliferar e coordenar as ações fomentadas pelos discursos de ódio (WALDRON, 2012a, pp. 93-94).

Assim, as leis contrárias ao discurso de ódio pretendem não apenas garantir o bem público consistente em uma garantia baseada na dignidade, mas também em impedir a edificação deste “bem público rival” (WALDRON, 2012a, p. 95).

Há quem defenda que este tipo de legislação tende tão somente a esconder os discursos de ódio embaixo do tapete. Mas talvez essa seja uma das principais metas dessas leis. Criar um ambiente que não seja predisposto a fomentar as pessoas a promoverem os discursos de ódio e as ações inflamadas por estes discursos (WALDRON, 2012a, p. 95).

A partir de uma perspectiva distinta e sem tratar diretamente dos discursos de ódio, mas com conclusões que se assemelham a estas alcançadas por Waldron, Raz apresenta uma ideia de condições de autonomia que parecem atribuir fundamento a uma legislação que busque criar um ambiente que não fomente a propagação dos discursos de ódio, este bem público rival (RAZ, 2011).

Segundo Raz, o ideal da autonomia pessoal está relacionado à livre escolha dos objetivos pessoais enquanto uma condição necessária para se alcançar o bem-estar individual (2011, p. 346). Trata-se da ideia de que um indivíduo deve poder ser, ao menos em parte, autor da sua vida (2011, p. 347). “A autonomia se opõe a uma vida de escolhas forçadas” (2011, p. 348).

É de se concluir, portanto, que, para que um indivíduo goze de autonomia pessoal, ele deve, necessariamente, ter consciência das possibilidades que se colocam à sua frente (2011, p. 348). Essa consciência, de acordo com Raz, é adquirida por meio das *condições de autonomia*: “as condições de autonomia são complexas e consistem de três componentes distintos, quais sejam, habilidades mentais apropriadas, um leque adequado de opções e independência” (2011, p. 349).

Com efeito, caso um indivíduo queira dirigir a sua própria vida, ele deve ser dotado de um mínimo de racionalidade capaz de planejar as ações necessárias para

tanto e executá-las. Em segundo lugar, deve haver um rol de opções viáveis às quais o indivíduo possa aderir, caso contrário o seu planejamento seria uma ilusão inócua. Por fim, o indivíduo deve estar livre de coação ou imposição, sob pena de o exercício de escolha ser, do mesmo modo, ilusório. Obviamente, o implemento das três condições de autonomia é gradual, não cabendo discutir uma relação binária de tudo ou nada (RAZ, 2011, pp. 349-350).

Conforme pontuam Bustamante e Decat:

Em nossa compreensão da concepção de liberdade de Raz, o pluralismo de valores não é apenas um fato que deve ser reconhecido por um observador externo ou por um teórico político. Mais do que isso, é uma implicação direta de alguns valores políticos que consideramos particularmente importantes em uma comunidade política sólida. Se, por exemplo, o valor da autonomia pessoal é considerado moralmente justificado, então nosso bem-estar pessoal é, em grande medida, dependente de nossa capacidade de sermos autores de nossas próprias vidas. “O ideal de autonomia pessoal é a visão de pessoas controlando, até certo ponto, seu próprio destino, moldando-o através de decisões sucessivas ao longo da vida.” Mas o valor da autonomia pessoal só se torna atraente sob certas circunstâncias, que devem ser protegidas caso estejamos convencidos de que é um princípio moralmente importante. Segundo Raz, essas circunstâncias podem ser chamadas de “condições de autonomia”, que são complexas e “consistem em três componentes distintos: habilidades mentais apropriadas, um leque adequado de opções e independência [moral]”. Dada a segunda condição (uma gama adequada de opções), a autonomia exige necessariamente pluralismo de valores, ou seja, uma gama de metas, opções e projetos pessoais incomparáveis, mas valiosos. A autonomia não é levada a sério, a menos que haja uma grande variedade de opções, que podem se mostrar incompatíveis e competitivas entre si (2018, p. 11)⁵⁰.

Para que se permita o exercício da autonomia, então, é necessário, entre outros fatores, que o Estado permita ao indivíduo o acesso a um leque de opções viáveis a partir do qual ela possa exercer a sua escolha. Com efeito, segundo Raz, “uma pessoa é autônoma somente se ela tiver uma variedade de opções aceitáveis

⁵⁰ Tradução livre do original em inglês: “In our understanding of Raz’s conception of freedom, value pluralism is not only a fact which must be acknowledged by an external observer or a political theorist. More than that, it is a direct implication of some political values that we consider particularly important in a sound political community. If, for instance, the value of personal autonomy is considered morally justified, then our personal well-being is, to a considerable extent, dependent on our ability to be the authors of our own lives. ‘The ideal of personal autonomy is the vision of people controlling, to some degree, their own destiny, fashioning it through successive decisions throughout their lives.’ But the value of personal autonomy only becomes attractive under certain circumstances, which must be protected in case we are convinced that it is a morally important principle. According to Raz, these circumstances might be referred to as the ‘conditions of autonomy,’ which are complex and ‘consist in three distinct components: appropriate mental abilities, an adequate range of options and [moral] independence.’ Given the second condition (an adequate range of options), autonomy necessarily requires value pluralism, i.e. a range of incomparable yet valuable range of goals, options and personal projects. Autonomy is not taken seriously unless there are a wide variety of options, which might turn out to be incompatible and competitive with each other” (2018, p. 11).

à sua disposição para escolher como quiser, e se a sua vida tiver resultado no que é através de sua escolha de algumas dessas opções” (2011, p. 190).

A existência de muitas opções consiste, em parte na existência de determinadas condições sociais. [...]. Em muitos países, um homossexual pode coabitar, mas não pode se casar com o seu companheiro homossexual, visto que estar casado é tomar parte de um tipo de relação socialmente (e legalmente) reconhecida e regulamentada. Os homossexuais não podem realizar tal casamento se a sua sociedade não reconhecer e regulamentar um padrão de relação que pudesse aplicar-se a eles (RAZ, 2011, p. 192).

Para que a autonomia individual seja exercida, é imprescindível, portanto, que haja uma variedade, uma diversidade de opções, e que essas opções sejam dotadas de condições sociais para seu exercício (RAZ, 2011, p. 351). É necessário, então, que essa variedade seja real e não fictícia. Ela é fictícia quando o rol de opções, a despeito de sua variedade, comporta tão somente uma opção que seja viável caso aquele indivíduo pretenda manter a sua sobrevivência, por exemplo (RAZ, 2011, p. 353).

A autonomia pressupõe, então, a aceitação de um pluralismo moral. Não há autonomia sem pluralismo moral. Por pluralismo moral não se deve entender, segundo Raz, apenas a “[...] existência de uma pluralidade de formas de vida incompatíveis, mas moralmente aceitáveis” (2011, p. 371). Trata-se, mais que isso, da aceitação de aderência a virtudes distintas que possam conduzir os indivíduos a distintas formas máximas de vida (2011, pp. 371-372).

O exercício da autonomia, poder-se-ia afirmar, impescinde, por exemplo, da aceitação de diferentes concepções religiosas de vida. Um indivíduo somente pode gozar de autonomia ao se dedicar ao espiritismo kardecista se tiver a oportunidade também de escolher ser umbandista, ou católico, judeu, islâmico e, além disso, conseguir enxergar no kardecismo uma meio através do qual possa alcançar a forma máxima de sua vida.

Ocorre, contudo, que os discursos de ódio têm o condão de limitar exatamente esse leque adequado de opções que são necessárias para o exercício da autonomia. É dizer, com o discurso de ódio, as minorias que são alvos dos discursos passam a viver em um ambiente em que elas não são bem vindas, e suas formas de vida são socialmente repudiadas.

Decerto, a forma de pluralismo exigido pela autonomia tende a gerar conflitos entre indivíduos que buscam formas de vida incompatíveis entre si. “Devido à necessidade de tornar essas formas de vida disponíveis de modo a assegurar a autonomia, há uma necessidade de frear as ações das pessoas e as suas atitudes nestes conflitos pelos princípios de tolerância” (RAZ, 2011, p. 381). “Assim, o respeito pela autonomia, por requerer o pluralismo de valor, também estabelece a necessidade de tolerância” (RAZ, 2011, p. 380).

Raz defende que, para garantir o exercício da autonomia de outro indivíduo, não basta a mera abstenção e não interferência. Em alguns casos – e aqui compreende-se adequado citar os discursos de ódio –, é necessário assegurar as condições viáveis para que um indivíduo possa exercer a sua autonomia. “[...] O princípio da autonomia [...], ao requerer das pessoas que assegurem as condições de autonomia para todas as outras, produz deveres que vão muito além da não interferência” (RAZ, 2011, p. 382).

“O governo tem uma obrigação de criar um ambiente que forneça aos indivíduos um conjunto adequado de opções e oportunidades de escolha” (RAZ, 2011, p. 390). Em razão disso:

[...] se o governo tem um dever de promover a autonomia das pessoas, o princípio do dano⁵¹ permite que ele use coerção tanto para impedir que as pessoas adotem ações que diminuiriam a autonomia dos indivíduos, quanto para forçá-las a adotar ações necessárias para melhorar as opções e oportunidades das pessoas (RAZ, 2011, p. 389).

Daí poder-se afirmar que, também a partir da teoria da liberdade de Raz, seria possível fundamentar a criação de leis que venham a combater a formação de um ambiente em que os discursos de ódio – esse bem público rival – possam ser fomentados, ainda que essa legislação se preste a esconder esses discursos debaixo do tapete, impedir que eles venham a poluir o ambiente.

Um automóvel, se tomado isoladamente, não tem o condão de poluir a atmosfera de modo a provocar danos consideráveis ao meio ambiente e à saúde humana. Mas caso se observe a poluição provocada por uma enormidade de escapamentos de veículos atuando em massa, os danos são visíveis e

⁵¹ Inicialmente desenvolvido por John Stuart Mill, posteriormente trabalhado por H. L. A. Hart e tomado por Raz como aquele que impõe que “a prevenção do dano para qualquer um (inclusive a própria pessoa) como o único fundamento justificativo para interferência coercitiva em relação a uma pessoa” (2011, p. 386).

incontestáveis. Do mesmo modo, Waldron acredita que o discurso de ódio causa um dano, ainda que pequeno se tomado isoladamente, mas que agregado a uma massa de discursos, que se proliferam à medida que a eles se dá auditório, resulta em um efeito nefasto (2012a, pp. 96-97).

Buscando enfrentar um último questionamento em face da importância de cada cidadão na manutenção do bem público que é a garantia baseada na dignidade, Waldron pergunta por qual razão deve ser atribuída uma responsabilidade neste sentido aos indivíduos e não apenas ao Estado (2012a, p. 97).

Ocorre que, segundo Waldron, não existe uma sociedade que promova essa garantia por meio do Direito sem que haja uma garantia fornecida pelos cidadãos ao aplicar a lei no dia a dia (2012a, p. 98). Isso porque, assim como acontece em grande parte das áreas do Direito, o Estado não dispõe de estrutura e recursos para garantir a aplicação da lei em todas as situações em que houver um discurso de ódio. O Estado conta com a colaboração de grande parte dos indivíduos que obedecem as disposições legais e, com isso, enfatizam o direito posto (2012a, p. 99).

Neste sentido que Waldron enfatiza a importância dos cidadãos na busca pela garantia deste aspecto visível de uma sociedade bem ordenada. Por outro lado, os discursos de ódio demonstram uma intimação direcionada aos indivíduos da sociedade para que eles não exerçam o seu papel na garantia deste bem público e, pior, defendam um bem público rival (2012a, p. 99).

O que é importante é que cidadãos tenham uma garantia pública de que isso é assim, e que essa garantia pública seja fornecida não apenas pelo governo e pelas leis, mas por cidadãos assegurando-se mutuamente de sua disposição de cooperar na administração das leis e no empreendimento humano e confiante que a justiça elementar exige⁵² (2012a, p. 103).

Como eu digo, não é apenas o caso de proteger as pessoas de esporádicos insultos, ofensas e palavras que ferem. É uma questão de assegurar, de forma sistemática, um aspecto particular da paz social e da ordem civil por meio da justiça: a dignidade da inclusão e o bem público da garantia mútua sobre os fundamentos da justiça⁵³ (2012a, pp. 103-104).

⁵² Tradução livre do original em inglês: “What is important is that citizens have a public assurance that this is so, and that this public assurance be provided not just by the government and the laws, but by citizens assuring one another of their willingness to cooperate in the administration of the laws and in the humane and trustful enterprise that elementary justice requires” (2012a, p. 103).

⁵³ Tradução livre do original em inglês: “As I say, it is not just a matter of protecting people from sporadic insult, offense, and wounding words. It is a matter of securing, in a systematic fashion, a

É importante frisar que Waldron não entende que leis sobre discursos de ódio se prestem a proteger pessoas de serem ofendidas. Ele sustenta que a ofensa, ainda que possa ser sentida profundamente pela pessoa, não deve ser objeto de preocupação do legislador. As leis contra os discursos de ódio devem estar voltadas à proteção da dignidade, no sentido de uma condição básica de um cidadão enquanto membro de uma sociedade, que não seja desqualificado por sua origem ou por sua cor de pele (2012a, p. 105).

Para demonstrar os fundamentos do seu argumento, Waldron se propõe a diferenciar a indignidade da ofensa. Segundo Waldron, a diferença se deve tanto a aspectos sociais e objetivos da posição de uma pessoa na sociedade, quanto a aspectos subjetivos como sentimentos. Waldron não discorda que um ataque à dignidade de uma pessoa pode provocar efeitos psicológicos, gerando um sentimento de humilhação. Mas esse sentimento, segundo Waldron, não é a raiz da questão (2012a, pp. 106-107).

Segundo Waldron, proteger uma pessoa de ser ofendida significa protegê-la dos danos que serão causados aos seus sentimentos. Ocorre que essa tarefa é bastante diferente de proteger a dignidade de uma pessoa (2012a, p. 107).

De fato, a proteção à dignidade de uma pessoa pode importar na proteção de seus sentimentos. Contudo, não se trata de um objetivo, mas de uma consequência. Isso porque um ataque à dignidade de uma pessoa pode provocar danos em seus sentimentos. Ocorre que, por outro lado, nem toda ofensa implica em indignidade, ou seja, em ataque à dignidade de uma pessoa (WALDRON, 2012a, p. 108).

Um ataque à dignidade de uma pessoa significa subjugar o seu status de cidadão em igual condição aos demais e detentor de direitos básicos. Esse ataque pode implicar, e geralmente implica, em uma ofensa, uma mágoa, mas essa relação não é necessária (2012a, p. 109). “Ao contrário das ofensas, insultos à dignidade não tratam de sentimentos feridos, pelo menos não em primeira instância”⁵⁴ (2012a, p. 110).

particular aspect of social peace and civic order under justice: the dignity of inclusion and the public good of mutual assurance concerning the fundamentals of justice” (2012a, pp. 103-104).

⁵⁴ Tradução livre do original em inglês: “Unlike offense, insults to dignity are not about wounded feelings, at least not in the first instance” (2012a, p. 110).

Com razão, pode haver dois casos distintos que guardam alguma relação, já que ambos provocam ofensas e mágoas nos sentimentos pessoais. Contudo, pode acontecer de um destes casos se tratar de discurso de ódio enquanto o outro não, à medida que apenas o primeiro tiver o condão de atacar a dignidade e o bem público de garantia que deveria ser oferecido pelo Estado e pela sociedade à vítima do discurso (WALDRON, 2012a, pp. 114-115).

Críticos podem sustentar ser muito difícil fazer a distinção, caso a caso, entre uma mera ofensa e um discurso de ódio que atinge a dignidade da pessoa. Waldron, contudo, sustenta que a análise não deve se dar caso a caso, mas por meio de categorias e formas de expressão previamente identificadas como capazes de gerar impacto à dignidade (2012a, p. 113).

Waldron não crê que dita tarefa seja fácil. Contudo, ele não crê que aos legisladores deva incumbir a tarefa de legislar apenas sobre temas incontroversos e sobre os quais não pairam qualquer desacordo razoável, conforme defendido em sua obra *Law and Disagreement* (2012a, pp. 115-116).

Muitos autores criticam a vagueza e ausência de conteúdo determinado da dignidade. Muitos sustentam que a dignidade deve ser defendida, mas não se sabe bem ao certo o que é esta dignidade (WALDRON, 2012a, p. 137). Waldron concorda que o uso de diversas ideias de dignidade pelas convenções de direitos humanos é exagerado (2012a, p. 138).

Waldron concorda que há muitas teorias sobre a dignidade, mas ele não parte de uma ideia kantiana ou dworkiniana de dignidade, mas sim de uma ideia mais próxima de algo como um status com o qual a sociedade concorda que é devido a todas as pessoas em suas relações sociais e jurídicas (2012a, p. 138).

Não se trata de um princípio jurídico, mas de um valor ou princípio fundamentado em um argumento político, qual seja: o status de cada cidadão enquanto membros de uma sociedade detentores de direitos (WALDRON, 2012a, p. 138). Dignidade, contudo, não se confunde com cidadania, que é atribuída apenas pelo Estado. Ela tem a ver com a maneira como uma pessoa é tratada pela sociedade na qual ela está inserida (2012a, p. 142).

Esse tipo de legislação visa a tornar menos livres as expressões públicas de ideias que minam a dignidade dos indivíduos pertencentes a minorias vulneráveis (2012a, p. 149).

Waldron, então, se dispõe a analisar quão comprometedora para a autonomia individual é a limitação dos discursos de ódio por meio de uma legislação (2012a, p. 150).

É importante ter em mente que o tipo de limitação proposta pelas legislações tais quais as defendidas por Waldron são baseadas no conteúdo do discurso, o que vai diretamente de encontro com um dos pilares da doutrina americana da liberdade de expressão segundo a qual todos podem manifestar livremente as suas ideias, quaisquer que sejam (2012a, p. 150).

Em geral, as restrições pretendidas nos Estados Unidos defendem apenas limitações não baseadas no conteúdo, ou seja, baseadas apenas na forma, no local e no momento em que determinadas mensagens são publicadas, o que, para alguns, não encontraria óbice na Primeira Emenda (2012a, p. 151).

Waldron, contudo, crê ser bastante difícil fazer uma distinção absolutamente pura entre restrições baseadas no conteúdo e restrições não baseadas no conteúdo e, para tanto, relembra da vedação à mensagem de fogo em um teatro lotado de pessoas: é impossível afirmar que o local e condições (teatro lotado) e não o conteúdo da mensagem (fogo) são os fatores que permitem a vedação a dito discurso (2012a, p. 151).

Assim, Waldron defende uma restrição baseada no conteúdo, vez que, em que pese a forma como o discurso é proferido seja bastante relevante, mais relevante é o conteúdo da mensagem que contribui para minar a garantia dos membros de grupos vulneráveis de ter uma afirmação pública de sua dignidade (2012a, p. 151).

Um problema decorrente das restrições baseadas no conteúdo, segundo Geoffrey Stone, é que elas visam a restringir discursos em virtude do seu impacto comunicativo ou, em outros termos, em virtude do medo de como as pessoas iriam reagir perante o discurso que está sendo limitado (WALDRON, 2012a, pp. 152-153).

Waldron concorda com a preocupação apresentada por Stone, já que, para ele, o governo deve estar apreensivo em relação ao reconhecimento básico da dignidade alheia pelos cidadãos. Com razão, Waldron reitera que entende que os discursos de ódio têm o condão de minar a garantia dos membros de grupos minoritários vulneráveis de que serão tratados com dignidade. As leis dos discursos de ódio visam exatamente a desconfigurar esse cenário (2012a, pp. 153-154).

Stone também defende que as leis de discursos de ódio mutilam e deformam o debate público e o processo de construção do pensamento coletivo. Waldron concorda que essas leis transformam o debate coletivo, já que, sem elas, os discursos poderiam ser intimidadores e desmoralizadores para grupos de minorias vulneráveis, que teriam que participar do debate sem a garantia de participação dos demais. Isso não é uma deformação ou mutilação do debate público, mas sim uma transformação que permita a participação de todos e não a exclusão de alguns (2012a, p. 154-155).

Waldron analisa também as críticas propostas por Hare e Weinstein na obra *Extreme Speech and Democracy* (2013). As críticas apontam para a ideia de Waldron de que as leis que restringem os discursos de ódio causam um dano à liberdade de expressão, mas que, por outro lado, os discursos de ódio causam um dano à sociedade, na medida em que prejudicam o ambiente de respeito mútuo do qual a manutenção de sociedades democráticas depende (2012a, pp. 157-158).

Hare e Weinstein questionam se há legitimidade em se limitar a liberdade de expressão – que segundo eles é justificada por Waldron apenas na necessidade de ditas leis para preservar um bem comum – quando determinadas pessoas querem expressar determinadas ideias e outras querem ouvi-las (2012a, p. 158).

Para os autores, o ponto de vista de Waldron tem os seus méritos, mas parte de um pressuposto errado. O argumento de Waldron, para eles, omite se a regulamentação do discurso de ódio é legítima mesmo quando os falantes têm interesse em manifestar a sua opinião e os ouvintes têm interesse em ouvi-la. Para Hare e Weinstein, se a liberdade de expressão pode ser limitada para defender determinados valores inerentes à democracia, ela poderia ser utilizada também para promover outros bens sociais. Mas, se tomarmos a liberdade de expressão não como um valor instrumental, mas como um direito de cada indivíduo de participar do debate público, então, excluir alguém desse debate compromete o senso de participação e, conseqüentemente, de legitimidade dos quais a democracia depende (HARE; WEINSTEIN, 2013, p. 06).

Waldron fica em dúvida se a crítica dos autores leva em consideração a sua tese de que a restrição aos discursos de ódio exige que haja um dano social muito grande para permitir o cerceamento à liberdade de expressão ou se Hare e

Weinstein simplesmente creem que a liberdade de expressão está acima de qualquer consideração acerca de danos sociais (2012a, p. 158).

Waldron parece entender que a ideia de Hare e Weinstein deriva da tese dos direitos como trunfos de Dworkin.

[Essa] ideia de direitos como trunfos é familiar à teoria política de Ronald Dworkin. De acordo com Dworkin, se um indivíduo tem um direito, então é errado negar a ele o exercício desse direito mesmo quando a sua utilidade social seja aprimorada com a sua negativa. Seu direito de se expressar *supera* as considerações de utilidade social que seriam promovidas pelo fato de ser impedido de se expressar⁵⁵ (2012a, p. 159).

O problema, para Waldron, é que soa realmente desfavorável impedir o exercício de um direito em benefício da “utilidade social” do impedimento do seu exercício. É que, a bem da verdade, quando se fala em regulamentar os discursos de ódio, não se está a discutir a mera utilidade social de dita regulamentação, mas sim na promoção de um direito ao qual outros indivíduos devem ter acesso em uma sociedade democrática: a dignidade (2012a, p. 159).

Outra possibilidade, que, segundo Waldron, seria a principal crítica contra a regulação dos discursos de ódio, seria a afirmação de que a liberdade de expressão tem um tipo especial de importância para os indivíduos, importância esta que, ao menos, equivale aos danos causados pelos discursos de ódio à dignidade que ditas leis visam a prevenir (2012a, pp. 160-161).

É o que entende Edwin Baker. Para ele, a liberdade de expressão é um tipo especial de direito, vez que permite às pessoas, através do exercício da sua autonomia, se revelarem para o mundo através da expressão das suas ideias. A partir da liberdade de expressão se torna possível enxergar o indivíduo como *locus* de ideias, de pontos de vistas. De fato, o que nos permite distinguir os indivíduos em suas individualidades são as suas ideias, os seus pontos de vistas, que somente podem ser conhecidos por meio do discurso (WALDRON, 2012a, p. 161-162).

A autorrevelação é, para Baker, o meio através do qual um indivíduo consegue exercer a sua autonomia perante a sociedade. Uma autonomia à qual ele vai atribuir a alcunha de autonomia formal. Essa revelação, segundo Baker, funciona

⁵⁵ Tradução livre do original em inglês: “The idea of rights as trumps is familiar from Ronald Dworkin’s political theory. According to Dworkin, if an individual has a right, then it is wrong for him to be denied the exercise of that right even when social utility would be advanced by the denials. His right to speak trumps the considerations of social utility that would be promoted by his being stopped from speaking” (2012a, p. 159).

não apenas como forma de exibição dos meus valores, mas também como meio para permitir a interação com os valores de outros indivíduos (WALDRON, 2012a, p. 162).

Para Baker, essa autonomia é o fundamento de uma sociedade livre que tem o dever de assegurar o exercício desta autonomia ou, ao menos, não interferir em seu exercício (WALDRON, 2012a, p. 163).

Em razão disso, Baker entende que a liberdade de expressão detém um valor maior para o exercício da autonomia do que outras liberdades (WALDRON, 2012a, p. 163).

Tome-se o exemplo de alguém que profere discursos de ódio. Segundo Baker, os discursos racistas ou xenófobos por ele proferidos definem as suas convicções, os seus valores e, ao fim e ao cabo, quem ele é. Assim, ao proferir um discurso de ódio, o mundo tem a oportunidade de conhecer os valores de uma pessoa e responder à sua autorrevelação (WALDRON, 2012a, p. 164).

Para Baker, então, quando são criadas leis que regulamentam os discursos de ódio, limita-se o exercício dessa autorrevelação das pessoas racistas, por exemplo, já que o discurso racista é parte dos valores dessas pessoas e, portanto, constitui parte de sua autonomia (WALDRON, 2012a, pp. 164-165).

Waldron enfrenta as críticas de Baker. Em primeiro lugar, Waldron sustenta que esse tipo de discurso não é um meio tão puro de autorrevelação quanto Baker pretende (2012, p. 165). Também se trata de um meio de ferir, aterrorizar e amedrontar pessoas. Com efeito, Waldron sustenta que os danos sobre os quais ele está discutindo são constituídos por esses discursos e não apenas causados por esses discursos. Com isso, Waldron pretende demonstrar que o dano causado pelos discursos de ódio é performativo, ou seja, o próprio discurso – enquanto ato de fala – tem o condão de minar a garantia que deve ser fornecida por uma sociedade de que todos os seus membros serão tratados com dignidade (2012a, p. 166).

Não há, portanto, a distância pretendida por Baker entre o exercício da autonomia por meio do discurso de ódio e as suas meras consequências ou os seus meros efeitos – tais quais o medo, a insegurança. A questão é que o discurso de ódio não provoca esses efeitos. A questão é que essa ausência de garantia é parte

integrante do discurso. “O dano é o dissipador de garantias, e o dissipador de garantias é o ato de fala”⁵⁶ (2012a, p. 167).

Em segundo lugar, esses discursos de ódio ainda constituem a construção de um bem público alternativo, conforme proposto anteriormente por Waldron, ao difundir a ideia de que os racistas não estão sozinhos (2012a, p. 167).

Ocorre que Baker entende que esses danos são causados apenas em parte pelo autor do discurso. Isso porque esses discursos são mediados pelos processos mentais do auditório que tem acesso ao discurso (WALDRON, 2012a, p. 168). Em outros termos, o discurso racista somente provocaria um dano a partir do entendimento de quem, por seus processos mentais, se sente menosprezado pelo discurso. Segundo Baker, o discurso somente menospreza uma pessoa quando ela se entende (por seus processos mentais) como vítima e não como um crítico dos valores expressados pela autorrevelação do autor do discurso (WALDRON, 2012a, p. 169).

Waldron, contudo, sustenta que, independentemente da interpretação promovida pelo alvo do discurso, há o uso comum e habitual das expressões e que há pouca flexibilidade para se interpretar uma frase tal qual “todos os negros devem ser enviados de volta para a África”⁵⁷ (2012a, p. 170).

Além desse ponto, é importante observar que o alvo do discurso não precisa se sentir vítima do discurso para que este discurso lhe cause dano. Basta que dito discurso reflita para outros, e não necessariamente para o alvo, que ele não deve ser bem vindo na sociedade, que ele é um risco para ela. Isso, independentemente da interpretação promovida pelo alvo do discurso, já é suficiente para comprometer a sua dignidade, já que será suficiente para impedir a garantia a ser fornecida pela sociedade de que ele será tratado com dignidade (WALDRON, 2012a, p. 171).

Ao mesmo passo que Jeremy Waldron demonstra que os discursos de ódio, enquanto atos de fala, têm o condão de provocar um dano à dignidade do indivíduo, Owen Fiss demonstra que esse tipo de discurso também provoca danos à igualdade.

A questão central proposta por Fiss se apresenta ao longo de uma tensão entre duas visões opostas acerca do papel do Estado com relação à liberdade de

⁵⁶ Tradução livre do original em inglês: “The harm is the dispelling of assurance, and the dispelling of assurance is the speech act” (2012a, p. 167).

⁵⁷ Tradução livre do original em inglês: “All blacks should be sent back to Africa” (2012a, p. 170).

expressão. A primeira visão exige uma posição negativa do Estado, sugerindo que a não interferência do Estado na esfera de autonomia do indivíduo permite o exercício da liberdade de expressão ao passo que a sua interferência implica em violação a um direito. Já a segunda visão postula que o debate plural e democrático requer uma atuação propositiva do Estado, enquanto promotor da diversidade. Fiss defende um viés conciliatório entre ambas as visões em sua obra (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 02).

Nesse equilíbrio delicado e complexo, o excesso na intervenção pode descambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que a omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais, econômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 04).

Por meio dessa visão, a regulação dessa liberdade pelo Estado é vista como um meio de efetivação do exercício da liberdade de expressão por todos e não como um mal necessário (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 07). Isso se torna mais evidente quando se percebe que os meios de comunicação de massa, sobretudo em virtude da concentração de poder econômico, podem deter uma capacidade silenciadora do discurso até mesmo maior que do Estado (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, pp. 10-11).

Assim, “o Direito, ao balizar a atuação estatal nessa seara, deve estar atento não apenas aos excessos que restrinjam a autonomia da imprensa, mas também à timidez excessiva do Estado que acabe conferindo a grupos de comunicação privados a possibilidade de limitar a diversidade na esfera pública” (BINENBOJM; PEREIRA NETO, 2005, p. 19).

Segundo Fiss, o mundo contemporâneo nos convida a revisitar o papel do Estado na preservação das liberdades. A visão clássica propõe uma imagem de um Estado como inimigo natural da liberdade, razão pela qual se deveria controlar o Estado. Para Fiss, contudo, esta visão apresenta apenas uma parcela da verdade, deixando de lado outro papel que não o de opressor que pode ser exercido pelo Estado: o papel de promotor de liberdades (2005, p. 28).

A visão libertária – de que a Primeira Emenda é uma proteção da auto-expressão – faz um apelo para o *ethos* individualista que tanto domina nossa cultura popular e nossa cultura política. [...]. Todavia, essa teoria não

consegue explicar por que os interesses daqueles que produzem o discurso deveriam ter prioridade sobre os interesses dos indivíduos objeto do discurso, ou dos indivíduos que devem escutar o discurso, quando esses dois conjuntos de interesses conflitam (2005, pp. 29-30).

Fiss enxerga que a Constituição atribui tanto valor à liberdade discursiva não apenas por ele ser importante para a auto expressão, mas muito mais por ele ser imprescindível para a autodeterminação coletiva (2005, p. 30).

Em algumas instâncias, instrumentos do Estado tentarão inibir o debate livre e aberto, e a Primeira Emenda é o mecanismo testado e aprovado que impede e previne tais abusos do poder estatal. Em outras instâncias, contudo, o Estado pode ter que agir para promover a robustez do debate público em circunstâncias nas quais poderes fora do Estado estão inibindo o discurso. Ele pode ter que alocar recursos públicos – distribuir megafones – para aqueles cujas vozes não seriam escutadas na praça pública de outra maneira. Ele pode até mesmo ter que silenciar as vozes de alguns para ouvir as vozes dos outros. Algumas vezes, simplesmente não há outra forma (2005, p. 30).

No capítulo *O efeito silenciador do discurso* da sua obra (2005), Fiss sustenta que a Suprema Corte Americana não enxerga a Primeira Emenda como uma vedação peremptória da regulação do discurso pelo Estado, mas sim como um meio de delimitar o exercício da autoridade estatal neste âmbito. Fato é que o desenho desses limites varia conforme a formação da corte, sendo suscetível à história. Mas, na visão de Fiss, está sempre relacionado à ponderação da liberdade de expressão com outros interesses em conflito – os contravalores (2005, p. 33).

Analisando a época da Corte Warren, Fiss entende que os contravalores ponderados com a liberdade de expressão não eram de tal forma sedutores a ponto de permitir uma limitação desse direito, como aconteceu nos julgamentos dos casos *New York Times v. Sullivan* (1964)⁵⁸, *Brandenburg v. Ohio* (1969)⁵⁹ e no caso *Pentagon Papers* (1971)⁶⁰ (2005, p. 36).

⁵⁸ Trata-se de um caso considerado paradigmático na jurisprudência norte-americana por ter estabelecido o chamado “*Actual Malice*”, uma espécie de critério padrão que protege a liberdade de imprensa ao determinar que, para que um servidor público ou uma figura pública possa alegar calúnia ou difamação, terá um ônus maior de provar que o autor do discurso supostamente calunioso ou difamatório tinha ciência da falsidade da declaração ou da imprudência de sua divulgação. Nesse caso específico, o jornal *The New York Times* havia publicado um anúncio que denunciava prática de atos das autoridades policiais de Montgomery, Alabama, contra os manifestantes de direitos civis que acompanhavam Martin Luther King na luta contra a segregação racial no sul dos EUA. O autor da ação – o comissário de segurança Sullivan – processou o jornal sob alegação de calúnia e difamação, mas, ao final, o jornal foi absolvido pela Suprema Corte que entendeu que “a Primeira Emenda protege a publicação de todas as declarações, mesmo as falsas, sobre a conduta dos

Contudo, os contravalores que permeiam os debates contemporâneos acerca da liberdade de expressão denotam muito mais respeito e atenção, como se observa nas discussões sobre os discursos de ódio, a pornografia e o financiamento de campanhas eleitorais (2005, p. 37).

Segundo Fiss:

[...] de modo decisivo, a ordem constitucional norte-americana e sua filosofia política foram remodeladas por *Brown v. Board of Education* e as transformações que se seguiram. Enquanto o liberalismo do século XIX foi definido pelas reivindicações por liberdade individual e resultou numa inequívoca demanda por governo limitado, o liberalismo de hoje acolhe o valor igualdade assim como a liberdade (2005, p. 38).

O fato é que nas discussões sobre os discursos de ódio, a pornografia e o financiamento de campanhas eleitorais, o liberalismo se vê confrontado com um valor que agora lhe é muito caro: a igualdade (FISS, 2005, p. 40). Na visão de Owen Fiss, a igualdade exerce hoje um papel na ordem jurídica que não exercia quando da ascensão da visão liberal clássica. Para ele, a igualdade é hoje um dos pilares da ordem jurídico-constitucional (2005, p. 41).

“O discurso de incitação ao ódio é regulado pelo Estado fundando-se na teoria de que tal expressão denigre o valor e merecimento de suas vítimas e dos grupos aos quais eles pertencem” (2005, p. 40).

Segundo Fiss, muitos sustentam que a liberdade de expressão, ao garantir um debate livre, constitui uma condição para se alcançar uma igualdade verdadeira e substantiva. Fiss, contudo, também enxerga a igualdade como condição de exercício da liberdade em uma sociedade verdadeiramente democrática. Ao dizer

funcionários públicos, exceto quando as declarações são feitas com malícia real (com conhecimento de que elas são falsas ou indiferentes à sua verdade ou falsidade" (U.S. SUPREME COURT, 1964).

⁵⁹ Trata-se do caso em que, ao julgar os discursos de ódio e inflamados de Clarence Brandenburg, líder da Ku Klux Klan, contra negros, judeus e “todos aqueles que os apoiavam”, a Suprema Corte norte-americana acabou por afastar a lei que criminaliza a associação sindical (diferentemente do decidido no caso *Whitney v. California*) e, assim, entender que mesmo os “discursos que apoiam violação da lei ou violência em geral são protegidos pela Primeira Emenda, a menos que encorajem diretamente as pessoas à prática de um crime imediato” (U.S. SUPREME COURT, 1969).

⁶⁰ “Pentagon Papers” foi o nome popular atribuído ao documento ultrassecreto do governo dos EUA que relatava o planejamento interno e a política nacional norte-americana adotada na Guerra do Vietnã. Referido documento foi retirado clandestinamente dos arquivos do governo norte-americano e publicado em partes pelo *The New York Times*, fato que motivou o presidente Richard Nixon a movimentar a máquina pública com intuito de cessar a publicação das referidas informações. Ao julgar o caso, a Suprema Corte decidiu que “a Primeira Emenda se sobrepõe ao interesse do governo federal em manter certos documentos, como os confidenciais *Pentagon Papers*” (U.S. SUPREME COURT, 1971).

isso, Fiss não postula uma importância superior da igualdade em relação à liberdade, sob pena de cometer o mesmo erro dos libertários, apenas em sentido contrário. Tanto por essa razão, Fiss discorda da posição sustentada por Catharine MacKinnon em sua obra *Only words* (FISS, 2005, pp. 42-43).

De igual modo, como discorrem Marcelo Cattoni de Oliveira, Emílio Peluso Neder Meyer e Diogo Bacha e Silva:

Em primeiro lugar, não há dúvidas de que a liberdade de manifestação do pensamento é a possibilidade que têm os indivíduos e sujeitos de um Estado Democrático de Direito de expressarem publicamente seus projetos, suas ideias, como partes de um projeto político plural que os acolhe e garante, na esfera pública, apresentam um pensamento crítico e social que nos constitui como uma comunidade de livres e iguais. Ora, de outro modo, por óbvio, a liberdade de manifestação do pensamento encontra seus limites no discurso de ódio. Basicamente, os discursos de ódio (hate speech) apresentam uma manifestação de pensamento que busca inferiorizar e menosprezar os projetos de vida, ideias, de sujeitos que buscam conviver igualmente em uma sociedade plural. Parece-nos bem simples entender: a liberdade de manifestação do pensamento só é agasalhada se o conteúdo parte do fundamento de que todos os sujeitos são iguais no projeto político-democrático. O discurso de ódio, obviamente, busca inferiorizar as minorias e, mesmo, negar a igualdade de outros sujeitos (2018, p. 01).

Fiss entende ainda que, em algumas oportunidades, as regulações da liberdade de expressão podem refletir um conflito interno da liberdade e não um conflito entre liberdade e igualdade. Fiss cita o exemplo da supressão do Partido Comunista nos Estados Unidos, haja vista o entendimento de que a sua manutenção poderia implicar em propagandas que fomentariam, pelo convencimento, a derrubada do governo democrático e o estabelecimento de uma ditadura totalitária (2005, p. 46).

Owen Fiss observa que a ameaça à liberdade provocada pelos discursos de ódio é muito mais evidente do que a pretensa ameaça do Partido Comunista. Se esta ameaça derivaria do convencimento, aquela deriva da capacidade silenciadora que os discursos de ódio têm com relação a determinadas minorias, afastando delas até mesmo a possibilidade de participar do debate. “Afirma-se que o discurso de incitação ao ódio tende a diminuir a auto-estima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando as vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem” (2005, p. 47).

Nesse caso, a ameaça à liberdade não advém do Estado. Ao contrário, a intervenção do Estado se faz necessária justamente com vistas a garantir a amplitude e a diversidade do debate público. Assim, o Estado estaria tão somente “exercendo o seu poder de polícia para promover um fim público legítimo, como ele faz quando edita uma lei de controle de armas ou de controle de velocidade no trânsito. Nesse caso, o fim calha ser uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos” (FISS, 2005, p. 48).

