

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MATHEUS HENRIQUE EVANGELISTA FELICIO

**A liberdade de expressão e os discursos de ódio em Ronald Dworkin: os espinhos ocultos
do ouriço**

BELO HORIZONTE

2022

MATHEUS HENRIQUE EVANGELISTA FELICIO

**A liberdade de expressão e os discursos de ódio em Ronald Dworkin: os espinhos ocultos
do ouriço**

Versão Final

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Lopes Decat

BELO HORIZONTE

2022

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

F314l Felício, Matheus Henrique Evangelista
A liberdade de expressão e os discursos de ódio em Ronald Dworkin
[manuscrito]: os espinhos ocultos do ouriço / Matheus Henrique Evangelista
Felício. - 2022.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Liberdade de expressão - Teses. 3. Ódio
- Teses. 4. Dworkin, Ronald, 1931-2013 - Teses. I. Decat, Thiago Lopes.
II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 340.12



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO **MATHEUS HENRIQUE EVANGELISTA FELICIO**

Realizou-se, no dia 12 de agosto de 2022, às 10:00 horas, Zoom, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *A liberdade de expressão e os discursos de ódio em Ronald Dworkin: os espinhos ocultos do ouriço*, apresentada por MATHEUS HENRIQUE EVANGELISTA FELICIO, número de registro 2020652476, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Thiago Lopes Decat - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Thomas da Rosa de Bustamante (UFMG), Prof(a). Leonardo Gomes Penteado Rosa (Universidade Federal de Lavras).

A Comissão considerou a dissertação:

(X) Aprovada, tendo obtido a nota 97 (noventa e sete pontos).

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 12 de agosto de 2022.

Prof(a). Thiago Lopes Decat (Doutor) nota 97 (noventa e sete pontos).

Prof(a). Thomas da Rosa de Bustamante (Doutor) nota 97 (noventa e sete pontos).

Prof(a). Leonardo Gomes Penteado Rosa (Doutor) nota 97 (noventa e sete pontos).

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente os meus pais, Mário Maia e Elizabeth Irene, pelo carinho, cuidado e paciência durante toda a minha jornada de estudos.

Agradeço meu irmão Mário Henrique e minha eterna namorada Maria Eduarda (Duda) pela confiança, presteza, bondade e companheirismo.

Não poderia deixar de lembrar daqueles que não mais estão entre nós, os perdi durante a jornada do mestrado, mas que fizeram parte da minha vida: meu avô Onésimo, meu querido tio Mauro Gomes, tio Vicente e meu amigo Jonathas.

Agradeço o professor e orientador Thiago Decat pela sua sensibilidade e responsabilidade no trato da orientação. Sua seriedade acadêmica e profissional justifica o reconhecimento que tem entre seus pares no Brasil e, principalmente, no exterior.

Agradeço aos professores Thomas Bustamante, David Francisco e Leonardo Gomes por serem fontes de inspiração no rigor acadêmico.

Agradeço ao CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) pela bolsa concedida ao longo do curso de mestrado.

Agradeço à equipe técnica da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG pela atenção dispensada todas as vezes em que precisei recorrer a ela.

Agradeço, por fim, aos colegas de mestrado que, direta ou indiretamente, me auxiliaram na pesquisa.

A liberdade de expressão e os discursos de ódio em Ronald Dworkin: os espinhos ocultos do ouriço

RESUMO: A presente dissertação desenvolve-se em torno da tensão entre liberdade de expressão e discursos de ódio. Uma matriz norte-americana assevera que mesmo em manifestações discriminatórias a fala deve ser assegurada. Ronald Dworkin, conhecido filósofo do direito, é fruto dessa concepção. Apesar de sustentar um liberalismo igualitário, isto é, que o Estado deve tratar a todos com igual consideração e respeito, admite que a liberdade de expressão deve ser assegurada mesmo em casos controversos que exprimem ódio, discriminação e preconceito. Seus fundamentos, em apertada síntese, demonstram o quão ilegítimo é o Estado privar o cidadão de expressar o que deseja. Dworkin se apoia na compreensão dos direitos em sentido forte, na independência ética e nos direitos especiais para justificar essa posição de honra da liberdade de expressão. Por outro lado, R. Dworkin dispõe de outros elementos e concepções no decorrer de sua trajetória acadêmica que aparentemente atuam diversamente da aceitação dos discursos de ódio na esfera pública. São estas as concepções específicas desenvolvidas sobre: *moral, responsabilidade, independência ética e obrigações associativas*. Esta dissertação, portanto, avalia o quanto a liberdade de expressão que admite discursos de ódio se ajusta a essas concepções. Em conclusão, a liberdade de expressão não pode ser sustentada em conjunto com esses elementos, pois eles atuam sob o imperativo moral de “respeito objetivo pelo outro”, contrariamente ao que os discursos de ódio propugnam. Por isso, Dworkin deve abdicar do direito à liberdade de expressão que inclua discursos de ódio para que se alinhe ao projeto unificador exposto em Justiça para Ouriços. A perspectiva de análise desta dissertação é *interna* ao pensamento de Dworkin, isto é, ela dialoga com os próprios conceitos dworkinianos. Com o fim de dialogar entre os pares nacionais, além dessa discussão, esta dissertação se propõe a apresentar alternativas à ponderação alexyana no trato da tensão entre a liberdade de expressão e discursos de ódio, que é preponderante no judiciário brasileiro na solução de conflitos. Propus que a teoria dworkiniana, quando vista sob uma melhor luz, pode nos conduzir a negar os discursos de ódio, diversamente do que o próprio Dworkin propõe. Dessa maneira, considero que a teoria de Dworkin possui elementos filosoficamente sofisticados o suficiente para negar o direito de expressar ódio e, desse modo, justificar as decisões judiciais brasileiras sobre o tema que vem recebendo críticas de amplos setores sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão; Discursos de ódio; Ronald Dworkin; Independência ética.

Freedom of speech and hate speech in Ronald Dworkin: the hidden thorns of the hedgehog

ABSTRACT: This dissertation develops around the tension between freedom of expression and hate speech. An American matrix asserts that even in discriminatory manifestations speech must be ensured. Ronald Dworkin, a well-known philosopher of law, is the fruit of this conception. Despite supporting an egalitarian liberalism, that is, that the State must treat everyone with equal consideration and respect, it admits that freedom of expression must be ensured even in controversial cases that express hatred, discrimination and prejudice. Its foundations, in close synthesis, demonstrate how illegitimate it is for the State to deprive the citizen of expressing what he desires. Dworkin relies on understanding rights in a strong sense, ethical independence and special rights to justify this position of honor of freedom of expression. On the other hand, R. Dworkin has other elements and conceptions throughout his academic trajectory that apparently act differently from the acceptance of hate speech in the public sphere. These are the specific conceptions developed about: morals, responsibility, ethical independence and associative obligations. This dissertation, therefore, evaluates how much freedom of expression that admits hate speech fits these conceptions. In conclusion, freedom of expression cannot be sustained in conjunction with these elements, as they act under the moral imperative of "objective respect for the other", contrary to what hate speech advocates. Therefore, Dworkin must give up the right to freedom of expression that includes hate speech to align with the unifying project exposed in *Justice for Hedgehogs*. The perspective of analysis of this dissertation is internal to Dworkin's thought, that is, it dialogues with dworkinian concepts themselves. In order to dialogue between national peers, in addition to this discussion, this dissertation proposes to present alternatives to alexyana weighting in dealing with the tension between freedom of expression and hate speech, which is predominant in the Brazilian judiciary in the resolution of conflicts. I proposed that Dworkinian theory, when viewed in a better light, can lead us to deny hate speech, different from what Dworkin himself proposes. Thus, I consider that Dworkin's theory has elements philosophically sophisticated enough to deny the right to express hatred and, thus, justify Brazilian judicial decisions on the subject that has been receiving criticism from broad social sectors.

KEYWORDS: Freedom of speech; Hate speech; Ronald Dworkin; Ethical independence

SUMÁRIO

Introdução.....	09
Parte I – Ronald Dworkin e a Liberdade de expressão.....	14
Capítulo 1 – A liberdade de expressão como “direito em sentido forte”.....	17
1.1 – Crítica ao positivismo de Herbert Hart e a tese dos direitos	19
1.2 – Como levar os direitos a sério	27
1.3 – Liberdade de Imprensa	34
1.4 – Pornografia e Liberdade de expressão.....	41
Capítulo 2 – A liberdade de expressão como “independência ética”.....	49
Capítulo 3 – A liberdade de expressão como “direito especial” (<i>special right</i>)	65
Capítulo 4 – Jeremy Waldron e sua crítica à posição de Dworkin.....	74
Capítulo 5 – Dworkin, Liberdade de expressão e Discurso de ódio no Brasil.....	91
Parte II – Reflexos da defesa da liberdade de expressão ampla na obra de Ronald Dworkin	137
Capítulo 6 – Claro e presente perigo de dano: uma posição solipsista e reducionista	139
Capítulo 7 – Moral: uma abordagem Kantiana	160
Capítulo 8 – Responsabilidade: como justificar que defendo ódio?	171
Capítulo 9 – Independência ética	181
Capítulo 10 – Obrigações associativas	195
Conclusão	211
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	214

Introdução

A liberdade de expressão é um dos temas mais sensíveis para as sociedades democráticas. Há inúmeros trabalhos acadêmicos que exploram o caráter ambíguo desse direito. Por um lado, uma sociedade sem o direito à liberdade de expressão é tratada como antidemocrática, pois não assegura uma garantia fundamental dos indivíduos à possibilidade de convencer outros membros da sociedade sobre um determinado tema. Por outro, seu uso em muitas situações pode gerar inconvenientes graves e consequências prejudiciais, quando os cidadãos usam a liberdade de expressão para ventilar ideias discriminatórias, por exemplo. Disso resulta a necessidade de garantir que proposições legítimas possam, sem embargos, ser livremente anunciadas em uma esfera pública. É necessário também avaliar a medida em que essas proposições afetam de modo grave os direitos dos demais membros da comunidade. Essa, portanto, é a dificuldade perante a qual os estudiosos se encontram.