Owen Fiss sustenta, então, que há um fim público legítimo para promover políticas de regulação dos discursos de ódio. Ele questiona, por outro lado, se tais políticas são compatíveis com a Primeira Emenda, eis que implicariam em certa limitação ao exercício da liberdade de expressão dos racistas, por exemplo. Em outros termos, por que o Estado pode promover políticas de fomento à liberdade de expressão de minorias em detrimento à liberdade de expressão dos racistas? (2005, pp. 48-49).

Segundo Fiss, a resposta a esse questionamento depende da adoção de uma concepção libertária ou democrática da liberdade (2005, p. 49).

Se nada mais estivesse envolvido além dos interesses expressivos de cada grupo, vale dizer, o desejo do racista e o interesse da potencial vítima de cada qual expressar o seu pensamento, então haveria de fato algo arbitrário na escolha do Estado de um grupo em detrimento do outro. Eu acredito que algo mais está envolvido, todavia. O Estado não está tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer condições essenciais para a autogovernança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse ser realizado simplesmente pelo fortalecimento dos grupos desfavorecidos, o objetivo do Estado seria alcançado. Mas nossa experiência com programas de ação afirmativa e outros similares nos ensinou que a questão não é tão simples. Algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros. Ao conceber a regulação estatal do discurso de incitação ao ódio, pornografia e financiamento de campanhas desta maneira, a igualdade mais uma vez aparece. Mas agora o valor é fundado na Primeira Emenda, não na Décima Quarta. A preocupação não é simplesmente com a posição social dos grupos que poderiam ser prejudicados pelo discurso cuja regulação é contemplada. Ao revés, a preocupação é com as postulações daqueles grupos a uma integral e isonômica oportunidade de participar do debate público – as postulações desses grupos à sua liberdade de expressão, em oposição ao seu direito à igual proteção. O Estado, ademais, está honrando aquelas postulações não por seu valor intrínseco ou para promover seus interesses discursivos, mas apenas como um meio de desenvolver o processo democrático. O Estado está tentando proteger o interesse da audiência – a cidadania como um todo – de ouvir um debate aberto e inclusivo das questões de importância pública (2005, pp. 49-50).

Fiss questiona se essa atuação propositiva do Estado, contudo, não violaria o princípio da neutralidade de conteúdo, erigido pela Suprema Corte Americana, que veda ao Estado regular discursos com fundamento em seu conteúdo (2005, p. 51). Fiss, contudo, por meio de uma interpretação teleológica, entende que o princípio da neutralidade de conteúdo visa a impedir que o Estado tome partido, favorecendo uma das partes do debate em detrimento da outra, distorcendo o discurso e tornando-o desigual. A partir dessa perspectiva, percebe-se que o princípio da neutralidade de conteúdo não é um fim em si mesmo, mas sim um meio de manter a isonomia do debate. Ocorre que as políticas de regulação ao discurso de ódio têm exatamente o mesmo objetivo, pelo que o princípio da neutralidade de conteúdo não as impede (2005, p. 53).

Assim, Fiss defende o papel do Estado como um mediador dos debates, de modo a garantir a participação plural e democrática, bem como a igualdade de oportunidade de fala (2005, p. 54). “Quando o Estado age como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, nem tampouco preservar a ordem pública (como poderia ser no caso dos protestos sobre aborto), mas, ao contrário, assegurar a robustez do debate público” (2005, p. 55).

Um Estado mais poderoso cria perigos; não há como negar isso. Mas o risco de que esses perigos se materializem e uma estimativa do estrago que poderão causar deve ser sopesado com o bem que poderia realizar. Não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca; mas ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão (2005, p. 60).

Assim, partindo-se da premissa levantada por Austin de que os discursos têm o condão de surtir efeitos próprios, atuando de forma performativa na realidade, observou-se com Waldron que os discursos de ódio causam um dano à dignidade do indivíduo e, com Owen Fiss, que os discursos de ódio também têm o condão de causar dano à igualdade.

Ocorre que, caso haja um conflito entre a liberdade e a igualdade – algo que, conforme será demonstrado no item 3.3 deste capítulo, não se reputa verdadeiro –, a liberdade deve ser mitigada em proveito da igualdade.

Nenhuma teoria que respeite os pressupostos fundamentais que definem essa cultura poderia subordinar a igualdade à liberdade, concebidas como

ideais normativos, em hipótese alguma. Qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder. Faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos (DWORKIN, 2011, pp. 168-169).

O fato é que, se a liberdade é um ideal normativo que atribui maior valor à vida, então, partindo da aceitação do princípio igualitário abstrato, um governo deve buscar garantir a liberdade dos cidadãos, já que, conforme afirmado, ele deve agir para melhorar a vida daqueles por ele governados. Em razão disso, Dworkin não enxerga um conflito *a priori* entre igualdade e liberdade, a não ser que restem configuradas duas condições necessárias: (i) se a vida de algum grupo dentro da sociedade melhorar com a supressão de determinadas liberdades; e (ii) a igual consideração pelos membros desse grupo exigir que o governo tome essa decisão (2011, p. 171).

Qualquer conflito genuíno entre a liberdade e a igualdade – qualquer conflito entre a liberdade e os requisitos da melhor concepção do princípio igualitário abstrato – é uma querela que a liberdade deve perder. Não podemos rejeitar completamente o princípio igualitário, porque é absurdo que o governo não demonstre consideração pela vida de seus cidadãos, e imoral que demonstre mais consideração pela vida de alguns do que pela de outros (2011, p. 172).

Além disso, conforme assentado por Dworkin, a vida em comunidade exige o respeito a obrigações associativas, entre elas a obrigação de não causar dano ao outro. É relevante reiterar, ainda, que “essa responsabilidade geral é, ela própria, um caso particular da responsabilidade ainda mais geral [...] de respeitar a dignidade dos outros e, assim fazendo, respeitar a nossa própria dignidade” (DWORKIN, 2014, p. 465). Afinal, conforme muito bem pontua o próprio Ronald Dworkin, “a pessoa só pode alcançar a dignidade e o respeito por si mesma, que são indispensáveis para uma vida bem-sucedida, se demonstrar respeito pela humanidade enquanto tal em todas as suas formas” (2014, p. 32).

A autonomia do promotor dos discursos de ódio não pode servir de fundamento para dar legitimidade a esses discursos se, por meio deles, causa-se um inequívoco dano à dignidade do alvo do discurso e ainda à igualdade, desnaturando, por consequência lógica, a autonomia individual do alvo do discurso, eis que este perde tanto a capacidade de promover as suas próprias escolhas

individuais, como a capacidade de influenciar no debate público em igualdade de condições com os demais cidadãos.

Um indivíduo não pode exercer a sua autonomia sem o respeito à autonomia de outro indivíduo, sob pena de perder o fundamento para o exercício de sua autonomia.

3.2.2. O Contrato Social e a democracia legitimam os discursos de ódio? A proibição dos discursos de ódio à luz da gradação da legitimidade

Conforme analisado no segundo capítulo, a democracia, assim como a ideia de uma sociedade fundada a partir de um contrato social – já há pouco afastada por meio da tese das obrigações associativas –, é um dos fundamentos para se garantir a proteção da liberdade de expressão, eis que, se os cidadãos não puderem expressar abertamente as suas opiniões, não poderão influenciar os demais cidadãos e o governo, tornando ilegítimas as normas criadas por meio de um processo legislativo que não proporciona oportunidade de participação.

O que se questiona, contudo, é se a permissão aos discursos de ódio também é necessária para a manutenção da legitimidade das leis criadas em regimes democráticos ou se a proibição dos discursos de ódio implicaria em um processo legislativo ilegítimo.

Segundo Dworkin, uma democracia justa exige que todo cidadão tenha não apenas voto, como também voz. Em outros termos, Dworkin defende que a legitimidade de um governo democrático deriva da possibilidade de cada cidadão influenciar esse governo através da sua voz, da expressão das suas ideias, teses e preconceitos. Assim, caso se pretenda legitimamente combater a discriminação, por exemplo – algo que ele defende – deve-se dar voz a todos aqueles que são favoráveis e todos aqueles que são contrários a dita regulamentação, inclusive por meio de discursos de ódio. Os discursos de ódio seriam, então, para Dworkin, o preço a se pagar para se alcançar a legitimidade política (WALDRON, 2012a, p. 175).

Com posição semelhante à posição defendida por Ronald Dworkin, Ronaldo Porto Macedo Junior, ao questionar se “temos o direito de expressar ideias preconceituosas e eventualmente xenófobas em manifestações públicas” (2017a, n.

p.), responde positivamente, afirmando que “este é um preço adequado a pagar pela liberdade de expressão e pela democracia” (2017a, n. p.).

Segundo Macedo Junior:

Se queremos viver numa sociedade democrática temos que pagar o preço da liberdade de expressão. E se prestigiamos de fato este valor, temos que estar preparados para conviver num mundo onde as pessoas não têm o direito de não serem insultadas pelas ideias advogadas pelos outros, mesmo quando elas nos pareçam erradas, preconceituosas e até perigosas. É um preço razoável a pagar para a vida numa sociedade democrática [...] (2017a, n. p.).

Há que se questionar, contudo, quem paga esse preço imposto pela liberdade de expressão para se defender a democracia. Trata-se de um preço compartilhado por todos os cidadãos de forma justa e igualitária ou apenas uma parcela da população é responsável por esse ônus? A democracia liberal requer, de fato, que todos os indivíduos albergados pelo pálio constitucional sejam mártires dispostos a doar sua vida em proveito da liberdade de expressão?

Como temos buscado, reiteradamente, explicitar, entendemos que só entrando na história, nas disputas pelo sentido de liberdade e igualdade, é que poderemos visualizar aqueles grupos sociais que mais têm pago a conta do viver democrático, haja vista que, como escreve Bruce Ackerman, no seu *We The People*, ninguém tem dúvida de que os Estados Unidos da América são, na atualidade, a maior potência econômica, militar e cultural do planeta. Todavia, tal “sucesso” não deve ser transferido, automaticamente, para qualificarmos também sua história constitucional como extremamente bem sucedida, pois, para negros, mulheres, judeus, hispânicos, índios e tantos outros grupos de “não brancos”, a mesma pode ser representada como um enorme “legado de injustiça” (*legacy of injustice*). (ACKERMAN, 1993: 317)

[...].

Tais colocações sobre o compartilhamento dos lucros e prejuízos em uma democracia constitucional nos fazem indagar qual o tamanho do “custo” que uma família negra deve pagar pelo *free speech*, por suportar que plantem, em seu quintal, uma cruz em chamas (*cross burning*), gesto de exclusão e ameaça de grupos racistas [...] (2015, p. 97). (PRATES, 2015, p. 97).

Parece que, ao contrário, a história se dedicou a demonstrar que apenas algumas minorias de indivíduos e grupos sociais se encarregam de pagar o alto preço pela ilimitada liberdade de expressão.

De todo modo, segundo Dworkin, seria ilegítimo um governo impor uma conduta coletiva sem que dita lei derive de um processo de autogoverno, que é formado quando a decisão tomada por um governo com aspecto majoritário deriva de um processo político em que todos os cidadãos tiveram não apenas direito a

voto, mas também a voz, ou seja, direito de influenciar o processo de tomada de decisão (DWORKIN, 2014, p. vii).

Dworkin defende que devemos proteger as pessoas de preconceitos, sejam eles ligados ao sexismo, ao racismo ou ao ódio religioso, mas devemos fazê-lo por meio de leis que fomentem a sua proteção dentro da sociedade. Não devemos fazê-lo por meio de leis que calem as pessoas preconceituosas, sob pena de tornar ilegítimas todas as leis que protegem essas minorias, já que formadas por um processo político do qual nem todos puderam participar, manifestando a sua voz (2014, p. viii).

Essa obrigação, segundo Dworkin, deriva de uma obrigação mais geral de todo governo de tratar todos os cidadãos submetidos ao seu domínio com igual respeito e consideração, que também é um direito universal (2014, p. ix).

Não importa a qualidade dos argumentos apresentados por cada um dos indivíduos. Segundo Dworkin, ainda que seja tentador limitar os discursos de ódio, temos que permiti-los, de modo a atribuir legitimidade ao debate (WALDRON, 2012a, pp. 175-176).

Waldron entende que Dworkin atribui tanta importância à legitimidade por se tratar, para ele, de uma questão de justiça. Assim, a limitação aos discursos de ódio seria injusta porque proibiria a todos que são sujeitos ao império do direito de manifestarem sua opinião acerca da construção das políticas públicas (2012a, pp. 177-178).

Para Dworkin, a defesa à regulamentação dos discursos de ódio envolve dois tipos de lei, às quais Waldron atribui os nomes de *downstream laws* e *upstream laws* (WALDRON, 2012b). As primeiras são leis que combatem a violência, a discriminação, que buscam a igualdade de oportunidades. Já as segundas são leis que visam a regular diretamente os discursos de ódio, limitando manifestação de ódio racial e religioso, por exemplo. Os defensores das leis que proíbem os discursos de ódio as entendem necessárias, então, também para resolver as causas das violações às *downstream laws*. Em outros termos, caso os discursos de ódio não sejam combatidos, o Estado estará permitindo ações que fomentam a discriminação e a violência (WALDRON, 2012a, p. 178).

Ocorre que, segundo Dworkin, quando há uma interferência coercitiva nos comportamentos regulados pelas *upstream laws*, mina-se a legitimidade política das

downstream laws. Se as pessoas que divergem das *downstream laws* não podem se manifestar, porque foram silenciadas pelas *upstream laws*, então ditas leis não são justas, legítimas (WALDRON, 2012a, p. 178). Assim, Dworkin entende que, caso se pretenda ser duro com as consequências dos discursos de ódio – discriminação e violência –, deve-se ser tolerante com as suas causas (WALDRON, 2012a, p. 179).

Mas, para Waldron, combater as causas da discriminação e da violência não é o único objetivo das leis contrárias aos discursos de ódio. Com efeito, conforme já observado, uma das motivações é assegurar a dignidade dos membros de grupos vulneráveis (2012a, p. 179).

Ocorre que, para Dworkin, ainda que haja um bem a ser defendido por meio da proibição aos discursos de ódio – como a defesa da igualdade das mulheres perante os homens –, ela não deve ocorrer, isso porque ela minaria a legitimidade da política e, com isso, a democracia (DWORKIN, 2012, pp. 180-182).

Segundo Waldron, o argumento de Dworkin se aplica não apenas aos discursos de ódio, mas a qualquer exceção à liberdade de expressão. Em outros termos, qualquer limitação à liberdade de expressão – proibição das *fighting words*, obscenidades, subversão ao Estado, pornografia infantil – implicaria na deslegitimação da política, eis que o exercício do governo se daria mediante o silêncio forçado daqueles que pretendiam se manifestar contrariamente às políticas adotadas quanto a esses temas (2012a, p. 182).

Ocorre, entretanto, que as pessoas podem se manifestar contrariamente às *downstream laws* sem utilizar os termos e a forma de comunicação proibidos pelas *upstream laws*. Ou seja, o exercício da sua liberdade de manifestação e, em última instância, o exercício do seu autogoverno não estaria inviabilizado. Para Waldron, se esse argumento é válido para leis contrárias a *fighting words*, obscenidades, subversão ao Estado, pornografia infantil, também se aplica aos discursos de ódio. O racista não precisa utilizar os termos proibidos pelas leis contrárias aos discursos de ódio para defender a sua posição contrária às leis antidiscriminação (2012a, p. 183).

Outro argumento contrário à tese dworkiniana é que as *downstream laws* não se aplicariam apenas perante os indivíduos que se opõe a essas leis, mas sim a todos os indivíduos. Elas limitam a utilização de determinadas formas de expressão nos debates públicos – limitação que atinge a todos os indivíduos –, o que gera

efeitos positivos a toda a sociedade. “Ainda que elas precisem ser aplicadas apenas contra alguns poucos extremistas, elas têm um efeito potencial no discurso de todos”⁶¹ (WALDRON, 2012a, p. 188).

Um terceiro argumento que poderia ser sustentado em face da tese de Dworkin é aquele que defende que a legitimidade é uma questão de grau e, em razão disso, as *upstream laws* poderiam diminuir a legitimidade das *downstream laws*, sem, contudo, comprometê-la. O próprio Dworkin sustenta, em sua obra *Is Democracy possible Here* (DWORKIN, 2008), que a legitimidade não é uma questão de tudo ou nada. Nesse sentido, então, as leis contrárias aos discursos de ódio também poderiam ter diferentes graus, que impactariam de diferentes modos a legitimidade das *downstream laws* (WALDRON, 2012a, p. 188).

Assim, uma pessoa que é contrária a leis antidiscriminação pode defender a sua posição porque entende que as pessoas que recebem proteção dessa legislação não são dignas de tanto. Para sustentar sua posição, essa pessoa pode alegar que dita lei feriria o princípio da igualdade. Mas as leis que combatem os discursos de ódio podem impedir que essa pessoa manifeste a sua opinião por meio de discursos ameaçadores e que visem a propagar o ódio racial, como aqueles que associam as pessoas protegidas por essas leis com animais e que, como tais, devem ser exterminados (WALDRON, 2012a, pp. 189-190).

Observe-se que as *upstream laws* não impedem o exercício da liberdade de expressão e, por conseguinte, não impedem o exercício do autogoverno – liberdade em um aspecto positivo –, na medida em que as pessoas manterão o poder de influenciar o processo de construção de políticas públicas através do debate. Ditas leis apenas regulamentam o exercício dessa liberdade, preservando, por outro lado, a essência da mensagem que se busca expressar (WALDRON, 2012a, p. 190).

Relevante, ainda, informar que as leis que proíbem os discursos de ódio promovem esse impacto, em certo grau, na liberdade de expressão visando a um objetivo que não está aquém da liberdade de expressão. Waldron sustenta que, se essa limitação visasse apenas à proteção dos sentimentos dos indivíduos, poder-se-ia questionar a sua legitimidade. Mas, como essas leis visam a proteger a dignidade das pessoas, a sua condição básica de cidadãos merecedores de uma proteção que

⁶¹ Tradução livre do original em inglês: “Even if they need to be enforced only against a few extremists, they have a potential effect on everyone’s speech” (2012a, p. 188).

lhes garanta uma condição de viver a sua vida, então se trata de um objetivo que atribui alto grau de legitimidade a essas leis (2012a, p. 192).

Dworkin analisa os argumentos sustentados por Waldron – tanto em sua obra *The Harm in Hate Speech* (2012a) quanto no artigo *Hate Speech and Political Legitimacy* (2012b) – por meio de um artigo denominado *Reply to Jeremy Waldron*, que faz parte da coletânea *The Content and Context of Hate Speech*, organizada por Michael Herz e Peter Molnar (2012).

Segundo Dworkin, Waldron defende que o “governo deve igual consideração e respeito para todos os membros da comunidade política porque todo membro da comunidade também deve, mesmo enquanto um indivíduo privado” (DWORKIN, 2012, p. 342). Para Dworkin, ao sustentar esse argumento, Waldron exige uma ponderação: o discurso de ódio causa um dano à legitimidade das leis antidiscriminatórias, fazendo com que o governo não trate os cidadãos que são o seu alvo com igual respeito e consideração, mas o próprio discurso de ódio causa um dano aos alvos desse discurso, que não são tratados com igual respeito e consideração (2012a, p. 342).

Para Dworkin, contudo, o argumento proposto por Waldron parte de um princípio abstrato equivocado, pois se olvida da “[...] diferença entre os direitos e as responsabilidades do governo – nossas responsabilidades quando agimos coletivamente e coercitivamente na política – e nossas responsabilidades como indivíduos operando dentro da estrutura do direito coercitivo”⁶² (2012, p. 342). Para Dworkin, o governo deve denotar igual respeito e consideração pelo destino de cada um dos cidadãos, que devem merecer igual importância. Um indivíduo, contudo, não tem a mesma obrigação (2012, p. 342).

A despeito da inequívoca diferença entre as responsabilidades de um governante e as responsabilidades dos governados, o argumento suscitado por Dworkin, contudo, aparenta não apenas estar equivocado, mas também contraditório com a própria teoria dworkiniana. De fato, ao desenvolver a sua teoria sobre o valor da igualdade, Dworkin define que o princípio igualitário determina que “a comunidade trate todos os membros com igual consideração” (2011, p. 199, grifos acrescidos).

⁶² Tradução livre do original em inglês: “[...] difference between the rights and the responsibilities of government – our responsibilities when acting collectively and coercively in politics – and our responsibilities as individuals operating within the structure of coercive law” (2012, p. 342).

Soa bastante contraditório Dworkin afirmar que um argumento tal qual o aventado por Waldron “toma como premissa uma proposição inaceitável: que o direito à liberdade de expressão inclui o direito a viver em circunstâncias que nos encorajem a falar e o dever das outras pessoas de compreender e respeitar nossa voz” (DWORKIN, 2006, p. 372).

Ora, um regime democrático que se pautar pelo princípio igualitário – e regimes democráticos devem se pautar pelo princípio igualitário – exige exatamente isso: um ambiente no qual as pessoas tenham o dever de permitir um diálogo por meio do qual todos tenham o direito de influenciar o governo, conforme defendido pelo próprio Ronald Dworkin, ao suscitar que “a democracia não pode oferecer uma forma genuína de autogoverno se os cidadãos não puderem falar à comunidade em uma estrutura e em um ambiente que incentive a atenção aos méritos do que dizem” (2011, pp. 512-513).

Para Dworkin, a igualdade, no âmbito da política, exige que todos os cidadãos possam desempenhar o mesmo papel no escrutínio dos candidatos. E isso não apenas por meio dos votos, mas também por meio dos debates e das discussões públicas que permitam a cada um manifestar os seus anseios e preferências políticas. Em outros termos, “o que a igualdade exige é que todas as opiniões tenham a oportunidade de exercer a sua influência” (DWORKIN, 2006, pp. 379-380).

De fato, conforme expressamente sustentado pelo próprio Ronald Dworkin, “não ingressamos na política como agentes morais, a não ser quando percebemos que o que fazemos possa assumir importância, e *o processo político adequado deve lutar contra obstáculos gigantescos para preservar esse poder em potencial para todos. Isto é, deve garantir um grau de incentivo político para todos*” (2011, p. 278, grifos acrescidos).

Além do princípio da igualdade, conforme postulado por Dworkin, a já analisada tese das obrigações associativas, à qual o presente trabalho adere, também demonstra apreço pela tese de que os cidadãos devem igual respeito e consideração aos seus concidadãos, não se tratando de uma obrigação atribuída exclusivamente ao Estado.

Com razão, conforme defendido no tópico anterior, a vida em comunidade exige o respeito a obrigações associativas, que “[...] podem ser mantidas entre

peças que compartilham uma ideia geral e difusa dos direitos e das responsabilidades especiais que os membros devem pôr em prática entre si, uma ideia do tipo e do nível de sacrifício que suas relações mútuas devem pressupor” (DWORKIN, 2007, p. 241, grifos acrescentados).

Conforme muito bem pontua Thomas Bustamante:

Qual é a melhor interpretação das nossas obrigações associativas em geral?

Dworkin responde a essa indagação como sendo uma interpretação do nosso “dever de honrar as nossas responsabilidades” que surgem diante de “práticas sociais que definem grupos e atribuem responsabilidades especiais aos membros [desses grupos]” (Dworkin, 1986, p. 198). Uma interpretação adequada dessas obrigações deve ser capaz de identificar quais são as circunstâncias e as condições que precisam estar presentes para dar azo a essas obrigações. E uma dessas circunstâncias, para Dworkin, é a exigência de reciprocidade entre os membros da referida associação.

Reciprocidade, aqui, é entendida em um sentido abstrato que exige a aceitação do ideal de integridade como um dos ingredientes da interpretação construtiva dessa exigência. A hipótese, aqui, é a de que essa exigência de reciprocidade não pode ser atendida sem a companhia do valor político da integridade. Os membros do grupo ou comunidade devem, ainda que de maneira ampla – é dizer, mesmo sem compartilhar exatamente a mesma concepção sobre o que essas obrigações exigem em cada caso concreto – “adotar certas atitudes sobre as responsabilidades que nós devemos uns aos outros” para que essas responsabilidades possam contar como “obrigações fraternas em um sentido genuíno” (Dworkin, 1986, p. 199) (2018a, p. 168).

As obrigações associativas derivam, conforme já analisado, de uma obrigação mais geral de não causar dano ao outro. É relevante reiterar, ainda, que “essa responsabilidade geral é, ela própria, um caso particular da responsabilidade ainda mais geral [...] de respeitar a dignidade dos outros e, assim fazendo, respeitar a nossa própria dignidade” (DWORKIN, 2014, p. 465). Afinal, conforme muito bem pontua o próprio Ronald Dworkin, “a pessoa só pode alcançar a dignidade e o respeito por si mesma, que são indispensáveis para uma vida bem-sucedida, se demonstrar respeito pela humanidade enquanto tal em todas as suas formas” (2014, p. 32).

É certo que, além das inconsistências apresentadas por Dworkin ao questionar os argumentos levantados por Waldron, ele ainda “[...] concord[a] com ele, primeiramente, que [seu] argumento não supõe que ‘leis contra violência racial

ou dano criminal' ficam absolutamente comprometidas quando expressões de ódio racial são banidas"⁶³ (2012, p. 343).

Com razão, sendo a legitimidade uma questão de grau, não seria possível reputar as leis contra a violência racial absolutamente ilegítimas pelo fato de aqueles que são contrários às referidas leis serem proibidos apenas de defender a sua posição por meio de discursos de ódio, preservando, por outro lado, o direito de manifestar a sua opinião sem o uso de discursos que fomentem e propaguem o ódio.

Além disso, o próprio Dworkin defende a possibilidade de regulamentação de discursos, tal qual o discurso político realizado "por meio de comerciais políticos grotescos, que não fazem o debate e não vão além de *jingles* e *slogans* repetitivos" (2011, p. 515), já que este tipo de discurso "também compromete o caráter argumentativo do discurso" (2011, p. 515).

O mesmo Dworkin ainda defende que, se é possível interpretar que o texto da Primeira Emenda à Constituição Americana permite uma limitação à liberdade de expressão para garantir a segurança nacional e a paz, não há razão para que ela não possa ser sujeita a regulamentação em prol da defesa da democracia (2011, p. 522).

Assim, forçoso concluir que a permissão aos discursos de ódio não é necessária para a manutenção da legitimidade das leis criadas em regimes democráticos. Muito ao contrário, os discursos de ódio têm, eles mesmos, o condão de prejudicar a democracia, à medida que pretendem inviabilizar o exercício da cidadania e o igual status das minorias que são seu alvo. Os discursos de ódio carregam, como elemento constitutivo, a pretensão de retirar dessas minorias sua dignidade. Quando os discursos de ódio têm êxito em seus comprometimentos ilocucionários, por meio do seu já demonstrado efeito silenciador, eles, de fato, retiram dessas minorias a prerrogativa de serem tratadas como iguais.

Destarte, conforme muito bem delineado por Francisco Castilho Prates em sua tese de doutorado, "[...] as democracias constitucionais procuram configurar espaços abertos, não "tribais", em que o plural é constitutivo, entretanto, há discursos, que não obstante serem parte deste pluralismo, pregam, como dogmas

⁶³ Tradução livre do original em inglês: "[...] agree with him, first, that my argument does not suppose that 'laws against racial violence or criminal damage' are in any way compromised when expressions of racial hatred are banned" (2012, p. 343).

de fé, a total exclusão do diferente, procurando fechar a própria identidade constitucional” (2015, p. 95).

O dano provocado pelo discurso de ódio à legitimidade das leis e, portanto, à própria democracia é, assim, evidente, o que faz com que haja uma contradição na defesa dos discursos de ódio enquanto manifestação da liberdade de expressão, já que esta tem como fundamento a própria democracia.

Soa como uma contradição performativa pensarmos a liberdade de expressão como um direito fundamental de abafar, não refletindo uma identidade constitucional plural e sempre carente de total concretização, mas sim um desejo de expandir interdições e muros, de ampliar territórios inacessíveis aos que são diferentes de nós, de um eu que procura a tudo dominar e representar, onde o encontro com o outro deve ser reprimido, pois ele ameaça entrar na exclusividade deste nosso espaço (PRATES, 2015, p. 283).

Além do mais, a proibição dos discursos de ódio não implica em um processo legislativo ilegítimo, eis que permite aos opositores de leis antidiscriminatórias que manifestem a sua opinião, influenciando no debate democrático e no processo legislativo, desde não o façam por meio de discursos de ódio que inviabilizem a participação dos alvos desses discursos desses debates, silenciando-os.

3.2.3. A busca da verdade legitima os discursos de ódio? A proibição dos discursos de ódio à luz da interpretação discriminadora e do efeito silenciador dos discursos de ódio

Mais uma vez fazendo remissão ao segundo capítulo, demonstrou-se naquela oportunidade que a tradição liberal, sobretudo por intermédio de John Stuart Mill, sustentou a tese de que o mercado livre de ideias seria um dos fundamentos à liberdade de expressão. Por meio de dita tese, o debate deveria ser absolutamente livre, de modo a garantir que a verdade prevaleça por meio dos melhores argumentos (MILL, 1964).

Há que se questionar, entretanto, se a permissão aos discursos de ódio é igualmente necessária para se alcançar a “verdade” – ou, em outros termos, o melhor resultado promovido por meio de um debate argumentativo – e, ainda, se a proibição dos discursos de ódio implicaria em uma minimização do potencial argumentativo de um debate.

Para responder a esse questionamento, há de se partir de dois pressupostos já construídos neste trabalho. Primeiramente, há que se assumir que “a garantia da liberdade de expressão não pode, em hipótese alguma, ser absoluta” (DWORKIN, 2011, p. 516). Com razão, mesmo a tradição mais liberal sustentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos permite, conforme já observado, a limitação da liberdade de expressão, nos casos em que esta implicar em um perigo evidente e imediato de dano.

Em segundo lugar, há que se constatar que o debate absolutamente livre e desregulamentado é desigual e fomenta a desigualdade, algo que, em uma democracia que assume o princípio igualitário, não pode ser permitido.

Conforme salienta Daniel Sarmiento:

Existe uma bem articulada crítica contra a tese de que a verdade tende a prevalecer no âmbito do mercado de idéias, tal como defendida por Holmes. Esta posição, que conduz a uma espécie de *laissez-faire* no campo comunicativo, acaba evidentemente favorecendo aqueles que têm mais recursos ou acesso aos meios de comunicação para se fazerem ouvir, e tende a alijar os mais pobres. Numa sociedade capitalista e desigual, em que o acesso aos meios de comunicação tem um custo, o absentismo estatal permite que a voz dos poderosos quase sempre prevaleça, silenciando os excluídos. Portanto, o mercado não parece ser a melhor forma de promover um debate robusto e aberto de idéias, em que as melhores posições possam triunfar (SARMENTO, 2006, p. 30).

Nesse mesmo sentido, Bobbio disserta que “a maior causa da falta de liberdade depende da desigualdade de poder, isto é, depende do fato de haver alguns que têm mais poder econômico, político e social do que outros. Portanto, a igualdade do poder é uma das maiores condições para o crescimento da liberdade” (1999, p. 41).

Apesar dos riscos em se permitir que o governo tutele a liberdade de expressão em casos excepcionais, é observável que dita regulamentação tenda a promover uma otimização na qualidade do debate, como sustenta Owen Fiss (2005).

Conforme observado há pouco, Fiss defende que o Estado deve exercer um papel de mediador dos debates, com vistas a assegurar a participação plural e democrática, assim como a igualdade de oportunidade de fala (2005, p. 54). “Quando o Estado age como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, nem tampouco preservar a ordem pública (como poderia ser no caso dos

protestos sobre aborto), mas, ao contrário, assegurar a robustez do debate público” (2005, p. 55).

Um Estado mais poderoso cria perigos; não há como negar isso. Mas o risco de que esses perigos se materializem e uma estimativa do estrago que poderão causar deve ser sopesado com o bem que poderia realizar. Não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca; mas ao mesmo tempo, devemos contemplar a possibilidade de que o Estado usará seus consideráveis poderes para promover objetivos que se situam no coração de uma sociedade democrática – igualdade e talvez a própria liberdade de expressão (FISS, 2005, p. 60).

Até mesmo Dworkin também assume a necessidade de regulamentação do discurso, de modo a evitar que a desigualdade alcance um nível de tal forma relevante que permita a manutenção tão somente de discursos flagrantemente antidemocráticos.

Porém, embora a história apoie tanto a plausibilidade desse temor quanto a sensatez de tal estratégia, não podemos mais nos dar ao luxo de ignorar os riscos opostos – principalmente nesta era eletrônica – de um discurso político completamente desregulamentado. Precisamos comparar o risco de uma garantia constitucional menos rígida permitir que um governo engenhoso oculte do povo informações e discussões que deveria divulgar, mesmo que os tribunais estejam vigilantes para evitar tal abuso, com o risco adversário de uma proteção mais rígida permitir à riqueza e aos privilégios um poder flagrantemente antidemocrático, e permitir que o discurso político se torne tão depreciado que perca completamente seu caráter argumentativo (DWORKIN, 2011, p. 518).

Em outros termos, Dworkin defende abertamente que a Primeira Emenda “permite uma regulamentação do discurso que aumente sua meta presumida de proteger a democracia, melhorando a igualdade dos cidadãos ou o caráter do discurso político” (2011, p. 531), Trata-se de uma interpretação à qual Dworkin vai atribuir a alcunha de interpretação discriminadora (2011, p. 531).

Dworkin adota a premissa epistêmica do mercado livre de ideias de John Stuart Mill (1964). Contudo, ele a interpreta de outro modo, a despeito daquele comum. Em regra, admite-se, a partir de Mill, que, quanto maior o volume de informações recebidas, maior a probabilidade de se alcançar a verdade. Dworkin, entretanto, entende que não apenas a quantidade, mas a qualidade dessa informação e a qualidade da estruturação de sua apresentação influenciam na busca pela verdade. “Nessa outra perspectiva, o importante é a mistura cognitiva e emocional do que se apresenta, e não a quantidade em si (...)” (2011, pp. 535-536).

Assim, Dworkin defende que esse modelo de interpretação permite que o discurso guarde maiores probabilidades de alcançar a verdade, caso seja estruturado de tal modo que incentive a investigação dos conteúdos das ideias manifestadas (2011, p. 536).

Essa interpretação discriminadora proposta por Dworkin, a ser realizada por um governo no exercício de um papel de mediador, tal qual proposto por Fiss, permitiria a regulamentação dos discursos, de modo a se preservar a igualdade.

As leis que promovam essa interpretação discriminadora, a serem criadas pelo Estado no exercício do papel de mediador, transformam o debate coletivo, já que, sem elas, os discursos poderiam ser intimidadores e desmoralizadores para grupos de minorias vulneráveis, que teriam que participar do debate sem a garantia de participação dos demais. Conforme sustentado por Waldron, isso não é uma deformação ou mutilação do debate público, mas sim uma transformação que permita a participação de todos e não a exclusão de alguns (2012a, p. 154-155).

Na verdade, a tese defendida pelo mercado livre de ideias segundo a qual por meio de um debate livre se alcançaria a verdade, tal como em tese por meio de um mercado livre se alcança os melhores resultados, é uma mera superstição (WALDRON, 2012a, p. 155). Com razão, se se tratasse de uma analogia, poder-se-ia questionar: o mercado livre de ideias busca a eficiência do mercado econômico ou a justiça distributiva, para a qual o mercado econômico em nada contribui? (WALDRON, 2012a, p. 156).

Até o próprio Dworkin, ao analisar a necessidade de regulação do livre mercado, defende que “[...] o fracasso do governo em redistribuir a riqueza que um livre mercado levemente regulado produz enfraquece a reivindicação do governo ao respeito e fidelidade de todos os seus cidadãos”⁶⁴ (DWORKIN, 2008, p. 93).

Assim, da mesma forma que a regulamentação governamental do mercado econômico é imprescindível para se garantir alguma justiça distributiva, ela é imprescindível no mercado de ideias para garantir a possibilidade de participação de todos no discurso. Dessa forma, o debate público deve ser regulamentado, não com vistas à sua distorção, mas para que o governo possa garantir que determinados efeitos indesejados a determinadas parcelas da população não ocorram. Dessa

⁶⁴ Tradução livre do original em inglês: “[...] government’s failure to redistribute the wealth that a lightly regulated free market produces weakens government’s claim to the respect and allegiance of all its citizens” (2008, p. 93).

forma, tal qual existem proibições a cartéis, a monopólios, deve haver vedações a discursos que, da mesma forma, visem a retirar do jogo determinadas pessoas (WALDRON, 2012a, p. 156).

Dessa forma, é de se observar que a liberdade de expressão absoluta, incluindo os discursos de ódio, não é necessária para se otimizar os resultados obtidos por meio de um debate. Ao contrário, os discursos de ódio podem provocar efeitos deletérios ao debate, à medida que inviabilizam a participação dos alvos dos discursos no debate, por meio do seu já demonstrado efeito silenciador, reduzindo o seu caráter plural e, com isso, minimizando o seu potencial construtivo.

3.3. O suposto conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade, a democracia e a igualdade à luz da teoria da unidade do valor

É de sobremaneira relevante apontar que, em que pese o presente trabalho concorde com a posição adotada por Jeremy Waldron e Owen Fiss acerca da possibilidade de regulamentação dos discursos de ódio, haja vista o dano por estes provocados, não há uma concordância com o modelo de solução proposto.

Conforme é possível observar, ambos os autores – Jeremy Waldron e Owen Fiss – aderem a um modelo de ponderação. Eles enxergam um conflito entre a liberdade e a igualdade, ou entre a liberdade e a democracia ou, ainda, entre a liberdade e a dignidade. Por meio de um processo de sopesamento, encontram como o resultado que, no caso desses conflitos serem evidenciados em hipóteses de discursos de ódio, a liberdade de expressão deve ceder, em virtude de uma primazia, neste caso, do contravalor sopesado – dignidade, igualdade ou democracia.

Destarte, segundo Waldron, não há uma definição exata do fundamento para a criação das exceções à liberdade de expressão no âmbito dos discursos de ódio. Alguns autores adotam uma forma de ponderação entre a liberdade de expressão e outros interesses violados, abordagem esta que soa interessante para Waldron (2012a, pp. 145-146).

Outra estratégia utilizada passa pela interpretação de determinados atos como externos ao âmbito de proteção da Primeira Emenda, em razão do seu caráter injustificado, agressivo. Em outros termos, alguns autores entendem que atos que

incitem a violência, por exemplo, não podem ser sequer considerados discurso para fins de proteção pela Primeira Emenda (WALDRON, 2012a, p. 146).

Essa estratégia, segundo Waldron, pode ser fundamentada na ideia defendida por Joseph Raz de que a autonomia tem muito pouco ou nenhum valor quando o seu exercício é errado de um ponto de vista moral (2012a, pp. 146-147).

Catharine MacKinnon, em sua obra *Only Words*, propõe uma solução que apresenta tal pretensão: classificar o discurso de ódio como externo ao âmbito da liberdade de expressão. Em sua obra, Mackinnon apresenta dados para demonstrar que mulheres são diuturnamente alvo de abusos sexuais. Sustenta, ainda, que a pornografia naturalizada os abusos sexuais como comportamento social aceitável e até mesmo desejado pelas mulheres (1993, pp. 03-07).

Partindo dessas premissas, Mackinnon defende que conceder uma proteção à pornografia implicaria transformar o abuso sexual em discurso (1993, p. 09). Ocorre que, nos Estados Unidos, a pornografia é protegida, eis que caracterizada como um tipo de discurso e, portanto, resguardada pela Primeira Emenda (MACKINNON, 1993, p. 10).