A concepção norte-americana de liberdade de expressão converge no sentido de aceitar que mesmo falas ofensivas, hodiernamente denominadas discursos de ódio (*hate speech*), possam ser proferidas. Isso ocorre em razão do temor de várias situações nas quais o Estado poderia atentar contra a liberdade de expressão simplesmente por não considerar relevante aquele assunto ou mesmo por uma situação ou tematização pública de certo tema ser capaz de promover um acréscimo ou manutenção do bem-estar dos membros da comunidade política. Autores norte-americanos temem que proferimentos tematizando assuntos inconvenientes para o Estado sejam por ele restringidos, não alcançando os demais membros da sociedade e comprometendo a possibilidade de que estes venham a conhecê-los. Por isso, adota-se uma postura radical, aceitando-se que as falas possam ser livremente proferidas mesmo quando é manifesta a sua falsidade ou mesmo que insistam na discriminação de outros membros.

A consequência da adoção dessa posição é a ocorrência frequente de manifestações de discursos de ódio contra grupos vulneráveis como negros, judeus e muçulmanos naquele país, associadas a outros problemas como a propagação do anticientificismo, notícias falsas (*fake news*) e teorias conspiratórias. Há um ambiente fértil nos Estados Unidos para isso (SUSTEIN, 2001).

Tais discursos seriam irrelevantes se não abordassem temas sensíveis para as pessoas e para o Estado. No Brasil, por exemplo, a Justiça Eleitoral tem dificuldades no combate às *fake news* e à desinformação, gerando reflexos graves na regularidade do processo eleitoral. Isso demonstra que a manifestação de ódio ou as notícias falsas podem afetar um importante

momento da vida democrática, a saber, a escolha dos representantes políticos dos membros da nação em um jogo justo.

Ronald Dworkin é um daqueles autores que apoiam a não restrição à liberdade de expressão mesmo naqueles casos nos quais há discriminação explícita, isto é, mesmo em discursos de ódio (*hate speech*). Essa tradição norte-americana acima citada, diria, é fomentada pela enorme influência que o trabalho de Dworkin produz no imaginário estadunidense. Ele escreveu em diversas oportunidades acerca do direito à liberdade de expressão, como abordaremos mais à frente. Em alguns momentos, o autor sustentou, inclusive, a possibilidade de marchas nazistas na Alemanha, apontando que esse é o preço da liberdade (DWORKIN, 2019a [1996])¹. Em conformidade com decisões da Suprema Corte norte-americana, atestou que o limite para a liberdade de expressão consiste em seu exercício ocasionar danos às vítimas, isto é, caso os proferimentos causem danos à integridade física das vítimas, eles podem ser restringidos (DWORKIN, 2010 [1977]).

Dworkin não é um defensor do ódio, mas da liberdade, e essa sua posição é bem clara. Ele quer demonstrar que a liberdade de expressão é um valor caro para a comunidade democrática: ela admite posturas extremamente discriminatórias para assegurar que os membros possam se expressar nos assuntos relevantes sem restrições. Há várias críticas a essa postura que serão expostas no decorrer desta dissertação. Parte destas críticas se destinam a demonstrar como os discursos de ódio são prejudiciais para a sociedade, isto é, como a defesa da liberdade de expressão dessa maneira quase irrestrita viola a igualdade e a dignidade dos outros membros. Trata-se, neste sentido, de uma análise *externa* ao pensamento de Dworkin. Nesta dissertação, por outro lado, pretendo analisar o pensamento de Dworkin sobre o assunto *internamente*. Em outras palavras, indaga-se se Dworkin é coerente ao sustentar aquilo que denomino *liberdade de expressão ampla*, pois engloba os discursos de ódio, com uma teoria que dispõe de vários elementos e concepções que, aparentemente, contradizem a essa postura ampliativa da liberdade de expressão? O autor é coerente quando ao mesmo tempo sustenta uma concepção *moral*, que se apoia na importância objetiva que devemos reconhecer nas outras pessoas, e também a não restrição aos discursos de ódio? Isso é coerente com a adoção, como modelo de sociedade para a implementação do *direito como integridade*, daquela comunidade que se caracteriza pela existência de *obrigações associativas*? Nesse sentido, o presente

¹ Para melhor compreensão sobre qual obra de Ronald Dworkin me refiro, tendo em vista a quantidade significativa de citações com anos parecidos, colocarei subseqüente a data da edição que utilizo a data da publicação original do livro. Por exemplo, a citação (DWORKIN, 2010 [1977]) se refere ao livro *Levando os Direitos a Sério*, que na versão da editora Martins Fontes é datada de 2010, mas originalmente publicado por Dworkin em 1977.

trabalho propõe-se a discutir se a *liberdade de expressão ampla*, que incorpora os discursos de ódio, se ajusta a esses elementos e concepções da teoria dworkiniana e, em caso afirmativo, o grau em que o faz.

A comunidade jurídica brasileira é enormemente influenciada pelo pensamento de R. Dworkin. O modelo principiológico da Constituição de 1988 proporcionou uma leitura axiológica (em sentido amplo) com respaldo na teoria dos direitos de Ronald Dworkin, e isso é de enorme valia. Entretanto, quanto ao debate sobre os discursos de ódio e a liberdade de expressão, e o suposto conflito de princípios que ele instancia, a jurisprudência brasileira é majoritária em adotar o método ponderativo alexyano. Em razão disso, ela recebe enormes críticas, pois esse método é considerado por muitos extremamente frágil para solucionar casos difíceis (*hard cases*). Ele não dispõe de ferramentas e institutos filosoficamente tão sofisticados para solucionar conflitos entre valores, mas apenas de um método formal que é frequentemente deturpado em sua aplicação. Essa foi a situação no HC 82.424 (Caso Ellwanger), em que dois ministros do Supremo Tribunal Federal usaram a ponderação, mas chegaram a resultados opostos.

Essa discussão se acirra, pois a liberdade de expressão é um valor importante e utilizar um método frágil para restringi-la ou ampliá-la abre espaço para críticas de ambos os lados. Os importantes casos sobre a liberdade de expressão, elencados nesta dissertação, e julgados pelo Supremo Tribunal Federal, tiveram como guia de decisão o método da ponderação. Desse modo, esta dissertação aponta para a existência de razões para alterar o método, o que nem sempre altera o resultado, mas proporciona uma justificativa forte para alcançar a estabilidade que as decisões judiciais almejam.

Em uma primeira perspectiva, esta dissertação objetiva avaliar *internamente* a posição de Dworkin, ou seja, como a *liberdade de expressão ampla*, a que aceita os discursos de ódio, se relaciona com outras concepções e elementos de sua teoria. Propõe uma leitura de Dworkin que vai além do que ele próprio sustenta: a *liberdade de expressão ampla* não pode ser sustentada por Dworkin porque todos outros elementos elencados nesta dissertação inclinam a consideração do tema no sentido oposto, isto é, eles fornecem razões para rejeitar os discursos de ódio. Dessa forma, argumenta-se que a unidade entre as concepções de valor, almejada por Dworkin em *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]), é dificultada pela sua posição consolidada sobre liberdade de expressão. A permissão ao discurso de ódio não se ajusta bem aos valores da *responsabilidade, moral, independência ética e obrigações associativas*.

Portanto, assevero que Dworkin deveria abdicar do direito à *liberdade de expressão ampla* para que os valores se ajustem mutuamente, ou seja, os discursos de ódio não coadunam

com aquele Dworkin que nos ensina acerca da *igual consideração e respeito* pelo projeto de outros membros da comunidade. Ao contrário, toda sua teoria caminha para a direção oposta: direção que rejeita as falas daqueles que pregam a discriminação e exclusão de outros membros da comunidade.

Numa segunda perspectiva, proponho que, se vista sob uma melhor luz, a teoria de Dworkin nos conduz para uma negação dos discursos de ódio, ao contrário do que ele sustenta. Todas essas concepções, que serão exploradas na parte dois dessa dissertação, condicionam Dworkin a negar os discursos de ódio como manifestação da liberdade de expressão. É essa leitura que acredito que os tribunais brasileiros poderiam adotar: mesmo Dworkin, conhecido por defender a liberdade a qualquer custo, pode, sob uma melhor luz, nos oferecer uma teoria que vai de encontro aos discursos de ódio. Desse modo, é possível que os tribunais mantenham sua jurisprudência em casos concretos ao mesmo tempo em que a justifiquem por meio de uma postura alternativa e filosoficamente sofisticada se comparada à ponderação, apta para conferir a estabilidade às decisões judiciais.

Assim, esta dissertação objetiva criticar Dworkin *internamente*, mas não o rejeitar, ao contrário, pretende examinar o quanto a sua teoria é capaz de nos proporcionar recursos teóricos sofisticados para admitir a liberdade de expressão, mas rejeitar os discursos de ódio.

Na primeira parte, nos capítulos um, dois e três, exponho como se dá a defesa da *liberdade de expressão ampla*, que incorpora os discursos de ódio, na teoria de R. Dworkin. Três fundamentos são explorados: direitos em sentido forte, independência ética e direitos especiais (*special rights*). Cada capítulo é destinado a cada um destes fundamentos. Em outro momento, ainda na parte um, nos capítulos quatro e cinco, exponho a discussão entre acadêmicos acerca dessa posição favorável à *liberdade de expressão ampla* de Dworkin. São explorados autores nacionais e internacionais. Além disso, apresento o estado da arte da discussão sobre a liberdade de expressão no Brasil, apresentando a dogmática e a jurisprudência do assunto.

Na segunda parte, analisarei cada valor moral que considero conflitante com a defesa empreendida por Dworkin da *liberdade de expressão ampla*. Antes, porém, no capítulo seis, analiso o paradigma da Suprema Corte norte-americana do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*”, endossado por Dworkin, sob uma perspectiva crítica. Argumento que este paradigma é solipsista, pois não compreende os efeitos intersubjetivos da linguagem, além de restritivo, ao adotar a concepção de dano que considera somente os relacionados à integridade física. No capítulo sete, discorro acerca da concepção *moral* em Dworkin; no

capítulo oito, acerca da *responsabilidade*; no capítulo nove, sobre a *independência ética*; e no capítulo dez, sobre as *obrigações associativas*.

Parte I – Ronald Dworkin e a Liberdade de expressão

Nesta parte I, tem-se por objetivo apresentar como Ronald Dworkin explora a liberdade de expressão alinhada à sua teoria do direito, isto é, como os “direitos” fazem parte de uma concepção específica do liberalismo esposada pelo autor. Para isso, no primeiro capítulo, retorna-se a um dos livros mais estudados quando se trata de R. Dworkin aqui no Brasil - Levando os Direitos a Sério (2010 [1977]) -, de modo a expor sua crítica a certas formulações do positivismo e ao utilitarismo como teorias à época insuficientemente liberais. Levando os Direitos a Sério (2010 [1977]) inaugura um longo debate que Dworkin travou com os positivistas jurídicos, especificamente Herbert L. A. Hart, professor que o indicou para lhe suceder na cadeira de teoria do direito (*jurisprudence*) em Oxford, em 1969 (COELHO, MATOS, BUSTAMANTE, 2018, p. 2).

No âmago dessa discussão, situa-se a percepção de princípios jurídicos como padrões jurídicos, em particular os “direitos (ou princípios) em sentido forte”, que estabelecem o dever negativo do Estado de abster-se de interferir nos direitos basilares de um indivíduo, e a proposta de um modelo de sociedade que se apoia no liberalismo como doutrina política. A liberdade de expressão é entendida nesse contexto como um direito em sentido forte, de modo que interferências, proibições ou censuras no âmbito de sua proteção só são possíveis em situações extremamente peculiares, situações essas que se caracterizam por um “claro e presente perigo” de que os vitimados pelo discurso venham a sofrer algum dano grave em função deste discurso (DWORKIN, 2010 [1977]). Não reconhecido tal “perigo evidente”, o discurso deve ser tolerado, pois, um princípio fundamental característico da proteção da esfera de ação do indivíduo - a liberdade de expressão, no caso -, não pode ser desconsiderado pelo Estado sem parâmetros bem definidos (DWORKIN, 2019b [2013]). Este é, portanto, em breve síntese, o paradigma no qual Ronald Dworkin se insere na defesa da liberdade de expressão ampla, que abarca os discursos de ódio, em Levando os Direitos a Sério (2010 [1977]), e que será exposto no capítulo um.

No mesmo sentido, soma-se a isso o argumento da “independência ética”, esboçado por Dworkin no texto “Do we have a right to pornography?”, mas elaborado em texto relativamente recente. Em *Justice for Hedgehogs* (2011), Dworkin argumenta ser defeso ao Estado intervir nas opções éticas dos indivíduos, ou seja, em uma perspectiva notadamente liberal, sustenta que no que diz respeito às escolhas e projetos mais íntimos do indivíduo, aqueles que envolvem decisões sobre o bem viver, não é atribuição do Estado impor um determinado modelo de “vida boa” ou mesmo censurar aqueles que querem viver de um modo que diverge daquele adotado

pela a maioria dos membros da comunidade, pois a independência na escolha dessa vida boa é atributo de uma sociedade que respeita os mais variados modelos de vida, que tocam somente ao indivíduo. No capítulo dois desta dissertação, pretende-se expor como a “independência ética” dialoga com a liberdade de expressão. Em apertada síntese, Dworkin acredita que ter *independência ética* implica o direito de realizar proferimentos e abordar assuntos que, aos olhos da maioria, são inconvenientes. Além disso, privar um indivíduo de enunciar o que ele pensa pode privar os outros indivíduos de terem acesso àquela informação negada, violando também a *independência ética* dos receptores.

No capítulo três, assinalo uma categorização feita por Dworkin para os “direitos de liberdade”, localizando a liberdade de expressão como *direito especial (special right)*. Dworkin propõe que, no que diz respeito à liberdade política, há dois componentes para a proteção dos direitos. Primeiro, a *independência ética*, já apresentada, dispõe que o Estado não pode restringir as liberdades por supor que determinado modo de vida é superior aos demais. Segundo, a proteção dos direitos envolve *direitos especiais (special rights)*, aqueles em relação aos quais a vedação de interferências do Estado no âmbito de ação protegido é ainda maior, o que significa que nos espaços de liberdade de ação protegidos por estes direitos o Estado só interfere em casos que apresentam uma “justificativa cogente”. A aceitação dessa “justificativa cogente” é o endosso de Dworkin à tese do “*clear and present danger*”, encampado pela Suprema Corte norte-americana, que será objeto de crítica na parte dois desta dissertação. Dessa maneira, Dworkin, além de sustentar que a liberdade de expressão é manifestação da independência ética, argumenta que ela é protegida por ser um *direito especial (special right)*, de maneira que dificulta a interferência estatal na fiscalização dos discursos proferidos.

Nesta primeira parte, portanto, será exposto como Ronald Dworkin articula a liberdade de expressão como “direito em sentido forte” (capítulo um), como “independência ética” (capítulo dois) e direito especial (capítulo três), de modo a justificar e defender a não restrição àqueles que professam discursos de ódio. Em sequência, ainda nesta primeira parte, analisarei o debate, nacional e internacional, sobre essa posição com intuito de sintetizar as várias críticas mobilizadas contra a posição do autor e cotejá-las com os argumentos daqueles que endossam sua posição. No capítulo quatro, avalio a posição de Jeremy Waldron e no capítulo cinco a de acadêmicos brasileiros como José Emílio Ommati, Marcelo A. Cattoni, Ronaldo Porto Macedo, dentre outros.

No que tange à posição dos brasileiros, examinei a discussão nacional sobre a liberdade de expressão trazendo, além das disposições legais pertinentes, casos emblemáticos discutidos no Supremo Tribunal Federal e entre acadêmicos, de modo a demonstrar a relevância desta

dissertação também para os problemas nacionais. Isso porque considero que a teoria dworkiniana, se vista sob uma melhor luz, nos conduz à negação dos discursos de ódio, ao contrário do que o próprio Dworkin propõe, apresentando, desse modo, alternativas ao paradigma da proporcionalidade alexyana amplamente utilizado nos tribunais. Na próxima parte (II), avalio como a liberdade de expressão entendida dessa forma se relaciona com elementos outros da teoria dworkiniana. Por ora, cabe começar a investigação esclarecendo porque devemos levar a liberdade de expressão a sério.

Capítulo 1 – A liberdade de expressão como “direito em sentido forte”

As teorias do direito, da justiça, da moral e da ética em Ronald Dworkin estão intimamente ligadas à sua concepção de liberalismo político, o liberalismo igualitário. É amplamente reconhecido que o liberalismo é o pano de fundo que engloba toda e qualquer concepção de sua teoria (DWORKIN, 2010 [1977], VII). Ressaltar que R. Dworkin é um liberal igualitário, no início desta dissertação, é fundamental para que o leitor compreenda os meandros do argumento que será apresentado no decorrer deste texto. Por vezes, sustentar que a *liberdade de expressão ampla*, que considero como aquela que admite conteúdos de ódio, faz parte do discurso democrático, como Dworkin propõe, pode gerar incompreensões para o leitor. Ressaltar, no entanto, no início dessa dissertação, que Dworkin é um liberal contribui para contextualizar o campo em que o autor está inserido, esclarecer seus comprometimentos teóricos, e explicitar com qual comunidade ele dialoga.

Dizer que um autor é liberal, por outro lado, não justifica *a priori* seu posicionamento a favor de uma *liberdade de expressão ampla*, uma vez que é possível encontrar liberais que sustentam posição diversa desta². No entanto, esta consideração proporciona uma orientação geral do sentido dos argumentos que serão expostos. A defesa que Dworkin empreende de uma *liberdade de expressão ampla*, aquela que inclui os discursos de ódio no espaço de liberdade protegido, perpassa por uma necessidade de reformar o direito para que, lido sob a melhor luz do liberalismo político, satisfaça os “direitos humanos individuais”, sendo a liberdade de expressão um desses direitos humanos individuais³.

O liberalismo político, à época de *Levando os Direitos a Sério*, nos anos 60 e 70, era compreendido teoricamente como um misto entre positivismo jurídico e utilitarismo moral (DWORKIN, 2010 [1977]). A reforma do liberalismo, para Dworkin, requer a superação dessas duas teorias, pois elas não assegurariam a ideia fundamental do liberalismo de garantia desses direitos humanos individuais, tarefa essa empreendida por R. Dworkin no supracitado livro –

2 Ver WALDRON, Jeremy em *The Harm in Hate Speech* (2012b).

3 Há ampla controvérsia sobre o uso do termo comumente conhecido como “direitos humanos”. Autores utilizam direitos humanos, direitos dos homens, direitos fundamentais, direitos humanos individuais dentre outros. Embora representem um mesmo conteúdo material, as diferenças normalmente aparecem quanto à positivação (direitos humanos e direitos fundamentais) ou não (direitos dos homens), e à delimitação jurídico-espacial dessa positivação, sendo ela interna a um Estado democrático (direitos fundamentais) ou parte da ordem internacional (direitos humanos). Aqui, utiliza-se a expressão adotada por Dworkin em *Levando os Direitos a Sério* (p. VII, 1977 e p. VIII, 2010 [1977]) representando um direito individual garantido independentemente de positivação. Não se confunde com os “direitos dos homens”, pois estes são inerentes aos seres humanos, mas oriundos de uma ordem transcendental (jusnaturalista), o que não encontra respaldo no pensamento de Dworkin.