Segundo Mackinnon, a partir dessa presunção de que a pornografia seria um discurso, ela poderia ser entendida apenas como uma forma de difamação e não como uma forma de discriminação. A partir desse entendimento, o discurso não poderia causar nenhum dano, senão o dano de ofender aquele que é o seu alvo. Como, em tese, a ofensa seria algo inerente à percepção e aos sentimentos do receptor da mensagem, trata-se de um preço a ser pago em prol da liberdade de expressão. Assim, a pornografia é vista como se fosse apenas palavras (MACKINNON, 1993, p. 11).

Segundo Mackinnon, como as palavras expressam algo, elas são consideradas discursos protegidos, para fins de aplicação da Primeira Emenda. Ocorre que nem todas as palavras em todos os contextos tem a mera pretensão de expressar algo. De fato, alguns termos como “declaro o réu culpado”, quando declarados por um juiz competente, tem um condão diverso da mera expressão da opinião do juiz. Ao fazê-lo, não parece que o juiz está simplesmente dizendo algo, mas sim fazendo algo. Assim, essas palavras, absolutamente, não são consideradas discurso (1993, pp. 12-13).

Mackinnon não pretende questionar a proteção ao discurso concedida pela Primeira Emenda. Pretende sim questionar se a Primeira Emenda concede proteção a inserções mentais e manipulações mentais que provocam agressões e discriminações (1993, p. 16).

Mackinnon parece, assim, enveredar por um caminho em que pretende desconstruir a pornografia como discurso para, assim, afastá-la do âmbito de proteção da Primeira Emenda. Nesse sentido, ela afirma que atribuir à pornografia o caráter de discurso implicaria em dar proteção constitucional aos danos por ela causados, quais sejam: a promoção da subordinação feminina por meio do sexo (MACKINNON, 1993, p. 29).

Waldron sustenta que esse tipo de argumento é tentador, mas assume que baseia a sua tese no argumento da ponderação. Segundo ele, há um enorme valor na liberdade de expressão e há um prejuízo em sua limitação ou mesmo em sua proibição em alguns casos. Mas o prejuízo decorrente dos discursos de ódio é superior (2012a, p. 147).

Do mesmo modo, Owen Fiss defende, conforme já discutido, que a Suprema Corte dos Estados Unidos enxerga a Primeira Emenda como um meio de delimitar o exercício da autoridade estatal no âmbito da regulação do discurso pelo Estado. O desenho desses limites varia conforme a formação da corte, mas está sempre relacionado à ponderação da liberdade de expressão com outros interesses em conflito – aos quais ele atribui a alcunha de contravalores (2005, p. 33).

Segundo Fiss, ao contrário do que ocorria à época da Corte Warren, os contravalores que permeiam os debates contemporâneos acerca da liberdade de expressão atualmente denotam muito mais respeito e atenção, como se observa nas discussões sobre os discursos de ódio, a pornografia e o financiamento de campanhas eleitorais (2005, p. 37).

Assim, enquanto tanto para Fiss, quanto para Waldron, o problema dos danos causados pelos discursos de ódio deve ser resolvido no âmbito da ponderação de valores, para Mackinnon esse problema encontra solução com a exclusão dos discursos danosos do âmbito dos discursos.

Ocorre, contudo, que ambos os modelos citados partem do pressuposto de que os valores podem entrar em conflito. Este trabalho, contudo, adere à teoria da unidade do valor, conforme proposta por Ronald Dworkin, sobretudo, em sua obra

Justice for Hedgehogs (2014), que pressupõe uma necessária coerência e integridade entre os valores.

Conforme restará demonstrado a seguir, isso não implica, de forma alguma, em contradição. Ao contrário, demonstra porque a defesa do exercício da liberdade somente pode ocorrer quando em coerência com os demais valores que norteiam uma sociedade.

A teoria da unidade do valor, que defende que os valores éticos e morais dependem uns dos outros, está intrinsecamente relacionada à teoria da objetividade da moral e somente é possível explicá-la caso se tome esta como ponto de partida.

Segundo Dworkin, desde a revolução promovida por Galileu na ciência, atrelou-se a constatação da verdade nos juízos morais aos mesmos critérios utilizados pela física para a constatação da verdade (2014, p. 637).

Ocorre, contudo, que “a ética e a moral são independentes da física e de suas asseclas [...]” (DWORKIN, 2014, pp. 638-639). “Não há nada análogo ao método científico para determinar o que conta como uma verdade moral” (BUSTAMANTE, 2018b, p. 24).

Fato é que os critérios que devem ser utilizados para se atestar a veracidade dos juízos morais e éticos são diferentes daqueles utilizados pela física para atestar a veracidade de teses sobre a astronomia, por exemplo. Os juízos morais, os valores políticos, são conceitos interpretativos e, como tais, devem ser justificados a partir de uma interpretação dos demais valores que lhes atribuem fundamento (DWORKIN, 2014, p. 11; 253). Nesse sentido, conforme muito bem pontuou Jeremy Waldron, o cerne da obra *Justice for Hedgehogs* de Dworkin é demonstrar que todos os valores são dependentes uns dos outros (2014, p. 17).

Não podemos apoiar a veracidade dos nossos juízos de valor em descobertas físicas, biológicas e metafísicas; e tampouco podemos refutá-las desse modo. Temos de apresentar argumentos, e não provas, em favor de nossas convicções, e essa distinção pressupõe uma espécie de integridade axiológica [...] (DWORKIN, 2014, p. 639).

Assim,

[...] toda defesa de uma concepção particular de um valor político, como a igualdade ou a liberdade, tem de fazer apelo a valores que a transcendem: apelar à liberdade para defender uma concepção de liberdade seria uma

tautologia sem tamanho. Por isso os conceitos políticos *precisam* ser integrados uns com os outros. Não podemos defender uma concepção de nenhum deles sem demonstrar que nossa concepção se harmoniza e se encaixa com concepções atraentes dos demais (DWORKIN, 2014, p. 12).

A partir dessa constatação, pode-se defender que juízos morais podem ser objetivamente verdadeiros, desde que isso seja demonstrado com responsabilidade por meio de um processo interpretativo e não pelos mesmos critérios através dos quais se postula demonstrar uma constatação física.

Disso deriva, então, necessariamente a independência metafísica do valor (DWORKIN, 2014, p. 15). Não há um plano metaético, ou de segunda ordem, neutro, a partir do qual seria possível constatar a veracidade dos juízos morais (BUSTAMANTE, 2018b, p. 25).

Destarte, se os juízos morais são interpretativos, somente por meio de um processo interpretativo – que também constitui um juízo moral – poder-se-ia demonstrar a veracidade daqueles juízos morais (DWORKIN, 2014, p. 17).

Os juízos de valor são verdadeiros, quando o são, não em virtude de refletirem algo, mas em razão da defesa substantiva que possa ser apresentada em favor deles. A esfera moral é a esfera dos argumentos, não dos fatos brutos. Nesse caso, não é implausível – muito pelo contrário – supor que nessa esfera não haja conflitos, mas somente apoio mútuo. Ou, o que dá no mesmo, que quaisquer conflitos que nos parecerem irreduzíveis evidenciam não uma falta de unidade, mas sim uma unidade de valor ainda mais fundamental que produz esses conflitos como resultados substantivos (DWORKIN, 2014, p. 19).

Mas se não há um plano externo, metafísico, independente a partir do qual se possa promover um julgamento sobre a veracidade de um juízo moral, como seria possível atestá-la? É necessário que haja responsabilidade na construção de uma fundamentação que adeque aquele juízo de valor em uma rede dotada de integridade com os demais valores, de forma que aquele juízo de valor se conforme dentro de uma estrutura harmônica com os demais valores que lhe atribuem fundamento (DWORKIN, 2014, pp. 20-21). “Ao invés de um processo externo de verificação de nossas intuições morais, precisamos de uma epistemologia interpretativa baseada no valor da ‘integridade’, que é o ‘nervo’ de nossa responsabilidade moral” (BUSTAMANTE, 2018b, p. 25). Em outros termos, “[...] a essência da responsabilidade é a integridade [...]” (DWORKIN, 2014, p. 152).

“Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos autenticamente” (DWORKIN, 2014, p. 153).

A verdade, no âmbito dos valores morais, está intrinsecamente relacionada com a responsabilidade do intérprete no desafio de investigar como determinado valor se justifica de forma coerente por meio de outros valores. Com isso, pode-se afirmar “[...] que a verdade é aquilo que representa a solução maximamente bem-sucedida a um desafio de investigação” (DWORKIN, 2014, p. 271).

Dessa forma, então a veracidade de um juízo moral decorre da coerência na demonstração desse juízo moral dentro de uma rede de juízos morais que lhe dão fundamento e que, da mesma forma, são fundamentados por ele. A partir dessa estrutura, os valores morais passam a ser interdependentes e sempre construídos sobre fundamentos axiológicos, o que implica na impossibilidade de haver entre esses valores qualquer hierarquia, bem como na impossibilidade de haver entre esses valores qualquer conflito que seja genuíno (DWORKIN, 2014, p. 177).

[...] possibilidade de que todos os valores verdadeiros formem uma rede interligada, de que cada uma das nossas convicções acerca do que é bom, correto ou belo desempenhe algum papel na corroboração de todas as demais convicções em cada um desses domínios de valor. Para buscar a verdade na moral, temos de buscar a coerência endossada pela convicção [...]. Trata-se, como eu disse, de um processo interpretativo, pois busca compreender cada parte e cada filamento do valor à luz das outras partes e filamentos (DWORKIN, 2014, p. 183).

Em virtude disso, os juízos de valor nunca serão independentemente verdadeiros. Somente serão verdadeiros quando adequados a uma justificação que implique na veracidade de diversos outros juízos de valores, que a ele atribuem fundamento. Assim, “uma proposição interpretativa verdadeira é verdadeira porque as razões para aceitá-la são melhores que as razões para aceitar qualquer proposição interpretativa rival” (DWORKIN, 2014, p. 235).

Eventual conflito entre valores – como a liberdade de expressão e a igualdade – implicaria, por conseguinte, em uma incoerência do argumento de justificação desses valores. A liberdade somente pode ser interpretada como um

valor verdadeiro quando ela é justificada de forma coerente pelos demais valores que lhe dão suporte, como a igualdade, a democracia e a dignidade.

Portanto, não se nega o direito à liberdade de expressão ao se proibir o seu exercício quando ele visa à promoção de discursos de ódio. Isso porque a liberdade de expressão não pode se fundamentar nela própria, sob pena de se incorrer em um reducionismo tautológico. A liberdade de expressão somente pode se fundamentar nos demais valores que com ela coexistem, já que, conforme propõe Dworkin, “[...] a melhor concepção de cada um desses conceitos tem de se apoiar nas concepções de todos os outros e, ao mesmo tempo, contribuir com elas” (2014, p. 250). Em outros termos, deve-se atentar que “[...] não há propósitos morais independentes, e isso parece implicar que não há departamento no âmbito dos valores que possa ser considerado independente dos demais” (BUSTAMANTE, 2018b, p. 30). Assim, para que mereça proteção, a liberdade de expressão deve ser coerente com os demais valores, em uma rede dotada de integridade.

Ocorre que, conforme detidamente demonstrado, os discursos de ódio não encontram fundamento na dignidade, na igualdade e na democracia – valores que fundamentam o direito à liberdade de expressão – e sequer contribuem com esses valores, estando, na verdade, notoriamente incoerentes com a proteção a esses valores.

Seria irresponsável, portanto, albergar os discursos de ódio sob o pálio da liberdade de expressão, pois um processo interpretativo com essa pretensão implicaria na ausência de integridade entre os valores da liberdade, da dignidade, da igualdade e da democracia.

3.4. As críticas à regulação dos discursos de ódio e a prevenção à censura

Por meio dos tópicos anteriores, buscou-se demonstrar a contento que os fundamentos político-morais do direito à liberdade de expressão – a busca da verdade, o contrato social, a autonomia e democracia – não se apresentam como fundamentos suficientes a proteger os discursos de ódio.

Buscou-se analisar, ainda, como, na verdade, os discursos de ódio provocam efeitos deletérios sobre a qualidade do debate público – ao inobservar o princípio igualitário –, sobre a autonomia dos indivíduos que são alvo dos discursos e, ainda, sobre a própria democracia.

Em virtude de tanto, apresenta-se bastante razoável a possibilidade de se regulamentar o exercício da liberdade de expressão tão somente quando esse exercício implique em discursos de ódio que, como tais, provoquem danos à dignidade dos indivíduos, prejudiquem a efetivação do princípio igualitário e, com isso, provocam efeitos deletérios sobre a qualidade do debate público, sobre a autonomia dos indivíduos que são alvo dos discursos e sobre a democracia.

Contudo, há diversos autores que, aderindo à interpretação da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos fornecida pela Suprema Corte, se demonstram reticentes com essa possibilidade. Edwin Baker é, possivelmente, um dos maiores expoentes dessa corrente. Ele defende, por meio de um argumento que postula ser empírico, que a regulamentação da liberdade de expressão não contribui para o combate à disseminação do ódio, e, ainda que contribuísse, por um argumento normativo, não deveria ser aceita (2013, pp. 139-140).

Conforme já observado no capítulo anterior, a tese de Baker parte de duas premissas. A primeira sustenta que a legitimidade do Estado depende do respeito à igualdade e à autonomia do povo. A segunda sustenta que, a partir de uma perspectiva puramente formal, o Estado somente respeita a autonomia do povo quando permite que todo indivíduo manifeste as suas ideias livremente, independentemente de quão danosas para outras pessoas sejam essas ideias (2013, p. 142).

Baker entende, na verdade, que a proibição aos discursos de ódio seria um tiro pela culatra. Isso porque, segundo ele, “como uma questão empírica”, a sua suspeita é que a proibição aos discursos de ódio não seria efetiva em reduzir a discriminação e, ainda, provocaria uma piora no quadro (2013, p. 150).

Seu argumento deriva de seis questões que ele reputa empíricas. Primeiramente, para Baker, é necessário que haja debate para que o combate ao racismo se dê de forma argumentativa, buscando-se a verdade – tal como pretende Stuart Mill – por meio do mercado livre de ideias (2013, pp. 150-151).

Essa tese, contudo, já foi refutada no tópico anterior. Conforme analisado naquela oportunidade, não apenas a quantidade de argumentos apresentados no debate, mas também a sua qualidade, permite otimizar os resultados do debate, por meio de uma interpretação discriminadora (DWORKIN, 2011, p. 531).

Além disso, o debate absolutamente desregulamentado tende a não alcançar resultados obtidos por meio de um discurso plural, de forma igualitária, eis que os discursos de ódio têm um efeito silenciador que dificulta a participação dos alvos dos discursos nesses debates.

É de sobremaneira relevante entender o direito fundamental à liberdade de expressão a partir do contexto histórico em que foi construído a partir de fundamentos político-morais, de modo a evitar que a busca pela sua proteção configure um “[...] efetivo instrumento de manutenção do que ‘sempre esteve aí’, impedindo, ou ao menos dificultando, transformações sociais que visem combater hábitos e discriminações naturalizadas [...]” (PRATES, 2015, pp. 273-274).

Como alerta Francisco Castilho Prates:

[...] esta circunstância revela a sempre subjacente possibilidade do uso instrumentalizado da pretensa defesa de um direito, no caso, da liberdade de expressão, em uma apropriação distorcida e deturpada dos compromissos constitucionais. Ou seja, as batalhas por um direito fundamental podem ocultar o desejo de empregar o outro como ferramenta de união substancializada, de edificar o eu da identidade nacional, ainda mais em tempos de crises econômicas, de desemprego, medo e insegurança, pois aprendemos, com a história, que o ato de “nomear o outro e mesmo persegui-lo” pode, em realidade, estar buscando “criar a identidade do corpo político pela sua negatividade” (BIGNOTTO, 2004: 68) ou, para recuperarmos argumentos elaborados por Menelick de Carvalho Netto, devemos reconhecer que “arroubos nacionais aparentemente democráticos, certamente podem levar, precisamente, a afirmações extremamente perigosas para a democracia” (CARVALHO NETTO, 2001: 14) (2015, p. 274).

Assim, não se pode aceitar a liberdade de expressão como um direito fundamental quando o exercício desse direito se encontra absolutamente deslocado dos fundamentos que lhe dão guarida e dos demais direitos fundamentais. Menos ainda, deve-se fazê-lo quando o exercício, ou o abuso, desse direito fundamental, implica em dano manifesto ao exercício deste e de outros direitos fundamentais por parte de outros indivíduos.

Em segundo lugar, Baker alega que as leis que proíbem os discursos de ódio levam esses discursos para debaixo do pano e, com isso, tornam mais difícil saber qual a real extensão do racismo. Segundo Baker, é melhor conhecer o inimigo para combatê-lo (2013, p. 152).

Essa tese, contudo, já foi igualmente refutada. Ela parte do pressuposto equivocado de que somente ações discriminatórias provocariam um dano e,

portanto, que seria melhor saber quem pretende causar esse dano do que esconder os discursos de ódio embaixo do tapete.

Ocorre, entretanto, que, conforme já demonstrado, o dano não é observável apenas por meio de atos discriminatórios, mas também pelo próprio discurso de ódio, que como ato de fala com caráter performativo, tem o condão de moldar a realidade. De fato, um dos principais objetivos das leis que proíbem os discursos de ódio é evitar que as pessoas se sintam confortáveis em expor os discursos de ódio, ou seja, criar um ambiente que não seja predisposto a fomentar as pessoas a promoverem os discursos de ódio e as ações inflamadas por estes discursos (WALDRON, 2012a, p. 95).

Em terceiro lugar, Baker defende que as leis que proíbem os discursos de ódio podem causar um senso de opressão nos racistas que, sentindo-se vitimados, podem ser encorajados a agir. Isso porque eles entendem a proibição como uma medida injusta, que viola a sua liberdade de expressão e de influenciar a esfera pública, o que pode ensejar atos que também sejam contrários ao direito vigente, eis que este é, na sua ótica, injusto (2013, p. 152).

É importante recordar que as leis contrárias ao discurso de ódio pretendem não apenas garantir um ambiente lastreado no bem público consistente em uma garantia baseada na dignidade, mas também em impedir a edificação daquilo que Waldron nomeia de “bem público rival” (WALDRON, 2012a, p. 95).

É que os discursos de ódio visam exatamente a criar um “bem público rival”, demonstrando para todos aqueles que professam discursos de ódio ou que têm interesse em fazê-lo que eles não estão sozinhos, fomentando a sua ação. É um meio de proliferar e coordenar as ações fomentadas pelos discursos de ódio (WALDRON, 2012a, pp. 93-94).

Assim, se a omissão do Estado em coibir os discursos de ódio tem a capacidade de gerar esse ambiente favorável ao “bem público rival”, faz-se necessária a sua regulamentação.

Em quarto lugar, Baker defende que proibir determinados discursos implicaria em reduzir o valor da conquista democrática de limitar os embates de ideias ao discurso, sem o recurso a atos de violência (2013, p. 152).

O problema desse argumento é, mais uma vez, pressupor que apenas a violência física provocaria danos, olvidando-se do já demonstrado efeito silenciador

dos discursos de ódio. Conforme já observado com Owen Fiss, “o discurso de incitação ao ódio tende a diminuir a auto-estima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando as vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem” (2005, p. 47).

De que vale garantir a conquista democrática de limitar os embates de ideias ao discurso, se essa democracia for uma democracia de poucos para poucos?

Em quinto lugar, Baker alega que o esforço do Estado em prol de leis proibitivas pode retirar a atenção estatal para outras medidas que tenham maiores resultados no combate às causas do racismo, como o combate à marginalização e às desigualdades sociais (2013, p. 153).

O argumento apresentado aparenta ser, na verdade, mera especulação. É certo que, em um debate, incumbe àquele que sustenta uma hipótese o ônus argumentativo de demonstrar a sua coerência e procedência. Não parece haver fundamento para sustentar que o fato de o Estado dedicar atenção a uma política pública o impede de manter com qualidade outras tantas políticas públicas.

Por fim, Baker sustenta que o conceito de discurso de ódio – a ser proibido pelas leis – é algo bastante difícil de delimitar. Quem estiver exercendo o poder político pode abusar de ditas leis, utilizando-as contra os seus inimigos políticos. Além disso, as políticas tendem a ser usadas contra as minorias marginalizadas que não estão exercendo o poder (2013, p. 154).

Conforme analisado ao final do último tópico, essa dificuldade não pode implicar na leniência do Estado perante um dano manifesto e inequívoco à dignidade dos cidadãos submetidos ao império do Direito, bem como ao princípio igualitário que, conforme já demonstrado, deve nortear um regime democrático.

Decerto, conforme defendido por Dworkin, “[...] embora a história apoie tanto a plausibilidade desse temor quanto a sensatez de tal estratégia, não podemos mais nos dar ao luxo de ignorar os riscos opostos [...] de um discurso político completamente desregulamentado” (2011, p. 518).

Diante de tanto, não se observa fundamentos suficientes a afastar a legitimidade das leis que proíbem os discursos de ódio.

Ademais, diante de acontecimentos como a marcha racista e supremacista realizada em agosto de 2017 em Charlottesville, no estado norte-americano da

Virgínia, demonstra-se premente uma atuação estatal que regulamente o exercício da liberdade de expressão quando esse exercício implique em discursos que provoquem danos à dignidade dos indivíduos, ao princípio igualitário e à própria democracia.

Leis restritivas aos discursos de ódio devem necessariamente se vincular a “[...] um pluralismo dialogicamente construído, funcionando não como um ‘limite externo e desproporcional’, mas como uma necessária ‘autorrestrição’, condição de possibilidade da própria abertura e incompletude da identidade constitucional, visando garantir o igual direito à divergência e a diferença [...]” (PRATES, 2015, p. 269).

Com efeito, pensar a fronteira da liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito implica que reconheçamos que não há nenhum “direito de censura” (MIRANDA ROSA apud KUSHNIR, 2004: 83), como se para preservar a “boa liberdade” houvesse a necessidade de vetar certos “pensamentos”. Isto é, não negamos que qualquer limite ou interdição é uma forma de redução do livre discurso, só que tais reduções, quando aplicadas de acordo com princípios constitucionais como o do devido processo legal, ao contrário de apenas desejar silenciar e subordinar o outro, como os discursos de ódio procuram fazer, pretendem reforçar a dimensão discursiva e a autonomia dos envolvidos, tendo a restrição como fim o fomento da diferença e do pluralismo (PRATES, 2015, p. 275).

É imprescindível, assim, não olvidar do poder estatal e do absoluto caráter deletério de um governo que desrespeita direitos fundamentais como a liberdade de expressão. Como aventado por Owen Fiss, “um Estado mais poderoso cria perigos; não há como negar isso. [...]. Não devemos nunca nos esquecer do potencial opressivo do Estado, nunca [...]” (2005, p. 60).

Assim, deve ser, de pronto, rechaçada qualquer possibilidade de censura, entendida como “ação governamental de caráter prévio e vinculante sobre conteúdo de uma determinada mensagem (artística, jornalística, etc)” (FERNANDES, 2016, p. 409). Não pode incumbir a um governo de maioria eventual cercear o exercício da liberdade de expressão e menos ainda fazê-lo por razões que não sejam estritamente jurídicas – assim entendidas aquelas previstas na Constituição e em dispositivos legais.

Destarte, a proibição aos discursos de ódio, assim considerados, deve se dar por meio de uma legislação que preveja a posterior responsabilização a ser aplicada necessariamente pelo Poder Judiciário, para a conduta que restar

legalmente caracterizada como discurso de ódio, após um procedimento no qual seja garantido às partes o acesso à jurisdição e o exercício aos direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Conforme propõem Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Maria Fernanda Salcedo Repolês e Francisco de Castilho Prates:

Em termos outros, defender a tese de que o aparato penal deve ser a ultima ratio, o último recurso, que deve ser mínimo, não significa que ele não possa, jamais, ainda que diante de graves violações e ofensas, ser empregado, por exemplo, diante dos discursos de ódio. Mas esse excepcional emprego, por impactar profundamente a seara jurídica individual, exige toda uma série de garantias fundamentais, como as oriundas do devido processo legal, conformando legislações democraticamente aplicadas, não uma imposição autoritária de censuras ou outros atos repressivos. Portanto, o parâmetro de aplicação e adequabilidade há sempre de ser o paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual as restrições devem poder operar, simultaneamente, como condição de possibilidade dessa mesma democracia constitucional (2017, p. 09).

Ao contrário do que quer Dworkin, ao responsabilizar um indivíduo pelas consequências advindas do exercício da sua liberdade de expressão, o Estado não está infantilizando o indivíduo, dizendo o que ele pode ou não pode falar e ouvir. Ele está, a bem da verdade, tratando o indivíduo como maior e responsável pelas consequências hauridas do exercício da liberdade de expressão. Se o indivíduo é autônomo e, por conseguinte, responsável pelo exercício do seu direito, também deve ser responsável pelos danos decorrentes do abuso desse direito (PRATES, 2015, p. 278).

Ora, se somos uma sociedade de maiores de idade, e não de menores que precisam ser tutelados, podemos e devemos ser responsabilizados por nossas ações e omissões, mas não porque algo externo a nós, uma coerção ou algum dogma, por exemplo, pretenda nos dizer como devemos agir, mas sim porque somos capazes, mesmo que potencialmente, de pensar livre, com autonomia dialógica, de decidir crítica, intersubjetiva e reflexivamente sobre qual sentido de mundo e de pessoa queremos constituir (PRATES, 2015, p. 278).

Afinal, “defender o direito de nos expressarmos livremente, de podermos dizer tudo, não significa que somos imunes a sermos responsabilizados, democraticamente, por tudo que dissermos” (CATTONI DE OLIVEIRA et al., 2017, p. 05).

4. O PARTIDISMO COMO UMA MANIFESTAÇÃO DE DISCURSO DE ÓDIO

Sob o governo absoluto de um só, o despotismo, para chegar à alma, feria grosseiramente o corpo, e a alma, escapando aos golpes, elevava-se gloriosamente acima dele; mas, nas repúblicas democráticas, não é assim que a tirania procede; ela deixa os corpos e vai direto à alma. O amo não diz mais: 'Pensarás como eu ou morrerás'; ele diz: 'És livre para não pensar como eu; tua vida, teus bens, ficas com tudo; mas, a partir de hoje, és um estranho entre nós. Conservarás teus privilégios na cidade, mas eles se tornarão inúteis; pois, se buscares o voto dos teus concidadãos, eles não te o acordarão, e se pedires sua estima, eles fingirão ainda recusá-la. Ficarás entre os homens, mas perderás o direito à humanidade. Quando te aproximares de teus semelhantes, eles fugirão tal de um ser impuro, e aqueles que creem em tua inocência serão os mesmos a te abandonar, pois todos fugiriam também deles. Vai em paz; eu te deixo a vida, mas te a deixo pior do que a morte'.

ALEXIS DE TOCQUEVILLE

4.1. Partidismo

Ao longo do terceiro capítulo, o presente trabalho se dedicou a demonstrar que os fundamentos da liberdade de expressão não se prestam a garantir que esse direito fundamental seja utilizado como subterfúgio a discursos de ódio, que minam a dignidade daqueles que são o seu alvo e promovem um desequilíbrio na busca pela igualdade.

Assim, intentou-se demonstrar que a aplicação ilimitada do direito à liberdade de expressão não está e não deveria estar consolidada em regimes democráticos, sendo que, em muitos desses regimes democráticos, são relegados ao campo da ilicitude os discursos que propagam o ódio em virtude da cor da pele, da origem ou da religião.

A despeito da posição adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em diversos outros países, movimentos como a já mencionada marcha racista e supremacista realizada em agosto de 2017 em Charlottesville, no estado norte-americano da Virgínia – em que um conjunto de indivíduos componentes de um movimento chamado *alt-right* convocou uma marcha denominada *Unite the Right* contra a retirada de uma estátua do General Robert Lee, comandante das tropas confederadas que defendiam a manutenção do regime escravocrata, de um parque da cidade (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017, n. p.) – seriam considerados ilícitos, por implicar em um dano manifesto à dignidade dos alvos desses discursos e por dificultar o processo de promoção da igualdade social pelo Estado.

Mas e quando esses discursos extremistas têm como alvo não a cor da pele, a nacionalidade ou a religião de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos, e sim o seu posicionamento político, o mesmo raciocínio poderia se aplicado?

A pergunta deve ser considerada pertinente, haja vista que, em âmbito internacional, os discursos fundados em ódio político estão em voga e, em âmbito nacional, ganharam fôlego não apenas no contexto da campanha eleitoral de 2014, mas também no julgamento do impeachment da então Presidente da República Dilma Rousseff no ano de 2016. Diversos foram os discursos e atos de violência construídos em torno de partidos políticos e, de forma notória, em torno do partido que ocupava o governo à época, o Partido dos Trabalhadores.

Conforme relatou o Deputado Ivan Valente, “um anônimo pichou na frente da casa do apresentador Jô Soares mensagem de morte, pouco tempo depois de entrevista com a presidenta da República. [...]. Ameaças de morte foram desfechadas contra o jornalista Fernando Morais na internet” (VALENTE, 2015, n. p.). O então Deputado Federal Jair Bolsonaro, em discussão com manifestantes, afirmou que “o erro da ditadura foi torturar e não matar” (SENRA, 2016, n. p.). Da mesma forma, em um dos diversos protestos ocorridos nos anos que precederam o processo de impeachment, uma manifestante ostentou um cartaz onde questionava: “Porquê (*sic*) não mataram todos em 1964?” (NOVAES, 2015, n. p.), enquanto outra manifestante apresentou um cartaz com os seguintes dizeres: “Dilma, pena que não te enforcaram no DOI-CODI. Fora Dilma e PT” (NOVAES, 2015, n. p.). O senador Aécio Neves chegou a receber uma ameaça de morte pelo seu e-mail funcional, em

virtude de sua posição favorável ao impeachment da então presidente Dilma Rousseff (LIMA, 2016, n. p.).

À época em que foram divulgados os resultados das eleições de 2014, as redes sociais receberam uma verdadeira enxurrada de discursos de ódio fundados tanto em um preconceito em razão da origem, quanto em um preconceito pela opção partidária.

Após o anúncio da reeleição da presidente Dilma Rousseff, as reações nas redes sociais foram as mais variadas. Eleitores da petista festejaram, enquanto outros, a maior parte eleitores de Aécio Neves, usaram seus perfis para desferirem ofensas contra nordestinos.

[...].

Um outro afirmou “Povo nordestino tbm é burro p crlh, bolsa família aumenta mas a inflação aumenta o dobro. Vão estudar, seus cangaceiros fdp”. “O bolsa farofa dos nordestinos está garantido”, disse outro, em referência ao programa Bolsa- Família.

Uma usuária escreveu “Nordestino, por favor não venham para São Paulo procurando uma vida melhor, lembre-se: você votou na Dilma #RIPBrasil”. Uma outra, mais exaltada, exclamou em caixa alta “*** VONTADE DE MATAR ESSES NORDESTINOS TODOS” (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

O fato é que, conforme muito bem destacou Rodolfo Viana Pereira, “as eleições presidenciais de 2014 foram um marco destacado na história da polarização política brasileira” (PEREIRA, 2018, p. 221). Segundo o autor, “desde então, a cena política brasileira vem presenciando a radicalização do discurso político alimentada pela nota da intolerância, da animosidade e, mesmo, do ódio” (PEREIRA, 2018, p. 221).

A guinada à intolerância política foi de tal forma acentuada que levou o Tribunal Superior Eleitoral a promover um *overruling*. Até então, prevalecia no Tribunal o entendimento, norteado pelo princípio da mínima interferência na liberdade de manifestação política, de que os candidatos poderiam usar livremente o horário eleitoral gratuito, inclusive para promover ataques aos seus adversários políticos. Contudo, no julgamento da Representação n. 165865/2014, o Tribunal Superior Eleitoral firmou novo entendimento, segundo o qual:

Nos programas eleitorais gratuitos, as campanhas devem ser programáticas e propositivas, visando ao esclarecimento do eleitor quanto a temas de interesse público.

2. Não é permitido o uso do horário eleitoral gratuito para a veiculação de ofensas ou acusações a adversários, decorrentes de manifestações de terceiros ou de matérias divulgadas pela imprensa.

3. Eventuais críticas e debates, ainda que duros e contundentes, devem estar relacionados com as propostas, os programas de governo e as questões de políticas públicas (BRASIL, 2014).

Mas o tempo cuidou de demonstrar que as eleições de 2014 eram apenas o prelúdio do que estava por vir nas eleições de 2018 que, de forma notória e incontestável, ficaram registradas na história brasileira como o ápice da exacerbação da intolerância política fomentada pelo ódio.

A Organização Não Governamental *Safernet*, que atua em regime de cooperação com o Ministério Público Federal no levantamento de dados sobre ações na internet que violem os direitos humanos, constatou que, entre a data do primeiro turno e a data do segundo turno das eleições de 2018, “as denúncias com teor de xenofobia cresceram 2.369,5%, de apologia e incitação a crimes contra a vida, 630,52%, de neonazismo, 548,4%, de homofobia, 350,2%, de racismo, 218,2%, e de intolerância religiosa, 145,13%” (MESQUITA, 2018). A ONG constatou, ainda, que “o número total de denúncias mais que dobrou em relação ao pleito de 2014: passou de 14.653 para 39.316 neste ano” (MESQUITA, 2018).

Em um evento de campanha no norte do país, o então candidato Jair Bolsonaro valeu-se de um tripé de uma câmera de vídeo para representar uma arma e proferiu os seguintes dizeres direcionados aos eleitores do Partido dos Trabalhadores, registrados em vídeo e disseminados na internet: “vamos fuzilar a petralhada aqui do Acre”, eles “vão ter que comer capim” (PONTES, 2018).

Restando alguns dias para o segundo turno do pleito eleitoral, o mesmo candidato proferiu o seguinte discurso:

“Não tem preço as imagens que vejo agora da Paulista e de todo o meu querido Brasil. Perderam ontem, perderam em 2016 e vão perder a semana que vem de novo. Só que a faxina agora será muito mais ampla. Essa turma, se quiser ficar aqui, vai ter que se colocar sob a lei de todos nós. Ou vão pra fora ou vão para a cadeia. Esses marginais vermelhos serão banidos de nossa pátria”, disse o candidato, em referência aos que apoiam seu adversário, Fernando Haddad (PT).

“Essa pátria é nossa. Não é dessa gangue que tem uma bandeira vermelha e tem a cabeça lavada”, afirmou.

[...].

“Pretalhada, vai tudo vocês (*sic*) para a ponta da praia. Vocês não terão mais vez em nossa pátria”, avisou (MARCELLO, 2018).

Ao ameaçar os membros e apoiadores do Partido dos Trabalhadores de serem enviados à “ponta da praia”, Bolsonaro estava se referindo à base militar da

Marinha na Restinga da Marambaia, no Rio de Janeiro, “um local para executar opositores [...]. A mesma ponta da praia com o tempo virou uma gíria entre militares linha dura para designar lugar clandestino para interrogatório com tortura e eventual morte” (BALLOUSSIER, 2018).

Antes do início da corrida eleitoral, quando os pré-candidatos ainda se mobilizavam para a consolidação das suas candidaturas, um ônibus de uma caravana formada pelo Ex-Presidente da República Lula foi alvejado por tiros quando deixava um evento realizado no Rio Grande do Sul. Ao ser questionada sobre o ocorrido, a então Senadora gaúcha pelo Partido Progressistas, Ana Amélia, manifestou-se favoravelmente à ação, haja vista que “botou a correr aquele povo que foi lá, levando um condenado para se queixar da democracia [...] Atirar ovo, levantar o relho [chicote], levantar o rebente para mostrar onde está o Rio Grande, onde estão os gaúchos” (CARAM, 2018).

A intolerância política alcançou um grau ainda mais profundo quando o então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro sofreu um atentado a faca quando participava de ato de campanha na cidade de Juiz de Fora no estado de Minas Gerais. Conforme noticiado à época:

O processo democrático rola ladeira abaixo com o atentado a Jair Bolsonaro (PSL). O ataque a faca ao candidato cristaliza o ambiente radicalizado que domina o país e confere traços primitivos à disputa política. Há dois caminhos no fim dessa descida: uma barreira de contenção e um precipício. O acirramento do debate eleitoral produziu um estado de anomalia em que um cidadão julgou ser legítima a tentativa de eliminar com violência um adversário. A polarização política, nutrida por anos, abriu espaço para a convicção absurda de que a força poderia ser usada para calar alguém que pensa diferente.

Pouco importa agora se Bolsonaro tem posições radicais ou se é intolerante; ou se o autor do atentado tem problemas psicológicos. A arena política saiu do controle. Cabe aos protagonistas dessa cena a tarefa de domar o monstro – ainda que nenhum deles queira ou deva assumir sozinho sua paternidade (BOGHOSSIAN, 2018).

Na madrugada que sucedeu o dia em que foram realizadas as eleições em primeiro turno do ano de 2018, o Mestre Moa do Katendê foi vítima de homicídio após uma discussão em um bar sobre as eleições. Conforme informado no Inquérito Policial realizado pelo Departamento de Homicídio e Proteção à Pessoa do estado da Bahia, bem como na Denúncia oferecida pelo Ministério Público da Bahia, o Mestre Moa do Katendê foi a um bar com o seu irmão após o anúncio de que Fernando Haddad, do Partido dos Trabalhadores, e Jair Bolsonaro, do Partido Social

Liberal, iriam disputar o segundo turno das eleições. Os irmãos, que haviam votado no candidato do Partido dos Trabalhadores, discutiam o resultado das eleições, quando foram abordados por Paulo Sérgio Ferreira de Santana, que declarou voto no então candidato Jair Bolsonaro. A discussão ganhou contornos efusivos, a ponto de o dono do bar interromper. Paulo Sérgio Ferreira de Santana, então, saiu do bar, foi até a sua casa e retornou com uma faca, desferindo doze golpes que provocaram a morte do mestre de capoeira Romualdo Rosário da Costa, conhecido como Moa do Katendê (PITOMBO, 2018).

Segundo a Delegada Milena Calmon, responsável pelo Inquérito Policial, "foi mesmo uma discussão por causa de política, até a vítima sobrevivente já confirmou. O autor do crime estava defendendo Bolsonaro e a vítima, do lado do PT. De acordo com as testemunhas, houve ofensas verbais de lado a lado. O autor então foi em casa, pegou a faca, voltou e fez o que fez" (UCHÔA, 2018).

Questionado se haveria alguma relação entre os discursos que pregava e o homicídio de Moa do Katendê, o então candidato Jair Bolsonaro manifestou: "Peço ao pessoal que não pratique isso. Mas eu não tenho controle sobre milhões e milhões de pessoas que me apoiam. Agora, a violência vem do outro lado, a intolerância vem do outro lado. Eu sou a prova – graças a Deus, viva – disso aí" (UCHÔA, 2018).

Muito além das piores previsões, as eleições de 2018 ficaram registradas na história como o evento maior não apenas de polarização política, mas da polarização fomentada pelo ódio político que extremou a tal ponto a disputa até alcançar a violência física.

Após as eleições, o Deputado Federal Jean Wyllys, reeleito pelo PSOL do Rio de Janeiro, desistiu do seu mandato e afirmou que não tomaria posse e deixaria o país, em virtude das ameaças de morte que recebe recorrentemente e da consequente necessidade de viver sob escolta policial (BARROS, 2019).

Jean Wyllys havia se tornado alvo constante de discursos intolerantes tanto em virtude de ser declaradamente homossexual, quanto em razão de suas opiniões políticas. A Desembargadora Marília Castro Neves, por exemplo, publicou em uma rede social ser "[...] a favor de um ‘paredão’ profilático para determinados entes... Jean Willis [sic], por exemplo, embora não valha a bala que o mate e o pano que limpe a lambança, não escaparia do paredão...." (BARREIRA; BERMAN, 2018).