Levando os Direitos a Sério (2010 [1977]). De modo a criticá-los, Dworkin compreende o positivismo jurídico como uma teoria sobre o que o direito é e que “[...] sustenta que a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais que isso” (DWORKIN, 2010 [1977], VII), e o utilitarismo como uma teoria sobre o que o direito “[...] deve ser e sobre o modo como as instituições jurídicas que nos são familiares deveriam comportar-se [...] suas instituições deveriam estar a serviço do bem-estar geral e tão-somente isso” (DWORKIN, 2010 [1977], VIII).

Por adotar essa posição positivista e utilitarista, Dworkin assinala que o liberalismo político sofreu críticas tanto à esquerda quanto à direita. Pela esquerda, pois o formalismo do positivismo inibe uma justiça substantiva mais densa, e o utilitarismo econômico perpetua a pobreza como um instrumento para a eficiência (DWORKIN, 2010 [1977], XIII). Pela direita, por Edmund Burke, pois “[...] o verdadeiro direito de uma comunidade não é constituído simples e exclusivamente por decisões deliberadas [...]” (DWORKIN, 2010 [1977], XIII). Quanto ao utilitarismo, Burke acredita que eles, os utilitaristas, se apoiam mais em sua engenharia social do que na própria comunidade, em sua cultura social.

Dworkin propõe uma “terceira via” que o separa das críticas da esquerda e da direita oferecidas ao positivismo e utilitarismo (DWORKIN, 2010 [1977], XIII). Para ele, nenhuma das teorias elencadas, que criticam o liberalismo dominante, põem em dúvida sua característica específica: “Nenhuma delas argumenta que a teoria dominante é falha porque rejeita a ideia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita” (DWORKIN, 2010 [1977], VIII).

A crítica de Dworkin, portanto, à teoria liberal então dominante – a conjugação do liberalismo com o positivismo e com o utilitarismo – é sua incapacidade de garantir plenamente os “direitos humanos individuais”, isto é, aquela parcela de direitos inerente aos indivíduos. Isso ocorre pois, para o positivismo, é necessário que existam normas postas específicas que imponham, explicitamente, por meio de fontes formais de produção, esses direitos individuais. No mesmo sentido, o utilitarismo pressupõe uma política baseada no bem-estar geral, que nega tais “direitos” quando isso privilegia uma meta da comunidade:

O positivismo jurídico rejeita a ideia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a ideia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade. O utilitarismo econômico rejeita a ideia de que os direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, isto é, que os cidadãos possuam outra justificativa para criticar uma decisão legislativa que não seja

a alegação de que uma decisão não atende, de fato, ao bem-estar geral. (DWORKIN, 2010 [1977], Introdução, p. XIV).

Dworkin afirma, principalmente contra o positivismo jurídico, que há conteúdos normativos, os princípios, que em *sentido forte* são “direitos”, anteriores a qualquer positividade explícita. É a chamada “tese dos direitos”. Submeter, portanto, esses “direitos” à faculdade do legislador, isto é, assegurando somente a ele a possibilidade de dizer que esses princípios são cogentes através de fontes formais, minimiza as garantias individuais contra o Estado.

Pode-se dizer que tais direitos dos indivíduos são naturais, não no sentido do jusnaturalismo clássico, metafísico, mas no sentido de não se submeterem a qualquer positividade. Esses “direitos” existem independentemente de normas explícitas dizerem que eles existem. Da mesma forma, são inegociáveis, ou seja, eles prevalecem quer favoreçam ou não o interesse majoritário. Por mais que a maioria tenha a intenção de negligenciar tais direitos em alguns casos, por serem inconvenientes, eles prevalecem pois formam um conjunto protetivo do indivíduo em face da atuação coercitiva estatal.

A “tese dos direitos” é, portanto, o ponto de partida da crítica de Dworkin ao liberalismo dominante. Conforme o liberalismo foi se associando ao positivismo e ao utilitarismo, foi perdendo seu ideal tradicional de direitos inegociáveis e naturais do indivíduo. A reforma do liberalismo, portanto, perpassa por “reconciliar” o liberalismo com esses “direitos”.

Nesse sentido, o positivismo, na versão mais influente de Herbert Hart, é insuficiente em garantir que esses “direitos” não sejam violados, sendo, portanto, inconcebível como uma teoria que faz jus à caracterização de “teoria liberal dos direitos”. Paralelamente, Dworkin também expõe como a lógica utilitária é incompatível com a tese dos direitos. Essas críticas serão abordadas no item seguinte, tendo importância para localizar a liberdade de expressão como um “direito em sentido forte”, demonstrando que é um direito humano individual que pode ser usurpado pela lógica dominante do liberalismo se este estiver associado ao positivismo e ao utilitarismo.

1.1 - Crítica ao positivismo de Herbert Hart e a Tese dos Direitos

De acordo com Dworkin, o positivismo jurídico, entendido de maneira ampla, é uma classe de teorias filosóficas que comporta posições divergentes dentro de si, mas que possui como esqueleto as seguintes premissas: (a) o direito é um conjunto de regras reconhecidas por um *teste de pedigree*; (b) essas regras são coextensivas com o direito e se um caso não é claramente abarcado por ela, o juiz exerce sua discricionariedade ao decidi-lo; (c) dizer que

alguém tem obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica (DWORKIN, 2010 [1977], p. 27 e 28). Sendo assim, o positivismo é um modelo de regras, em que todo o conteúdo jurídico é coextensivo com aquilo que a(s) fonte(s) autoritativa(s) considera(m) como direito. Na teoria de H. Hart, compete à regra de reconhecimento, que identifica as fontes dotadas de autoridade, “dizer o direito”. Uma regra só é válida se for bem-sucedida nos testes de pedigree facultados pela regra de reconhecimento:

Num sistema jurídico moderno, no qual existem várias "fontes" do direito, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais (HART, 2009, p. 130).

Dworkin quer demonstrar que a descrição do direito realizado pelo positivismo jurídico é insuficiente para explicar a prática jurídica, pois os juízes, quando aplicam o direito, levam em consideração outros padrões normativos que não estão explicitamente incorporados pela regra de reconhecimento. Tais padrões são os denominados *princípios jurídicos* (DWORKIN, 2010 [1977]). Dworkin utiliza da mesma lógica argumentativa que Hart utilizou contra John Austin para criticar seu imperativismo, modelo que considera o direito como ordens baseada em ameaça.

Para Hart, a descrição do direito realizada por J. Austin como ordens enunciadas por um soberano é insuficiente e primária, pois sua noção de obrigação não considera as *regras jurídicas*, componente que garante estabilidade do sistema jurídico, diferentemente das ordens do soberano, que são meramente habituais (HART, 2009, p. 129 e 130). Dworkin, agora, argumenta que Hart descreveu o direito de modo insuficiente ao limitá-lo às regras, sendo que os juízes utilizam, frequentemente, principalmente quando decidem casos complexos (*hard cases*), os *princípios jurídicos*, padrões normativos não explícitos em legislações (DWORKIN, 2010 [1977], p. 37 e 38)⁴.

⁴ Cabe ressaltar que existe controvérsia quanto à possibilidade ou não do positivismo jurídico incorporar os “princípios jurídicos”. Hart, no pós-escrito do livro *Conceito de Direito* (1961), publicado numa reedição da obra em 1993, sustenta que a regra de reconhecimento é apta a reconhecer os padrões normativos que funcionam como princípios, precisamente o que R. Dworkin sustenta não ser possível. Quanto a esta questão, os teóricos do positivismo se subdividem entre *soft positivism*, positivismo brando ou positivismo incluyente, que reconhece que no direito pode haver uma relação contingente com a moral, e *hard positivism*, positivismo duro ou positivismo excludente, que rejeita tal conexão. No mesmo sentido, é o entendimento de Joseph Raz quanto configuração do campo em relação à possibilidade de a regra de reconhecimento incorporar conteúdo morais, embora ele seja declaradamente um positivista excludente. Também o capítulo 3 de *Levando os Direitos a Sério*, denominado Modelo de Regras II, trata desta questão. Por ora, na descrição inicial do positivismo feita por Dworkin, o positivismo é incapaz de incorporar, por meio da regra de reconhecimento, os princípios. Para referência da subdivisão do positivismo jurídico, vide: HIMMA, Kenneth Einar, 2012.

Os casos “Henningsen” e “Elmer”, apresentados por Dworkin (DWORKIN, 2010 [1977]), demonstram que a prática judicial é caracterizada por incorporar padrões decorrentes de exigências morais, estabelecendo princípios como “[...] ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza” ou que “[...] fabricantes de automóveis têm responsabilidade especial⁵”.

De acordo com Dworkin, em Modelo de Regras I (DWORKIN, 2010 [1977]), os *princípios jurídicos* diferem das *regras* pois estas atuam na lógica do tudo-ou-nada. Por exemplo, quando uma regra dispõe que certo tipo de contrato é válido somente se houver três testemunhas, violada tal regra, o contrato é inválido. A aplicação das regras é mecânica pois, não preenchido o requisito por ela imposto, o ato jurídico sob consideração é, normalmente, nulo para o direito:

As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 39).

Os *princípios*, por outro lado, possuem uma dimensão de peso ou importância, em que não há exclusão em casos de conflito. Pelo contrário, eles subsistem considerando o valor que cada um tem no caso em concreto:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 42 e 43).