Diante desse cenário, se demonstra de sobremaneira pertinente a questão colocada no início deste capítulo: quando os discursos extremistas têm como alvo não a cor da pele, a nacionalidade, o gênero, a sexualidade ou a religião de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos, mas sim as suas preferências políticas, eles devem ser considerados discursos de ódio e, como tais, restringidos por ações estatais?

Antes de responder essa questão, contudo, é muito importante entender como e por que esse ódio em relação às preferências políticas tem crescido não apenas no Brasil, mas em muitos outros países. É necessário entender a natureza do preconceito político que fomenta esse ódio para poder, inclusive, distingui-lo do ódio racial ou religioso ou caracterizá-lo como um ódio de mesma espécie. Para tanto, são de grande valia as pesquisas recentes realizadas no âmbito da Ciência Política que estudam o preconceito partidário.

Em relatório de pesquisa publicado em julho de 2015, os professores Shanto Iyengar e Sean J. Westwood demonstraram o quão impregnados e automáticos nas mentes dos eleitores americanos estão os sentimentos de hostilidade pelos partidos opostos (2015, p. 690). A pesquisa demonstrou que, nos Estados Unidos, a polarização afetiva⁶⁵ baseada no partido político é tão forte quanto a polarização causada pela cor da pele e a discriminação baseada no partido é tão profunda que chega a superar a discriminação baseada na cor da pele (2015, p. 690).

A pesquisa demonstrou, ainda, que as tendências partidárias exercem grande influência mesmo em comportamentos e julgamentos sem caráter político. Demonstrou, por exemplo, que, em um suposto concurso para premiar um aluno com uma bolsa de estudos, as pessoas preferem eleger os seus partidários, ainda que estes se demonstrem evidentemente menos preparados que candidatos do partido oposto (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 691).

A pesquisa concluiu que a disposição dos eleitores para manifestar publicamente a sua animosidade pelo partido de oposição pode ser atribuída à ausência de normas que regulamentem a expressão de sentimentos negativos. Enquanto os preconceitos relacionados à cor da pele e ao gênero costumam ser

⁶⁵ Segundo Shanto Iyengar e Sean J. Westwood, polarização afetiva é a tendência de identificação de partidários opostos negativamente e copartidários positivamente. Essa separação afetiva é o resultado de uma classificação dos partidários opostos como grupo externo e copartidários como membros do grupo interno (2015, p. 691).

criminalizados, não há qualquer regulamentação para desencorajar o preconceito relacionado ao partido político (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 692).

Trabalhos recentes sugerem o partido como uma importante forma de construção da identidade social. Ocorre que teóricos da identidade social confirmam que, em ambientes de competição, o senso de pertencimento a um grupo provoca a internalização de uma boa avaliação dos membros internos do grupo e uma má avaliação dos membros do grupo oposto. No caso do partidarismo, essa polarização afetiva cresceu muito nos Estados Unidos recentemente (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, pp. 691-692).

Enquanto o preconceito relacionado à cor da pele e ao gênero é, em alguma medida, constrangido por normas sociais, não há nenhuma norma destinada a minimizar o comportamento contra oponentes políticos. Muito pelo contrário, a retórica e as ações dos líderes políticos demonstram que a hostilidade dirigida à oposição é aceitável e até mesmo apropriada e, de certo modo, fomentada. Assim, partidários se sentem à vontade para disseminar o seu comportamento discriminatório contra opositores (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 692).

Destarte, a ausência de normas proibitivas – como ocorre com relação ao preconceito fundamentado na cor da pele, no gênero ou na religião – implica em ausência de desaprovação social da conduta (WESTWOOD et al., 2018, pp. 350-351). Ao contrário, o comportamento dos líderes políticos parece fomentar e tratar como aceitáveis ações desmesuradas e hostis aos opositores políticos (WESTWOOD et al., 2018, p. 351).

A periodicidade das eleições e das campanhas políticas, que acirram os ânimos e trazem à tona propagandas políticas com massiva hostilidade entre os opositores também pode ser um fator determinante para a existência do partidismo (WESTWOOD et al., 2018, p. 351).

Um problema real encontrado na política é que o partidarismo é não apenas um grande aspecto das escolhas políticas, ou seja, uma divisão política, mas também uma divisão social. Isso é demonstrado através de uma comparação do comportamento relacionado ao afeto partidário com o afeto baseado na identidade racial (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 690).

A tese sustentada por Iyengar e Westwood em sua pesquisa é dividida em duas partes. Primeiramente foi feita uma comparação entre a magnitude da divisão

entre partidários e opositores, de um lado, e entre pessoas de cores de pele diferentes, de outro. Através dessa primeira parte, os pesquisadores demonstram que o nível da animosidade partidária no público americano supera a hostilidade racial (2015, pp. 690-691).

Em segundo lugar, por meio de três experimentos, os pesquisadores demonstraram que o partidarismo e o afeto partidário influenciam comportamentos e julgamento de caráter não político (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 691). Através desses três experimentos, os pesquisadores alcançaram a conclusão de que, na ausência de sanção ou norma social que desencoraje o preconceito relacionado ao partido, os partidários optam por discriminar os seus opositores. Mas, ainda mais relevante, os pesquisadores perceberam que essa discriminação contra opositores políticos é baseada muito mais na animosidade contra os opositores do que na busca pelo favorecimento de partidários. O crescimento da hostilidade entre as vertentes partidárias nos Estados Unidos demonstrou, sobretudo, o crescimento de uma visão estereotipada e negativa dos opositores políticos (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 691).

Mas o dado mais impressionante demonstrado pela pesquisa é a invasão da influência das preferências políticas em domínios não políticos e, até então, pessoais. A preferência declarada pelo casamento entre pessoas do mesmo partido político é apenas a ponta de um iceberg de evidências sobre a crescente relevância das preferências partidárias para as relações interpessoais. De fato, a seleção conjugal baseada no partido nos Estados Unidos supera a seleção baseada em aspectos físicos ou de personalidade. A crescente polarização afetiva ampliou os limites das preferências partidárias e restringiu os laços sociais e pessoais (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, pp. 691-692).

A partir deste contexto, pode-se dizer que a pesquisa realizada por Shanto Iyengar e Sean J. Westwood formulou duas questões: primeiramente, como o afeto partidário se compara com o afeto baseado em outras divisões sociais? Em segundo lugar, qual a extensão da disposição partidária para discriminar os opositores em decisões não políticas? (2015, p. 692).

Para a primeira questão, os pesquisadores sustentaram a hipótese de que o afeto partidário está suficientemente entranhado na consciência das pessoas a ponto de se manifestar em indicadores implícitos de atitudes partidárias; e o efeito

provocado pelo afeto partidário é maior do que o efeito provocado pelo afeto relacionado a outras divisões sociais para as quais há normas sociais que desencorajam atitudes preconceituosas (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 692).

Para a segunda questão, os pesquisadores sustentaram a hipótese de que o partidarismo e o afeto partidário motivam as pessoas a fazer determinações e julgamentos que são tendenciosos a favor dos partidários; e que o favorecimento partidário exerce menor influência que a animosidade contra os opositores (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 692).

O primeiro estudo teve como objetivo mensurar o afeto partidário implícito. Como atitudes implícitas são traços de experiências passadas que mediam sentimentos favoráveis ou desfavoráveis para com objetos sociais, a detecção de afeto partidário implícito demonstra que o senso de identidade partidária está profundamente entranhado nas mentes dos cidadãos (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 692).

Para realizar este estudo, os pesquisadores lançaram mão da técnica do “Implicit Association Test” – IAT –, desenvolvida por Greenwald, McGhee e Schwartz. Nessa pesquisa, são apresentadas imagens com associações entre nomes e sentimentos bons ou ruins, como, por exemplo, democrata e bom; republicano e ruim. Os entrevistados são orientados a optar o mais rápido possível por aderir ou não à associação. O estudo capta a velocidade de reação das pessoas ao marcarem as opções. Geralmente, quando a associação já reflete algo que está ínsito na mente da pessoa, ela demanda menor tempo para responder (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 692).

Apesar de a sociedade americana ser marcada por uma forte segregação racial, o estudo demonstrou a existência de uma menor associação entre “afroamericano” e “ruim” do que entre “democrata” e “ruim”. Os dados demonstraram que as associações negativas a partidários opostos são mais rápidas – e, portanto, mais automáticas – que associações negativas a afroamericanos (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, pp. 695-696).

No segundo estudo, os pesquisadores avaliaram, comparativamente, a influência das preferências partidárias e raciais na tomada de decisões não políticas. Em suma, o teste envolve a seleção de um candidato para receber uma bolsa escolar. Os voluntários selecionados em razão de seu partido receberam os

currículos dos candidatos contendo informações sobre a sua qualificação e as suas atividades extracurriculares – inclusive atividades partidárias. Por outro lado, os voluntários divididos em razão da cor da pele por eles declarada receberam os currículos dos candidatos contendo informações sobre a sua qualificação e as suas atividades extracurriculares – inclusive engajamento em atividades de defesa da sua cultura ou raça (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 697).

O que surpreendeu neste estudo é que a preferência por candidatos do mesmo partido, mesmo quando eles apresentavam qualificação inferior àqueles candidatos do partido oposto foi bastante superior – alcançando, em alguns casos, 80% – à preferência por candidatos da mesma raça, sendo que os “euroamericanos” demonstraram uma preferência pelos candidatos negros quando estes apresentavam melhor currículo. O fato é que a pesquisa demonstrou de forma inquestionável que a avaliação de estudantes, para fins de recebimento de bolsa – uma questão, em tese, apolítica – está sujeita a aspectos partidários (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, pp. 698-701).

Já no terceiro estudo, os pesquisadores pretenderam demonstrar que o preconceito partidário também se afigura quando a decisão em preferência a um partidário pode implicar em prejuízo para a pessoa que toma a decisão. Eles lançam mão do “trust game” e do “dictator game” para tanto. São jogos a partir dos quais um participante recebe uma quantia de dinheiro e informações sobre o outro participante – no caso, entre essas informações, suas preferências partidárias ou suas informações de raça. O primeiro participante pode alocar, ou deixar de alocar, qualquer quantia com o segundo participante, a partir do nível de confiança que adquire, recebendo a informação de que poderá receber futuros dividendos por tanto. Nos testes, os participantes se demonstraram mais generosos nos investimentos realizados com os seus partidários, mas não com as pessoas da mesma raça (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, pp. 701-702).

O fato é que as “preferências raciais são eliminadas quando um dos candidatos é claramente melhor do que o outro. Por outro lado, preferências partidárias levam as pessoas a escolher um candidato claramente inferior”⁶⁶ (SUNSTEIN, 2016, p. 06).

⁶⁶ Tradução livre do original em inglês: “racial preferences were eliminated when one candidate was clearly better than the other. By contrast, party preferences lead people to choose a clearly inferior candidate” (SUNSTEIN, 2016, p. 06).

No quarto estudo, os pesquisadores buscaram separar os efeitos do preconceito contra opositores políticos dos efeitos do favorecimento de partidários. Para tanto, lançaram mão dos mesmos jogos do terceiro estudo, mas incluíram quatro possibilidades dentro dos currículos do segundo participante, quais sejam: sem qualquer identidade partidária, republicano, democrata ou independente. A inclusão de um verdadeiro controle sem qualquer referência à filiação partidária forneceu uma linha de base neutra – um barema – a partir da qual foi possível avaliar as preferências dos membros do grupo e das pessoas externas ao grupo (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, pp. 702-703).

O estudo alcançou a conclusão de que as pessoas tendem a punir mais as pessoas em que não confiam – no caso os opositores políticos –, com menores recursos, do que a beneficiar as pessoas em quem depositam mais confiança – seus copartidários (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 703).

A título de conclusão, a pesquisa demonstra que o preconceito partidário implica em reações e avaliações mais extremas em relação a pessoas externas ao grupo do que o racismo que, ao menos em tese, é o fator mais proeminente de divisão da sociedade americana (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 704).

Para os pesquisadores, a explicação mais plausível para a reação afetiva mais forte gerada pelas preferências partidárias encontra-se na ausência de aplicação de normas igualitárias – que incentivem a igualdade –, já que este tipo de norma desencoraja comportamentos discriminatórios (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 705).

Essa animosidade provocada pelo preconceito partidário também poderia ser atribuída a algumas diferenças entre a identidade partidária e a identidade racial. A identidade racial é, basicamente, inerente ao indivíduo, em virtude de sua forma física, enquanto a sua identidade partidária pode ser atribuída ao seu livre exercício de escolha. Contudo, outra causa que aparenta ser verificável é que os partidos políticos fomentam o debate através da sustentação pública e reiterada de opiniões conflitantes, o que provoca uma internalização da hostilidade pelo público (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 705).

Fato é que o nível de animosidade entre as preferências partidárias implica em uma menor disposição para tratar as ações dos opositores como legítimas, resultando em uma aprofundada contestação dos resultados políticos. Trata-se de

um verdadeiro incentivo dos partidos à anulação dos opositores e de suas políticas, como se a mera discordância implicasse em ilegitimidade (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 705).

Um dos principais riscos evidenciados, portanto, é que “o nível de animosidade através das linhas partidárias implica em uma disposição reduzida de tratar as ações dos opositores políticos como legítimas, resultando em uma contestação mais intensa dos resultados políticos”⁶⁷ (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 705).

O constitucionalista norte-americano Cass Sunstein denomina esse tipo de preconceito relacionado ao partido político de “partyism” ou, em tradução livre, partidismo. Segundo o professor da Universidade de Harvard, “‘partidismo’ é uma forma de hostilidade e preconceito que opera através das linhas políticas”⁶⁸ (SUNSTEIN, 2016, p. 01).

Ainda segundo Sunstein, “a ideia central é que pela mera identificação com um partido político, uma pessoa torna-se hostil ao partido político oposto e disposta a acreditar que os seus membros têm uma série de características ruins”⁶⁹ (2016, pp. 01-02).

Para Sunstein, o partidismo é real e está em franco crescimento, se demonstrando atualmente até mesmo pior que o racismo, ao provocar consequências não apenas no espectro político e governamental, mas também em questões corriqueiras (2016, p. 02).

Outras pesquisas, além da já mencionada pesquisa desenvolvida por Iyengar e Westwood também procuraram evidenciar a existência de um preconceito relacionado ao partido político ou às preferências político-partidárias, o partidismo. Um dos métodos utilizados para demonstrar a existência dessa espécie de preconceito é uma pesquisa que aborda “classificações de calor”. Nessa pesquisa, as pessoas são questionadas sobre como se sentem em relação a outras pessoas, em uma relação que vai de 0 a 100, onde 0 significaria “frio” – ou seja, um

⁶⁷ Tradução livre do original em inglês: “The level of animosity across party lines also implies a reduced willingness to treat the actions of partisan opponents as legitimate, resulting in more intense contestation of policy outcomes” (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, p. 705).

⁶⁸ Tradução livre do original em inglês: “‘Partyism’ is a form of hostility and prejudice that operates across political lines” (SUNSTEIN, 2016, p. 01).

⁶⁹ Tradução livre do original em inglês: “The central idea is that merely by identifying with a political party, a person becomes hostile to the opposing party and willing to believe that its members have a host of bad characteristics” (SUNSTEIN, 2016, pp. 01-02).

sentimento negativo em relação à outra pessoa – e 100 significaria “quente” – ou seja, um sentimento positivo em relação à outra pessoa. Se, por um lado, a pesquisa demonstrou que ao longo de 30 anos, as pessoas mantiveram a mesma escala de calor em relação aos seus copartidários – próximo a 70 tanto entre republicanos quanto entre democratas –, o índice caiu cerca de 15 pontos em relação aos opositores políticos ao longo do mesmo período, alcançando cerca de 30 pontos em 2008 (SUNSTEIN, 2016, p. 03).

Conforme já mencionado, o partidismo também se evidencia por meio das preferências matrimoniais. Se, por um lado, o racismo tem diminuído neste ponto nos Estados Unidos – em 1986, 65% dos entrevistados condenavam os casamentos entre pessoas de raças diferentes, enquanto em 2011, 63% dos entrevistados alegaram não ver qualquer problema em relação a esse tipo de casamento –, o partidismo tem crescido vertiginosamente. Na década de 1960, apenas 5% dos republicanos e 4% dos democratas alegaram que ficariam decepcionados se um dos seus filhos se casasse com uma pessoa do partido político oposto. Já em 2010, esses números saltaram para 49% e 33% respectivamente (SUNSTEIN, 2016, p. 05).

Mas como explicar a existência do partidismo, esse preconceito político-partidário? Segundo Cass Sunstein, ele está relacionado à polarização de grupo, que, em resumo, surge “quando os membros de um grupo deliberativo se movem em direção a um ponto mais extremo em qualquer direção indicada pela tendência de pré-deliberação dos membros”⁷⁰ (1999, pp. 03-04).

Assim, com a ocorrência deste fenômeno – a polarização de grupo –, em certas condições, um grupo a favor das ações afirmativas se tornará ainda mais favorável às ações afirmativas após uma discussão; um grupo a favor da restrição do acesso às armas se tornará ainda mais favorável à restrição após a discussão (SUNSTEIN, 1999, p. 04).

Existem dois grandes fatores responsáveis pela polarização de grupo: as influências sociais sobre o comportamento e o conjunto limitado de argumentos. “Uma das principais lições do fenômeno de polarização de grupo é lançar uma nova

⁷⁰ Tradução livre do original em inglês: “when members of a deliberating group move toward a more extreme point in whatever direction is indicated by the members’ predeliberation tendency” (SUNSTEIN, 1999, pp. 03-04).

luz sobre um ponto antigo, no sentido de que a homogeneidade social pode ser bastante prejudicial à boa deliberação”⁷¹ (SUNSTEIN, 1999, p. 04).

Ouvir apenas ecos da própria voz facilita o processo de reforçar o ponto de vista pré-deliberativo e pode fomentar até mesmo extremismos. Por outro lado, a heterogeneidade e a pluralidade na deliberação tendem a promover resultados mais efetivos (SUNSTEIN, 1999, p. 04).

Uma questão que vem sendo profundamente analisada por pesquisadores é a influência social no comportamento individual. Em suma, as pesquisas demonstram que as pessoas agem da forma que agem porque pensam que outras pessoas agem da mesma forma (SUNSTEIN, 1999, p. 05). Isso porque os atos ou discursos das pessoas carregam uma externalidade informacional. A partir do momento em que as pessoas agem de certas maneiras, elas emitem sinais da maneira como faz sentido agir. Essas ações e discursos também carregam uma externalidade reputacional, na medida em que emitem sinais de como as outras pessoas acham que devem se comportar. Considerações reputacionais acerca do seu meio permitem que pessoas consumam bebidas alcoólicas ou não, fumem cigarros ou não, consumam drogas ou não (SUNSTEIN, 1999, p. 06).

A polarização de grupo é, então, muitas vezes o resultado de um efeito cascata (SUNSTEIN, 1999, p. 07).

Uma pesquisa desenvolvida no campo das mudanças de risco demonstrou que, após uma deliberação em grupo, as pessoas se tornam mais predispostas a aceitar maiores riscos do que aceitavam em sua condição pré-deliberativa. Conforme constatado na aludida pesquisa, as pessoas tendem a adotar posições mais extremas após a deliberação do que adotavam antes de iniciarem uma deliberação. Na verdade, a deliberação fomenta que as pessoas adotem posições mais extremadas no mesmo sentido que adotavam antes de deliberarem (SUNSTEIN, 1999, pp. 10-12).

Muito provavelmente isso ocorre em virtude do conforto gerado com a aceitação pública da sua posição inicial. Ou seja, trata-se de um resultado da externalidade informacional e da externalidade reputacional (SUNSTEIN, 1999, p. 12).

⁷¹ Tradução livre do original em inglês: “one of the principal lessons of the group polarization phenomenon is to cast new light on an old point, to the effect that social homogeneity can be quite damaging to good deliberation” (SUNSTEIN, 1999, p. 04).

De fato, a comparação social é um dos fatores que explicam a polarização de grupo. Pessoas querem ser aceitas e bem vistas em seus grupos, o que faz com que se sujeitem a ajustar as suas posições e opiniões às opiniões dominantes do grupo. Quando uma defensora do feminismo se encontra em grupos que não se manifestam de acordo com a sua opinião, não se sente tão entusiasmada em expor suas visões quando se encontra em um grupo de feministas (SUNSTEIN, 1999, p. 13).

Outro fator potencialmente justificador da polarização de grupo são os argumentos persuasivos. Adotando essa conhecida tese, entende-se que, em um grupo, as pessoas estão sujeitas ao escrutínio dos argumentos. Sendo assim, os argumentos mais convincentes tendem a vencer o debate. Além disso, caso se observe que parte considerável do grupo já tem posições pré-definidas, há uma tendência a se observar um número desproporcional de argumentos em prol de determinada posição (SUNSTEIN, 1999, p. 14).

A polarização se demonstra mais forte e mais tendente ao extremo quanto mais forte for a associação ao grupo e quanto mais alto for o grau de anonimato (SUNSTEIN, 1999, p. 17). Muito provavelmente em virtude disso, a internet colabore tanto para a polarização de grupo que se enxerga atualmente.

Mas quais as implicações provocadas pela polarização de grupo? Indicadores demonstram que as implicações provocadas em relação a grupos externos são peculiares. Isso porque a definição do grupo pressupõe, em contraste, a definição do grupo externo como o conjunto de indivíduos identificados com a ideia no extremo oposto da ideia que reúne o grupo. Isso tende a provocar atitudes extremas, inclusive a violência física (SUNSTEIN, 1999, p. 21).

A questão da internet também é simbólica. O acesso reiterado a informações em conformidade com a visão já formada da pessoa e a limitação ao acesso a informações contrárias provocam a criação de uma identidade de grupo. Conforme já suscitado, a polarização de grupo aumenta com o caráter anônimo da manifestação e com o reforço positivo que as pessoas encontram nas manifestações de grupos de internet (SUNSTEIN, 1999, p. 22).

Uma situação em que a polarização de grupo é verificada com uma frequência incrível é a formação de um veredito por um corpo de jurados. Conforme demonstram estudos (SUNSTEIN, 1999, p. 23), o resultado é condicionado por

interpretações pré-deliberativas em 90% dos casos. Ainda mais impressionante, foi observado que, em uma grande parte dos casos, o veredito final obtido é mais extremo do que o veredito proposto por qualquer dos jurados individualmente na condição pré-deliberativa, o que reforça o caráter extremista da polarização de grupo (SUNSTEIN, 1999, pp. 23-24).

Observa-se, portanto, que há indícios à sobeja a demonstrar que o partidismo é uma forma de preconceito, fruto de uma polarização de grupo, polarização esta que tem se agravado com a filtragem das informações que a internet proporciona atualmente.

O partidismo existe, está crescendo e, ao contrário do que sustentam algumas posições, é uma forma de preconceito, muito semelhante ao preconceito de origem religiosa, eis que atrelado muito mais a questões afetivas do que a questões ideológicas.

4.2. O partidismo é um fenômeno exclusivo dos Estados Unidos?

Todas as pesquisas até então mencionadas neste capítulo fazem referência a estudos realizados nos Estados Unidos. Poder-se-ia, em virtude de tanto, afirmar que o partidismo é um fenômeno exclusivamente norteamericano, resultante do modelo praticamente bipartidário dos Estados Unidos, que seria condizente com uma polarização entre dois extremos.

A partir dessas suposições, seria possível, então, questionar a necessidade de se pesquisar a ocorrência do partidismo em um país tal qual o Brasil, no qual existem dezenas de partidos políticos, sendo que 30 partidos obtiveram, nas eleições de 2018, representação no Congresso Nacional (XAVIER, 2018).

Ocorre, contudo, que os eventos observados na corrida eleitoral de 2014 e, de forma ainda mais veemente, na campanha eleitoral de 2018 parecem denotar que há, no Brasil, uma polarização político-partidária que enseja a ocorrência do partidismo.

Além dos aludidos eventos, uma pesquisa desenvolvida no ano de 2015 por pesquisadores de universidades de diversos países – Sean Westwood (Dartmouth College, EUA), Shanto Iyengar (Stanford University, EUA), Stefaan Walgrave (University of Antwerp, Bélgica), Rafael Leonisio (University of the Basque Country, Espanha), Luis Miller (University of the Basque Country, Espanha) e Oliver Strijbis

(Berlin Social Science Center –WZB, Alemanha)⁷² – demonstrou que o partidismo não é um fenômeno propriamente norteamericano e, menos ainda, necessariamente atrelado às características do sistema eleitoral dos Estados Unidos.

O trabalho lança mão de evidências obtidas na Inglaterra, nos Estados Unidos, na Bélgica e na Espanha que demonstram que as pessoas estão mais ligadas aos partidos políticos do que aos grupos sociais representados por esses partidos e que as pessoas discriminam os seus opositores políticos em graus que superam a discriminação religiosa ou étnica (WESTWOOD et al., 2015, p. 02).

Os partidos políticos são representantes de interesses de grupos sociais. Partindo dessa premissa, entende-se que a ideia de identidade coletiva – ou identidade de grupo – exerce um papel relevante na escolha partidária. Como consequência dessa escolha, os indivíduos tendem a criar um forte laço de solidariedade com os seus copartidários e um afastamento dos seus opositores políticos, criando um clima de “nós contra eles” (WESTWOOD et al., 2015, p. 03).

Em níveis extremos, foi constatada nos Estados Unidos uma polarização política, partidismo, que superou até mesmo o racismo. O partidismo remodelou as divisões sociais originalmente subjacentes, tornando-se a principal marca distintiva dentro das sociedades democráticas. O que, por si só, não é ruim. Mas a competitividade adotada em virtude do partidismo tem provocado um grau de hostilidade incompatível com as regras democráticas de tolerância mútua (WESTWOOD et al., 2015, p. 04).

Para analisar o partidismo, a pesquisa se valeu de quatro países com características diferentes: Estados Unidos, Inglaterra, Bélgica e Espanha. Enquanto os Estados Unidos e a Inglaterra apresentam certa coesão e estabilidade em relação à língua e à religião, a Bélgica e a Espanha são países com fortes divisões linguísticas e regionais. A partir dessas diferenças, os pesquisadores esperavam, inicialmente, demonstrar que, em sociedades mais estabilizadas, a polarização partidária é maior, enquanto em sociedades com maior divisão, outras polarizações sociais serão mais relevantes (WESTWOOD et al., 2015, p. 05).

⁷² Destaca-se que o presente trabalho baseou-se no relatório final da referida pesquisa, cujo *paper* foi publicado na página da Universidade de Stanford em 16 de outubro de 2015, e pode ser encontrado no seguinte endereço: <https://pcl.stanford.edu/research/2015/westwood-crossnational-polarization.pdf>. Em meados de 2018, já em fase final de elaboração desta tese, o referido *paper* foi publicado no “European Journal of Political Research”, e pode ser encontrado no seguinte endereço eletrônico: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/1475-6765.12228>, (doi:10.1111/1475-6765.12228).

A pesquisa “[...] foca particularmente na polarização afetiva – o grau em que membros de um grupo expressam animosidade e desconfiança em relação a membros de grupos opostos”⁷³ (WESTWOOD et al., 2015, p. 05).

Ocorre que, ao contrário do esperado, o estudo demonstrou que tanto em países com maior unidade quanto em países com maior divisão, a desconfiança fundada na filiação partidária supera facilmente a desconfiança fundada em outras divisões sociais (WESTWOOD et al., 2015, p. 05).

“[Os] resultados mostram que o senso de identidade partidária – embora necessário para a representação democrática e governança – se desenvolveu em uma medida que agora constitui uma forte forma de preconceito e discriminação interpessoal”⁷⁴ (WESTWOOD et al., 2015, p. 05).

Um indicador padrão da polarização afetiva é a extensão através da qual a afiliação a um grupo provoca afeição pelos membros do grupo e hostilidade às pessoas externas a ele. Teorias de psicologia demonstram que todo e qualquer pertencimento a um grupo seja de forma voluntária ou involuntária, provoca o sentimento de afeição pelos membros do grupo e de hostilidade às pessoas externas ao grupo (WESTWOOD et al., 2015, p. 06).

Ocorre que, conforme já mencionado, as ações extremas provocadas pela polarização afetiva causada pela raça ou pelo gênero, por exemplo, encontram fortes reprimendas nos sistemas jurídicos de regimes democráticos, enquanto a polarização afetiva causada pelo partidismo além de não encontrar qualquer óbice legal, ainda encontra campo fértil na hostilidade rotineiramente demonstrada pelos líderes políticos em face dos seus opositores. A hostilidade, a animosidade e o comportamento discriminatório entre opositores políticos são, então, antes fomentados do que proibido pelos sistemas jurídicos (WESTWOOD et al., 2015, pp. 06-07). “A ausência de normas sociais permite que o partidismo cresça e floresça na consciência pública”⁷⁵ (WESTWOOD et al., 2015, p. 07).

⁷³ Tradução livre do original em inglês: “[...] focus in particular on affective polarisation – the degree to which group members express animus and distrust toward members of opposing groups” (WESTWOOD et al., 2015, p. 05).

⁷⁴ Tradução livre do original em inglês: “Our results show that the sense of partisan identity - however necessary for democratic representation and governance - has developed to an extent where it now constitutes a strong form of out-group prejudice and inter-personal discrimination” (WESTWOOD et al., 2015, p. 05).

⁷⁵ Tradução livre do original em inglês: “the absence of social norms allow partyism to grow and flourish in the public consciousness” (WESTWOOD et al., 2015, p. 07).

A Grã-Bretanha, que originalmente tinha um sistema bipartidário – formado pelo Partido dos Trabalhadores e o Partido Conservador – se tornou, a partir dos anos 1970 em um sistema pluripartidário, sendo que, nas eleições de 2015, os demais partidos alcançaram cerca de 31% dos votos. A votação baseada na classe perdeu lugar para outras preocupações como o terrorismo, a relação com a União Europeia, a imigração (WESTWOOD et al., 2015, p. 10).

Os Estados Unidos, ao seu turno, apresentam um sistema bipartidário com maior predisposição à polarização afetiva. Embora ambos os partidos convirjam ao centro, há uma manifestação muito forte de hostilidade aos opositores políticos, a níveis tais que, conforme já mencionado, o partidismo supera o racismo (WESTWOOD et al., 2015, p. 11).

Já a Bélgica é um país formado por uma forte divisão, sobretudo em virtude da pretensão de autonomia da região de Flandres. O sistema pluripartidário reflete a grande divisão regional do país (WESTWOOD et al., 2015, p. 12). A Bélgica tem 11 partidos políticos (WESTWOOD et al., 2015, p. 37).

Por fim, a Espanha está no topo da escala de divisão social entre os países analisados pela pesquisa. É um país com tamanha divisão regional que comporta movimentos separatistas em duas regiões: a Catalunha e o País Basco. Curiosamente, há no País Basco um partido de direita e um partido de esquerda que apoiam a independência e há na Espanha um partido de direita e um partido de esquerda que defendem a manutenção do Estado Nacional unificado (WESTWOOD et al., 2015, p. 13). A Espanha tem 13 partidos políticos (WESTWOOD et al., 2015, p. 37).

A metodologia utilizada para avaliar o partidismo nesses países foi o “trust game” (jogo da confiança), que, conforme já analisado neste trabalho, avalia a disposição dos indivíduos de promover investimentos em outros indivíduos tomando em consideração as suas características. No aludido jogo, o participante recebe uma quantia em dinheiro – 10 dólares, libras ou euros – e deve investir esse dinheiro – totalmente, parcialmente ou nada – em outros participantes, levando em conta as características prévias que lhe são fornecidas sobre eles. O investimento é realizado com a expectativa de retorno, eis que aos participantes que fazem o investimento é informado que o estafe do jogo triplicará a quantia recebida pelo jogador que recebe o investimento e este poderá devolver toda a quantia, parte ou nada do valor

recebido do investidor. Assim, o investimento será feito com fundamento na confiança construída pelo investidor no segundo jogador a partir das suas características (WESTWOOD et al., 2015, pp. 15-16).

Os currículos dos jogadores incluem a identificação partidária, a característica relacionada à divisão social mais forte daquele país – cor da pele, religião ou etnia – e outros dados que visam apenas a distrair os jogadores – idade, sexo. Estes dados, contudo, são controlados para que não impactem na escolha (WESTWOOD et al., 2015, p. 17).

Os resultados encontrados pela pesquisa foram impressionantes:

Apesar das vastas diferenças nas instituições políticas e eleitorais, e nos níveis de discórdia social, a afiliação partidária polariza consistentemente os indivíduos e, em certa medida, é maior do que as clivagens sociais proeminentes. Contrariamente às nossas expectativas, a polarização partidária domina a polarização social na mesma medida nas sociedades profundamente divididas da Bélgica e do País Basco, como nos casos mais integrados dos EUA e do Reino Unido⁷⁶ (WESTWOOD et al., 2015, p. 18).

No Reino Unido, ficou constatado um grande preconceito em relação aos indivíduos alinhados a escolhas políticas divergentes. A penalização imposta aos opositores políticos superou em muito o favorecimento aos copartidários. Tomando os jogadores neutros – pessoas apartidárias – como parâmetro de comparação, os conservadores investiram 3% a mais em seus copartidários, enquanto investiram 28% a menos nos opositores políticos – os trabalhadores. O mesmo comportamento foi observado em relação aos trabalhadores. Tomando os jogadores neutros – pessoas apartidárias – como parâmetro de comparação, os trabalhadores investiram 8% a mais em seus copartidários, enquanto investiram 34% a menos nos opositores políticos – os conservadores (WESTWOOD et al., 2015, p. 20).

Embora estivessem, à época da pesquisa, compondo governo com os conservadores e tenham um alinhamento ideológico historicamente ligado aos trabalhistas, os liberais democratas também penalizaram pessoas identificadas tanto com os conservadores – em 19% –, quanto pessoas identificadas com os trabalhistas – estes em 9% (WESTWOOD et al., 2015, p. 21).

⁷⁶ Tradução livre do original em inglês: “Despite the vast differences in political and electoral institutions, and levels of social discord, party affiliation consistently polarizes individuals and to an extent greater than prominent social cleavages. Contrary to our expectations, partisan polarization dominates social polarization to the same extent in the deeply divided societies of Belgium and Basque Country as in the more integrated cases of the U.S. and U.K.” (WESTWOOD et al., 2015, p. 18).

Como resultado final da pesquisa realizada na Inglaterra, observou-se que os participantes aplicaram, em média, um bônus de 0,25 libras aos seus copartidários e uma penalização de 0,65 libras aos seus opositores políticos (WESTWOOD et al., 2015, p. 22).

Nos Estados Unidos, os resultados encontrados foram semelhantes, tanto democratas quanto republicanos aplicaram um bônus médio de 8% aos seus copartidários, tomando-se como parâmetro os jogadores neutros. Quando se trata de opositores políticos, os democratas aplicaram uma penalidade média de 16% e os republicanos, de 10% (WESTWOOD et al., 2015, p. 22). Mais uma vez, a hostilidade em relação aos opositores políticos superou o favorecimento aos membros do mesmo grupo (WESTWOOD et al., 2015, p. 23).

Na Bélgica, onde sequer há partidos que tenham representação de abrangência nacional, tamanha a divisão regional e linguística, os resultados também foram parecidos e a polarização partidária superou a polarização regional. Foram constatados bônus aos copartidários de 18% para os jogadores alinhados ao MR, 17% para aqueles alinhados ao NV-A, 15% para os alinhados ao PS, e 26% para os jogadores alinhados ao SP.A. (WESTWOOD et al., 2015, p. 24).

Além disso, os investimentos realizados em proveito dos opositores políticos foram muito inferiores aos investimentos realizados em proveito de jogadores de regiões diferentes do investidor. Os jogadores preferiram confiar e, assim, investir mais naquelas pessoas de outras regiões que tinham o mesmo alinhamento ideológico que eles do que nas pessoas da sua mesma região que tinham alinhamento ideológico oposto (WESTWOOD et al., 2015, pp. 25-26).

Na Espanha, apesar da divisão regional ser de sobremaneira intensa, mormente no País Basco – onde, há pouco tempo, havia a ação do ETA, um grupo separatista que se valia da luta armada – o partidismo é o fator predominante na alocação de confiança (WESTWOOD et al., 2015, p. 27).

A título exemplificativo, os jogadores alinhados ao Partido Amaiur – basco – investiram em seus copartidários com um bônus de 32% em relação ao jogador neutro e nos jogadores alinhados ao PP – espanhol – com uma penalização de 29%. Os jogadores alinhados ao PNV – basco – investiram em seus copartidários com um bônus de 17% e nos jogadores alinhados ao PP – espanhol – com uma penalização de 12% (WESTWOOD et al., 2015, p. 29).

Os partidários são igualmente indiferentes à etnia dos partidários oponentes. Para todos, exceto para os partidários do PSOE, os opositores políticos que estão do mesmo lado que eles no debate sobre devolução são avaliados menos duramente do que os opositores políticos que estão do lado oposto no debate sobre devolução. Em suma, o partidário e o acordo sobre a devolução contribuem muito mais do que a etnia para a confiança interpessoal no País Basco⁷⁷ (WESTWOOD et al., 2015, p. 30).

A pesquisa demonstrou que, nos quatro países analisados, o partido político é um fator mais preponderante na alocação da confiança do que os fatores de divisão social considerados mais relevantes em cada país. No Reino Unido, é mais forte do que a divisão religiosa; nos Estados Unidos, é mais forte do que a divisão racial; na Bélgica, é mais forte do que polarização política; e, na Espanha, é mais forte do que a divisão étnico-regional (WESTWOOD et al., 2015, p. 30).

No Reino Unido, a título de exemplo, os opositores políticos receberam investimentos 11% menores do que os muçulmanos receberam de cristãos, mesmo diante do flagrante preconceito religioso naquele país – cerca de 55% da população manifestou desprezo pela possibilidade de construção de uma mesquita em seu bairro (WESTWOOD et al., 2015, p. 31).

Nos Estados Unidos, apesar do histórico de preconceito racial, o partidismo foi mais determinante na alocação da confiança do que a cor da pele. Com efeito, não houve diferença significativa nem no bônus atribuído ao copartidário quando este era branco ou negro, nem na penalidade aplicada ao opositor político quando este era branco ou negro (WESTWOOD et al., 2015, p. 32).

Na Bélgica, a preferência partidária também superou de forma consistente a diferença regional, tanto no momento de atribuição de bônus – foram constatados mais bônus aos copartidários do que às pessoas da mesma região –, quanto no momento de aplicação de penalidades – estas foram maiores aos opositores políticos do que às pessoas de regiões distintas (WESTWOOD et al., 2015, pp. 32-33).

O mesmo ocorreu na Espanha com relação à etnia. Mesmo havendo uma forte divisão na Espanha, que implicou inclusive na pretensão separatista do País

⁷⁷ Tradução livre do original em inglês: “Partisans are similarly indifferent to the ethnicity of opposing partisans. For all but PSOE supporters, opposing partisans from the same side of the devolution debate are evaluated less harshly than partisans on the opposite side of the devolution debate. In sum, partisanship and agreement on devolution contribute far more than ethnicity to inter-personal trust in the Basque country” (WESTWOOD et al., 2015, p. 30).

Basco e da Catalunha, o partido político mostrou-se um fator mais relevante na alocação de confiança do que a etnia (WESTWOOD et al., 2015, pp. 33-34).

O padrão abrangente em todos os quatro casos é claro: o partidismo ultrapassa as clivagens sociais salientes como uma forma de identidade de grupo. Grupos definidos ao longo de linhas partidárias recebem tratamento mais duro do que grupos delimitados por clivagens sociais.