Os *princípios jurídicos* são os padrões utilizados pelos juristas quando aparecem os casos difíceis (*hard cases*), pois as regras jurídicas são insuficientes para solucioná-los. Mesmo que exista uma legislação determinando uma ação a ser realizada, o critério de justiça e moralidade que o direito exige inibe o julgador de tomar decisão no sentido do legislado (DWORKIN, 2010 [1977], p. 36). Foi assim no caso *Riggs vs. Palmer*, em que mesmo com a legislação de sucessões estabelecendo que o neto deveria herdar, o herdar de um assassino

5 Quanto a isso, um contraponto importante é o de Joseph Raz que sustenta que a prática judicial necessita de uma teoria diferente daquela que se propõe a descrever o direito, isto é, são situações diferentes descrever o direito e descrever a prática judicial. O direito não incorpora conteúdos morais como os princípios levantados por R. Dworkin, mas nada impede que na prática judicial, por uma questão de responsabilidade política do juiz, eles sejam aplicados. Vide: RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (1983) e RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom* (1986).

descumpra uma exigência, mesmo implícita, de moralidade e justiça⁶. Os *princípios jurídicos*, portanto, são utilizados em casos difíceis nos quais as regras não são autoaplicáveis, por terem uma determinação restrita, não afeta ao caso:

Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras (DWORKIN, 2010 [1977], p. 35 e 36).

Com a introdução dos *princípios*, Dworkin é levado a rejeitar a tese da regra de reconhecimento de Hart, pois encontrou parâmetros normativos não explícitos e tampouco decorrentes de fontes autoritativas indicadas por uma regra de reconhecimento. Consequentemente, em desacordo com todo o “esqueleto” do positivismo apresentado acima, o autor rejeita a tese com os seguintes argumentos:

(a) O direito não necessita de nenhum teste, como o da regra de reconhecimento, para validar o que integra ou não seu conteúdo. Os princípios jurídicos, conforme apresentado nos casos acima, não estavam previstos em nenhuma legislação positivada nem decorriam de precedentes estabelecidos, mas integram o direito por possuírem conteúdos de justiça e moralidade aplicáveis no caso concreto. Qualquer tentativa de positivação desses princípios não consegue incluí-los em sua totalidade, pois eles são extraídos da argumentação desenvolvida no caso concreto de modo que, pela dinâmica das relações sociais, qualquer lista já estaria desatualizada quando fosse preciso recorrer a ela:

Mas esse teste de pedigree não funciona para os princípios dos casos Riggs e Henningsen. A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 64).

Concluo que, se tratamos os princípios como direito, devemos rejeitar a primeira doutrina positivista, aquela segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste que toma a forma de uma regra suprema. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 70).

⁶ O caso Riggs vs. Palmer (115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 [1889]) trata de um neto que, a fim de antecipar a herança, matou o seu avô, pois este havia deixado um testamento que o favorecesse. Na época, não havia legislação que determinasse que “o assassino não poderia herdar”, devendo, pelo conteúdo literal da legislação, o neto herdar a herança, vide trecho da decisão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino.” (115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 [1889] *apud* DWORKIN, 2010 [1977], p. 37).

(b) Do mesmo modo, os juízes não exercem a discricionariedade quando os casos não se ajustam à aplicação mecânica das regras, porque os *princípios*, por serem amplos e flexíveis, se ajustam no caso concreto impondo uma direção. Isso porque para H. Hart, em casos de penumbra, aqueles nos quais a regra jurídica é insuficiente para determinar uma decisão, o juiz atuaria com discricionariedade (HART, 2009, p. 175)⁷. Para Dworkin, somente o sentido forte da discricionariedade, aquele em que inexiste um critério para a tomada de decisão, sendo livre a atuação do julgador, representa a discricionariedade do positivismo. Entretanto, essa discricionariedade forte é afastada pela introdução dos princípios jurídicos que complementam as regras e afastam os espaços de indeterminação (DWORKIN, 2010 [1977], p. 55 e 56).

(c) Nesse sentido, o direito não é um sistema unicamente de regras, mas um sistema de regras e princípios que impõe ao intérprete a obrigação de considerar tais princípios morais também como fonte do ordenamento jurídico. Entendido o direito nestes termos, como um sistema de regras e princípios, seria possível reconduzi-lo aos princípios basilares do liberalismo, que tinham sido enfraquecidos pela conexão entre liberalismo e positivismo. Dworkin aponta que a prática atual dos juízes é muito mais complexa do que aquela descrita pelo positivismo, pois a prática judicial envolve “questões de princípios” que não foram incorporados pela regra de reconhecimento:

Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas práticas. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 72).

Demonstrado que os princípios jurídicos integram o ordenamento jurídico, é necessário esclarecer o conteúdo desses princípios e porque eles representam o retorno à “tese dos direitos” para o liberalismo.

Dworkin considera os outros parâmetros normativos, aqueles não compreendidos pelos positivistas como integrantes do direito, como *princípios em sentido lato* (DWORKIN, 2010 [1977], p. 34)⁸. Posteriormente, os diferencia entre (princípios) políticas “*policy*” e “princípios em sentido estrito”. Para ele, política (*policy*) é:

7 O exemplo famoso de Herbert Hart é de uma regra que estipula que no parque são proibidos veículos. Sendo assim, essa norma proibiria o uso de bicicletas nesse parque? Bicicletas são consideradas veículos? Nestes casos, o juiz atua com discricionariedade, isto é, desvinculado de qualquer imposição a um determinado sentido (HART, 1958).

8 Com pouca frequência utilizarei o termo ‘princípio’ de maneira genérica para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras. Na medida do possível, especificarei quando se trata de princípios que são políticas

[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). (DWORKIN, 2010 [1977], p. 36)

As políticas (*policies*), portanto, atuam em uma lógica utilitária de maximização de bens e recursos para a comunidade, objetivando o bem-estar de todos. Como exemplo, Dworkin aponta o subsídio para uma indústria, cujo objetivo é beneficiar a comunidade, direta ou indiretamente, seja gerando empregos, incentivo à produção nacional, ou mesmo progresso tecnológico. Por outro lado, os princípios em sentido estrito não atuam sob essa lógica utilitarista, porque têm uma dimensão de moralidade:

Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 36).

Os *princípios em sentido estrito*, em apertada síntese, são, portanto, aqueles padrões normativos, identificados por Dworkin, capazes de reconciliar o liberalismo político com o direito, já que sua aceitação como padrão jurídico afasta o entendimento positivista segundo o qual o conteúdo do direito é coextensivo somente com as regras. Com a adoção dos princípios⁹, os “direitos humanos individuais” podem ser exercidos independentemente de necessária positividade deles em conformidade com uma regra de reconhecimento. Essa conclusão é justificada da maneira que se segue abaixo.

No capítulo quatro de *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin discorre sobre os *casos difíceis* (*hard cases*), aqueles que não são abarcados explicitamente pelas regras, em que o juiz atua, para o positivismo, como um órgão delegado do legislativo, criando leis e obrigações *a posteriori*. Dworkin nega que os juízes tenham tal atribuição, e argumenta que na adjudicação eles devem considerar os *argumentos de princípio*. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 129). Os *argumentos de política* privilegiam o interesse comum, e seu *locus* de incidência são as decisões políticas:

(policy) ou de princípios em sentido estrito (sentido forte). No entanto, quando estiver escrito somente “princípios” o texto se refere aos princípios “em sentido forte”.

⁹ Dworkin em várias oportunidades cita o termo “princípio” em referência aos princípios em sentido estrito, como na citação extraída acima. Conforme já assinalado em nota anterior, “princípios” se referem aos princípios em sentido forte (ou em sentido estrito) que não podem ser vencidos por metas utilitárias. No fundo, o termo “direitos” para ele também se refere a esses princípios em sentido forte. Ter um “direito” é ter um direito em sentido forte.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 129).

Os *argumentos de princípio* (em sentido forte), por outro lado, garantem um direito individual ou coletivo, como o direito à igualdade:

Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito a igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 129 e 130).

Dworkin quer demonstrar que, na adjudicação, os tribunais devem necessariamente levar em consideração os *argumentos de princípios* em detrimento dos *de política*, pois eles afirmam “direitos”, sendo que os *argumentos de políticas* descrevem “objetivos”.

Os princípios (em sentido forte) são individuados, isto é, eles:

“[...] promove(m) ou protege(m) o estado de coisas no qual desfruta tal direito, mesmo que com isso nenhum outro objetivo político seja servido e algum objetivo político seja desservido. (...) mesmo que com isso algum outro objetivo político possa ser atingido.” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 142 e 143).

Uma política é uma meta, um objetivo político não-individuado, “[...] um estado de coisas cuja especificação não requer a concessão de nenhuma oportunidade particular, nenhum recurso ou liberdade para indivíduos determinados” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 143).

As “metas” são expressões do utilitarismo, elas visam o bem-estar para um maior número de pessoas. Os “*direitos*”, como expressões dos *argumentos de princípio*, são “anti-utilitaristas”, pois protegem uma posição que não está suscetível a negociação ou concessão. Os *direitos* podem ser absolutos, isto é, “[...] uma teoria política que considera absoluto o direito à liberdade de expressão não aceitará nenhuma razão para que não se assegure a todos os indivíduos a liberdade por ela exigidos” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 144). São absolutos, neste caso, pois são garantidos a todos e imunes à restrição em detrimento de metas compartilhadas. Eles podem, no entanto, ser menos que absolutos, pois podem ceder em face de outros princípios consagrados com a devida justificativa. Portanto, um *direito*, segundo Dworkin, não pode ser menos importante que todas as metas sociais. Isso quer dizer que os *direitos* não são cooptados por metas sem urgência especial, pois eles não se submetem a um controle do Estado sem uma devida justificativa.