[...].

Tanto nas sociedades divididas como nas unidas, os cidadãos confiam mais nos partidários e confiam menos nos opositores políticos; Além disso, o partidismo importa muito mais para confiar do que os atributos étnicos, linguísticos e religiosos. O partidismo, portanto, domina outras formas de preconceito de grupo.

[...].

Apesar de sua tendência geral de agir de forma dura contra as pessoas externas ao partido, os partidários moderam seu comportamento quando opositores políticos sinalizam similaridade ideológica ou política⁷⁸ (WESTWOOD et al., 2015, p. 35).

Definitivamente, o partidismo não é um fenômeno exclusivo dos Estados Unidos e, menos ainda, um fenômeno necessariamente atrelado a sistemas políticos bipartidários.

4.3. O partidismo é uma forma de discurso de ódio que causa dano?

No capítulo anterior, demonstrou-se que o discurso de ódio pode ser restringido porque ele fere uma obrigação geral de todos os indivíduos, e não apenas do governo, de não causar dano, ao promover dano tanto à dignidade, quanto à autonomia, à igualdade e à democracia.

De fato, uma marcha racista e supremacista – tal qual aquela realizada em agosto de 2017 em Charlottesville, nos Estados Unidos, em que foram proferidas palavras de ordem em face de minorias, tais como “‘Vocês não vão nos substituir!’”, ‘Judeus não vão nos substituir!’ [...] ‘Sou nazista, sim’, ‘A negra está assustada’, ‘Suma daqui, viadinho’, ‘Ele não é americano’” (SENRA, 2017a, n. p.) – inviabiliza a participação dos alvos dos discursos no debate, por meio do seu já demonstrado

⁷⁸ Tradução livre do original em inglês: “The over-arching pattern across all four cases is clear: partisanship outstrips salient social cleavages as a form of group identity. Out groups defined along party lines receive more harsh treatment than out groups denned by social cleavages. [...] In divided and unified societies alike, citizens are more trusting of co-partisans and less trusting of opposing partisans; also, partisanship matters much more to trust than ethnic, linguistic and religious attributes. Partyism thus dominates other forms of out group prejudice. [...] Despite their general tendency to act harshly toward out partisans, partisans moderate their behavior when political opponents signal ideological or policy similarity” (WESTWOOD et al., 2015, p. 35).

efeito silenciador, o que torna o resultado dos processos deliberativos desigual, violando o princípio da igualdade.

Tais discursos de ódio, ao promoverem tal efeito silenciador, dificultam a participação das minorias que são seu alvo no debate e, com isso, promovem, ainda, um dano à democracia, já que “a democracia não pode oferecer uma forma genuína de autogoverno se os cidadãos não puderem falar à comunidade em uma estrutura e em um ambiente que incentive a atenção aos méritos do que dizem” (DWORKIN, 2011, pp. 512-513).

Além disso, esses discursos atingem o senso de garantia dos membros de grupos minoritários vulneráveis, negando a garantia implícita oferecida pela sociedade aos membros destes grupos de que eles são aceitos na sociedade e podem viver suas vidas em segurança. Eles objetivam subestimar e colocar em dúvida esta garantia (WALDRON, 2012a, p. 88).

O que se questiona, contudo, é se os discursos fundados no partidismo também causam danos que ensejassem a necessidade de sua restrição. Questiona-se, ademais, se esse tipo de discurso fundamentado no partidismo poderia ser caracterizado como discurso de ódio. Quando é proferido um discurso tal qual “vamos fuzilar a petralhada aqui do Acre”, eles “vão ter que comer capim”, provoca-se um dano? Qual espécie de dano? Esse discurso pode ser considerado um discurso de ódio?

4.3.1. Os danos provocados pelo partidismo

Inicialmente, as atenções serão voltadas para a primeira questão proposta acima. Poder-se-ia tratar o partidismo e os discursos dele derivados apenas como um produto saudável de um sistema de autogoverno democrático que fomenta a criação de freios e contrapesos. Mas essa também poderia ser uma visão por demais otimista. Isso porque o principal objetivo de um sistema de autogoverno democrático é aumentar o bem estar social. Ocorre que o partidismo, em condições severas, tem o condão de tornar bastante difícil alcançar esse objetivo (SUNSTEIN, 2016, p. 13).

Um das características marcantes do partidismo é que, segundo indicam algumas pesquisas, ele permanece forte mesmo diante da confrontação com fatos. Pessoas que apresentam uma identificação política muito forte tendem a reafirmar o

seu ponto de vista em relação a um determinado tema mesmo quando confrontadas com fatos que demonstram que aquele ponto de vista está equivocado. Em outros termos, pessoas com forte identificação política tendem a se manter imunes a correções promovidas com fundamento em fatos demonstrados (SUNSTEIN, 2016, p. 13).

Em uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, foram apresentados, a pessoas que se autodeclaravam conservadoras ou liberais, artigos que demonstravam o então presidente George W. Bush defendendo uma guerra no Iraque em virtude da suposta existência de armas de destruição em massa. A partir desses artigos, as pessoas eram instadas a informar se acreditavam na existência de armas de destruição em massa no Iraque. Após, a essas mesmas pessoas foi apresentado o *Duelfer Report*, que atestou a inexistência de armas de destruição em massa nos Estados Unidos. Diante dessa nova informação, às pessoas era questionado se manteriam a opinião anteriormente informada, a partir de uma escala de um a cinco, em que um significa concorda fortemente e cinco significa discorda fortemente. Em relação aos liberais, a mudança foi pequena: a maioria, que já discordava da afirmação do então presidente Bush, passou a discordar ainda mais. Quanto aos conservadores, contudo, o resultado foi impactante: eles passaram a concordar ainda mais com a afirmação do presidente Bush. Ou seja, a tentativa de correção da posição por meio da demonstração de fatos foi um tiro pela culatra, provocando um efeito polarizador que faz com que as pessoas tendam a defender com mais afinco a sua posição (SUNSTEIN, 2016, pp. 13-14).

Ao fim e ao cabo, pesquisas demonstram que as “pessoas seguirão as visões do seu partido mesmo quando essas visões divergirem do seu julgamento independente e também que elas são cegas para os efeitos da influência partidária”⁷⁹ (SUNSTEIN, 2016, p. 15).

Uma segunda pesquisa realizada nos Estados Unidos coletou as opiniões de democratas e republicanos sobre um determinado conjunto de temas afetos à política. Após, foram apresentadas as posições dos líderes dos seus respectivos partidos políticos e, novamente, foram apresentadas as mesmas questões. O estudo demonstrou que as pessoas tendem a abandonar a sua opinião em benefício da

⁷⁹ Tradução livre do original em inglês: “people will follow the views of their party even when those views diverge from their independent judgments-and also that they are blind to the effects of party influence” (SUNSTEIN, 2016, p. 15).

opinião partidária. Demonstrou, ainda – e o que é mais impressionante –, que as pessoas simplesmente negam que dita mudança tenha sido influenciada pela posição manifestada pelo partido político (SUNSTEIN, 2016, pp. 15-16).

Em virtude dessa característica, o partidismo implica em uma dificuldade de se promulgar leis, tendo em vista que é presumível que os próprios legisladores sofram do mesmo partidismo que recai sobre a população. Mas, ainda que não sofram, há que se presumir que sofrerão alguma pressão dos eleitores que padecem desse partidismo. Pesquisas demonstram, inclusive, que o partidismo tem contribuindo para uma inatividade incomum do congresso norte-americano. Uma pesquisa recente demonstrou que o 112º (2011 a 2013) e o 113º (2013 a 2015) congressos norte-americanos foram os mais improdutivos em números de leis produzidas desde 1973 (SUNSTEIN, 2016, p. 16).

É certo que a inatividade do congresso não é um mal se apurada isoladamente, mas, levando-se em conta um dever do Estado de garantir o bem estar social, caso se pressuponha um ponto de partida em que este bem estar não esteja sendo garantido, há que se constatar que a alteração do status quo pela lei é necessária, o que faz presumir um dano na inatividade legiferante. De fato, se um país enfrenta problemas cujas soluções devem ser buscadas por meio da atividade legislativa, o impedimento do exercício dessa atividade por meio do partidismo é, necessariamente, uma consequência ruim (SUNSTEIN, 2016, p. 17).

Ocorre que esse é um efeito ainda muito brando se comparado com outras consequências advindas do partidismo. Conforme ressaltam Yphtach Lelkes e Sean J. Westwood, “o preconceito partidário pressupõe a supressão da retórica hostil em relação ao próprio partido, o evitamento aos membros da oposição e o desejo de tratamento preferencial para o próprio partido”⁸⁰ (2016, p. 485). A principal questão que se coloca, contudo, é se o partidismo provoca um dano à democracia.

Para tanto, serão explorados a seguir cinco estudos que analisam como a polarização afetiva partidária molda o comportamento entre copartidários e opositores políticos. O primeiro estudo demonstra que, quanto maior é a polarização partidária, maior é a disposição da pessoa em evitar discursos hostis ao seu partido e a promover discursos contrários ao partido político adversário. O segundo e o

⁸⁰ Tradução livre do original em inglês: “partisan prejudice predicts suppression of hostile rhetoric toward one’s own party, avoidance of members of the opposition, and a desire for preferential treatment for one’s own party” (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 485).

terceiro estudos demonstram como a polarização partidária faz com que as pessoas evitem os seus opositores políticos e, em alguns graus de preconceito, faz com que eles discriminem os seus opositores políticos. Os dois últimos estudos, por sua vez, demonstram que a polarização partidária faz com que as pessoas favoreçam os seus copartidários, ainda que esse favorecimento implique em violação a normas democráticas (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 486).

Independentemente da fonte, a animosidade partidária é única entre as divisões sociais. Normas sociais fortes restringem o preconceito entre divisões raciais, étnicas e de gênero, enquanto não há normas comparáveis para restringir o preconceito partidário. A natureza da política também é inerentemente competitiva e baseia-se em conflitos entre grupos para a divisão de bens reais e consequenciais. A animosidade partidária é inerente à estrutura dos sistemas democráticos e encorajada por autoridades políticas, partidos e candidatos. O resultado é que a identidade partidária está imbuída de um sentimento constante de ameaça ou medo de perda para os rivais. Ao fomentar a representação e a identidade do grupo, os sistemas democráticos também constroem uma forte divisão entre membros internos ao grupo e membros externos ao grupo que, ironicamente, cria incentivos para discriminar com base na filiação partidária⁸¹ (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 487).

Os estudos partem do quadro de preconceito proposto por Gordon Allport (Escala de Preconceito de Allport) e foca nos três primeiros níveis de preconceito desse quadro: a promoção de discursos negativos, o evitamento de pessoas externas ao grupo e a discriminação real – que ocorre quando um grupo provoca intencionalmente dano a outros grupos (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 487).

Embora os níveis mais moderados de preconceito propostos pelo quadro de Allport sejam praticamente inerentes ao sistema político vigente atualmente, são igualmente repugnantes à vista dos ideais de justiça e igualdade que norteiam uma sociedade democrática (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 487).

Há evidências à sobeja de que o partidismo implica em tratamento desigual entre os copartidários e os adversários políticos. Assim, a partir dessa constatação, os pesquisadores dividem o primeiro nível de preconceito do quadro de Allport em

⁸¹ Tradução livre do original em inglês: “Regardless of source, partisan animosity is unique among social divides. Strong social norms constrain overt bias along racial, ethnic, and gender divides, while there are no comparable norms to constrict partisan bias. The nature of politics is also inherently competitive and is based on conflicts between groups for the division of real and consequential goods. Partisan animosity is both inherent in the structure of democratic systems and encouraged by political officials, parties, and candidates. The result is that partisan identity is imbued with a constant sense of threat or fear of loss to rivals. By fostering group representation and identity, democratic systems also construct a strong ingroup and out-group divide that, ironically, creates incentives to discriminate based on partisan affiliation” (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 487).

dois níveis: a anulação de discursos negativos contra os meus copartidários e, um nível acima, a promoção de discursos negativos contra os opositores políticos (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 488).

A primeira análise realizada se perfaz ao longo do primeiro nível de preconceito do quadro de Allport. Nele, é analisado como as pessoas tendem a fomentar os discursos que visam a denegrir a imagem do opositor político e a anular os discursos contrários ao seu grupo. Essa pesquisa avalia o grau em que a polarização afetiva impacta a disposição para difundir discursos políticos agressivos. Os participantes da pesquisa (*survey*) são convidados a avaliar notícias que serão difundidas em sites, podendo escolher aquelas que serão publicadas e aquelas que devem ser suprimidas por seu conteúdo negativo, sem saber que se trata de uma pesquisa promovida por cientistas políticos. Aos participantes são fornecidos dois artigos, com o mesmo conteúdo crítico – não apenas crítica política, mas ofensas exageradas – acerca do trancamento da pauta do Congresso Nacional. Ocorre que um dos artigos acusa os republicanos de fazê-lo, enquanto o outro artigo acusa os democratas. Após ler os artigos, os participantes são questionados se aprovariam a inclusão do artigo no site de notícias. O estudo é capaz de demonstrar o quão tendentes a anular discursos contrários ao seu partido são os copartidários e o quão tendentes a promover discursos contrários aos seus opositores políticos são as pessoas (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 488).

A pesquisa demonstrou que 64,74% dos participantes recomendou a publicação do artigo crítico ao partido político oposto, enquanto apenas 25,41% recomendou a publicação do artigo crítico ao seu próprio partido (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 489).

Os pesquisadores também dividiram a amostragem entre os participantes mais polarizados e os participantes menos polarizados e constataram que a probabilidade de um participante menos polarizado recomendar a publicação do artigo crítico ao seu próprio partido é de 87%, enquanto que, para um participante mais polarizado, a probabilidade é de apenas 15%. Já em relação à publicação do artigo crítico ao partido político oposto, a probabilidade de um participante menos polarizado recomendar a sua publicação é de 54%, enquanto a probabilidade de um participante mais polarizado fazê-lo é de 85% (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 489).

Com este o resultado, os pesquisadores buscaram demonstrar que a polarização partidária mais aguda causa mais impacto no favorecimento dos copartidários – saltou de 15% para 87%, uma diferença de 72% – do que no tratamento dispensado aos opositores políticos – saiu de 54% para 85%, uma diferença de apenas 31%. Em outros termos, o partidismo atinge o primeiro nível de preconceito da escala de Allport e influencia mais a blindagem dos copartidários contra discursos críticos do que a propagação de discursos contrários aos opositores (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 489).

O estudo analisa, ainda, o segundo nível de preconceito na escala de Allport, o evitamento. Conforme demonstrado por meio de pesquisas já mencionadas neste trabalho, as pessoas tendem a evitar o convívio com os seus opositores políticos. Há, por exemplo, uma baixa taxa de aceitação pelos pais ao casamento dos seus filhos com opositores políticos. Essas pesquisas, contudo, não demonstraram se esse comportamento deriva de um desejo das pessoas se manterem entre os seus copartidários ou de uma repulsa do convívio com o diferente (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 490).

Para que se caracterize o segundo nível de preconceito proposto por Allport, deve-se caracterizar um evitamento intencional, que seja visivelmente perceptível pelo grupo que está sendo excluído, que deve sofrer a sensação de isolamento (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 490).

Com o intuito de aferir se o partidismo alcança o segundo nível de preconceito na escala de Allport, os pesquisadores lançam mão de um estudo baseado na formação de grupos, que analisa se a preferência partidária tem peso maior na escolha dos membros do que as suas habilidades. A cada participante caberia escolher um grupo com três membros, além do próprio participante, sendo que foram apresentadas as seguintes opções: uma pessoa politicamente independente, com alto grau de instrução; um democrata e um republicano com o mesmo grau médio de instrução, aquém da pessoa independente; e uma segunda pessoa independente, com o menor grau de instrução entre todos. Sendo assim, o participante poderia escolher um grupo com três membros com maior grau de instrução, desde que acolhesse em seu grupo um opositor político (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 490).

Ocorre que cerca de 54% dos participantes excluiu o opositor político e optou pela pessoa independente com menor grau de instrução, enquanto 94% dos participantes selecionou o seu copartidário para integrar o seu grupo, o que demonstra um impacto visível do partidismo, caracterizado por uma predisposição maior ao favorecimento dos copartidários do que ao evitamento dos opositores (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 491).

Os pesquisadores observaram novamente a diferença de comportamento entre os participantes mais polarizados e os participantes menos polarizados. À medida que o grau de polarização partidária aumenta, a predisposição ao acolhimento de um copartidário aumenta de 86% para 98% – ou seja, uma margem de 12% –, enquanto a tendência a aceitar um opositor político cai de 89% para 34% – ou seja, uma diferença de 55% (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 491).

Observa-se que existe uma assimetria muito grande, que demonstra que a polarização partidária provoca maior impacto no evitamento do opositor político do que na aceitação do copartidário. Mas há que se atentar que o favorecimento ao copartidário é muito alto independentemente do grau de polarização partidária (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 491).

Para demonstrar que o partidismo é fruto de um preconceito aberto e reconhecido, os pesquisadores concederam a possibilidade de os participantes justificarem, por meio de uma resposta subjetiva, o motivo de excluírem a pessoa que não foi incluída no grupo. O resultado: 27,8% manifestou expressamente que a exclusão se deveu ao partido político. Esse percentual variou de 0% entre aqueles que se encontram no menor grau de polarização partidária a 47,37% entre aqueles que se encontram no maior grau de polarização partidária. Para demonstrar que esse percentual é bastante considerável, observe-se que apenas 21,79% dos participantes respondeu que o grau de instrução foi o fator determinante da sua escolha (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 491).

Embora esse primeiro estudo tenha sido bem sucedido, para comprovar que, de fato, o partidismo alcança o segundo nível de preconceito da escala de Allport, é necessário demonstrar que as pessoas excluídas tenham consciência de que o estão sendo e de que isso se deu em virtude do seu posicionamento político (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 492).

Para alcançar essa informação, os pesquisadores lançaram mão de um novo elemento na mesma pesquisa anterior. Eles informaram a alguns participantes que um programa de computador escolheu líderes para os grupos de forma aleatória e que os líderes desses grupos excluíram esses participantes após analisarem os seus dados: idade, escolaridade, estado civil e partido político. Aos participantes excluídos é, então, direcionada a pergunta: você crê que algum desses fatores implicou em sua exclusão? Qual deles? (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 492).

O fator mais recorrentemente mencionado entre os participantes foi o partido político, citado por 43,3% dos participantes (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 492). O fator se manteve estável entre aqueles participantes com menor nível de polarização política (42,9%) e aqueles participantes com maior nível de polarização política (48,5%) (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 493). Sem dúvida, portanto, o partidismo alcança o segundo nível de preconceito da escala de Allport.

Os pesquisadores avaliam, então, se o partidismo alcança o terceiro nível de preconceito da escala de Allport: a discriminação. Esse nível de preconceito se caracteriza pelo interesse em causar dano ao membro do grupo oposto, seja por meio da diferenciação das penas aplicadas, seja por meio da sonegação de direitos (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 493).

Para avaliar se o partidismo caracteriza-se como uma forma de discriminação, os pesquisadores lançam mão de duas pesquisas, sendo que, em ambas, a discriminação implicaria na violação a normas democráticas fundamentais (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 493).

Na primeira pesquisa, é apresentada a um grupo de participantes uma notícia que relatava que a polícia usou gás lacrimogênio para deter um protesto pacífico de jovens republicanos ou democratas – variável aplicada de acordo com o participante. Aos participantes é, então, questionado se concordam ou discordam da atitude da polícia e, ainda, qual o valor da multa que deveria ser aplicada aos manifestantes, caso deva ser aplicada alguma, tendo em vista a possibilidade de se aplicar multas de até dez mil dólares para casos como este (LELKES; WESTWOOD, 2016, pp. 493-494).

Em relação aos copartidários, 15% dos participantes concordou com a ação da polícia, enquanto, em relação aos opositores, 20% dos participantes concordou com a ação da polícia, o que demonstra uma margem de diferença pouco

significativa (5%). Em relação à multa, os participantes fixaram em média uma multa de \$ 1.713,75 para os seus copartidários e de \$ 3.000,21 para os seus opositores políticos, o que implicou em uma diferença substancial de \$ 1.286,46 – um aumento de 57,12% (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 494).

A pesquisa demonstrou, ainda, que a polarização política provoca maior tendência a impedir a atuação da polícia em relação aos seus copartidários – entre os menos polarizados a aceitação é de 57% e entre os menos polarizados a aceitação é de 10% – do que a permitir a atuação da polícia em relação aos opositores políticos – entre os menos polarizados a aceitação é de 17% e entre os mais polarizados a aceitação é de 29%. O mesmo comportamento foi observado em relação à fixação do valor da multa (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 494).

Em um segundo estudo, os pesquisadores analisaram estudos anteriores que demonstram que a reação dos copartidários a escândalos de corrupção é menor do que a reação dos opositores políticos aos mesmos eventos, mas não se sabe, ao certo, por meio desses estudos, se, ao fazê-lo, há uma intenção de prejudicar o opositor político ou de privilegiar os copartidários (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 494).

Para enfrentar essa questão, os pesquisadores lançaram mão de uma pesquisa bastante semelhante à anterior. Aos participantes é apresentada uma notícia que relata que doações de um empresário milionário a democratas ou republicanos – variável inserida de acordo com o participante – estão sendo questionadas e que investigadores estão analisando se essas doações ilegais poderiam ter influenciado no resultado das eleições (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 495).

A partir desse cenário, os participantes são questionados se se opõem fortemente à investigação ou se concordam fortemente com a mesma, em uma escala de resposta que varia em sete pontos. Os participantes tendem a concordar com a investigação, mas em uma proporção maior em relação aos seus opositores políticos (74%) do que em relação aos seus copartidários (61%) (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 495).

A probabilidade daqueles participantes com os níveis mais altos de polarização política endossarem as investigações é de 49%, enquanto a

probabilidade daqueles participantes com os níveis mais baixos de polarização política fazê-lo é de 89% (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 496).

A partir dessa pesquisa, pode-se concluir que há provas consolidadas de que o partidismo atinge, ao menos, os dois primeiros níveis da Escala de Preconceito de Allport: a promoção de discursos negativos e o evitamento de pessoas externas ao grupo⁸².

Mas não é tudo. O partidismo ainda tem o condão de provocar danos à democracia por minar as condições de manutenção do pluripartidarismo. Os partidos políticos são instrumentos imprescindíveis para a manutenção do regime democrático em termos atuais. O pluralismo político é a pedra de toque da democracia. Não há democracia sem respeito ao pluralismo político.

Conforme destaca Nancy Rosenblum, os partidos políticos apresentam características bastante relevantes para uma democracia. A primeira característica é o caráter inclusivo. À exceção de partidos extremistas, os partidos políticos apresentam uma considerável disposição a tolerar partidários com diversidade de características e de posições ideológicas. Os maiores partidos apresentam um caráter bastante heterogêneo, o que é imprescindível caso ele pretenda se sagrar vencedor em eleições majoritárias (2008, p. 357).

A segunda característica é o caráter abrangente das políticas propostas pelo partido político. O partido político tem a responsabilidade de promover políticas públicas sociais, econômicas, de segurança, que sejam mais abrangentes quanto possível e que abarquem o maior número de cidadãos. Os partidos políticos devem falar para todos e não apenas a um grupo ou classe social específica (ROSENBLUM, 2008, pp. 358-359).

A terceira característica que permeia os partidos políticos é a disposição dos seus partidários a se comprometer com o partido. Os partidos políticos possuem

⁸² É importante ressaltar que, embora o estudo seja feito nos Estados Unidos, onde há um bipartidarismo que, em tese, acentuaria os efeitos do partidismo, outros estudos (Carlin, Ryan E., and Gregory J. Love. 2013. "The Politics of Interpersonal Trust and Reciprocity: An Experimental Approach." *Political Behavior* 35 (1): 43–63. Carlin, Ryan E., and Gregory J. Love. 2018. "Political Competition, Partisanship, and Interpersonal Trust in Electoral Democracies: Partisan Trust Bias in Comparative Perspective." *British Journal of Political Science*; Westwood, Sean J., Shanto Iyengar, Stefaan Walgrave, Rafael Leonisio, Luis Miller, and Oliver Strijbis. 2015. "The Tie That Divides: Cross-National Evidence of the Primacy of Partyism." Working paper, Dartmouth College) demonstram que a "[...] identidade partidária interna ao grupo é tanto comum quanto relativamente estável em diversos tipos de sistemas democráticos com números variados de partidos políticos" (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 498) (tradução livre do original em inglês: "[...] in-group partisan identity is both common and relatively stable across various types of democratic systems with varying numbers of political parties").

estruturas que permitem a deliberação interna, o que faz deles um pequeno fórum público prévio de deliberação. Dentro desse ambiente, abrir mão de algumas posições em prol de um bem comum – quando não extremado – é uma característica inerente aos partidários (ROSENBLUM, 2008, pp. 361-362).

A inclusão, a abrangência e a disposição para comprometer – elementos identidade partidária – são congruentes com as virtudes democráticas padrão. Eles evocam uma aparência de respeito mútuo, preocupação mínima com os interesses e opiniões dos outros, provisoriedade e resolução de disputas por meio de argumentos⁸³ (ROSENBLUM, 2008, p. 362).

Um sistema partidário reflete a existência de um sistema de rivalidade regulada que define a democracia representativa. Trata-se de uma forma regulamentada de governo que previne o exercício da violência como método de se alcançar o domínio estatal (ROSENBLUM, 2008, pp. 362-363).

A rivalidade regulada como alternativa ou prevenção à guerra civil foi o momento inicial de reconhecimento: as partes poderiam existir condicionalmente dentro de um sistema regido por regras, hoje, um sistema regido pelo direito eleitoral. Partidários situam-se nesse sistema de oposição política. Eles se identificam como 'nós', participantes. Isso significa, em sua forma mais básica, que os partidários não procuram liquidar, apagar ou desorganizar permanentemente a oposição ou representá-los como inimigos públicos. Partidários não estão empenhados na destruição mútua. Uma oposição vista como equivocada, corrupta, injusta ou ímproba não alcança a ilegitimidade. Não é proibida. Que alguns estarão completamente errados e tomarão partido contra os anjos é perfeitamente normal, e aqui 'o erro tem os mesmos direitos que a verdade'⁸⁴ (ROSENBLUM, 2008, p. 363).

Isso decorre do elemento moral distintivo da identidade partidária, que é a assunção de que os partidos políticos são parciais e, mesmo quando no governo, quando falam para todos, não falam por todos. Os partidos políticos têm consciência da necessidade da existência de um pluralismo político e de um conflito regulado

⁸³ Tradução livre do original em inglês: "Inclusiveness, comprehensiveness, and the disposition to compromise - elements of party ID - are congruent with standard democratic virtues. They evoke a semblance of mutual respect, minimal concern for the interests and opinions of others, provisionality, and resolving disputes through argument" (ROSENBLUM, 2008, p. 362).

⁸⁴ Tradução livre do original em inglês: "Regulated rivalry as an alternative or preventive to civil war was the initial moment of recognition: parties could exist conditionally within a rule-bound system, today, a system governed by election law. Partisans situate themselves in this system of political opposition. They identify as a participating 'we'. That means at its most basic that partisans do not look to liquidate, erase, or permanently disorganize the opposition or represent them as public enemies. Partisans are not bent on mutual destruction. An opposition seen as mistaken, corrupt, unfair, or unjust does not rise to illegitimacy. It is not outlawed. That some will be dead wrong and take sides against the angels is perfectly normal, and here 'error has the same rights as truth'" (ROSENBLUM, 2008, pp. 362-363).

para a manutenção da sua própria existência, a partir do momento que reconhecem a existência de um dualismo inerente às relações humanas (ROSENBLUM, 2008, pp. 364-365). “Podemos não admirar os partidários, mas a democracia representativa se beneficia dos partidos e, portanto, precisa de partidários”⁸⁵ (ROSENBLUM, 2008, p. 367).

Assim, se a democracia, inclusive a democracia representativa, foi instituída como instrumento para se prevenir o uso da violência e do arbítrio como meio de exercício dos poderes públicos, seria ilógico permitir que os partidos políticos se valessem da violência para governar, sob pena de incorrerem em petição de princípio, ou seja, se valerem daquilo que pretendem combater.

O problema é que discursos políticos extremistas, fundados em um partidismo, promovem a violência como meio de solução de conflitos. Mas o que seriam partidos políticos extremistas? A democracia militante nos alerta contra partidos políticos que são antissistema democrático, que não acatam as regras da rivalidade regulada, que pretendem romper com a ordem constitucional e com as instituições democráticas e que buscam eliminar os seus opositores políticos (ROSENBLUM, 2008, p. 372).

Mas como saber quando esse discurso é realmente utilizado para promover a eliminação do opositor político ou a derrocada do sistema democrático e da ordem constitucional? A pergunta se faz necessária porque a retórica política exige o discurso inflamado, que atribui ao opositor político a culpa pelas mazelas da sociedade, atribuindo a ele a pecha de ameaça (ROSENBLUM, 2008, p. 375).

É necessário, então, diferenciar o extremismo político assim classificado como aquele exercido por partidos políticos que fogem do centro, adotando posições ideológicas discrepantes do padrão, do extremismo político danoso. A construção de um conceito de extremismo político, portanto, exige que se desatrele a ideia de extremismo da posição no espectro político e da mera retórica política. O extremismo, para Rosenblum, implica em violação da ética do partidarismo (2008, p. 395).

O extremismo político ocorre quando um partido abdica da sua responsabilidade de mobilizar os eleitores, propondo a intransigência como um valor a ser resguardado. Em assim agindo, o extremismo tende a colocar em jogo ao

⁸⁵ Tradução livre do original em inglês: “We may not admire partisans, but representative democracy benefits from parties and hence needs partisans” (ROSENBLUM, 2008, p. 367).

menos uma das já mencionadas características morais distintivas da identidade partidária: o caráter inclusivo, a abrangência e a disposição para se comprometer. A mais marcante característica do extremismo é a intolerância (ROSENBLUM, 2008, p. 396).

Um dos valores democráticos mais importantes que os partidos políticos fomentam é a participação política, por meio da integração e da mobilização. Os partidos políticos buscam maximizar a participação política. De fato, os partidos políticos têm o dever de identificar os setores da sociedade que tendem a acolher as suas mensagens e promover a sua integração. O extremismo, contudo, falha em alcançar esse valor. A intolerância é um obstáculo enorme no caminho da integração e da mobilização visando à participação política (ROSENBLUM, 2008, pp. 397-398).

O extremismo abdica de promover essa inclusão porque ela demanda, inevitavelmente, a disposição para abrir mão da ortodoxia e permitir o diálogo e a deliberação. O extremismo, contudo, não se dispõe a tanto, por se postar com absoluta indiferença em relação à opinião das massas. “O extremista é impenetrável, desdenhoso ou hostil ao resto. Esse é um desdém antidemocrático pela inclusão”⁸⁶ (ROSENBLUM, 2008, p. 399).

O segundo valor de suma importância para os partidos políticos é o caráter abrangente e compreensivo das suas propostas políticas. Ainda que cientes de sua parcialidade, os partidos políticos carregam o intuito de falar para todos, através de uma ampla gama de propostas políticas. O extremismo político, contudo, é monótono (ROSENBLUM, 2008, p. 399).

Ao alcançar o poder após as eleições, por exemplo, um partido político não pode governar apenas para aqueles que o elegeram. Decerto deve governar para todo o país, eis que é o representante da população e não apenas dos seus eleitores. O extremismo político, contudo, prega a não responsividade, permitindo-se, por meio de uma conduta deliberada em prol dos seus próprios e poucos valores, manter-se alheio aos anseios e às necessidades manifestadas pela sociedade. Em virtude disso, o extremismo viola a expectativa de representação política que é inerente aos partidos políticos (ROSENBLUM, 2008, pp. 400-401).

O terceiro valor atrelado ao partidarismo é a disposição dos seus partidários a se comprometer. E a se comprometer não apenas com o partido, mas com os

⁸⁶ Tradução livre do original em inglês: “The extremist is impervious, dismissive, or hostile toward the rest. This is undemocratic disdain for inclusiveness” (ROSENBLUM, 2008, p. 399).

resultados democráticos da deliberação política. O extremismo, contudo, é intransigente e, em razão disso, abdica da responsabilidade de governar. O extremismo prefere a não tomada de decisão, o “quanto pior melhor”, a uma resolução mediada de grau não ótimo. O extremismo enxerga o diálogo e a negociação como oportunismo e desonestidade e não como uma condição de exercício da política (ROSENBLUM, 2008, pp. 401-402).

A democracia exige que os partidos se enxerguem como uma mera parte do todo e, mesmo quando no governo, não como o governo em sua totalidade. Em virtude disso, concessões devem ser feitas, acordos devem ser entabulados, com a participação da minoria, inclusive. Obviamente que os partidos políticos devem carregar consigo a interpretação de justiça, liberdade e igualdade que reputam correta, bem como outros valores que são intransigíveis. Mas o extremismo ignora a necessidade de se transigir até mesmo nas mais mezinhas coisas, por ser intolerante e por não abdicar sequer em parte de nenhuma de suas pretensões (ROSENBLUM, 2008, pp. 404-405).

O extremismo político é uma demonstração de arrogância, de uma pretensa superioridade que é antidemocrática, que implica em tirania e despotismo. O extremismo viola o princípio básico do partidarismo, que é a assunção de que, mesmo pretendendo estar “do lado dos anjos”, os partidos políticos se reconhecem apenas como parte do regime político (ROSENBLUM, 2008, p. 409).

Ocorre que “devemos admitir que, pelo menos retoricamente, o discurso político dominante e a virulência dos grupos na sociedade civil estejam em um contato dinâmico”⁸⁷ (ROSENBLUM, 2008, p. 375).

Assim, quando um candidato à Presidência da República profere um discurso público no qual convoca os seus copartidários e eleitores a “fuzilar a petralhada”, transfere-se o debate político da arena deliberativa para a arena da violência, na qual o seu opositor político é visto, não como um adversário com legitimidade para concorrer e disputar, mas como um inimigo a ser exterminado.

Com efeito, o partidismo, enquanto fenômeno contemporâneo, tem o condão de empobrecer o debate político, ao deslegitimar ideologias políticas e fomentar a criação de um verdadeiro inimigo – o partido político oposto – que, como tal, deveria ser eliminado.

⁸⁷ Tradução livre do original em inglês: “We should allow that rhetorically at least, mainstream political talk and the virulence of groups in uncivil society are dynamic contact” (ROSENBLUM, 2008, p. 375).

A ideia de partidismo implica em busca por eliminação do partido oposto, enquanto o jogo democrático exige a preservação de partidos políticos opostos, de modo a viabilizar o debate político, a alternância de poder e, assim, o pluralismo político. A caça ao partido oposto não pode fazer parte do jogo democrático. Muito ao contrário, a coexistência de partidos políticos fundados em ideologias diversas é condição necessária de manutenção do regime democrático.

Conforme discorrem Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Emílio Peluso Neder Meyer e Diogo Bacha e Silva:

É um pressuposto fundamental para a existência da democracia que a autonomia pública das cidadãs e cidadãos seja exercida de forma a não sofrer qualquer coação externa. Na verdade, a esfera pública deve permitir o diálogo de diversas narrativas em jogo com o qual cada uma possa se expressar, tolerar a existência de outras e mesmo exercer o poder de convencimento pelo melhor argumento. [...].

Ao Poder Judiciário cabe um papel fundamental na garantia do Estado Democrático de Direito. Para permitir o livre exercício da cidadania e dos direitos políticos, deve atuar de forma a garantir a autonomia pública dos cidadãos, inclusive no que tange à liberdade no exercício do voto sendo, portanto, fundamental que intervenha para garantir que as informações públicas tenham um caráter pedagógico, verossímil e não agressivo para os demais cidadãos. Tal papel acentua-se no processo eleitoral, ainda mais quando se tem um processo eleitoral eivado de informações falsas e ataques à honra dos cidadãos e os candidatos que representam os projetos políticos em disputa. A intervenção jurisdicional deve ser realizada de maneira a permitir a lisura do pleito e, sobretudo, a liberdade dos cidadãos (2018, p. 01).

Do mesmo modo, o pluralismo político é um dos mais relevantes alicerces da democracia e um dos fundamentos e da República Federativa do Brasil, conforme proposto pelo artigo 1º da Constituição da República de 1988⁸⁸.

Conforme suscitado por Bernardo Gonçalves Fernandes:

O pluralismo político decorre de um desdobramento do princípio democrático, autorizando em uma sociedade a existência de uma constelação de convicções de pensamento e de planos e projetos de vida, todos devidamente respeitados. Isso significa que o Estado não pode desautorizar nem incentivar nenhum. Todos têm o mesmo direito e liberdade de existência e proliferação no ambiente social. Traz também a

⁸⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

noção e o respeito à **alteridade**, nos fazendo sempre perceber que o diferente é necessário.

O pluralismo é um traço do pensamento liberal e, por isso mesmo, os direitos fundamentais são condições **sine qua non** para a manutenção dessa ordem plural no interior do Estado. Intolerâncias, então, constituem práticas que devem ser reprimidas pelo Direito e pelo Estado. Por último, é necessário salientar que o pluralismo político se apresenta não só como abertura para opções políticas (expressão de pensamentos e manifestação dos mesmos, abertura ideológica com o adequado respeito aos mais variados projetos de vida), mas também como a possibilidade de participação em partidos políticos (FERNANDES, 2016, pp. 310-311).

Assim, é notório o dano provocado pelo partidismo à democracia quando coloca em questão o pluripartidarismo, ao denotar uma superioridade que é antidemocrática, que implica em tirania e despotismo, negando a cada partido político o papel de ser uma parte do regime político.

4.3.2. O discurso fundamentado no partidismo é um discurso de ódio

A atenção pode ser voltada, agora, para o segundo questionamento feito no início deste tópico: o discurso fundado no partidismo pode ser considerado um discurso de ódio?

Para analisar as objeções à caracterização dos discursos fundados no partidismo como discursos de ódio há que se regressar à conceituação dos discursos de ódio.

Conforme suscitado no início do capítulo anterior, há diversos conceitos atribuídos aos discursos de ódio, mas o conceito atribuído pelo *Oxford English Dictionary* assimila os elementos comuns e define por discurso de ódio, o “discurso ou escrito abusivo ou ameaçador que expressa preconceito contra um determinado grupo, especialmente com base em raça, religião ou orientação sexual”⁸⁹ (HATE SPEECH, 2018).

É importante derivar do conceito os elementos que o conformam. São basicamente dois: o “discurso” e o “ódio”. No capítulo anterior, dedicou-se algum tempo à análise de ambos os elementos.

Conforme analisado no capítulo anterior, o termo “discurso” engloba não apenas a palavra dita, mas também todas as expressões que, de alguma forma,

⁸⁹ Tradução livre do original em inglês: “Abusive or threatening speech or writing that expresses prejudice against a particular group, especially on the basis of race, religion, or sexual orientation” (OED, 2018).

poluem o ambiente e dificultam o convívio das minorias vulneráveis, tais como cartazes, folhetos ou postagens na internet (WALDRON, 2012a, p. 37).

Sendo assim, não haveria razão para não caracterizar o discurso fundamentado no partidismo como discurso. De fato, seja por meio da palavra escrita, seja por meio da manifestação oralizada, os discursos fundamentados no partidismo têm voz e eco.

Quando um indivíduo manifesta “Dilma, pena que não te enforcaram no DOI-CODI. Fora Dilma e PT”, ele está, independentemente de fazê-lo pelo meio escrito ou verbalizado, proferindo um discurso.