Dworkin apresenta como exemplo de prevalência de um *direito (princípio em sentido forte)* em contraposição a uma *meta (policy)* quando um homem que acredita ter o direito à

liberdade de expressão supõe que o seu uso pode gerar inconvenientes perante a coletividade. Seu *direito*, nesse caso, seria cooptado por uma política de bem-estar coletivo, e, assim considerado, não poderia ser um *direito* tal qual proposto por Dworkin:

Suponhamos, por exemplo, que um homem diga que reconhece o direito à liberdade de expressão, mas acrescente que tal liberdade deve ficar em segundo plano sempre que seu exercício possa ser inconveniente para o público. Ele quer dizer, imagino, que reconhece a meta amplamente disseminada do bem-estar coletivo, mas reconhece a distribuição da liberdade de expressão apenas nos termos recomendados por essa meta coletiva para circunstâncias específicas. Sua posição política é exaurida pela meta coletiva; o direito putativo nada acrescenta e não há nenhuma razão para reconhecê-lo como um direito. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 145).

Nesse ponto, é possível perceber o reencontro do liberalismo político com os *direitos*. Se o liberalismo estiver associado ao utilitarismo, as metas rotineiras da administração – do Estado – se sobrepõem aos direitos consagrados pela teoria liberal, como a liberdade de expressão, ao passo que reconhecida a primazia dos argumentos de princípios estes devem prevalecer, estejam eles em conformidade ou não com as preferências de uma maioria. A associação entre positivismo e utilitarismo afeta gravemente os direitos que os indivíduos possuem. Por um lado, o positivismo pode não os positivar; por outro, os interesses de uma maioria (utilitarismo) podem anulá-los (e assim comprometer sua existência como direitos) por serem inconvenientes.

Dworkin afirma, portanto, que os princípios liberais, aqueles como igualdade, liberdade de expressão, de reunião e de religião, etc. não podem estar submetidos, sendo negociáveis, a uma lógica majoritária, porque esses *direitos* (princípios em sentido forte) têm por característica serem inegociáveis, não cederem a não ser por uma meta de urgência. Ter um *direito*

“[...] significa que o indivíduo pode exercê-lo mesmo que seja errado fazê-lo, independentemente de o exercício contribuir a um objetivo não individualizado e, com efeito, ainda que prejudique meta(s)” (ROSA, 2014, p. 29).

Para o direito atender a uma teoria liberal do direito com respeito a esses princípios (em sentido estrito), deve-se adotar a “tese dos direitos”, à maneira descrita por Dworkin, como única alternativa para se livrar das consequências indesejáveis e iliberais do utilitarismo e positivismo.

Nesses termos, importa reconhecer que a liberdade de expressão, objeto de estudo desta dissertação, para Dworkin, é um *direito* (em sentido forte) que não pode ser usurpado ou vencido pela lógica utilitária. Além disso, se o paradigma do positivismo jurídico for adotado, a liberdade de expressão como um *direito* dependerá de uma positivação por uma fonte autorizativa que a reconhecesse, isto é, ficaria ao escrutínio do Estado o reconhecimento de um direito que é fundamental aos seres humanos. Por isso, positivismo e utilitarismo devem ser

rejeitados pois não garantem proteção aos indivíduos como sujeitos de direitos “naturais”, isto é, independentes de qualquer posituação, e inegociáveis, não sujeitos à discricionariedade estatal.

Em resumo, Dworkin apresenta sua crítica ao positivismo jurídico como uma teoria inadequada da prática jurídica, mas seu intuito maior é mostrar como os *princípios jurídicos*, que articulam *direitos* (em sentido forte), são manifestações de uma garantia do indivíduo ante a interferência estatal. De modo simétrico, a crítica pode ser expandida ao utilitarismo que, por sua lógica maximizadora, compromete a “tese dos direitos”. A liberdade de expressão, portanto, é um direito (em sentido forte) que não se submete à lógica utilitarista do bem-estar coletivo, pois sua existência independe de seu exercício promover ou obstar a concretização de um objetivo político. No próximo tópico, será apresentada a razão da liberdade de expressão ser considerada um direito em sentido forte e por que razão devemos levar os direitos a sério, principalmente a liberdade de expressão.

1.2 – Como levar os direitos a sério

No capítulo 7 de *Levando os Direitos a Sério* (1977), que leva o mesmo nome do livro, Dworkin debate um assunto central na teoria política norte-americana: se os cidadãos têm direitos morais contra o Estado por meio da Constituição. De acordo com o autor, para liberais e conservadores, sim. Os conservadores consideram o respeito à lei como um respeito à democracia, mas se as leis e decisões forem contrárias às suas motivações em circunstâncias específicas, como nos casos de escusa de consciência para não realizar serviços militares, os cidadãos podem infringi-las. Mesmo nesses casos, para os conservadores, aqueles que agem contrariamente à lei devem ser processados, a fim de desestimular a prática de outros membros da sociedade.

Os liberais também consideram que as pessoas têm um direito moral a não seguirem as leis que ferem as suas motivações pessoais; eles citam os casos dos segregacionistas que podem desrespeitar a lei de dessegregação, admitindo, portanto, discriminação contra os negros. Para Dworkin, ambos os lados parecem estar em uma contradição inevitável:

Mas aqui parece haver uma contradição monstruosa. Se uma pessoa tem o direito de fazer o que sua consciência lhe ordena, como justificar que o Estado a desencoraje de agir assim? O Estado não estaria sendo iníquo ao proibir e punir aquilo que as pessoas têm o direito de fazer?

[...] Mas sua posição também parece inconsistente: seria justo processar uma pessoa por fazer o que sua consciência lhe exige, quando lhe reconhecemos o direito de seguir sua consciência? (DWORKIN, 2010 [1977], p. 288).

Para Dworkin, essa contradição existe pela profunda confusão manifesta em argumentos que empregam a palavra “direito”. Alguns usam “direito” no sentido forte, significando “[...] que seria errado interferir com a realização daquela ação ou, pelo menos, que necessitamos de razões especiais para justificar qualquer interferência” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 289). Em outros, “direito” significa a coisa certa a ser feita, ou que alguém nada faz de errado se agir dessa maneira (DWORKIN, 2010 [1977], p. 290).

Isso leva a indagar se as pessoas têm direito de violar a lei no sentido forte e se o governo erra em tentar impedi-las. Os liberais e conservadores, como visto, acreditam que um homem não comete um erro ao violar a lei, quando sua consciência assim o exige, porém, divergem sobre qual deve ser a postura do Estado (DWORKIN, 2010 [1977], p. 291 e 292). Para Dworkin, os cidadãos realmente têm alguns direitos contra o Estado, no sentido forte do termo, mas isso não quer dizer que todos os direitos estabelecidos na Constituição sejam direitos morais contra o governo. Em relação a alguns direitos, por um interesse geral, justifica-se a atuação do Estado sobre eles, limitando-os:

Afirmar que nos Estados Unidos pressupõe-se que os cidadãos têm certos direitos fundamentais contra seu governo, certos direitos morais transformados em direitos jurídicos pela Constituição. Se essa ideia tem sentido e merece ser motivo de orgulho, esses direitos devem ser direitos no sentido forte que acabei de escrever. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 292 e 293).

A liberdade de expressão, no entanto, é um direito que é estabelecido no sentido forte por Dworkin, isto é, um direito moral, estabelecido na Constituição¹⁰, contra o Estado, passível de levar a uma desobediência civil se tal liberdade for violada:

A afirmação de que os cidadãos têm direito à liberdade de expressão deve implicar que seria errado, por parte do governo, impedi-los de se expressarem, mesmo acreditando que o que vão dizer causará mais mal do que bem. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 293).

Isso quer dizer que a liberdade de expressão não se submete à argumentação estatal em prol de medidas que gerem benefícios a uma coletividade – utilidade. No exemplo de Dworkin, transcrito abaixo, o governo pode restringir o tráfego em uma via pública ao estabelecer que é

10 Transcreve-se aqui o texto da Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos: "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." Tradução Livre: O Congresso não deverá fazer lei a respeito de um estabelecimento da religião, ou proibindo seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações e queixas. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#:~:text=Written%20in%201787%2C%20ratified%20in,exists%20to%20serve%20its%20citizens.

permitido apenas um sentido, por um argumento de benefício geral; mas quanto à liberdade de expressão, é diferente: sua proteção deve independe se o seu conteúdo produzir um desgaste público. É nesse sentido que as pessoas têm direito em sentido forte contra o Estado, de modo que a argumentação utilitária não é suficiente para sua privação:

Sem dúvida, um governo responsável deve estar pronto para justificar o que quer que faça, particularmente quando isso restringe a liberdade de seus cidadãos. Em geral, porém, é uma justificação suficiente, mesmo para um ato que limita a liberdade, que esse ato seja calculado de modo que aumente aquilo que os filósofos chamam de utilidade geral - ou seja, calculado de modo que, no cômputo geral, produza mais benefícios que danos. Assim, embora o governo da cidade de Nova York necessite de uma justificativa para proibir que os motoristas dirijam pela Lexington Avenue acima, está suficientemente justificado se os funcionários competentes acreditarem, a partir de comprovação substantiva, que as vantagens para a maioria irão superar os inconvenientes para uns poucos. *Contudo, quando se diz que cidadãos individuais têm direitos contra o governo, como o direito à liberdade de expressão, tal afirmação deve significar que esse tipo de justificativa não é suficiente.* Caso contrário, a alegação não se sustentaria no argumento de que os indivíduos têm proteção especial contra a lei quando seus direitos estão em jogo, mas é esse precisamente o cerne da alegação. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 293, grifos acrescidos).

Nos direitos em sentido forte, não há justificativa que possibilite ao governo (Estado) privar as pessoas de sua proteção em prol de um interesse geral (utilitarista). No entanto, de acordo com Dworkin há certos direitos constitucionais cuja privação pelo Estado é permitida. Como visto na citação acima, não é errado o Estado transformar uma via dupla em mão única, se tal modificação favorece um interesse geral. Há, contudo, graves violações se o Estado desrespeita aqueles direitos considerados em sentido forte:

Supõe-se, porém, que os direitos constitucionais que chamamos de fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, representam direitos, no sentido forte, contra o governo. Esta é a razão pela qual nos orgulhamos de que nosso sistema jurídico respeita os direitos fundamentais do cidadão. Se os cidadãos têm um direito moral à liberdade de expressão, o governo cometeria um erro ao revogar a Primeira Emenda, que o garante, mesmo que estivesse convencido de que a maioria ficaria em melhor situação se esse direito fosse restringido. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 294).

Os *direitos em sentido forte* são manifestações de um Estado liberal, isto é, eles estabelecem que os indivíduos têm a seu favor uma garantia, um *trunfo*, contra a interferência arbitrária do Estado na vida privada do indivíduo. Os *direitos em sentido forte*, por Dworkin também denominados de “direitos humanos individuais”, são imunes aos interesses majoritários do Estado. A liberdade de expressão é um desses direitos individuais, em relação aos quais a interferência do Estado só é permitida em casos estritamente justificados e por necessidade iminente. Por não consistir em uma garantia absoluta, Dworkin cita como exemplo de interferência possível a restrição da liberdade de expressão para a proteção de outros direitos:

Poderia dizer, por exemplo, que embora os cidadãos tenham direito à liberdade de expressão, o governo pode ignorar esse direito quando necessário para proteger os

direitos de outros, ou para evitar uma catástrofe, ou mesmo para obter um benefício público mais evidente e importante (ainda que, ao reconhecer este último como uma justificação possível, ele não estaria tratando o direito em questão como um dos mais importantes ou fundamentais). (DWORKIN, 2010 [1977], p. 294)

Como veremos, Dworkin endossa, quanto à liberdade de expressão, o consagrado entendimento da Suprema Corte norte-americana do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*” para admitir restrições aos discursos que acarretam graves danos. Em linhas gerais, tal entendimento assegura que, somente se houver claro e iminente perigo de dano para aqueles que suportam os discursos, se admitirá a restrição da liberdade de expressão. O impacto da adoção desse entendimento será abordado em capítulos posteriores desta dissertação.

O ponto, no entanto, que Dworkin quer apresentar quanto aos *direitos em sentido forte*, é que eles subsidiam a desobediência civil. As pessoas têm a possibilidade de desobedecerem disposições do direito quando o Estado, por interferência, obstruir um *direito em sentido forte* do cidadão, ou seja, é um caso passível de desobediência civil o da existência de uma lei que crie restrições ao discurso livre, violando a liberdade de expressão, por exemplo. Segundo Dworkin, pode-se argumentar, como os conservadores fazem, que o respeito à lei é um princípio que deve ser aplicado para que o direito não seja enfraquecido e para que a sociedade não sofra com as violações. Contudo, é justamente esse o motivo pelo qual os direitos em sentido forte são *trunfos* contra o governo, pois sua consideração não pode ser comparada com bens que decorreriam de sua violação por cálculos de benefícios utilitários:

A perspectiva de ganhos utilitaristas não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer. Os supostos ganhos resultantes do respeito à lei são meros ganhos utilitaristas. Não haveria sentido algum em alardear nosso respeito pelos direitos individuais, a menos que isso envolvesse algum sacrifício. E esse sacrifício deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes. Assim, o benefício geral não pode ser uma boa razão para a restrição dos direitos, mesmo quando o benefício em questão for um elevado respeito pela lei. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 296).

É inegável que, na perspectiva de Dworkin, a liberdade de expressão é um “caso claro” de *direito em sentido forte* que se opõe ao Estado. No entanto, será qualquer categoria de enunciação discursiva merecedora de tal poder? Isto é, nos casos controversos de *liberdade de expressão ampla*, como em asserções que causam distúrbios, ou na linguagem moderna, “*hate speech*” (discursos de ódio), são eles também *trunfos* contra o Estado? Uma lei antidiscriminatória que proíbe os discursos de ódio pode ser amplamente desobedecida por aqueles que acreditam na segregação de determinados grupos sociais? É sob esse horizonte que

Dworkin se propõe a discorrer ainda no capítulo sete do livro *Levando os Direitos a Sério* (1977).

Segundo Dworkin, há duas teorias que trazem respostas quando os direitos são controversos (como liberdade de expressão e discursos de ódio). Para uma primeira, o Estado deve buscar um meio-termo, isto é, um “[...] equilíbrio entre os direitos do indivíduo e as exigências da sociedade como um todo” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 303). O Estado não deve “inflar” um direito (em sentido forte) de modo que ele não se interligue com os direitos (*policy*) majoritários da sociedade. Por outro lado, os direitos da sociedade não podem ser estabelecidos de modo que inviabilize os direitos individuais. O equilíbrio é a virtude sobre a qual a primeira teoria sobre os direitos controversos repousa. Apesar de atrair grande parte dos juristas e leigos, Dworkin a considera como falsa:

Assim descrito, o primeiro modelo é extremamente plausível, e acredito que, em sua maioria, tanto os leigos quanto os juristas irão reagir a ele calorosamente. A metáfora de equilibrar o interesse público com as exigências pessoais encontra-se estabelecida em nossa retórica política e jurídica, e esta metáfora torna o modelo simultaneamente familiar e atraente. Não obstante, o primeiro modelo é falso, certamente no caso dos direitos geralmente tidos como importantes, e a metáfora é o cerne de seu erro. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 304).

O primeiro modelo é falso pois, quando se fala em “direitos” (em sentido forte), deve-se levar duas posições a sério: a ideia de *dignidade humana*, que “[...] pressupõe que existem maneiras de tratar um homem que são incompatíveis com seu reconhecimento como um membro pleno da comunidade humana” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 304 e 305), e da *igualdade política*, de acordo com a qual o Estado deve tratar a todos com igual respeito e consideração, sendo que todas as pessoas devem ter a mesma liberdade. Em razão da posição definida pela aceitação destas duas ideias é que a gramática dos direitos não é estabelecida por balanceamentos, mas por *dignidade e igual valor do indivíduo como cidadão*:

Faz sentido dizer que um homem tem um direito fundamental contra o governo, no sentido forte, como a liberdade de expressão, se esse direito for necessário para proteger sua dignidade ou sua posição enquanto detentor da mesma consideração e do mesmo respeito, ou de qualquer outro valor pessoal da mesma importância. É somente nesses termos que essa afirmação tem sentido. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 305).

Uma violação a um direito (em sentido forte), portanto, é algo de extrema relevância para a sociedade, pois “[...] significa tratar um homem como um menos que um homem ou como se fosse menos digno de consideração que outros homens” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 305).

O segundo modelo considera serem graves as restrições a um direito (em sentido forte), de modo que se esse direito é reconhecido em temas controversos, o Estado necessita de uma

razão convincente e mais forte para limitá-lo. O fato de a sociedade pagar um preço mais alto para garantir sua efetividade não pode ser motivo para aniquilá-lo. Em relação à *liberdade de expressão ampla*, que admite a ocorrência de discursos de ódio, o segundo modelo afirma que violá-la é um grave erro e uma violação do reconhecimento da personalidade humana, privando o homem de dizer aquilo que considera importante.

Dworkin, neste ponto, discute o caso dos “Sete de Chicago”, ocorrido na década de 60, que trata de alguns jovens acusados de conspirar para cruzar fronteiras estaduais com a intenção de provocar distúrbios públicos. Para o primeiro modelo, de balanceamento, o argumento contra os distúrbios é forte. Para o segundo modelo, ocorre o inverso, pois limitar o direito à liberdade de expressão sob tais circunstâncias é um atentado à personalidade humana:

O direito original à liberdade de expressão deve pressupor que é um atentado à personalidade humana impedir um homem de expressar aquilo em que honestamente acredita, sobretudo no que diz respeito a assuntos que afetam o modo como ele é governado. Sem dúvida, o atentado é maior, e não menor, quando ele se vê impedido de expressar os princípios de moralidade política que ele defende mais apaixonadamente, diante das circunstâncias que considera como violações intoleráveis desses princípios. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 308 e 309).

Dworkin endossa o segundo modelo ao afirmar que só é possível a restrição a direito deste tipo se houver uma justificativa plausível do Estado para fazê-lo¹¹. No entanto, alguns juristas argumentam que a restrição justificável ao direito à liberdade de expressão envolve uma previsão aproximativa de um dano maior que poderia ocorrer se deixada livre a fala. Isto é, não há um cálculo exato do quanto a restrição à liberdade de expressão pode oferecer de benefício à sociedade, mas uma presunção de que o controle da liberdade de expressão previne eventos danosos ulteriores.

Dworkin considera esse raciocínio temerário, pois permitiria que o governo atuasse em uma situação de incerteza, possibilitando-o agir sob testes quando o ponto central da discussão são os “direitos” (em sentido forte) inegociáveis:

(...) o governo não pode simplesmente pressupor respostas que sirvam para justificar sua conduta. Se o homem tem o direito de falar, se as razões que sustentam esse direito estendem-se ao discurso político provocativo e se os efeitos de tal discurso sobre a violência são obscuros, então o governo não está autorizado a iniciar seu ataque a esse problema negando a existência de tal direito. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 311).

11 Tal justificativa é trabalhada especificamente no capítulo 6 desta dissertação. Entretanto, no capítulo 3 apresento que essa justificativa, por Dworkin denominada em *Religião sem Deus* (2013) como “cogente”, se refere à exígua possibilidade de interferências nos direitos em sentido forte, para evitar um dano muito superior à restrição, quando, por exemplo, alguém gritar “fogo” em um teatro lotado de modo a causar tumulto.