Quanto ao elemento “ódio”, é de sobremaneira relevante ter em mente o fato de que, conforme muito bem delineado por Jeremy Waldron, não é o mero ódio em si que caracteriza o discurso de ódio. “Precisamos ir além da descrição do próprio discurso de ódio como odioso para alcançar uma compreensão da maneira como ele polui o ambiente social de uma comunidade e torna a vida muito mais difícil para muitos daqueles que nela vivem”⁹⁰ (2012a, p. 16).

Conforme já suscitado, muitos questionam se, ao buscar a limitação aos discursos de ódio, estar-se-ia buscando uma limitação aos sentimentos das pessoas que, motivadas pelo ódio, propagam estes tipos de discurso (WALDRON, 2012a, p. 34). Ocorre que, ao contrário dos crimes de ódio – sancionados com penas acrescidas de agravantes – que são motivados pelo ódio, os discursos de ódio assim são caracterizados por incitarem o ódio na sociedade. Dessa forma, o ódio é abordado pelas legislações de países que os proíbem, como o Canadá e o Reino Unido, antes como uma consequência do que como uma causa do discurso de ódio (WALDRON, 2012a, p. 35).

Para que se entenda algo como discurso de ódio, não basta a mera ofensa, há de haver uma conduta que cause um impacto permanente no ambiente das minorias vulneráveis. Com efeito, segundo Waldron, aqueles que defendem a regulamentação do discurso de ódio não inferem o equívoco da instigação do ódio contra minorias vulneráveis da mera maldade do ódio em si mesmo. Eles se preocupam com a situação das pessoas vulneráveis que estão sujeitas ao ódio voltado contra a sua cor, a sua religião ou a sua origem (2012a, p. 37).

⁹⁰ Tradução livre do original em inglês: “But we need to go beyond the description of the speech itself as hateful to an understanding of the way it pollutes the social environment of a community and makes life much more difficult for many of those who live in it” (2012a, p. 16).

Ocorre que, conforme demonstrado à sobeja, o partidismo promove e instiga o ódio em face dos opositores políticos, minando o pluralismo político e, com isso, colocando em xeque o próprio regime democrático.

Destarte, apesar de a sociedade americana ser marcada por uma forte segregação racial, demonstrou-se por meio de um estudo que as associações negativas a partidários opostos são mais rápidas – e, portanto, mais automáticas – que associações negativas a afroamericanos (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, pp. 695-696). Por óbvio, o partidismo, assim manifestado, provoca um impacto permanente no ambiente das pessoas que são seu alvo.

Em outro exemplo anteriormente apresentado, demonstrou-se que a avaliação de estudantes, para fins de recebimento de bolsa – uma questão, em tese, apolítica – está sujeita a aspectos partidários, em que estudantes são preteridos em virtude de suas preferências partidárias (IYENGAR; WESTWOOD, 2015, pp. 698-701).

Já foi demonstrado, ainda, que as “preferências raciais são eliminadas quando um dos candidatos é claramente melhor do que o outro. Por outro lado, preferências partidárias levam as pessoas a escolher um candidato claramente inferior”⁹¹ (SUNSTEIN, 2016, p. 06).

Contudo, há quem questione a caracterização dos discursos fundamentados no partidismo como discursos de ódio. Rodolfo Viana Pereira propõe um questionamento bastante semelhante a esse: “o marco conceitual regulatório próprio ao que temos chamado de regime geral de controle dos discursos de ódio pode ser estendido às hipóteses de intolerância e de intransigência destiladas em razão de opções político-ideológicas?” (2018, p. 236).

Para Pereira, a resposta deveria ser negativa:

A questão central aqui debatida envolve a dúvida sobre se o “discurso eleitoral” deve ser submetido a regime jurídico distinto no que se refere a práticas de intolerância e discursos de ódio baseados em divergências político-ideológicas. A resposta deve ser positiva. Discursos virulentos, em sede de propaganda eleitoral, mesmo que desnaturalizem o concorrente quanto às suas opções político-ideológicas não devem ser coibidos de modo comparável ao que se pratica no regime jurídico aplicável à liberdade de expressão em geral. A tese fundamental deste ensaio é a de que se

⁹¹ Tradução livre do original em inglês: “racial preferences were eliminated when one candidate was clearly better than the other. By contrast, party preferences lead people to choose a clearly inferior candidate” (SUNSTEIN, 2016, p. 06).

justifica, nessa hipótese, adotar uma posição próxima do paradigma estadunidense da *imminent lawless action*.

A começar pelo fato de que é incomum considerar o alinhamento ideológico a algum grupo político-partidário como exemplo de base identitária merecedora de proteção. As próprias normas protetivas existentes no âmbito interno e internacional demonstram isso, pois, ao se referirem à proteção contra discriminação, fazem em regra menção basicamente a religião, gênero, sexo, racismo e etnia. No Brasil, até onde se tem notícia, apenas o art. 26 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos faz referência a discriminação por *opinião política*.

[...].

Em segundo lugar, porque a lógica de proteção ínsita à regulação do discurso de ódio esteve majoritariamente associada à proteção de minorias qualificadas em razão da perenidade de alguns traços identitários: cor da pele, gênero, filiação religiosa, orientação sexual, etnia, etc. O discurso eleitoral trata de opções valorativas que, apesar de atreladas prioritariamente a este ou àquele grupo, são sujeitas às intempéries e viragens próprias da alternância democrática. Rótulos como “direita” e “esquerda”, “neoliberal” e “bolivariano”, para ficar com alguns exemplos, variam em termos de relevância e adesão em razão das próprias alterações das prioridades políticas que são, sempre, circunstanciais e mutáveis nas democracias.

[...].

Em terceiro lugar, no Brasil, após a redemocratização, não há concretamente histórico de violência física e/ou simbólica quanto às correntes antagônicas em questão. As divergências, por mais ácidas que sejam, convivem no espaço aceitável da prática democrática. Ao menos, até a conclusão deste ensaio. Por isso, apesar de a polarização política ter aumentado consideravelmente, tal como descrito no início deste artigo, a solução julgada mais adequada neste momento é a da tradicional resposta liberal e democrática: para combater o discurso, nada melhor que o discurso; para corrigir as instabilidades típicas dos regimes democráticos, nada melhor do que mais democracia. O expurgo do dissenso político-eleitoral extremado só será possível (se realmente o for) através de mais discurso, de mais visibilidade, de mais exposição (2018, pp. 236-237).

Em suma, então, a oposição por ora apresentada ao enquadramento do discurso fundado no partidismo como discurso de ódio se funda em três argumentos principais: primeiramente, porque, em tese, a preferência político-partidária não promoveria a formação de grupo identitário, tal qual um grupo religioso; em segundo lugar, porque, supostamente, a regulação dos discursos de ódio está atrelada somente a minorias que formam grupos identitários, que seriam necessariamente perenes, o que, em tese, não se observa em relação ao posicionamento político; e, por fim, não haveria atos de violência relacionados aos discursos fundados no partidismo.

Como o primeiro e o segundo argumentos derivam de uma mesma matriz, calha enfrentá-los em conjunto.

Inicialmente, vale rememorar que, conforme demonstrado na pesquisa empírica, a filiação partidária não está tão atrelada a “alinhamento ideológico a

algum grupo político-partidário”, mas sim ao afeto, tal qual a religião. Destarte, dados de pesquisas demonstram que os Estados Unidos estão cada vez mais divididos por uma polarização afetiva e, não necessariamente ideológica (LELKES; WESTWOOD, 2016, p. 487).

A identidade partidária trata da afiliação partidária declarada de um indivíduo condicionada por elementos cognitivos e afetivos e que faz parte da construção da identidade do indivíduo. Trata-se de uma predisposição a adotar determinadas posições que é adquirida precocemente (ROSENBLUM, 2008, p. 323).

À medida que os psicólogos políticos se voltam para a pesquisa em neurociência, a primeira coisa que testam na parte do cérebro dos democratas e republicanos é a resposta às pistas partidárias. As seções de ‘raciocínio frio’ do córtex ficam quietas, parece; ‘o processo é quase inteiramente emocional e inconsciente, com explosões de atividade nos centros de prazer do cérebro quando informações indesejáveis são rejeitadas’⁹² (ROSENBLUM, 2008, p. 323).

Fato é que as evidências de que as preferências partidárias provocam um favorecimento dos copartidários e um afastamento dos opositores políticos não apenas em disputas políticas, mas também em áreas alheias, tais como o trabalho e as relações conjugais, são muitas. Questiona-se, contudo, se seriam ilegítimas, já que, ao contrário do racismo, são fundadas em um comportamento lícito. De fato, é ilícito dar a um negro um tratamento diferente e degradante em virtude da cor da sua pele. Mas assim seria também em relação a uma pessoa com preferências políticas opostas? (SUNSTEIN, 2016, pp. 08-09).

A partir dessa perspectiva, algumas pessoas defendem que a desconfiança e a hostilidade fundadas nas preferências partidárias são resultado de um desacordo legítimo e não de uma forma de preconceito. Afinal, racismo e sexismo são preconceitos a partir do momento que são fundamentados no desprezo por características inerentes ao ser humano, tais como a cor da pele ou o sexo, e não no julgamento de uma pessoa a partir das suas convicções (SUNSTEIN, 2016, p. 09).

Com opinião neste sentido, Michel Rosenfeld defende que:

⁹² Tradução livre do original em inglês: “As political psychologists turn to neuroscience research, the first thing they test in the portion of the brain in Democrats and Republicans that respond to partisan cues. ‘Cold reasoning’ sections of the cortex are quiet, it seems; ‘the process is almost entirely emotional and unconscious, with flares of activity in the brain’s pleasure centers when unwelcome information is being rejected” (ROSENBLUM, 2008, p. 323).

Em primeiro lugar, o discurso extremista baseado em uma ideologia política como o comunismo é, sobretudo, discurso político e não necessariamente envolve ódio pessoal. Em segundo lugar, ainda quando o discurso extremista envolve esse tipo de ódio – por exemplo, se os comunistas intentaram inflamar paixões contra aqueles que eles chamam de "porcos capitalistas" – tal ódio não pode ser simplesmente equacionado com anti-semitismo ou racismo virulento⁹³ (2003, P. 168).

Para tratar essa questão, é necessário, primeiramente, distinguir a vida diária da política. De fato, “dificilmente seria irracional ter fortes emoções negativas em face de nazistas ou comunistas em virtude das suas visões políticas”⁹⁴ (SUNSTEIN, 2016, p. 09). Mas seria racional observar o mesmo comportamento – que foi atestado, por exemplo, por Iyengar e Westwood – em relação aos dois maiores partidos políticos dos Estados Unidos, que comportam espectros bastante diversos em seus quadros? (SUNSTEIN, 2016, p. 09).

No domínio político, é habitual observar certo nível de antipatia em virtude das posições ideológicas. Isso não configura preconceito, mas apenas o resultado das divergências partidárias. Mas há uma enorme diferença entre esse tipo de antipatia e o partidismo (SUNSTEIN, 2016, p. 10).

Primeiramente, conforme demonstrou a pesquisa realizada por Shanto Iyengar, Guarav Sood e Yphtach Lelkes – *Affect, Not Ideology: A Social Identity Perspective on Polarization* (2012):

Surpreendentemente, a conexão entre a polarização ideológica e emoções negativas é relativamente fraca. Parece que as ligações partidárias das pessoas são mais um produto da sua identidade do que da sua ideologia. Quando republicanos não gostam de democratas, ou vice-versa, é em grande parte porque estão em lados opostos; desacordos substantivos importam, com certeza, mas eles não são as principais fontes do partidismo⁹⁵ (SUNSTEIN, 2016, p. 11).

⁹³ Tradução livre do original em espanhol: “En primer lugar, el discurso extremista basado en una ideología política como el comunismo es, por sobre todo, discurso político y no necesariamente involucra odio personal. En segundo lugar, aun cuando el discurso extremista involucrara dicho odio - por ejemplo, si los comunistas intentaran encender pasiones contra aquellos a quienes llaman "cerdos capitalistas" -, dicho odio no puede ser simplemente equiparado con el antisemitismo o el racismo virulento” (2003, p. 168).

⁹⁴ Tradução livre do original em inglês: “It is hardly unreasonable to have a strong negative affect toward Nazis or Communists because of their political views” (SUNSTEIN, 2016, p. 09).

⁹⁵ Tradução livre do original em inglês: “Surprisingly, *the connection between ideological polarization and negative affect is relatively weak*. It appears that people's partisan attachments are a product of their *identity* rather than their *ideology*. When Republicans dislike Democrats, or vice versa, it is largely because they are on the opposing side; substantive disagreements matter, to be sure, but they are not the major sources of partyism” (SUNSTEIN, 2016, p. 11).

Em segundo lugar, campanhas políticas negativas fomentam o partidismo, ao salientar as diferenças partidárias e, sobretudo, ao tentar demonstrar o partido político oposto sob uma visão estereotipadamente negativa (SUNSTEIN, 2016, pp. 11-12).

Por fim, a mídia difusa – que fomenta a criação de bolhas excludentes e a forte dispersão de notícias pouco ou não verificadas – também fomenta o crescimento do partidismo (SUNSTEIN, 2016, p. 12).

A imensa maioria dos estudos sobre polarização política se concentra em preferências políticas. Ocorre que a divisão baseada na política é apenas um meio de se estudar a polarização partidária, que também pode ser identificada por meio da análise da extensão em que um adepto a um partido enxerga o adepto a outro partido como um membro externo antipatizado. Por meio desse diagnóstico, atenta-se não apenas para os bons sentimentos nutridos pelos copartidários, mas também e, sobretudo, para os sentimentos negativos nutridos pelos opositores. Observa-se, assim, que, tratando a identificação partidária de uma significativa filiação a um grupo, a sua identificação está relacionada mais à identidade afetiva do que às ideologias (IYENGAR et al., 2012, pp. 405-406).

O afeto baseado na identidade partidária tende a refletir uma combinação de desacordos ideológicos e impulsos centrados no grupo. Curioso notar que as evidências demonstram que o afeto partidário está devidamente relacionado com as preferências políticas. A mera identificação com um determinado partido já provoca, portanto, reações negativas aos opositores, o que tende a piorar com a forte exposição à propaganda política durante as campanhas presidenciais (IYENGAR et al., 2012, pp. 406-407).

Ocorre que essa polarização afetiva provocada pelos partidos políticos ultrapassa os limites da seara política, afetando as pessoas em atividades corriqueiras (IYENGAR et al., 2012, p. 407).

Pesquisas no campo da psicologia demonstram que qualquer forma de associação de indivíduos em um grupo desencadeia tanto sentimentos positivos para com os membros do grupo quanto avaliações negativas em relação aos indivíduos externos ao grupo. Essas evidências sugerem que o afeto baseado no grupo é um tipo de resposta humana enraizada (IYENGAR et al., 2012, p. 407).

Partindo de um contexto no qual os indivíduos tendem a se identificar com diversos grupos, em diversas áreas, as referidas pesquisas demonstram que a visão do indivíduo se torna tanto mais enviesada quanto mais saliente, proeminente, for a sua filiação a um determinado grupo (IYENGAR et al., 2012, pp. 407-408).

A situação parece piorar diante das campanhas eleitorais mais recentes, nas quais os candidatos têm dedicado mais tempo em atacar a figura do adversário do que em explicar as suas propostas políticas. Essa situação se degrada com a exposição midiática de massa, por meio da televisão e das mídias difusas da internet acessíveis pelo computador e pelo celular (IYENGAR et al., 2012, p. 408).

Para demonstrar a procedência das hipóteses levantadas, Shanto Iyengar, Gaurav Sood e Yphtach Lelkes lançaram mão de pesquisas realizadas ao longo de cinquenta anos nos Estados Unidos e no Reino Unido. Entre essas pesquisas, encontram-se uma pesquisa que analisa as reações de calor entre as pessoas; uma pesquisa que apura a reação dos pais diante da afirmação de que um dos seus filhos irá casar com uma pessoa alinhada ao partido político oposto; um teste que permite que pessoas relacionem alguns traços de personalidade com o alinhamento partidário; um teste que fomenta as pessoas a responderem qual o tipo de pessoa que vota em determinado partido, fornecendo um conjunto de características possivelmente elegíveis pelo entrevistado; e uma pesquisa que questiona qual a relação do entrevistado com algum partido político e quão forte é essa relação (2012, pp. 409-412).

A pesquisa relacionada ao calor – classificação de calor – demonstrou que a avaliação dos copartidários se manteve relativamente estável nos últimos trinta anos nos Estados Unidos tanto entre os republicanos quanto entre os democratas. Por outro lado, a avaliação dos opositores caiu substancialmente em relação a ambos os partidos políticos. A cada dia, as pessoas gostam menos dos seus opositores políticos (IYENGAR et al., 2012, pp. 412-413).

Em uma escala de 100, na qual quanto mais alta a “temperatura” maior a afinidade demonstrada, católicos avaliaram protestantes em 66; democratas avaliaram grandes empresários em 51; republicanos avaliaram pessoas que se preocupam com o bem-estar social em 50; enquanto democratas e republicanos avaliaram um ao outro em cerca de 30 (IYENGAR et al., 2012, p. 413).

Curioso notar que, ao contrário da avaliação do opositor político – que decaiu substancialmente, conforme observado –, a avaliação entre conservadores e liberais manteve-se relativamente estável no mesmo período, o que demonstra que, “comparada à filiação política, a ideologia é uma base mais fraca para a identidade política subjetiva”⁹⁶ (IYENGAR et al., 2012, p. 414).

As pesquisas que assimilam dados de classificação a partir de traços também denotam um acirramento dos ânimos em relação aos opositores políticos. Por meio dessas pesquisas, as pessoas foram instigadas, através de determinadas perguntas, a avaliar os seus opositores políticos bem ou mal. Tendo em vista que a grande maioria das perguntas aplicadas em 2008 foi distinta em relação às perguntas aplicadas em 1960, os pesquisadores computaram as respostas em duas linhas norteadoras: traços positivos e traços negativos. Enquanto os traços positivos dos copartidários haviam marcado 0,47 em 1960, passaram a marcar 2,86 em 2008. E, enquanto os traços negativos dos opositores marcavam 0,08 em 1960, passaram a marcar 1,93 em 2008 (IYENGAR et al., 2012, pp. 418-420).

Enfim, todos os indicadores demonstram que a polarização afetiva relacionada ao partido político está crescendo nos Estados Unidos. Demonstram, ainda, que essa polarização decorre de uma visão da política atrelada à perspectiva de “nós contra eles”, que fomenta a percepção positiva dos copartidários e negativa dos opositores políticos (IYENGAR et al., 2012, p. 421).

Apuradas as evidências da polarização afetiva na política, apresentam-se duas hipóteses para justificá-la: “um movimento nas atitudes políticas entre as massas e as elites, e uma exposição a campanhas políticas cada vez mais negativas”⁹⁷ (IYENGAR et al., 2012, p. 421).

Mas seria a polarização afetiva mero sintoma de uma alteração nas atitudes políticas dos caciques e dos movimentos de base dos partidos? Parece que não. Primeiramente, porque, se assim fosse, as pesquisas deveriam demonstrar uma relação necessária entre o crescimento das avaliações negativas entre liberais e conservadores, o que, contudo, conforme já relatado não ocorreu (IYENGAR et al., 2012, p. 421).

⁹⁶ Tradução livre do original em inglês: “compared to party affiliation, ideology is a weaker basis for subjective political identity” (IYENGAR et al., 2012, p. 414).

⁹⁷ Tradução livre do original em inglês: “movement in policy attitudes among the masses and the elites, and exposure to increasingly negative political campaigns” (IYENGAR et al., 2012, p. 421).

Conforme demonstrado na pesquisa, em uma comparação entre questões culturais ou ideológicas – aborto, direitos de casais homoafetivos, igualdade de gênero – e questões relacionadas ao bem estar social – saúde, assistência social e empregos –, estas questões são o fator que mais impacta na animosidade existente entre os opositores políticos. A bem da verdade, as preferências culturais não provocaram qualquer impacto na animosidade política (IYENGAR et al., 2012, p. 421-423).

A pesquisa ainda demonstrou que a diferença interna entre os copartidários menos e mais atrelados à ideologia é equivalente à diferença obtida na comparação realizada entre copartidários e opositores com base no mesmo parâmetro (IYENGAR et al., 2012, pp. 422-423).

Além disso, a pesquisa demonstrou que, enquanto as preocupações ideológicas ou culturais se mantiveram praticamente estáveis entre 1988 e 2004, a força da identificação partidária cresceu substancialmente, o que demonstra um crescimento da identificação partidária desatrelado às preferências ideológicas (IYENGAR et al., 2012, p. 423).

Observa-se, portanto, que as constatações obtidas com a pesquisa estão alinhadas com estudos que demonstram que a identidade partidária decorre apenas em uma pequena medida de fundamentos ideológicos. As “identidades partidárias são principalmente uma extensão afetiva”⁹⁸ (IYENGAR et al., 2012, p. 425).

Seria, então, a exposição a campanhas políticas cada vez mais negativas a Os pesquisadores passam, então, a principal causa da polarização afetiva na política? Para responder a essa questão, vale analisar uma pesquisa realizada nos estados americanos em que há maior disputa política entre republicanos e democratas – nos quais a diferença de votos não passa de 5% –, conhecidos como “battleground states” (IYENGAR et al., 2012, p. 424).

A pesquisa demonstrou que o fato de uma pessoa residir em um desses estados é um fator que impacta a sua identificação partidária, tornando-a mais forte. Demonstrou, ainda, que o volume de ataques eleitorais em um estado também impactou positivamente o afeto partidário, tornando-o ainda maior (IYENGAR et al., 2012, p. 425). Por fim, a pesquisa demonstrou que a polarização afetiva cresceu

⁹⁸ Tradução livre do original em inglês: “partisan identities are primarily affective attachments” (IYENGAR et al., 2012, p. 425).

substancialmente ao longo da campanha eleitoral e, com ainda mais expressão, nos “battleground states” (IYENGAR et al., 2012, p. 426).

No geral, nossa análise sugere que tanto os níveis maiores de negatividade em campanhas publicitárias quanto a exposição geral a campanhas políticas contribuem para níveis mais altos de polarização afetiva. Campanhas reforçam o senso de identidade partidária dos eleitores e confirmam crenças estereotipadas sobre os seus apoiadores e oponentes.

[...].

Os cientistas políticos demonstraram repetidas vezes que a grande maioria do público não pensa em partidos em termos ideológicos e que seus laços com o mundo político são, ao contrário, afetivos, baseados em um sentido primordial de identidade partidária que é adquirida muito cedo na vida e persiste o ciclo de vida inteiro.

[...].

É muito provável que a exposição a campanhas negativas barulhentas não seja o fator mais forte, muito menos o único fator, contribuindo para a polarização afetiva. A tecnologia facilitou a capacidade dos cidadãos de procurar fontes de informação que considerem agradáveis e ignorar outras que se revelam dissonantes⁹⁹ (IYENGAR et al., 2012, p. 427).

Esse novo costume de selecionar informações, descartando fontes que tendem a expor visões dissonantes provavelmente aumente a animosidade entre os partidos políticos (IYENGAR et al., 2012, pp. 427-428).

Diante de tantas evidências, o partidismo deve ser enxergado, então, como uma forma de preconceito derivada muito mais de uma polarização afetiva e, por conseguinte, identitária, do que como o resultado de uma confrontação ideológica. Tanto em razão disso, é possível enxergar uma semelhança muito grande entre o preconceito de origem político-partidária e o preconceito de origem religiosa.

Assim, as pesquisas analisadas indicam, ao contrário das objeções apresentadas, que preferência político-partidária envolve, sobretudo, a formação de um grupo identitário, fruto de uma polarização afetiva, tal qual um grupo religioso.

Talvez em razão disso o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de

⁹⁹ Tradução livre do original em inglês: “Overall, our analyses suggest that greater levels of negativity in advertising campaigns and general exposure to political campaigns both contribute to higher levels of affective polarization. Campaigns reinforce voters’ sense of partisan identity and confirm stereotypical beliefs about supporters and opponents. [...] political scientists have repeatedly demonstrated that the vast majority of the public does not think about parties in ideological terms and that their ties to the political world are instead affective, based on a primordial sense of partisan identity that is acquired very early in life and persists over the entire life cycle. [...] ‘Exposure to loud negative campaigns is very likely not the strongest factor, much less the only factor, contributing to affective polarization. Technology has facilitated citizens’ ability to seek out information sources they find agreeable and tune out others that prove dissonant” (IYENGAR et al., 2012, p. 427).

dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991 – preveja, em seus artigos 2º e 26, que:

ARTIGO 2º - Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

ARTIGO 26 - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação (ONU, 1966).

Por fim, há que se analisar a objeção segundo a qual não haveria atos de violência relacionados aos discursos fundados no partidismo.

Quanto a esse argumento, é de sobremaneira importante recordar que o próprio autor da objeção frisa que não haviam sido testemunhados episódios de violência física derivados de discursos fundados no partidismo desde a redemocratização do Brasil, “ao menos, até a conclusão deste ensaio”, que foi redigido em 2016.

Duas questões merecem atenção quanto a esse respeito. Primeiramente, conforme já relatado, a violência física fomentada pelos discursos de ódio fundados no partidismo ganhou terreno, sobretudo, no ano de 2018.

Com razão, conforme já relatado, o então candidato à Presidência da República Jair Bolsonaro foi alvo de um atentado a faca; o ônibus de uma caravana do então pré-candidato à Presidência da República Lula foi alvo de tiros; e o Mestre Moa do Katendê foi vítima de homicídio após uma discussão política na noite que sucedeu o resultado do primeiro turno das eleições de 2018. Sendo assim, poder-se-ia afirmar, com alguma tranquilidade, que a objeção perdeu lastro empírico a partir dos referidos acontecimentos.

Contudo, ainda que não ocorressem tais eventos, seria possível afirmar que o partidismo fomenta o ódio. Isso porque, conforme detidamente demonstrado no capítulo anterior, ao contrário do que defende a teoria do perigo iminente sustentada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, o ódio não deve ser objeto de reprimenda apenas quanto fomenta a violência física. Conforme já repetidamente defendido,

“precisamos ir além da descrição do próprio discurso de ódio como odioso para alcançar uma compreensão da maneira como ele polui o ambiente social de uma comunidade e torna a vida muito mais difícil para muitos daqueles que nela vivem”¹⁰⁰ (WALDRON, 2012a, p. 16).

O partidismo fomenta o ódio contra o opositor político e, ainda que não implique em violência física em face dele – como resultou nos três episódios ocorridos no Brasil no ano de 2018 – implica em negação ao seu direito de disputar, em critérios iguais, uma posição política; implica no intuito de eliminar o adversário político como se inimigo fosse; implica em desrespeitar os princípios básicos do partidarismo, que são elementos necessários à manutenção do pluripartidarismo que, por sua vez, é condição de existência da democracia.

O discurso de ódio fundamentado no partidismo é um discurso de ódio porque “[...] ele polui o ambiente social de uma comunidade e torna a vida muito mais difícil para muitos daqueles que nela vivem”¹⁰¹ (WALDRON, 2012a, p. 16).

4.4. Como enfrentar o partidismo?

Constatado, pois, que o discurso fundado no partidismo é uma forma de discurso de ódio e provoca danos, inclusive, à democracia, resta perquirir quais as soluções para enfrentar o partidismo.

Sunstein acredita que seria uma loucura tentar aboli-lo. Assim como não seria razoável prevenir incêndios reprimindo o uso do oxigênio para não oferecer comburente ao fogo, não seria razoável reprimir a liberdade para atacar o partidismo (2016, p. 18). Para Sunstein, “as verdadeiras soluções não estão em apontar as causas do partidismo, mas em trabalhar para neutralizar seus efeitos”¹⁰² (2016, p. 18).

Segundo o autor, em períodos de forte observância do partidismo, há razões para se defender o exercício da autoridade pelo Poder Executivo, não de forma

¹⁰⁰ Tradução livre do original em inglês: “But we need to go beyond the description of the speech itself as hateful to an understanding of the way it pollutes the social environment of a community and makes life much more difficult for many of those who live in it” (2012a, p. 16).

¹⁰¹ Tradução livre do original em inglês: “But we need to go beyond the description of the speech itself as hateful to an understanding of the way it pollutes the social environment of a community and makes life much more difficult for many of those who live in it” (2012, p. 16).

¹⁰² Tradução livre do original em inglês: “The real solutions lie not in aiming at the causes of partyism but in working to counteract its effects” (SUNSTEIN, 2016, p. 18).

ilimitada, mas de forma mais ampla do que seria indicado em outras circunstâncias (SUNSTEIN, 2016, p. 19).

O partidismo é mais observável em períodos de eleições e menos observáveis no início das legislaturas e do exercício do mandato do presidente, por razões óbvias. Em virtude disso, é muito importante que o presidente concentre seus esforços em aprovar as suas principais medidas neste período (SUNSTEIN, 2016, p. 19).

Nessas ocasiões, Sunstein defende a utilização de mecanismos encontrados no sistema jurídico dos Estados Unidos que se assemelham – ao menos quanto aos objetivos – às medidas provisórias, previstas no artigo 62 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁰³, de modo a permitir que o Presidente da República force o Congresso a legislar (SUNSTEIN, 2016, p. 20).

¹⁰³ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
 b) direito penal, processual penal e processual civil;
 c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
 d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

Defende, ainda, que determinadas decisões devem ser delegadas a tecnocratas, por não serem atinentes a preferências políticas, mas a questões técnicas. Na discussão de questões como a utilização do clorofluorcarbono ou não, segundo Sunstein, o partidismo tende apenas a inviabilizar a discussão sobre os fatos realmente relevantes, razão pela qual devem ser delegadas a tecnocratas do Poder Executivo – já que, para Sunstein, o Poder Executivo tende a ter maior pessoal com expertise técnica (2016, pp. 21-22).

Segundo Sunstein, “esses pontos não devem ser mal interpretados. Não estou sugerindo que o presidente possa fazer guerra por conta própria, violar restrições constitucionais à sua autoridade, desconsiderar exigências legais ou, de outra forma, abandonar o plano constitucional”¹⁰⁴ (SUNSTEIN, 2016, p. 24).

Sunstein sabe que esse argumento pode causar pouco impacto sobre aquelas pessoas que entendem que o Poder Executivo também padece dos mesmos viesamentos, mas ele entende que, em tempos de partidismo, existem razões significativas para prover um maior grau de discricionariedade ao âmbito técnico do Poder Executivo (2016, p. 24).

Sunstein admite, ainda, que a aceitação à concessão de maior discricionariedade ao Poder Executivo varia de acordo com o partido que está no poder: se há um republicano, os republicanos vão aceitar e os democratas vão se opor; se há um democrata, os democratas vão aceitar enquanto os republicanos vão se opor. Em razão disso, Sunstein defende que a decisão acerca da concessão de maior discricionariedade ao Poder Executivo deve ser dar por trás de um “véu da ignorância”, a partir do qual serão desconsiderados os atuais ocupantes dos cargos no Poder Executivo (2016, p. 25).

Ocorre que a preocupação de Sunstein está nitidamente voltada para um prejuízo específico causado pelo partidismo: a inatividade do Congresso Nacional. Esse, contudo, parece ser o menor dos danos ocasionados pelo partidismo. O dano

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

¹⁰⁴ Tradução livre do original em inglês: “These points should not be misunderstood. I am not suggesting that the President can make war on his own, violate constitutional restrictions on his authority, disregard legal requirements, or otherwise abandon the constitutional plan” (SUNSTEIN, 2016, p. 24).

à democracia é muito maior ao deslegitimar o membro ou apoiador do partido político oposto e querer eliminá-lo. Com razão, o tratamento esperado na arena política é a legítima discordância de ideias, que fundamenta o debate em prol da construção de políticas públicas e não o desprezo que relega ao opositor político a pecha de inimigo, que deve ser excluído do debate público.

Além disso, enfrentar a inatividade do Congresso Nacional atribuindo mais força ao Poder Executivo viola o sistema de freios e contrapesos instituído pelo constitucionalismo. Apresenta-se, assim, como uma solução que parece criar um problema tão grave quanto aquele que está sendo combatido.

Ao contrário do que inicialmente propõe Sunstein, é necessário combater não os efeitos do partidismo, mas as suas causas. Conforme constatado ao longo das pesquisas analisadas, o partidismo é fruto de uma polarização de grupo. Ela, portanto, deve ser o alvo.

Mas o que deve ser feito para enfrentar o problema da polarização de grupo? A formação de grupos heterogêneos parece ser uma boa fórmula para promover uma deliberação que tenda ao entendimento e não à mera reafirmação e extremação dos pontos de vista pré-deliberativos. Questiona-se, contudo, como deveria ser formado esse caráter heterogêneo do grupo. Seria razoável, por exemplo, exigir a presença de um defensor da escravidão em um debate sobre políticas afirmativas? Isso não seria nem um pouco razoável. “Para saber quais pontos de vista devem ser representados em qualquer deliberação em grupo, é importante ter um bom senso das questões substantivas envolvidas, na verdade, um sentido suficientemente bom para gerar julgamentos sobre quais pontos de vista devem ser incluídos e excluídos”¹⁰⁵ (SUNSTEIN, 1999, p. 28).

Mas se já há elementos substantivos para saber quais são os pontos de vista que devem ser mantidos em debate e quais devem ser excluídos, por que seria necessário o debate?

A resposta é que muitas vezes sabemos o suficiente para saber quais pontos de vista contam como razoáveis, sem saber qual visão conta como certa, e esse ponto é suficiente para permitir que as pessoas construam processos deliberativos que devem corrigir os problemas mais sérios

¹⁰⁵ Tradução livre do original em inglês: “To know what points of view should be represented in any group deliberation, it is important to have a good sense of the substantive issues involved, indeed a sufficiently good sense as to generate judgments about what points of view must be included and excluded” (SUNSTEIN, 1999, p. 28).

potencialmente criados por deliberação grupal. O que é necessário não é permitir que todos os pontos de vista sejam ouvidos, mas assegurar que nenhuma visão única seja tão amplamente ouvida e reforçada, que as pessoas sejam incapazes de se engajar em uma avaliação crítica dos concorrentes razoáveis. Desta forma, uma compreensão da polarização grupal não fornece uma visão simples da deliberação como um processo social, mas fornece uma lição importante para aqueles interessados na construção de espaços públicos ou em uma esfera pública que funcione bem¹⁰⁶ (SUNSTEIN, 1999, p. 28).

“Talvez a maior lição fornecida pela polarização de grupo envolva a necessidade de estruturar processos de deliberação de modo a garantir que as pessoas sejam expostas não a ecos mais suaves ou mais altos de suas próprias vozes, mas a uma série de alternativas razoáveis”¹⁰⁷ (SUNSTEIN, 1999, p. 30).

Mas como estruturar processos de deliberação para enfrentar os riscos provocados pelos discursos de ódio no âmbito da política? Ainda que se aceite que o partidismo existe e os discursos de ódio fundamentados no partidismo provoquem um risco à democracia, cercear esse tipo de discurso não implicaria, tal qual, em risco à democracia? Existem meios democráticos para se promover a defesa da democracia?

4.4.1 *O que a democracia militante pode ensinar?*

Para enfrentar essas questões, é de sobremaneira relevante promover uma reminiscência histórica e analisar como autores propuseram, em situações semelhantes, que a democracia enfrentasse os desafios que a colocassem em risco. Para tanto, é imprescindível uma análise da ideia de democracia militante, inicialmente proposta por Karl Loewenstein em dois artigos publicados na década de 1930.

¹⁰⁶ Tradução livre do original em inglês: “The answer is that we often do know enough to know which views count as reasonable, without knowing which view counts as right, and this point is sufficient to allow people to construct deliberative processes that should correct for the most serious problems potentially created by group deliberation. What is necessary is not to allow every view to be heard, but to ensure that no single view is so widely heard, and reinforced, that people are unable to engage in critical evaluation of the reasonable competitors. In this way an understanding of group polarization provides no simple view of deliberation as a social process, but does provide an important lesson to those interested in the construction of public spaces or a well-functioning public sphere” (SUNSTEIN, 1999, p. 28).

¹⁰⁷ Tradução livre do original em inglês: “Perhaps the largest lesson provided by group polarization involves the need to structure processes of deliberation so as to ensure that people are exposed, not to softer or louder echoes of their own voices, but to a range of reasonable alternatives” (SUNSTEIN, 1999, p. 30).

A democracia militante pode ser conceituada como “o uso de restrições legais à manifestação e à participação políticas para coibir atores extremistas em regimes democráticos”¹⁰⁸ (CAPOCCIA, 2013, p. 207).

De acordo com Ruti Teitel, a democracia militante é uma resposta da Justiça de Transição para uma forma moderna de regimes autoritários que são, paradoxalmente, alçados ao poder por vias democráticas. A questão que se coloca e que deve ser respondida pela democracia militante é: como se comportar frente ao legado de horrores deixado pelos regimes fascistas e nazista que chegaram ao poder pelas vias democráticas e como proteger a democracia quanto a riscos semelhantes no futuro? (2000, p. 177).

Para enfrentar essa situação, a democracia militante redefine o conceito de democracia, de modo a permitir, por exemplo, sejam banidos partidos políticos que sejam reputados inconstitucionais. No contexto da democracia militante, por comprometerem a ordem democrática, tais partidos políticos se encontram fora da arena democrática da disputa de poder político (TEITEL, 2000, pp. 177-178).

Segundo Nancy Rosenblum, “a democracia militante’ é o nome da autoproteção contra os partidos que explorariam a rivalidade regulamentada para desfazê-la. É a resposta da democracia às partes que não aceitam que sejam partes”¹⁰⁹ (2008, p. 410).

A idéia de democracia militante envolve a noção de que o Estado deve defender a democracia dos seus “inimigos”, que não aceitam as regras do jogo democrático e pretendem subvertê-las. Neste sentido, a Lei Fundamental alemã vedou a criação de associações “*dirigidas contra a ordem constitucional ou contra a idéia de entendimento entre os povos*” (art. 9º), previu a possibilidade de decretação de privação dos direitos fundamentais, pela Corte Constitucional, para aquele que abusar das liberdades constitucionais visando a “*combater a ordem constitucional liberal e democrática*” (art. 18), e proibiu os partidos políticos que, pelos seus objetivos declarados, ou pelo comportamento dos seus filiados, proponham-se a atingir ou eliminar “*a ordem constitucional liberal e democrática ou por em risco a existência da República Federal da Alemanha*” (art. 21). Na década de 50, a Corte Constitucional alemã chegou a declarar a inconstitucionalidade do Partido Socialista do Reich (SRP) (2 BVerfGE 1 (1952)), pelas suas tendências neonazistas, e – em decisão muito mais polêmica e controversa, adotada no auge da Guerra Fria –, também a do Partido Comunista Alemão (KPD) (5 BVerfGE 85 (1956)), porque entendeu que este tinha como “*fixo propósito combater constante e*

¹⁰⁸ Tradução livre do original em inglês: “the use of legal restrictions on political expression and participation to curb extremist actors in democratic regimes” (CAPOCCIA, 2013, p. 207).

¹⁰⁹ Tradução livre do original em inglês: “Militant democracy is the name for self-protection against parties that would exploit regulated rivalry in order to undo it. It is democracy's response to parties that do not accept that they are parts” (ROSENBLUM, 2008, p. 410).

resolutamente a ordem constitucional livre e democrática”, e que manifestava concretamente esta sua intenção através da sua *“ação política, dirigida por um plano predefinido”* (SARMENTO, 2006, p. 21).

O direito constitucional comparado tem convivido com o ressurgimento da democracia militante que, em detrimento ao modelo neutro de democracia liberal – a partir do qual todas as correntes políticas detêm o mesmo direito a expressão e participação –, defende a legitimidade de restrições a direitos fundamentais com vistas à preservação da democracia (CAPOCCIA, 2013, p. 207).

O conceito de democracia militante foi designado por Karl Loewenstein em uma série de artigos publicados na década de 1930, contexto em que o fascismo havia nascido na Itália e se espalhado primeiramente pela Alemanha e por outros países europeus e, posteriormente, mundo afora (CAPOCCIA, 2013, p. 208).

O grande problema a ser enfrentado pela democracia ao defrontar com o fascismo, segundo Loewenstein, é aquele apontado por Goebbels: “os democratas fornecem aos seus inimigos os meios para se livrarem da democracia”¹¹⁰ (CAPOCCIA, 2013, p. 208).

A partir dessa perspectiva, Loewenstein defende que a democracia deve se tornar militante, de modo a se resguardar e proteger de políticas que viabilizem a instauração de regimes fascistas. Essa atitude deveria ser concretizada por meio de três estratégias principais: a concentração de poder no Executivo; a utilização de poderes de emergência; e a criação de legislação *ad hoc* para restringir a liberdade de expressão, o direito de participação e o direito de reunião para impedir que movimentos fascistas explorem as liberdades democráticas para minar a democracia (CAPOCCIA, 2013, p. 208).

À época, o mundo estava enfrentando o nascimento do fascismo, um movimento que, segundo Loewenstein, não se tratava mais de um problema isolado de alguns países, mas havia se tornado um movimento de impacto tão universal como o liberalismo político surgido na Europa no final do século XVIII, que promoveu a derrocada do Estado Absoluto, sobretudo, a partir da Revolução Francesa (1937a, p. 417).

Destarte, Loewenstein escreve em uma época em que o fascismo demonstrava a sua face mais obscura em países como a Itália, a Alemanha, a

¹¹⁰ Tradução livre do original em inglês: “democrats provide their enemies with the means to get rid of democracy” (CAPOCCIA, 2013, p. 208).

Turquia e a Espanha, além de florescer, de forma não tão evidente, em diversos outros países que adotavam um sistema unipartidário e mantinham um governo autoritário que controlava a opinião pública, como Áustria, Bulgária, Grécia e Portugal (1937a, p. 417).

Em governos autoritários, tais quais os relatados, os direitos individuais são suprimidos. Trata-se de oportunismo legalizado justificado por supostas razões de Estado. O exercício da violência injustificada pelo Estado não seria razoável e, em razão disso, os governos autoritários se valem de motivações emocionais para fundamentar o recurso da violência. Uma das motivações mais utilizadas é o nacionalismo (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 418). Outro fator motivacional utilizado pelos governos autoritários é o risco de um inimigo, como a cruzada ocidental promovida contra o risco bolchevique (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 419).

Ocorre que, mesmo em países que se mantinham, na segunda metade da década de 1930, fiéis aos valores democráticos, observavam-se movimentos político-partidários de índole notoriamente fascista, como ocorreu na Bélgica, na França, na Suíça, na Holanda, na Irlanda, na Inglaterra, na Suécia e na Dinamarca (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 419).

Nas eleições parlamentares de 1935, o Partido Nazista da Holanda, por exemplo, abocanhou cerca de oito por cento dos votos. Já nas eleições parlamentares da Bélgica de 1936, um partido de índole fascista ocupou cerca de dez por cento dos assentos, totalizando vinte e um deputados eleitos (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 420).

Os ingredientes que fomentaram esse movimento antidemocrático que ganhou proporções internacionais são bastante coincidentes nos diversos países:

[...] ódio contra o comunismo e seus correlatos, marxismo e socialismo; antissemitismo, com a notável exceção da Itália, embora mesmo aqui, evidentemente sob a influência do 'eixo Berlim-Roma', uma mudança de atitude seja perceptível; hostilidade aos maçons, pacifistas e organizações internacionais semelhantes; o princípio da 'liderança' e a abolição da democracia liberal e das suas instituições; um tipo nebuloso de corporativismo; limpeza geral das casas sob os slogans de 'regeneração' e 'renovação'; nacionalismo desenfreado¹¹¹ (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 421).

¹¹¹ Tradução livre do original em inglês: "hatred toward communism and its kin, Marxism and socialism; antisemitism, with the notable exception of Italy, although even here, evidently under the influence of the "Berlin-Rome axis," a change in attitude is noticeable; hostility to freemasons, pacifists, and similar international organizations; the "leadership" principle and abolition of liberal democracy and its institutions; a hazy sort of corporativism; general house-cleaning under the slogans of "regeneration" and "renovation;" rampant nationalism" (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 421).

As lideranças derivam, em regra, da classe média, muitas delas oriundas das Forças Armadas. Os líderes tendem a surgir mais da classe média baixa, do proletariado, do que dos estratos mais intelectualizados da sociedade (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 421). “Outra suposição comum é que o capitalismo privado, ameaçado pela maré socialista e a conseqüente perda de privilégios, constrói o fascismo como um muro protetor da contrarrevolução”¹¹² (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 422).

Partindo desse diagnóstico, há, segundo Loewenstein, duas possíveis conclusões. Primeiramente, poder-se-ia concluir que o fascismo se tratava, tal qual foi o liberalismo, de uma onda que promove de tempos em tempos uma mudança irresistível na sociedade, alterando o padrão global de governança. Se essa conclusão estiver certa, seria absolutamente inútil combater o fascismo. Mas, em segundo lugar, poder-se-ia concluir que o fascismo é apenas uma técnica de obtenção e manutenção de poder, pelo próprio poder, sem justificação derivada de valores. Se essa conclusão estiver correta, então a democracia deve se tornar militante (1937a, pp. 422-423).

Loewenstein entende que o fascismo é uma técnica política, a mais efetiva técnica política da sua época e, portanto, acredita que a segunda hipótese apresentada acima esteja correta (1937a, p. 423).

Ocorre que essa técnica política – o fascismo – somente pode alcançar o sucesso dentro das extraordinárias condições fornecidas pelas instituições democráticas. “A democracia e a tolerância democrática têm sido utilizadas para a sua própria destruição”¹¹³ (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 423).

É que a democracia, ao menos em princípio, não poderia negar aos cidadãos o recurso às liberdades de expressão, de imprensa, de reunião e de participação sem implicar na sua autonegação. Em virtude disso, a democracia se mostra inábil para enfrentar os seus inimigos (LOEWENSTEIN, 1937a, pp. 423-424).

Segundo Loewenstein, o princípio mais importante da democracia é a legalidade. Ocorre que o fascismo aderiu à legalidade e a acatou como uma regra do jogo. Em virtude disso, em regra, não alcança o poder por meio de golpes de

¹¹² Tradução livre do original em inglês: “Another common assumption is that private capitalism, threatened by the socialist tide and the attendant loss of privileges, builds up fascism as a protective wall of counter-revolution” (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 422).

¹¹³ Tradução livre do original em inglês: “Democracy and democratic tolerance have been used for their own destruction” (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 423).

Estado descarados, mas sim por meio de eleições. O caráter exclusivamente formalista do regime democrático permite, então, que partidos que negam a própria existência das regras do jogo democrático entrem no jogo democrático por meio dessas mesmas regras que pretendem subjugar (1937a, p. 424).

Os regimes fascistas ainda se caracterizam por sua organização similar às Forças Armadas. Sob uma justificativa de autoproteção, se valem de uma aproximação com os militares, da adoção de símbolos militares e de uma hierarquia – uma técnica com fortes propósitos emocionais (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 424). A demonstração de força, contudo, em várias oportunidades, ganha contornos maiores do que o mero simbolismo e torna, com o tempo, o respeito à legalidade um capricho frente ao ambiente de perigo iminente criado (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 425).

Na Alemanha, por exemplo, é notório como a ausência de combatividade da República de Weimar contra movimentos reconhecidamente antidemocráticos foi, ao menos, um dos fatores desencadeadores do florescimento do fascismo e a consequente tomada do poder. A guinada nacionalista e armamentista de Hitler era notória e abertamente fomentada pelos setores que o apoiavam. Ainda assim, o governo nada fez para evitar que a evidente propaganda contrária ao vigente acordo de Versailles fosse derogada (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 426).

“Medidas destinadas a conter os excessos políticos eram fúteis quando todos os deputados radicais podiam, sob a proteção de imunidades parlamentares sagradas, empregar a plataforma para minar a República”¹¹⁴ (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 427).

Mas como, então, superar a ameaça fascista? Seria possível fazê-lo, tal qual o fascismo o faz, por meio de dispositivos emocionais? Não. A democracia é um sistema consolidado por meio de recursos racionais e não pelo fomento a apelos emocionais. Seria uma contradição aos próprios princípios democráticos, consolidados nos ideais racionalistas do iluminismo (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 428).

¹¹⁴ Tradução livre do original em inglês: “Measures aimed at curbing political excesses were futile when every radical deputy could, under the protection of sacrosanct parliamentary immunities, employ the platform to undermine the Republic” (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 427).

Na verdade, a defesa da democracia somente pode se dar por meio da atuação conjunta em duas frentes: nos âmbitos político e legislativo (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 428).

[...] enquanto a atitude política visa a estabelecer uma ação unida e uniforme entre os setores democráticos do povo contra o inimigo comum, a legislação antifascista nos Estados democráticos está diretamente apontada para a técnica fascista; ela pode ser aprovada mesmo que não exista um entendimento político formal entre os vários partidos antifascistas¹¹⁵ (LOEWENSTEIN, 1937a, pp. 428-429).

“Mais e mais, tem se percebido que uma técnica política somente pode ser derrotada em seu próprio plano e por seus próprios meios, que a mera concordância e a crença otimista na vitória final do espírito sobre a força só estimula o fascismo sem estabilizar a democracia”¹¹⁶ (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 430).

Mas como seria possível a democracia promover restrições aos direitos fundamentais, às liberdades de expressão, de reunião e de imprensa sem incorrer em petição de princípio? (LOEWENSTEIN, 1937a, pp. 430-431).

Além disso, sabe-se que não é possível suprimir uma ideia por meio de medidas administrativas ou legislativas, mas apenas retardar o seu florescimento. Cedo ou tarde, ela pode vir à tona. O liberalismo foi fortemente combatido pela Santa Aliança, mas ganhou o mundo no século seguinte ao seu nascimento. O comunismo foi proibido na Rússia em 1905, mas tornou-se o regime vigente naquele país a partir de 1917 (LOEWENSTEIN, 1937a, pp. 431-432).

Ocorre que o mesmo argumento não se aplica ao fascismo, eis que não se trata de um movimento ideológico, mas de uma técnica política e, ao contrário das ideias, não há registro histórico de técnicas políticas que sejam imunes ao combate (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 432).

¹¹⁵ Tradução livre do original em inglês: “[...] while the political attitude aims at establishing a united and uniform action among the democratically-minded sections of the people against the common enemy, the anti-fascist legislation in democratic states is directly pointed at the fascist technique; it can be passed even if a formal political understanding among the various anti-fascist parties does not exist” (LOEWENSTEIN, 1937a, pp. 428-429).

¹¹⁶ Tradução livre do original em inglês: “More and more, it has been realized that a political technique can be defeated only on its own plane and by its own devices, that mere acquiescence and optimistic belief in the ultimate victory of the spirit over force only encourages fascism without stabilizing democracy” (LOEWENSTEIN, 1937a, p. 430).

Para demonstrar como a democracia militante pode agir, há alguns exemplos de países que adotaram medidas para o combate de políticas extremistas (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 638).

O primeiro exemplo notório é a Finlândia, que, a despeito de suas características geográficas e históricas que fomentavam a adoção de extremismo político, conseguiu manter o seu regime democrático. A primeira medida foi a proibição pelo Superior Tribunal da existência do partido comunista em 1925. Como esse partido retomou as suas atividades em 1929, foi aprovada uma lei que proibia a formação, as atividades, bem como auxílios a partidos que objetivavam a alteração forçada da ordem política e social (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 638). Em 1933, foi aprovada uma lei proibindo a formação de exércitos privados relacionados com partidos políticos e, em 1934, foi aprovada uma nova lei proibindo a ostentação de uniformes e outros símbolos de distinção da lealdade política. Com isso, não só o partido comunista, como também o partido com tendências fascistas perdeu o terreno fértil em que estava florescendo (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 639).

Na Estônia, os poderes autoritários atribuídos ao Presidente da República pela reforma constitucional de 1934 serviram para que ele pudesse, por meio de leis marciais emergenciais, relegar à ilegalidade o partido político de matiz fascista. Em 1936, um plebiscito popular definiu o retorno do regime democrático e foram realizadas eleições gerais sem a participação dos partidos fascista e comunista (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 639-640).

A Áustria adotou um caminho bastante parecido em 1933, quando, por meio de ato do Presidente Dollfuss, proibiu todos os movimentos políticos extremistas. Ocorre que, em 1934, Dollfuss também derrubou o Partido Socialista, que tinha comportamento democrático, e instituiu um autoritário regime unipartidário. O acordo firmado com a Alemanha em 1936 tornou, de forma notória, a Áustria um mero vassalo do regime nacional socialista alemão (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 640).

A então Checoslováquia emitiu uma lei em 1933 que suspendia e dissolvia partidos políticos que atentavam contra o regime democrático. Na exposição de motivos da aludida lei, lia-se que:

‘É evidente que todos os fatores construtivos e politicamente responsáveis são confrontados com a necessidade de tomar providências para a defesa das posses mais queridas da República e dos cidadãos, a fim de verificar as atividades inimigas do Estado... Na política também a defesa é moldada de

acordo com os métodos de luta do agressor¹¹⁷ (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 641-642).

O sistema de defesa do regime republicano e democrático criado pela Checoslováquia em 1933 era, provavelmente, o mais refinado e evoluído à época. A lei de 1933 permitia ao governo suspender e dissolver partidos políticos, associações e movimentos aptos a colocar em risco a ordem constitucional, a integridade e a unidade do regime republicano e democrático da Checoslováquia. A reconstituição do mesmo partido político sob nova denominação também era proibida. Os membros dos partidos políticos declarados ilegais se tornavam inelegíveis. Os uniformes e símbolos que guardavam relação ou mesmo simpatia com o partido declarado ilegal tornavam-se ilegais (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 642).

Nas eleições de maio de 1935, uma antiga força de extrema direita alcançou a segunda maior bancada no parlamento. Contudo, restringido pela lei de 1933, teve que adaptar o seu programa e as suas propostas às exigências democráticas e republicanas, adequando-se às regras do jogo democrático. O ato de 1933, assim, não impedia o exercício da oposição política, mas impedia que essa oposição se tornasse uma associação paramilitar antidemocrática (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 643).

Em suma, a legislação da Checoslováquia, que foi reforçada em 1936, preveniu a ascensão de um regime autoritário, se valendo de normas que restringiam direitos fundamentais. A ascensão de um regime totalitário naquele país somente poderia se dar por meio de um golpe de Estado, mas não pelos meios normalmente concedidos pelo próprio regime democrático (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 643-644).

É observável, portanto, que, a despeito das peculiaridades políticas, geográficas e históricas de cada país, há certo padrão nas medidas adotadas pela democracia militante para proteger a democracia de movimentos extremistas como o fascismo, já que o fascismo também apresenta um comportamento padrão na tentativa de derrocada de governos democráticos em toda a Europa (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 644-645).

¹¹⁷ Tradução livre do original em inglês: "It is evident that all constructive and politically responsible factors are confronted by the necessity of making provisions for the defense of the most cherished possessions of the Republic and of the citizens, in order to check the activities inimical to the state... In politics also the defense is shaped according to the fighting methods of the assailant." (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 641-642).

A primeira medida que, em regra, é adotada pela democracia militante em diversos países é adaptação do código penal ou a criação de leis especiais para lidar com rebeliões, insurreições, revoltas armadas, motins, sedição e conspiração contra o Estado (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 645).

A segunda medida é a proibição, sem restrição específica de ideário político, de movimentos antidemocráticos. “O fato [...] de um grupo, por sua organização ou objetivos, intentar ou ser preparado ilegalmente para usurpar funções ordinariamente pertencentes às autoridades estatais regulares é, em geral, um indicativo suficiente de seu caráter subversivo”¹¹⁸ (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 646).

Seguindo a lógica que permite a proibição dessas organizações antissistema democrático, geralmente também são dissolvidos os partidos políticos antidemocráticos e são aplicadas penas às pessoas associadas a esses partidos políticos – normalmente a inelegibilidade –, bem como o perdimento de bens do partido político e a proibição da sua reconstituição, ainda que sob nova denominação (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 647).

A terceira medida adotada pelos países é a proibição de formação de exércitos paramilitares relacionados a partidos políticos, bem como o uso de uniformes ou símbolos militares no âmbito político. Trata-se de uma medida que busca atacar o cerne do fascismo, que é fundado no exagerado recurso ao simbólico e à propaganda massificada (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 648).

Os países tendem, ainda, a tornar ilegais quaisquer exercícios com caráter militar que não sejam diretamente controlados ou supervisionados pelo Estado. Tendem, da mesma forma, a controlar a produção, a comercialização, o porte e o uso de arma de fogo (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 649-650).

Várias democracias também adotaram medidas contra o abuso das instituições parlamentares pelo extremismo político. Assim, países como França, Bélgica, Holanda e Checoslováquia aprovaram leis que proibiam a defesa da derrubada da forma existente de governo por meios ilegais mesmo por parlamentares que detinham imunidade (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 650-651).

Outras medidas recentemente aprovadas por Estados democráticos visam a conter excessos em conflitos políticos. Os códigos criminais ordinários ou a

¹¹⁸ Tradução livre do original em inglês: “The fact [...] that a group, by its organization or aims, intends or is prepared unlawfully to usurp functions ordinarily belonging to the regular state authorities is as a rule sufficiently indicative of its subversive character” (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 646).

jurisprudência da maioria dos países (Suécia, Noruega, Finlândia, Holanda, Grã-Bretanha e Alemanha antes de 1933) continham disposições que tratam do incitamento à violência ou do ódio contra outros setores da população. Além disso, tornou-se necessário aliviar a acidez política quando ela era dirigida contra pessoas ou classes de pessoas ou instituições geralmente apontadas pelo ataque do fascismo. Muitos Estados providenciaram medidas por meio da proibição de incitação e agitação contra as seções específicas do povo por causa de sua raça, atitude política ou credo religioso – em particular, por causa de sua lealdade à forma republicana e democrática de governo existente (Checoslováquia [1933], Holanda [1934], também na província canadense de Manitoba [1934])¹¹⁹ (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 651).

Medidas são criadas para impedir que os conflitos políticos sejam conduzidos a ações extremadas por meio dos discursos inflamados e odiosos dos partidos fascistas, visando a prevenir que a disputa política exacerbe o campo do diálogo (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 652).

Também se observou a adoção, em países democráticos, de medidas que restringem a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa quando utilizadas para subjugar ou fomentar a derrocada do sistema republicano e do regime democrático. Medidas dessa envergadura foram adotadas em países como a França, a Finlândia, a Holanda, a Checoslováquia e a Suíça (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 652-653).

Outra medida adotada pelas democracias militantes é a proibição do envolvimento de militares na política. Os oficiais das Forças Armadas são impedidos de se candidatar a mandatos políticos. Essa medida contribui para a manutenção das Forças Armadas sob os auspícios do governo democraticamente eleito, o que tende a impedir que eventuais movimentos que visem a um golpe de Estado tenham chance de sucesso (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 654).

As medidas que foram utilizadas em regimes democráticos em meio a uma onda mundial fascista foram meios que visam à sobrevivência da democracia, ainda que a duras penas. Trata-se de medidas amargas, mas que buscavam por meios

¹¹⁹ Tradução livre do original em inglês: “Other recently passed measures of democratic states aim at curbing excesses of political strife. The ordinary criminal codes or the common law of most countries (Sweden, Norway, Finland, the Netherlands, Great Britain, also Germany before 1933) contain provisions dealing with incitement to violence or hatred against other sections of the population. In addition, it became necessary to alleviate political acrimony when it was directed against persons or classes of persons or institutions usually singled out for attack by fascism. Many states have provided remedies by forbidding incitement and agitation against and baiting of particular sections of the people because of their race, political attitude, or religious creed - in particular, because of their allegiance to the existing republican and democratic form of government (Czechoslovakia [1933], the Netherlands [1934], also the Canadian province of Manitoba [1934])” (LOEWENSTEIN, 1937b, p. 651).

não ortodoxos, garantir a manutenção do regime democrático frente à então crescente ameaça fascista (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 656-657).

Nesse sentido, a democracia precisa ser redefinida. Ela deve ser – pelo menos durante o estágio de transição até que um melhor ajuste social às condições da era tecnológica tenha sido alcançado – a aplicação da autoridade disciplinada, por homens liberais, para os fins últimos do governo liberal: dignidade humana e liberdade¹²⁰ (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 657-658).

Mais recentemente, contudo, em virtude da ausência da sombra fascista que cobria a Europa e grande parte do mundo na década de 1930, os estudos da democracia militante têm se concentrado na possibilidade de restrição a direitos fundamentais como a liberdade de expressão e a liberdade de participação com vistas a obstar a ascensão de regimes extremistas (CAPOCCIA, 2013, p. 208).

Nesta literatura recente, surgiu o consenso sobre o princípio fundamental subjacente à teoria e à prática da democracia militante: as democracias têm o direito (alguns dizem um dever [...]) de limitar os direitos fundamentais de liberdade de expressão e participação – embora com várias qualificações e ressalvas – por razões de autopreservação¹²¹ (CAPOCCIA, 2013, pp. 210-211).

Talvez o grande exemplo de sistema normativo que adotou na prática a teoria da democracia militante tenha sido aquele sistema da República Federativa da Alemanha – Alemanha Ocidental – do pós-guerra (CAPOCCIA, 2013, p. 211).

O artigo 9º da Lei Fundamental de Bonn, que dispõe sobre a liberdade de associação e de coalizão, prevê que “são proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos” (ALEMANHA, 1949, n. p.).

Já o artigo 18, que trata da perda dos direitos fundamentais, prevê que:

¹²⁰ Tradução livre do original em inglês: “In this sense, democracy has to be redefined. It should be - at least for the transitional stage until a better social adjustment to the conditions of the technological age has been accomplished - the application of disciplined authority, by liberal-minded men, for the ultimate ends of liberal government: human dignity and freedom” (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 657-658).

¹²¹ Tradução livre do original em inglês: “In this recent literature, consensus has emerged on the fundamental principle underlying the theory and practice of militant democracy: Democracies have a right (some say a duty [...]) to limit fundamental rights of free expression and participation — albeit with various qualifications and caveats – for reasons of self-preservation” (CAPOCCIA, 2013, pp. 210-211).

Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão (ALEMANHA, 1949, n. p.).

Por fim, em seu artigo 21.2, a Lei Fundamental de Bonn prevê que:

São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou por em perigo a existência da República Federal da Alemanha. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre a questão da inconstitucionalidade (ALEMANHA, 1949, n. p.).

Ao longo da vigência da Lei Fundamental de Bonn, observou-se a aplicação prática, sobretudo, da regra imposta pelo artigo 21.2, com o banimento dos partidos neonazista em 1952 e comunista em 1956, por meio de decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha (CAPOCCIA, 2013, pp. 211-212).

Em 1972, outra política efetivamente implementada na Alemanha promoveu a exoneração de servidores públicos que comprovadamente participavam de atividades hostis à Constituição ou que participavam de associações ou partidos cujas atividades eram reputadas hostis à Constituição (CAPOCCIA, 2013, p. 212).

Para recapitular, a literatura recente de direito constitucional comparado sobre democracia militante convergiu para o princípio de que as democracias têm o direito de se defender contra seus inimigos, mesmo na ausência de violência destinada a minar o estado democrático. Para atingir este objetivo, os estados democráticos podem promulgar e aplicar regras formais que restrinjam a expressão e a participação, sujeitas à supervisão imparcial de sua aplicação¹²² (CAPOCCIA, 2013, p. 214).

A partir da teoria da democracia militante, a definição da conduta como antidemocrática deve, sempre, ser o resultado de uma interpretação constitucional, a ser levada a cabo por uma Corte Constitucional que, nos limites impostos pela

¹²² Tradução livre do original em inglês: “To recap, the recent comparative constitutional law literature on militant democracy has converged on the principle that democracies have a right to defend themselves against their enemies, even in the absence of violence designed to undermine the democratic state. To accomplish this purpose, democratic states can enact and apply formal rules restricting expression and participation, subject to impartial oversight of their application” (CAPOCCIA, 2013, p. 214).

Constituição, funcionará como uma guardiã da ordem democrática (TEITEL, 2000, p. 178), como o faz a Lei Fundamental de Bonn na Alemanha.

Para promover o banimento de um partido – como ocorreu com os partidos neonazista e comunista na Alemanha – a corte constitucional deve questionar se o partido se propõe a combater a ordem democrática, apresentando um perigo real para o sistema democrático. Os propósitos antidemocráticos devem ser manifestados por meio de ações políticas – o que se assemelha muito com a teoria do perigo iminente adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos (TEITEL, 2000, p. 178). Mas não se exigem ações que impliquem, necessariamente, em proposição de violência ou dano físico.

Outras constituições europeias também adotaram, em períodos de transição de regimes autoritários para regimes democráticos, constituições alinhadas à democracia militante. A constituição da Turquia previu que os partidos políticos deveriam seguir os princípios democráticos, enquanto a constituição portuguesa pós-Salazar proibiu associações que adotassem ideologias fascistas (TEITEL, 2000, p. 178).

“O caso da democracia militante expõe a tensão [entre regras iliberais resultantes de meios democráticos] e sugere que, pelo menos nos tempos de transição, os processos iliberais são tolerados, quando há propósitos extraordinariamente pesados de construção da democracia”¹²³ (TEITEL, 2000, p. 179).

Fato incontroverso, então, é que as ações propostas pela democracia militante, tal qual o banimento de partidos políticos, se colocam em sentido extremamente oposto às prerrogativas de um Estado Liberal. A questão que se coloca, então, é se essas medidas se configuram como proteções justificadas face a ameaças reais à ordem democrática ou se se configuram como meras restrições adotadas por razões políticas em face de minorias políticas impopulares (TEITEL, 2000, pp. 180-181).

Para que as medidas adotadas pela democracia militante não configurem mero casuísmo, é imprescindível que haja uma delimitação das hipóteses nas quais elas podem vir a ser utilizadas, sempre visando à preservação do regime

¹²³ Tradução livre do original em inglês: “The militant democracy case exposes the tension and suggests that at least in transitional times, illiberal processes are tolerated, when there are extraordinarily weighty democracy-building purposes” (TEITEL, 2000, p. 179).

democrático. Segundo Nancy Rosenblum, quatro fatores são rotineiramente observados em diversos países como elementos justificadores de medidas drásticas como o banimento de partidos políticos: identidade nacional, controle ou suporte estrangeiro, violência e incitamento ao ódio (2008, p. 415).

A questão a ser enfrentada quando se discute o banimento de um partido político perpassa pelo chamado dilema da democracia, segundo o qual não se pode consentir com a possibilidade de acabar com o consentimento e com o modelo democrático de tomada de decisão. Em termos objetivos, a democracia militante, conforme proposta por Karl Loewenstein no período entre guerras, visa a proteger a democracia daqueles que pretendem se valer dos meios democráticos para subverter a ordem democrática (ROSENBLUM, 2008, p. 416).

Ocorre, contudo, que democracias exigem respeito à liberdade de expressão e à liberdade de associação e essa exigência se torna de sobremaneira mais relevante quando se trata de expressão e manifestação de ordem política. Assim, medidas que restrinjam o exercício da liberdade de expressão e de associação na seara política exigem uma justificação ainda mais forte do que aquela a ser apresentada para permitir eventual exceção à liberdade de expressão e de associação em outras áreas. Tanto em virtude disso, à semelhança do que ocorre com diversas constituições democráticas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos atribui caráter especial aos direitos políticos (ROSENBLUM, 2008, pp. 419-420).

Rosenblum chama a atenção para o cuidado que se deve ter ao aplicar medidas em face de um partido político. As sanções são fruto de um procedimento legislativo, mas são aplicadas por juízes, legisladores ou administradores que estão sujeitos à parcialidade e às preferências partidárias. A ideia de um perigo iminente nubla a vista e dificulta a análise dos fatos. É imprescindível que as sanções não sejam o mero resultado de uma perseguição a ideologias políticas, sob pena de promoverem exatamente o que se propõem a combater: a intolerância (ROSENBLUM, 2008, p. 422).

A primeira justificativa para as restrições aplicadas aos partidos políticos está relacionada aos riscos provocados à identidade nacional. A ideia de identidade nacional é bastante antiga, até mais que a própria ideia de democracia. E a preocupação com a sua proteção com a sua proteção também o é. Assim, é comum

haver sanções e impedimentos a associações e partidos políticos com caráter separatista ou com pretensões de secessão (ROSENBLUM, 2008, p. 439).

O grande problema relacionado a justificativas dessa natureza está relacionado à capacidade de decisão acerca do que seria a identidade nacional e quem deteria o poder de determinar o que seria a identidade nacional, sobretudo em uma época na qual o multiculturalismo, a globalização e os fluxos migratórios têm impactado de forma tão significativa a formação das identidades culturais dos países. Há, ainda, o risco de se promover a exclusão de grupos minoritários, a discriminação, sob a justificativa de se promover a defesa da identidade nacional (ROSENBLUM, 2008, pp. 439-440).

Ademais, a identidade nacional não tem correlação direta com a democracia e, muitas vezes, entra em rota de colisão com esta. Em Israel, por exemplo, a proposta de banimento de partidos árabes em 1964 derivava diretamente da ameaça à identidade israelense, declaradamente judaica, conforme a sua própria declaração de independência (ROSENBLUM, 2008, pp. 444-445).

Dessa forma, é difícil promover uma correlação coerente entre a autoproteção da democracia, pelo exercício da democracia militante, e a exclusão de partidos políticos fundamentada na proteção da identidade nacional (ROSENBLUM, 2008, p. 446).

A segunda justificativa utilizada comumente para promover medidas drásticas em face de um partido político é o fato de ele ser controlado ou ser apoiado por governos estrangeiros. O partidarismo deriva de um sistema de representação nacional, baseado no exercício da democracia indireta, fundada na ideia de autogoverno. Os partidos devem ser instrumentos de representação do seu eleitorado, não o meio de ingerência de interesses estrangeiros. Interferências externas, então, violam a essência dos partidos por deturparem a ideia de autogoverno (ROSENBLUM, 2008, pp. 446-447).

Mais uma vez, contudo, as migrações, o multiculturalismo e a globalização se apresentam como dificuldades frente a uma tentativa de impedir a influência externa na organização dos partidos políticos (ROSENBLUM, 2008, p. 449).

A terceira justificativa que permite o exercício das práticas consolidadas pela democracia militante é, conforme dito anteriormente, a violência. O sistema democrático assegura aos cidadãos que, mesmo em momentos de profunda divisão

política, os conflitos serão solvidos pela via do diálogo e do debate. Assim, partidos que pretendam promover um governo ou uma oposição violenta são considerados uma ameaça à ordem democrática e, por isso, devem ser repelidos do jogo democrático. O objetivo dos partidos políticos deve ser mobilizar eleitores e não exércitos. Por isso não podem ser aceitos, no regime democrático, partidos que constituam grupos armados (ROSENBLUM, 2008, p. 423).

É certo que a linha que divide a promoção da violência e a defesa de interesses é muito tênue, tornando extremamente difícil a elucidação do momento em que essa fronteira é transposta. Em 2002, na Espanha, por exemplo, o Batasuna – partido político de ideologia nacionalista basca – foi banido por oferecer suporte logístico, financeiro e político ao ETA – *Euskadi Ta Askatasuna* (Pátria Basca e Liberdade), uma organização nacionalista basca armada. A Anistia Internacional protestou contra o banimento, aduzindo que a ligação entre membros do partido com membros do ETA não implicava em uma relação orgânica entre as duas instituições (ROSENBLUM, 2008, pp. 424-425).

Nos Estados Unidos, como já abordado neste trabalho, a tradição fortemente liberal desenvolveu como linha divisória da proibição do discurso a diferença entre defesa (*advocacy*) e incitamento (*incitement*). A partir da teoria do perigo iminente, a defesa genérica e abstrata de qualquer ideia, ainda que a mais absurda, não pode ser obstada. Somente o incitamento direto e objetivo a um “ato concreto” e iminente de violência pode ser objeto de cerceamento. Um perigo claro e presente (ROSENBLUM, 2008, p. 427).

Em outros países, principalmente na Europa, essa distinção entre discurso de defesa e discurso de incitamento não serviu como padrão para as decisões sobre banimento de partidos. Na Alemanha, por exemplo, o Partido Comunista foi banido em 1952 sem que se demonstrasse uma incitação direta e objetiva à violência. A decisão do Tribunal Constitucional Alemão foi fundamentada nos próprios preceitos do partido que, fundados no comunismo, excluía qualquer forma de oposição política, o que, portanto, o caracterizava como antidemocrático. Essa decisão foi, inclusive, confirmada pela Comissão Europeia de Direitos de Direitos Humanos (ROSENBLUM, 2008, pp. 427-428).

A última – e mais importante para o presente trabalho – justificativa utilizada para a adoção de medidas drásticas em face de partidos políticos é o incitamento ao

ódio de cunho racial, étnico, religioso. Em muitas oportunidades, o incitamento ao ódio pode ser diretamente vinculado à violência. “Referências depreciativas à raça, religião ou etnia são apenas gatilhos comprovados de hostilidade violenta entre seitas ou grupos étnicos”¹²⁴ (ROSENBLUM, 2008, p. 433).

Incitar o ódio tem outra conexão direta com a autodefesa democrática se partidários odiosos criam um clima de medo. Manifestações políticas agressivas, desordem durante as campanhas eleitorais, saques e ódio em geral são intimidadores. A intimidação deprime a participação política de grupos de vítimas, normalmente minorias, mas também de outros cidadãos. O efeito "silenciador" atribuído ao discurso de ódio geralmente equivale, nesse caso, a inibir a participação na política eleitoral. Isso levanta a questão inquietante sobre se os partidos devem ter mais ou menos liberdade do que outros grupos civis e políticos¹²⁵ (ROSENBLUM, 2008, pp. 433-434).

Surge, então, a questão: a proibição ao discurso de ódio é mais ou menos justificável quando aplicada a partidos políticos? Por um lado, surge o temor de que a proibição ao discurso de ódio por partidos políticos implique em um meio para se censurar e silenciar posições políticas. Por outro lado, o fato de os partidos políticos exercerem um papel público e desenvolverem um relacionamento direto como governo os torna fundamentalmente mais suscetíveis ao controle e à regulação (ROSENBLUM, 2008, p. 434).

Outra questão que atrai a atenção da democracia militante é que partidos que fomentam o ódio, ao alcançarem o poder, podem propor medidas que implementem políticas de ódio e políticas excludentes contra a oposição política ou minorias étnicas, raciais ou religiosas (ROSENBLUM, 2008, p. 434).

“O motivo da exclusão tem a ver com o enfraquecimento das atitudes democráticas. A suposição é que o discurso e os programas eleitorais odiosos são corrosivos para a cultura moral da democracia. O dano profundo está em minar as condições de reprodução da democracia”¹²⁶ (ROSENBLUM, 2008, p. 435).

¹²⁴ Tradução livre do original em inglês: “Derogatory references to race, religion, or ethnicity just are proven triggers of violent hostility between sects or ethnic groups”. (ROSENBLUM, 2008, p. 433).

¹²⁵ Tradução livre do original em inglês: “Inciting hate has another direct connection to democratic self-defense if hateful partisans create a climate of fear. Aggressive political demonstrations, disorder during election campaigns, and general marauding and hate mongering are intimidating. Intimidation depress political participation by victim groups, normally minorities, but other citizens as well. The 'silencing' effect attributed to hate speech generally amounts in this case to inhibiting participation in electoral politics. This raises the vexing question whether parties should be afforded more or less liberty than other civil and political groups” (ROSENBLUM, 2008, pp. 433-434).

¹²⁶ Tradução livre do original em inglês: “The ground for exclusion has to do with undermining democratic attitudes. The assumption is that hateful electoral speech and programs are corrosive of

Assim, as restrições impostas aos partidos políticos por meio da democracia militante derivam diretamente de um dever do governo democrático em garantir a manutenção da democracia por meio da promoção da cultura da igualdade política e da igualdade cívica (ROSENBLUM, 2008, p. 436).

Ocorre que as medidas adotadas pela democracia militante quando confrontada pelo fascismo foram de sobremaneira gravosas e não têm, em tal amplitude, cabimento, quando o problema a ser enfrentado ainda não tem a mesma grandeza. Destarte, conforme defendido pelo governo checo à época do florescimento do fascismo, “na política também a defesa é moldada de acordo com os métodos de luta do agressor” (LOEWENSTEIN, 1937b, pp. 641-642).

Trata-se de medidas de caráter inequivocamente excepcional, sustentadas por um argumento de urgência e necessidade, e que, portanto, ainda que eivadas de boa-fé e fundadas em uma busca pelo bem comum, dão azo à abertura de outras excepcionalidades que porventura não sejam tão bem intencionadas. O risco à própria democracia é de sobremaneira considerável.

A democracia militante exerceu um papel relevante na história, no combate ao fascismo e ao nazismo, e pode vir a exercer um novo papel no futuro. Mas não propõe medidas razoáveis para enfrentar uma ameaça como o partidismo que, por ora, demonstra riscos à democracia muito aquém daqueles apresentados pelos regimes nazi-fascistas.

Para além dos riscos provocados à própria democracia, a teoria da democracia militante parte de um pressuposto filosófico incoerente com os pressupostos que fundamentam este trabalho: ela se vale da mesma lógica de ponderação, utilizada por Waldron e Fiss, que foi rechaçada no terceiro capítulo desta tese.

A democracia militante defende a possibilidade – ou o dever – de o governo limitar a liberdade de expressão, restringindo o conteúdo das proposições partidárias, quando a liberdade de expressão entrar em rota de colisão com a democracia.

Ocorre que essa possibilidade parte do pressuposto de que os valores – como a liberdade de expressão – poderiam conflitar com contravalores – como a democracia.

the moral culture of democracy. The deep harm is undermining conditions of reproduction of democracy” (ROSENBLUM, 2008, p. 435).

Mas, conforme defendido no terceiro capítulo desta tese, entende-se que, na verdade, esses conflitos não são possíveis e somente existem quando não se trata do legítimo exercício de um valor reconhecido como um direito fundamental. Isso porque, segundo a teoria da unidade do valor, existe uma necessária integridade entre os valores, que somente se sustentam quando fundamentados nos demais valores que com ele coexistem de forma coerente.

Assim, não há razão para se defender, no combate ao partidismo, medidas utilizadas pela democracia militante para combater o fascismo tais como a atribuição de poderes consideráveis ao Poder Executivo, ou o banimento de partidos políticos, ou a aplicação da inelegibilidade, ou ainda o combate a organizações pretensamente subversivas.

4.4.2. *O princípio da oposição leal*

A democracia deve resistir, mas deve fazê-lo por mecanismos democráticos. Na defesa da democracia, há razões para defender a proibição de discursos de ódio fundados no partidismo, por meio da estipulação de regras que devem reger o ambiente político, eis que esses discursos provocam um dano considerável à democracia e, conforme demonstrado no capítulo anterior, os discursos de ódio não encontram guarida nos fundamentos político-morais do direito fundamental à liberdade de expressão.

Tais discursos são ainda mais audíveis em ambientes como os que as democracias constitucionais requerem, que fomentam a diversidade, aliados também a toda uma gama de interações virtuais e tecnológicas que ampliam e intensificam, fantasticamente, este mar revolto de vozes de todos os timbres e tons, revelando-nos que a complexidade social só tende a crescer, tornando possível, sem dúvida, novos encontros entre parceiros diversos, mas também a construção de saídas ou respostas fundamentalistas, que pretendem não a convivência em espaços comuns, mas sim segregar e edificar guetos.

Em termos outros, os Estados Democráticos de Direito, ao se abrirem ao plural, paradoxalmente, fazem com que este mesmo pluralismo venha a ser o maior desafio ao próprio projeto, sempre inconcluso, das democracias constitucionais. O que coloca a questão de que alguns dos pluralismos existentes não visam, em suas pretensões normativas levantadas, incluir e abrigar o *outro*, mas, ao contrário, buscam, com seus discursos radicais, construir exclusões, onde aqueles que não se enquadram ou se amoldam em sua visão de normalidade e/ou moralidade devem ser postos ou mantidos *fora*, concretizando, ainda que através dos procedimentos formais da democracia, *espaços públicos silenciados* (PRATES, 2015, p. 92).

Como analisado no terceiro capítulo, partindo-se da teoria da unidade do valor, a liberdade de expressão encontra fundamento político-moral, em grande parte, na democracia. A liberdade de expressão é condição *sine qua non* para a eleição de um governo democrático, para a promulgação de normas democráticas e para manutenção da legitimidade do governo democraticamente eleito. Assim, além de se prestar como meio para exercício da autonomia individual, a liberdade de expressão é meio para garantir de manutenção do regime democrático.

Assim, a liberdade de expressão perde um dos seus fundamentos político-morais, qual seja, a democracia, quando ela se presta não a defender a democracia, mas a subjugar-la ou restringi-la, ainda que em casos particulares ou fundada em propósitos considerados “nobres”.

A partir dessa perspectiva, é necessário propor não uma limitação do exercício da liberdade de expressão nos moldes que postula a democracia militante, mas o reconhecimento de que os discursos de ódio fundados no partidismo não constituem exercício de liberdade de expressão e, portanto, devem estar à margem do pálio constitucional oferecido pelo Estado.

Mesmo os discursos proferidos no âmbito da política estão atrelados às obrigações associativas – “responsabilidades especiais que a prática social atribui ao fato de se pertencer a algum grupo biológico ou social, como as responsabilidades de família, amigos ou vizinhos” (DWORKIN, 2007, p. 237) – já que a obrigação política é uma obrigação associativa (DWORKIN, 2007, p. 249).

Enquanto um empreendimento atrelado às obrigações associativas, os discursos proferidos no âmbito da política também devem atender às condições ínsitas àquelas obrigações, entre elas: a reciprocidade; a responsabilidade de tratar as obrigações associativas “[...] como decorrentes de uma responsabilidade mais geral, o interesse que cada um deve ter pelo bem-estar de outros membros do grupo” (DWORKIN, 2007, p. 242); e a responsabilidade de garantir que toda e cada ação denote igual interesse por todos os membros daquele grupo (DWORKIN, 2007, p. 242).

Ocorre que os discursos de ódio fundados no partidismo pecam em atender às condições impostas pelas obrigações associativas. Destarte, quando um político ameaça enviar os seus opositores à “ponta da praia” (em alusão a um local em que se praticaram atos de extermínio durante a ditadura brasileira) ou a fuzilá-los, ele

não aparenta demonstrar interesse pelo bem-estar de outros membros da sociedade e, menos ainda, demonstra igual interesse por todos os membros daquele grupo.

Mas como colocar em prática essa proibição aos discursos de ódio fundados no partidismo?

A resposta que aparenta ser mais adequada é construção de uma legislação que proíba os discursos de ódio fundados no partidismo a partir da assunção do princípio da oposição leal, conforme descrito por Waldron.

Segundo Waldron, a democracia é uma forma de competição que envolve necessariamente ganhadores e perdedores. Os indivíduos competem na vida pública porque existe uma diversidade de posições políticas, muitas vezes radicalmente opostas, que são apoiadas por diferentes grupos na sociedade. Como há discordância entre essas posições políticas, a disputa entre os indivíduos é inevitável (2016, p. 93).

A principal causa da discordância (ou desacordo) no âmbito da política está relacionada, segundo Waldron, à dificuldade da questão colocada em debate. Ainda que diversas pessoas dotadas de boa-fé e focadas em alcançar o bem comum se dediquem à política, há de surgir posicionamentos diferentes (2016, pp. 93-94). Esse fato, que Rawls denominou de “fardos de julgamento” (*burdens of judgment*), faz com que mesmo pessoas dotadas de racionalidade, após uma discussão livre, alcancem conclusões diferentes (WALDRON, 2016, p. 94).

Cada indivíduo que se dedica, de boa-fé, à política, o faz a partir de fundamentos que ele crê realmente sejam racionalmente verdadeiros. Ainda assim, é possível haver discordância. Então, “[...] a melhor explicação para essa discordância é mais uma vez a dificuldade das questões e a variedade de perspectivas que trazemos para elas”¹²⁷ (WALDRON, 2016, p. 94).

A competição política se desenvolve em fases. De tempos em tempos, são realizadas eleições que, necessariamente, determinam vencedores e perdedores. É inerente à democracia os vencedores implementarem as suas políticas e os perdedores, apesar de provavelmente serem críticos a essas políticas, aceitarem que os vencedores têm o direito de propô-las (WALDRON, 2016, p. 95).

¹²⁷ Tradução livre do original em inglês: “[...] the best explanation of that disagreement is once again the difficulty of the issues and the variety of the perspectives we bring to them” (WALDRON, 2016, p. 94).

Deveriam, então, os perdedores apenas aceitar o resultado e esperar pelas próximas eleições? Seria esse o seu papel? (WALDRON, 2016, p. 95).

Obviamente que a resposta deve ser negativa. A democracia não se limita ao período das eleições. “[...] É particularmente importante que os perdedores, como outros cidadãos, mantenham o direito de perseverar em vociferantes discordâncias durante o período de ascendência de seus oponentes”¹²⁸ (WALDRON, 2016, p. 96).

Os perdedores devem ter a garantia de que o dissenso por eles apresentado não será considerado traição aos interesses nacionais. Os perdedores devem preservar o direito de dissentir, ainda que de maneira contundente, do governo e de expressar as visões da oposição (WALDRON, 2016, p. 97).

“Então, assim como a tolerância do discurso dissidente exige um esforço considerável, também a tolerância da oposição organizada – organizada na forma de um partido que busca se igualar ao governo em escopo e estrutura, se não em escala e recursos – é uma realização considerável”¹²⁹ (WALDRON, 2016, p. 99).

De acordo com Waldron, essas questões (a competição política, o dissenso, a tolerância à oposição organizada) conformam a ideia de oposição leal que, além de envolver o exercício da liberdade, constitui um princípio da política que envolve, ainda, uma forma de empoderamento constitucional (2016, p. 99).

Talvez o exemplo mais claro de oposição leal seja observado no Reino Unido, onde os perdedores – ou seja, os deputados que, embora eleitos, formam a minoria em oposição ao partido ou à coalizão que formou a maioria – têm direito a nomear um líder da oposição. Conforme previsto em lei desde 1937, o líder da oposição tem direito a um escritório com as mesmas características oferecidas a um Ministro de Estado, inclusive uma remuneração equivalente a este, servidores e carro oficial. Além das prerrogativas típicas de Ministros de Estado, na seara política, o líder da oposição participa oficialmente dos eventos do governo, por exemplo, participando de cerimônias de recepção de autoridades estrangeiras; recebendo informações estratégicas sobre política externa e segurança nacional (WALDRON, 2016, pp. 100-101).

¹²⁸ Tradução livre do original em inglês: “[...] it is particularly important that the losers, like other citizens, retain the right to persevere in vociferous dissent during the period of their opponents’ ascendancy” (WALDRON, 2016, p. 96).

¹²⁹ Tradução livre do original em inglês: “So, just as the toleration of dissident speech requires a considerable effort, so too the toleration of organized opposition – organized in the form of a party that seeks to match the government in scope and structure, if not in scale and resources – is a considerable achievement” (WALDRON, 2016, p. 99).

Qual é o sentido de tudo isso? A oposição e seus líderes têm um papel oficialmente designado no sistema de governo, mas qual é esse papel? Primeiramente, é fazer a legislatura funcionar como um fórum para um debate crítico genuíno. [...]. Além desses assuntos de responsabilidade institucional, é claro, o importante é que o partido de oposição faça oposição, fiscalize o governo, exija a responsabilização por suas decisões, “limite a extremidade da ação do Governo, provoque críticas públicas a qualquer política perigosa e faça com que o Governo se comporte razoavelmente”¹³⁰ (WALDRON, 2016, p. 101).

A terceira função exercida pela oposição ao ocupar um assento ao lado do governo é preparar-se para governar. No modelo parlamentarista da Inglaterra, havendo a renúncia do governo, ou mesmo a sua derrota em eleições, ou o seu fracasso, um governo alternativo pode ser formado pela oposição. O fato de a oposição saber que é possível assumir, a qualquer momento, o governo, faz com que as ações opositoras sejam tomadas de maneira responsável. Com razão, caso a oposição apoie a derrocada do governo a todo custo, receberá em mãos um Estado inviabilizado para governar. “[...] A Oposição deve ter uma política positiva própria e não apenas se opor destrutivamente”¹³¹ (WALDRON, 2016, p. 102).

Trata-se da rivalidade regulada proposta por Nancy Rosenblum já tratada nesta tese (WALDRON, 2016, pp. 102-103). “Como Russell Muirhead e Nancy Rosenblum colocam, as práticas formalizadas incorporam, destacam, proclamam e assumem que os oponentes políticos devem ser considerados como ‘rivais razoáveis e não inimigos a serem destruídos’”¹³² (WALDRON, 2016, p. 105).

Conforme frisa Waldron, o fator mais importante relacionado ao:

[...] princípio da oposição leal é também a idéia de empoderamento positivo pela criação e patrocínio de um papel oficialmente reconhecido para a prática oposicional dentro do tecido constitucional, fazendo “a propriedade da oposição como parte integral do sistema constitucional”... como a autoridade do governo”¹³³ (2016, p. 106).

¹³⁰ Tradução livre do original em inglês: “What is the point of all this? The opposition and its leaders have an officially designated role in the system of government, but what is that role? Primarily, it is to make the legislature work as a forum for genuine critical debate. [...]. Beyond those matters of institutional responsibility, of course, the important thing is for the opposition party to oppose, to scrutinize the government, to hold them accountable for their decisions, ‘to limit the extremity of the Government’s action, to arouse public criticism of any dangerous policy, and to make the Government behave reasonably” (WALDRON, 2016, p. 101).

¹³¹ Tradução livre do original em inglês: “[...] the Opposition must have a positive policy of its own and not merely oppose destructively” (WALDRON, 2016, p. 102).

¹³² Tradução livre do original em inglês: “As Russell Muirhead and Nancy Rosenblum put it, the formalized practices embody, highlight, proclaim, and assume that political opponents are to be regarded as ‘reasonable rivals not enemies to be destroyed’” (WALDRON, 2016, p. 105).

¹³³ Tradução livre do original em inglês: “[...] principle of loyal opposition is also the idea of positive empowerment by the creation and sponsoring of an official recognized role for oppositional practice

De acordo com Waldron, “a prática e aceitação do princípio da oposição leal é [...] um importante pré-requisito para a democracia¹³⁴ (2016, p. 106)

Mesmo em países como os Estados Unidos, em que o princípio da oposição leal não é institucionalizado, ele pode ser implementado. A oposição é dotada de instrumentos suficientes para configurar parte integrante do sistema constitucional. De fato, nos Estados Unidos, o Poder Legislativo pode ser formado por maioria de oposição ao Presidente da República. Além disso, os congressistas dispõem dos sistemas de freios e contrapesos (controle de constitucionalidade, aprovação de nomeação de juízes na Suprema Corte, eleições de “middle terms”) para fazer frente ao governo (WALDRON, 2016, p. 109).

Segundo Waldron:

A palavra “leal” [...] funciona como uma espécie de admoestação ao partido no poder. Seus adversários devem ser considerados, para todos os efeitos, leais; sua lealdade não deve ser questionada, mas deve ser assumida. [...]. Eles são considerados leais não no sentido de que há certas coisas que eles não podem criticar e certas coisas que eles não podem propor, mas no sentido de que nenhuma de suas críticas deve ser considerada como uma razão para considerá-los subversivos. Supõe-se que eles sejam leais no sentido de que a perspectiva de se tornarem um governo é constitucional e politicamente pensável e deve ser respeitada como tal, não importa qual seja a natureza de seu programa¹³⁵ (2016, p. 122).

A partir do princípio da oposição leal, portanto, a rivalidade regulada impõe a visão de que os partidos políticos são opositores necessários à manutenção do saudável regime democrático. O desrespeito a esse princípio, inclusive por meio de discursos de ódio fundados no partidismo, enseja a construção de uma legislação que vise a regulamentar o discurso no âmbito político, assumindo que os discursos de ódio fundados no partidismo estão à margem da proteção atribuída pela Constituição à liberdade de expressão.

within the constitutional fabric, making ‘the propriety of opposition as integral a part of the constitutional structure... as the authority of government’” (2016, p. 106).

¹³⁴ Tradução livre do original em inglês: “The practice and acceptance of the principle of loyal opposition is [...] an important prerequisite for democracy” (2016, p. 106).

¹³⁵ Tradução livre do original em inglês: “The word ‘loyal’ [...] works as a sort of admonition to the ruling party. Their opponents are to be regarded for all purposes as loyal; their loyalty is not to be questioned but is to be assumed. [...]. They are assumed to be loyal not in the sense that there are certain things they may not criticize and certain things they may not propose but in the sense that none of their criticism is ever to be regarded as a reason for regarding them as subversive. They are assumed to be loyal in the sense that the prospect of their becoming a government is constitutionally and politically thinkable and is to be respected as such, no matter what the nature of their program” (2016, p. 122).

Afinal,

[...] a política existe porque não apenas uma pessoa, mas as pessoas habitam o mundo – as pessoas em toda a sua diversidade, com todas as suas divergências. Mesmo que a verdade objetiva sobre a justiça ou o bem comum seja singular, aqui na Terra ainda há muitos de nós com muitos pontos de vista, e devem ser encontradas maneiras para nos acomodar a todos em um sistema político¹³⁶ (WALDRON, 2016, p. 124).

¹³⁶ Tradução livre do original em inglês: “[...] politics exists because not one person but people inhabit the world – people in all their diversity with all their disagreements. Even if the objective truth about justice or the common good is singular, here on earth there are still many of us with many views, and ways must be found to accommodate us all in a political system” (WALDRON, 2016, p. 124).

5. CONCLUSÃO

A era dos extremos foi, segundo Eric Hobsbawm (1995), o breve século XX, marcado por duas grandes guerras e suas dezenas de milhões de mortos. A cada notícia que se ouve recentemente, contudo, é necessário se convencer de que Hobsbawm estava certo e que, no século XXI, a humanidade não vai superar as façanhas que alcançou em termos de atrocidades no século passado. Mas esse exercício de autoconvencimento tem se tornado, dia após dia, notícia após notícia, cada vez mais árduo.

Os reiterados ataques terroristas protagonizados pelo Boko Haram na Nigéria e pelo Estado Islâmico no Oriente Médio, a crescente violência contra os imigrantes na Europa, nos Estados Unidos e até no Brasil, fundada em uma renitente xenofobia que nos remete àquele breve século XX, a violência policial sistêmica contra os negros nos Estados Unidos e no Brasil demonstram que a violência e, sobretudo, o ódio retornaram à pauta do dia. Se Hobsbawm estivesse vivo, provavelmente se dedicaria com muito afinco à redação de um posfácio à Era dos Extremos.

Mas, além da crescente violência e do ódio em situação de conflito, tem causado mais espanto atualmente a presença constante dos discursos de ódio na política, que, em tese, seria o local privilegiado do dissenso apaziguado, no qual o uso da violência e da força como instrumentos de solução dos conflitos cederia espaço para o diálogo, o respeito à diferença e o convencimento por meio do melhor argumento.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema e limitando-se à já hercúlea tarefa de demonstrar que os discursos fundados no partidismo se caracterizam como discursos de ódio e, como tais, devem sofrer restrições do Estado, de modo a impedir o dano provocado à igualdade e à democracia, este trabalho procurou ater-se ao recorte metodológico proposto, sem se aventurar pelos diversos meandros que agora se abrem diante da pesquisa realizada. Não se dedicou às análises, típicas da teoria da legislação, sobre a eficácia e os efeitos ricochete (*backlash*) das leis restritivas dos discursos de ódio. Não se dedicou também a pesquisar, a partir de uma perspectiva empírica, os meios pelos quais se opera o partidismo em solo

brasileiro – apesar de ser algo extremamente instigante e que, em breve, deve merecer atenção.

A pesquisa se ateve a um aspecto necessariamente moral (não pragmático ou utilitarista): questionar se os fundamentos político-morais que dão guarida à liberdade de expressão também se prestam a justificar os discursos de ódio. Valendo-se da teoria da unidade do valor de Ronald Dworkin, foi construída uma concepção de liberdade de expressão que não se vê limitada, e menos ainda negada, ao se proibir o seu exercício quando ele pretende a promoção de discursos de ódio. Dita concepção decorre do fato de a liberdade de expressão não se autofundamentar, haja vista o risco de incorrer em um reducionismo tautológico. A liberdade de expressão é fundamentada nos demais valores que lhe dão sustentação e por ela são sustentados dentro de uma rede de valores interligados pela integridade. “[...] A melhor concepção de cada um desses conceitos tem de se apoiar nas concepções de todos os outros e, ao mesmo tempo, contribuir com elas” (DWORKIN, 2014, p. 250). “[...] Não há propósitos morais independentes, e isso parece implicar que não há departamento no âmbito dos valores que possa ser considerado independente dos demais” (BUSTAMANTE, 2018b, p. 30).

Assim, ao elucidar, sobretudo com auxílio das teorias desenvolvidas por John Austin, Jeremy Waldron e Owen Fiss, que os discursos de ódio, através dos efeitos perlocucionários dos discursos, causam um dano significativo à dignidade, à autonomia individual, à igualdade e à democracia, torna-se inevitável concluir que os fundamentos político-morais que dão guarida à liberdade de expressão também se prestam a justificar os discursos de ódio.

Ocorre que os discursos fundados no partidismo se caracterizam igualmente como uma manifestação típica de discursos de ódio. Isso porque carregam as quatro características nevrálgicas que definem os discursos de ódio: são discursos (sejam eles oralizados ou escritos); instigam o ódio contra os opositores político-partidários; são direcionados em face de um determinado grupo que pode ser identificado por características comuns que os seus membros compartilham, eis que é fruto de uma polarização afetiva; e provocam danos.

O partidismo causa efeitos deletérios ao minar a disposição dos partidários de tratar as ações dos opositores como legítimas, resultando em uma aprofundada contestação dos resultados políticos, tratando-se de um verdadeiro incentivo dos

partidos à anulação dos opositores políticos. Provoca, ainda, danos consideráveis ao fomentar a promoção de discursos negativos e o evitamento de pessoas externas ao grupo. Degrada a democracia, ao inviabilizar a manutenção das condições necessárias ao pluripartidarismo, ao abdicar de promover a inclusão e aceitar a diversidade que são exigidas pela democracia. Além disso, conforme indicam os eventos ocorridos no decorrer da campanha eleitoral de 2018, “devemos admitir que, pelo menos retoricamente, o discurso político dominante e a virulência dos grupos na sociedade civil estejam em um contato dinâmico”¹³⁷ (ROSENBLUM, 2008, p. 375).

Na era do partidismo, do racismo, da xenofobia, da homofobia e de tantas espécies de preconceitos que obstaculizam a autoafirmação de diversas minorias, os discursos de ódio devem merecer o devido tratamento por meio de pesquisas e políticas públicas. Não se pode mais apenas cruzar os dedos e torcer para que o ódio não ganhe proporções tais que nos devolva à era dos extremos.

Os discursos de ódio fundados no partidismo devem ser objeto de restrição, sem que se incorra, contudo, em qualquer forma de censura. A ação do Estado deve primar pela preservação da liberdade de expressão dentro da rede de valores que lhe atribuem fundamento e que são por ela fundamentados, sobretudo a igualdade, a autonomia individual e a democracia. A ação estatal, então, deve ser voltada para o combate dos discursos de ódio fundados no partidismo que, acastelados no pretense direito fundamental à liberdade de expressão, se prestem a inviabilizar a manutenção do regime democrático, o respeito ao princípio igualitário e à autonomia individual.

Mais uma vez, sem qualquer medo da redundância, afirma-se que deve ser, rechaçada qualquer possibilidade de censura, entendida como “ação governamental de caráter **prévio e vinculante** sobre conteúdo de uma determinada mensagem (artística, jornalística, etc)” (FERNANDES, 2016, p. 409).

A restrição dos discursos de ódio fundados no partidismo deve ocorrer através de leis que, observando o princípio da oposição leal, proponham a posterior responsabilização a ser aplicada necessariamente pelo Poder Judiciário, para a conduta que restar legalmente caracterizada como discurso de ódio, após um

¹³⁷ Tradução livre do original em inglês: “We should allow that rhetorically at least, mainstream political talk and the virulence of groups in uncivil society are dynamic contact” (ROSENBLUM, 2008, p. 375).

procedimento no qual seja garantido às partes o acesso à jurisdição e o exercício aos direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Trata-se de um processo não de infantilização do indivíduo pelo Estado, mas sim de assunção da maioridade do indivíduo que, como tal, deve ser responsável pelos seus atos de fala e pelas consequências dele advindas. Se o indivíduo é autônomo e, por conseguinte, responsável pelo exercício do seu direito, também deve ser responsável pelos danos decorrentes do abuso desse direito (PRATES, 2015, p. 278).

Não há construção de uma sociedade democrática sem respeito à diversidade e ao pluralismo. E não se garante o respeito à diversidade e ao pluralismo em meio a um ambiente em que a própria política – fórum que subverteu a lógica da resolução dos conflitos pela força e pela violência – fomenta a proliferação dos discursos de ódio, que minam os processos de autoafirmação dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos dentro da sociedade.

Talvez esta seja uma preocupação ingênua e, valendo-se de García Márquez, seja possível afirmar que a democracia brasileira seja “[...] ainda jovem demais para saber que a memória do coração elimina as más lembranças e enaltece as boas e que graças a esse artifício conseguimos suportar o passado” (2009, p. 134). Pode ser que García Márquez esteja certo. Pode ser que eliminemos as más lembranças e suportemos o século passado. Mas talvez seja mais prudente mantê-las bem vivas em nossa memória, e não apenas as más lembranças, mas também as razões pelas quais elas de fato existiram, para que não precisemos suportar a repetição de um passado tão pungente em um futuro tão próximo.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce A. **We the people**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Bonn: Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal, 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 13 nov. 2018.
- AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. *In*: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, pp. 139-157, 2013. Reimpressão.
- BALLOUSSIER, Anna Virginia. Bolsonaro fez referência a área de desova de mortos pela ditadura. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 dez. 2018. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/amp/poder/2018/12/bolsonaro-fez-referencia-a-area-de-desova-de-mortos-pela-ditadura.shtml?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=twfolha&twitter_impression=true&fbclid=IwAR08g7qh1V9GVtXrz_f-ymW_j2fM8AUQ3OaWOF6ObbFos-LbiKN3vO4LVk0. Acesso em: 04 jan. 2019.
- BARREIRA, Gabriel; BERMAN, Yael. CNJ agora apura desembargadora que atacou Marielle por pedir 'paredão' de deputado. **G1**, Rio de Janeiro, 26 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/cnj-agora-apura-desembargadora-que-atacou-marielle-por-pedir-paredao-de-deputado.ghtml>. Acesso em: 10 nov. 2018.
- BARROS, Carlos Juliano. Com medo de ameaças, Jean Wyllys, do PSOL, desiste de mandato e deixa o Brasil. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 24 jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/01/com-medo-de-ameacas-jean-wyllys-do-psol-desiste-de-mandato-e-deixa-o-brasil.shtml>. Acesso em: 24 jan. 2019.
- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- BINENBOJM, Gustavo; SILVA NETO, Caio Mário Pereira da.. Prefácio. *In*: FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução: João Ferreira. 4ª Edição. Brasília: Editora UNB, 1999.
- BOGHOSSIAN, Bruno. Sem conter radicalismo, país descera metros finais até a barbárie. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 set. 2018. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/bruno-boghossian/2018/09/sem-conter-radicalismo-pais-descera-metros-finais-ate-a-barbarie.shtml>. Acesso em: 07 set. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 65.810/1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 13 dez. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 7.716/1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília: Senado federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm. Acesso em 13 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Habeas Corpus nº 82.424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 19 out. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.584/2014**. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. (Deputada Maria do Rosário – PT/RS). Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>. Acesso em 10 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Pleno). Rp - Representação nº 165865. Relator: Min. Admar Gonzaga. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 out. 2014. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/deciso/es/jurisprudencia>. Acesso em: 30 out. 2017.

BUARQUE, Chico; GIL, Gilberto. **Cálice**. Rio de Janeiro: Polygram, 1978.

BUSTAMANTE, Thomas. **Em defesa da legalidade: temas de direito constitucional e filosofia política**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018a.

BUSTAMANTE, Thomas. Reexaminando a filosofia do direito internacional de Ronald Dworkin: poderia o ouriço ter feito de outra maneira? *In: Cosmopolitan Law Journal / Revista de Direito Cosmopolita*, [S.l.], v. 4, n. 1 e 2, p. 6-41, mar. 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdcuerj/article/view/33352>. Acesso em: 18 de julho de 2018b.

BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Tiago Lopes. **Incommensurability, Social Practices and Moral Dilemmas: A Rejoinder to Heidi Hurd's Anti-Perspectivalism** (não publicado), 2018.

CAPOCCIA, Giovanni. Militant Democracy: The Institutional Bases of Democratic Self-Preservation. **Annu. Rev. Law Soc. Sci.** Vol. 9, 2013, Pp. 207-226.

CARAM, Bernardo. Ataque a caravana de Lula gera embate no plenário do Senado. **Folha de São Paulo**, Brasília, 28 mar. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/03/ataque-a-caravana-de-lula-gera-embate-no-plenario-do-senado.shtml>. Acesso em: 02 abr. 2018.

CARLIN, Ryan E.; LOVE, Gregory J.. The Politics of Interpersonal Trust and Reciprocity: An Experimental Approach. **Political Behavior**. V. 35 (1), 2013, Pp. 43-63.

CARLIN, Ryan E.; LOVE, Gregory J.. Political Competition, Partisanship, and Interpersonal Trust in Electoral Democracies: Partisan Trust Bias in Comparative Perspective. **British Journal of Political Science**, Vol. 48, 2018, Pp. 115-139.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda; PRATES, Francisco de Castilho. Liberdade de expressão e discursos de ódio: notas a partir do Projeto de Lei 7582/2014 e do diálogo com o direito internacional dos direitos humanos. *In: Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, v. 22, p. 1-15, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; SILVA, Diogo Bacha e; MEYER, Emilio Peluso Neder. Entre discurso de ódio, liberdade de expressão e negação do direito à memória e à verdade: as decisões no TSE sobre propaganda eleitoral. **Empório do Direito**, v. 1, p. 1-1, 2018.

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

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?: principles for a new political debate**. Princeton: Princeton University Press, 2008. Reimpressão.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução: Jussara Simões. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. *In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. New York: Cambridge University Press, 2012. Pp. 341-344.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho. Justiça e valor**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESTARQUE, Marina; FARIA, Flávia. Registros de intolerância triplicaram em SP na última campanha eleitoral. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 jan. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/registros-de-intolerancia-triplicaram-em-sp-na-ultima-campanha-eleitoral.shtml>. Acesso em: 13 jan. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

FISS, Owen. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução: Gustavo Binenbojm e Caio Mário Pereira da Silva Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FISS, Owen. **Libertad de Expresión y Estructura Social**. Trad. Jorge F. Malen Seña. México: Distribuciones Fontamara, 1997, pp. 28-39.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Três Morrem em marcha de supremacistas brancos nos EUA**. 12 ago. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/08/1909433-extrema-direita-e-grupos-anti-racismo-se-enfrentam-em-confronto-nos-eua.shtml>. Acesso em 13 ago. 2017.

FRANÇA. Declaração de Direitos dos Homens e do Cidadão. In: **Textos Básicos sobre Derechos Humanos**. Tradução de Marcus Cláudio Acqua Viva. Madrid: Universidad Complutense, 1973.

GARCIA MARQUEZ, Gabriel. **O amor nos tempos do cólera**. Tradução: Antônio Callado. 35ª ed., Rio de Janeiro: Record, 2009.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, 2013. pp. 01-07. Reimpressão.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. General Introduction: Free Speech, Democracy, and the Suppression of Extreme Speech Past and Present. In: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, pp. 01-07, 2013. Reimpressão.

HATE SPEECH. In: OED Oxford English Dictionary, 2018. Disponível em: https://en.oxforddictionaries.com/definition/hate_speech. Acesso em 19 jan. 2018.

HEYMAN, Steven J.. **Free Speech and Human Dignity**. New Haven: Yale University Press, 2008.

HOBBSAWM, Eric J.. **A era dos extremos: o breve século XX, 1914–1991**. Tradução: Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IYENGAR, Shanto; SOOD, Gaurav; LELKES, Yphtach. Affect, Not Ideology: A Social Identity Perspective on Polarization. **Public Opinion Quarterly**, Vol. 76 (3), 2012, Pp. 405-431.

IYENGAR, Shanto; WESTWOOD, Sean J.. Fear and Loathing Across Party Lines: New Evidence on Group Polarization. *In: American Journal of Political Science*. Vol. 59, N. 3, July 2015, Pp. 690-707.

KOMMERS, Donald. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 2d. ed. Durham: Duke University Press Book. 1997.

LANDIM, Raquel. Facada em Bolsonaro mostra que essa é uma eleição de inimigos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 7 set. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/raquellandim/2018/09/facada-em-bolsonaro-mostra-que-essa-e-uma-eleicao-de-inimigos.shtml>. Acesso em: 07 set. 2018.

LELKES, Yphtach; WESTWOOD, Sean J.. The Limits of Partisan Prejudice. *In: The Journal of Politics*. Vol. 79, n. 2, 2016.

LEWIS, Anthony. **Freedom for the thought that we hate: a biography of the First Amendment**. New York: Basic Books, 2007.

LIMA, Daniela. Aécio Neves recebe ameaça de morte após iniciar questionamento de Dilma. **Folha de São Paulo**, Brasília, 29 ago. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/08/1808133-aecio-neves-recebe-ameaca-de-morte-apos-iniciar-questionamento-de-dilma.shtml>. Acesso em: 22 set. 2017.

LOEWENSTEIN, K.. Militant democracy and fundamental rights I. *In: Am. Polit. Sci. Rev.* Vol. 31(3), 1937a, Pp. 417-432.

LOEWENSTEIN, K.. Militant democracy and fundamental rights II. *In: Am. Polit. Sc. Rev.* 31(4), 1937b, Pp. 638-658.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Nova Lei de Migração: Protestos nos Limites da Liberdade de Expressão?. **Dissenso**, 08 mai. 2017a.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Liberdade de Expressão e Preconceito Contra Homossexuais: Dois Episódios e Muita Confusão. **Dissenso**, 02 out. 2017b.

MACKINNON, Catharine A. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1996 (third printing).

MÃE, Valter Hugo. **A máquina de fazer espanhóis**. São Paulo: Cosac Naify, 2014.

MARCELLO, Maria Carolina. “Esses marginais vermelhos serão banidos de nossa pátria”, diz Bolsonaro. **Extra**, São Paulo, 21 out. 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/esses-marginais-vermelhos-serao-banidos-de-nossa-patria-diz-bolsonaro-23174407.html>. Acesso em: 22 out. 2018.

MESQUITA, Lígia. Denúncias de discurso de ódio online dispararam no 2º turno das eleições, diz ONG. **BBC**, Londres, 9 nov. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46146756>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a Liberdade**. Tradução: Orlando Vitorino. Lisboa: Editora Arcádia, 1964.

MILL, John. Stuart. **On Liberty**. State College: Pennsylvania State University, 2006.
NOVAES, Marina. Quando o 'chorume' da internet invade a vida real. **EL País**, São Paulo, 19 ago. 2015. Disponível em:
https://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/18/opinion/1439908643_894361.html. Acesso em: 20 set. 2017.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Após reeleição de Dilma, eleitores do Nordeste são atacados nas redes sociais**. São Paulo, 26 out. 2014. Disponível em:
<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,apos-reeleicao-de-dilma-eleitores-do-nordeste-sao-atacados-nas-redes-sociais,1583393>. Acesso em: 20 set. 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ONU, Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 217 (III Sessão) A (Paris, 1948). Disponível em:
https://ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 20 de agosto de 2016.

ONU, Assembleia Geral. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. XXI Sessão. Nova Iorque, 1966. Disponível em:
<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Ensaio sobre o ódio e a intolerância na propaganda eleitoral. *In*: PEREIRA, Rodolfo Viana (Org.). **Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio**. Volume I. Belo Horizonte: IDDE, 2018. p. 221-240.

PITOMBO, João Pedro. Justiça acata denúncia e acusado de matar Moa do Katendê vira réu. **Folha de São Paulo**, Salvador, 24 out. 2018. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/justica-acata-denuncia-e-acusado-de-matar-moa-do-katende-vira-reu.shtml>. Acesso em: 25 out. 2018.

PONTES, Felipe. PT processa Bolsonaro no STF por vídeo que sugere fuzilar "petralhas". **Agência Brasil**, Brasília, 3 set. 2018. Disponível em:
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-09/pt-processa-bolsonaro-no-stf-por-video-que-sugere-fuzilar-petralhas>. Acesso em: 10 set. 2018.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução: Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1974.

POST, Robert. Hate Speech. *In*: HARE, Ivan; Weinstein, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, pp. 123-138, 2013. Reimpressão.

PRATES, Francisco de Castilho. **As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos**

que silenciam. (Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da UFMG. Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.) Ano de obtenção: 2015.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade.** Trad.: Henrique Blecher; Leonardo Rosa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROSENBLUM, Nancy L.. **On the side of the angels.** New Jersey: Princeton University Press, 2008.

ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. **Pensamiento Constitucional.** Año XI. Nº 11. pp 154-198. *Cardozo Law Review.* Abril de 2003.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. *In:* SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Free Speech: a Philosophical Enquiry.** Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SENRA, Ricardo. Novas curtidas a Coronel Ustra crescem 3.300% após homenagem de Bolsonaro. **BBC.** Brasília, 20 abr. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160419_salasocial_ustras_curtidas_fs. Acesso em: 21 set. 2017.

SENRA, Ricardo. 'Sou nazista, sim': o protesto da extrema-direita dos EUA contra negros, imigrantes, gays e judeus. **BBC,** Charlottesville, 12 ago. 2017a. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40910927>. Acesso em: 13 ago. 2017.

SENRA, Ricardo. Intolerância, racismo às claras e fuzis à mostra: o que vi (e senti) no maior protesto movido pelo ódio em décadas nos EUA. **BBC.** Charlottesville, 13 ago. 2017b. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40918594>. Acesso em: 13 ago. 2017.

SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm and hate speech. *In:* **Law and Philosophy.** Switzerland: Springer Nature, v. 32, pp. 701–728, 2013.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes. A Filosofia da Linguagem de J. L. Austin. Apresentação. *In:* AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer.** Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

SUNSTEIN, Cass R. The Law of Group Polarization. *In:* **John M. Olin Law & Economics Working Paper.** Nº. 91, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. Partyism. *In:* **University of Chicago Legal Forum.** Vol. 2015, Article 2, 2016.

TEITEL, Ruti. **Transitional Justice.** New York: Oxford University Press, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: Leis e Costumes - Livro I**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

UCHÔA, Victor. Moa do Katendê: Os minutos que antecederam o assassinato de mestre de capoeira esfaqueado após discussão política. **Folha de São Paulo**, Salvador, 10 out. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45806355>. Acesso em: 10 out. 2018.

USA. First Amendment – US Constitution. Disponível em: <http://constitution.findlaw.com/amendment1.html>. 1791. Acesso em: 20 ago. 2016.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. **Masses Publishing Company vs. Pattern, 244 F, 355 (S.D.N.Y., 1917)**. Disponível em: http://www.ericejohnson.com/projects/mass_media_law_compendium/1.0_body/MMLC_05_Masses_v_Patten.pdf. Acesso em: 10 ago. 2016.

U.S. SUPREME COURT. **Abrams vs. United States, 250 U. S. 616 (1919a)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>. Acesso em 22 mai. 2016.

U.S. SUPREME COURT. **Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919b)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>. Acesso em: 22 mai.2016.

U.S. SUPREME COURT. **Withney versus California, 274 U.S. 357 (1927)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/>. Acesso em: 25 ago. 2016.

U.S. SUPREME COURT. **Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/> . Acesso em: 22 mai. 2016

U.S. SUPREME COURT. **New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>. Acesso em: 22 mai. 2016

U.S. SUPREME COURT. **Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>. Acesso em: 22 mai. 2016

U.S. SUPREME COURT. **New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/713/>. Acesso em: 22 mai. 2016

U.S. SUPREME COURT. **Buckley versus Valeo, 424 U.S. 1 (1976)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/>. Acesso em: 13 ago. 2016.

U.S. SUPREME COURT. **National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/case.html>. Acesso em: 10 ago. 2016.

U.S. SUPREME COURT. **American Booksellers Association vs. William H. Hudnut, III**. 598 F. Supp. 1316, (1984). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/598/1316/1476351/> . Acesso em: 29 ago. 2016.

VALENTE, Ivan. O discurso do ódio e da intolerância viola a democracia. **Portal Ivan Valente**, Brasília, 01 jul. 2015. Disponível em: <http://www.ivanvalente.com.br/2015/07/01/o-discurso-do-odio-e-da-intolerancia-violou-a-democracia/>. Acesso em: 20 set. 2017.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press Inc., 1999.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012a.

WALDRON, Jeremy. Hate Speech and Political Legitimacy. *In* HERZ, Miachel; MOLNAR, Peter. **The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses**. New York: Combridge University Press, 2012b. Pp. 329-340.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WEINSTEIN, James. Extreme speech, public order, and democracy: lessons from The Masses. *In*: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (org). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford-UK: Oxford University Press, pp. 23-61, 2013. Reimpressão.

WESTWOOD, Sean J.; IYENGAR, Shanto; WALGRAVE, Stefaan; LEONISIO, Rafael; MILLER, Luis; and STRIJBIS, Oliver. **The Tie That Divides: Cross-National Evidence of the Primacy of Partyism**, out. 2015. Disponível em: <https://pcl.stanford.edu/research/2015/westwood-crossnational-polarization.pdf>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

WESTWOOD, Sean J.; IYENGAR, Shanto; WALGRAVE, Stefaan; LEONISIO, Rafael; MILLER, Luis; STRIJBIS, Oliver. The Tie That Divides: Cross-National Evidence of the Primacy of Partyism. *In*: **European Journal of Political Research**. V. 57, 2018, Pp. 333-354.

XAVIER, Luiz Gustavo. Disputa presidencial se reflete na Câmara: PSL e PT alcançaram maior quantidade de cadeiras nesta eleição. **Rádio Câmara**, Brasília, 08 out. 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/564040-DISPUTA-PRESIDENCIAL-SE-REFLETE-NA-CAMARA-PSL-E-PT-ALCANCARAM-MAIOR-QUANTIDADE-DE-CADEIRAS-NESTA-ELEICAO.html>. Acesso em: 10 out. 2018.

YONG, Caleb. Does Freedom of Speech Include Hate Speech? *In*: **Res Publica**, Vol. 17, pp. 385–403, 2011. DOI 10.1007/s11158-011-9158-y, 2011.