Dworkin quer demonstrar que submeter a categoria dos “direitos” a um raciocínio utilitarista que envolve uma previsão aproximada é uma afronta ao indivíduo, mesmo que sua utilização seja inconveniente à maioria das pessoas. Para Dworkin, os argumentos utilitaristas “[...] são desautorizados pelo conceito de direito” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 311):

“Nenhuma sociedade que se proponha a reconhecer uma variedade de direitos, com fundamento no fato de que a dignidade ou a igualdade de um homem podem ser violadas de diferentes formas, pode aceitar um princípio desse tipo” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 312).

Mesmo assim, Dworkin reconhece uma possibilidade de “restrição” aos *direitos em sentido forte*, no caso, à liberdade de expressão: são casos que apresentam justificativa relevante para tal. Em termos concretos, isso quer dizer que a liberdade de expressão deve ser censurada somente quando houver risco claro e iminente decorrente do exercício desta liberdade, possibilidade real de graves danos a alguma pessoa, e não houver outra maneira de impedir o acontecimento:

Sem dúvida, o governo pode discriminar e impedir que alguém exerça seu direito de falar quando houver um risco claro e concreto de que seu discurso irá causar um grande dano à pessoa ou à propriedade alheia, e quando não houver outras maneiras de impedir que isso aconteça, como no caso do homem que gritou "Fogo!" em um teatro. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 312).

Isso, entretanto, não impede assegurar a liberdade de expressão como um direito em sentido forte. Levar os direitos a sério, no caso, levar a liberdade de expressão a sério, é justamente reconhecer que seu exercício não está sendo restringido por interesses utilitaristas abstratos. É este o principal aspecto dos “direitos” que Dworkin subscreve. Os *direitos* são garantias do indivíduo contra o Estado, que por interesses majoritários buscará um benefício geral. Esses cálculos utilitários, entretanto, não são a gramática dos “direitos” (em sentido forte), eles existem justamente para impedir que a maioria estabeleça, através do Estado, um padrão sobre o que deve e o que não deve ser feito.

Além disso, os “direitos” são proteções da minoria no discurso democrático, pois

“[...] representa(m) a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. Quando as divisões entre os grupos forem mais violentas, esse gesto, se o direito de fato funcionar, deve ser o mais sincero possível” (DWORKIN, 2010 [1977], p. 314).

Neste ponto, torna-se ainda mais claro a razão pela qual Dworkin considera o utilitarismo e as concepções da vida social que adotam o positivismo jurídico como explicação do direito como sendo teorias insuficientemente liberais. O direito à liberdade de expressão é exemplo de direito assegurado aos indivíduos independentemente de sua positivação porque

não o reconhecer é uma grave violação dos “direitos humanos individuais”. Além disso, os *direitos em sentido forte* não podem estar submetidos a um controle utilitarista do Estado, pois o seu exercício independe de se ele beneficia ou não a maioria política. Nesse sentido, se o liberalismo estiver associado a essas duas teorias, não se leva os direitos a sério, como *trunfos* do indivíduo contra o Estado, quando este utiliza do raciocínio utilitário para violá-los.

Diante disso, pode-se concluir que, de acordo com o autor, a liberdade de expressão é um *trunfo*. Isso quer dizer que o Estado erra ao censurá-la apoiando-se em argumentos como “bem-estar coletivo”, “inconveniente para o público”, “desnecessário”, etc. Como visto, de acordo com Dworkin, os *direitos em sentido forte* são expressões da *dignidade e igualdade* das pessoas, razão pela qual a centralidade da liberdade de expressão na concretização desses valores atrai para si esta categorização.

Nos próximos tópicos deste primeiro capítulo, será debatida a liberdade de expressão, como *direito em sentido forte*, levando em consideração casos concretos apresentados nos livros *Uma Questão de Princípio* (2019c [1985]) e *O Direito da Liberdade: A leitura moral da constituição norte-americana* (2019a [1996]), de Dworkin. Alguns desses casos são controversos, pois envolvem temas cujo debate está na ordem do dia. No entanto, a posição de Dworkin já parece anunciada: o autor é a favor da *liberdade de expressão ampla*, isso quer dizer que mesmo se o assunto é controverso, ou o conteúdo da afirmação é objetivamente falso, como no caso dos negacionistas do Holocausto, o discurso deve ser tolerado, sendo a censura uma violação à *igualdade e dignidade*.

No tópico 1.3, abaixo, será explorado o tema da liberdade de expressão sobre o viés da liberdade de imprensa. No tópico seguinte, 1.4, será explorada a liberdade de expressão sob o viés da pornografia, no debate de Dworkin com Catharine MacKinnon.

1.3 – Liberdade de Imprensa

O livro *Uma questão de Princípio* (2019c [1985]) de Dworkin reúne uma coleção de artigos sobre temas diversos. Nele está a gênese da sua teoria do direito, consolidada no *Império do Direito*, articulada no capítulo 6, *De que maneira o direito se assemelha à literatura*, em que Dworkin demonstra a conexão entre o direito, com as decisões judiciais, e a tarefa dada a alguns romancistas em um empreendimento artístico. Além disso, o livro reúne artigos publicados por Dworkin na revista “The New York Times Review of Book” sobre discussões rotineiras da cultura norte-americana. Há na obra, por exemplo, artigos sobre o liberalismo, a arte, igualdade, pornografia e imprensa. Quanto à liberdade de imprensa, as discussões que

integram o livro são de imensa valia para a presente dissertação, pois envolvem liberdade de manifestação e pensamento. O intuito desse presente tópico é demonstrar como, na prática, os *argumentos de princípios* podem e devem ser usados segundo o autor.

Com uma noção de princípios já exposta em *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]), em sua obra *Uma questão de Princípio* (2019c [1985]), Dworkin se propõe a aplicar os conceitos e o conteúdo teórico desenvolvidos a casos reais discutidos pela Suprema Corte norte-americana. Um desses casos é a discussão sobre o alcance da primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos, que garante o direito à liberdade de expressão, nos casos que envolvem a imprensa. Dado o fato de a Suprema Corte prolatar decisões em que nega a liberdade de expressão à imprensa, Dworkin questiona: a imprensa estaria perdendo a primeira emenda?

Dworkin relata dois casos nos quais o direito à liberdade de expressão foi negado à imprensa por ferir outros interesses. O caso *Estados Unidos vs. Snepp* retrata a prática da CIA de fazer um acordo com seus agentes, de modo que qualquer conteúdo confidencial conhecido por eles, no exercício da função, antes de ser exposto ao público, deve submeter ao crivo da agência. Snepp tinha informações sobre a guerra do Vietnã que expunha a postura da CIA nos últimos meses da guerra. Ele escreveu um livro, *Decent Interval*, cujo conteúdo não foi submetido previamente ao conhecimento do órgão, em que relatava seu inconformismo com os acontecimentos e ao fazê-lo expunha informações tidas por confidenciais. Referindo-se a outro caso, o do jornal *The Progressive*, Dworkin relata que o jornal tinha informações sobre a bomba atômica consideradas confidenciais segundo a Lei de Energia Atômica dos Estados Unidos e as divulgou ao publicar um artigo com o seguinte título: “O segredo da bomba H: como conseguimos – por que estamos contando”.

Em ambos os casos, quando de sua judicialização foi argumentado pela imprensa que os autores estavam amparados pela liberdade de expressão ao manifestar as ideias, mas ambos os argumentos foram rejeitados pela Suprema Corte norte-americana. Estaria a primeira emenda, portanto, sendo incorretamente restringida nos casos sob análise? Para discorrer sobre esse tema, Dworkin realiza um resgate teórico. Citando Mill, o autor expõe que o conteúdo da primeira emenda é extraído, por uma determinada interpretação da liberdade de expressão, da ideia de que, embora o conteúdo de certos enunciados seja absurdo, a comunidade está em uma melhor situação ao assegurar sua manifestação do que estaria se as ideias impopulares fossem censuradas (DWORKIN, 2019c [1985], p. 572). Essa é a fundamentação mobilizada pela imprensa quando alega estar acobertada pela primeira emenda, como salvaguarda da liberdade de expressão.

Por outro lado, outras teorias interpretativas da liberdade de expressão sustentam que “[...] o direito destina-se à proteção daquele que fala, isto é, que os indivíduos têm o direito de falar não para que os outros se beneficiem, mas porque eles mesmo sofreriam um dano ou insulto inaceitável se fossem censurados” (DWORKIN, 2019c [1985], p. 573).

Dworkin assevera que a liberdade de expressão, entendida a partir dessas duas teorias, pode ser tratada como uma questão de *política* (*argumentos de política*) ou de *princípio* (*argumentos de princípios*), respectivamente. Se a liberdade de expressão é tratada como uma *política* (*policy*) como proposto por setores da imprensa, isto é, se sua proteção deve considerar o benefício à comunidade em ter uma imprensa que não sofra censuras, as restrições apresentadas pela Suprema Corte nos dois casos se justificam, pois o direito à confidencialidade é intrínseco ao exercício do trabalho (no caso *Estados Unidos vs. Snepp*), ou seja, determinada empresa exigir a confidencialidade do trabalhador não significa nenhum absurdo, visto que a regra empresarial privada, e também pública, é o sigilo nas práticas negociais: “A lei permite que cidadãos ou firmas particulares obtenham promessas de sigilo, é claro, quanto aos segredos comerciais ou ao conteúdo de diários pessoais e similares” (DWORKIN, 2019c [1985], p. 587).

Dworkin aponta que se poderia contra-argumentar, no caso de *Snepp*, a favor da aplicação da proteção da liberdade de expressão, com o fundamento de que:

“[...] a informação a respeito de órgãos do governo é, presumivelmente, altamente relevante participação na política, ao passo que a informação a respeito de firmas privadas, embora também possa sê-lo, presumivelmente não o é [...]” (DWORKIN, 2019c [1985], p. 588).

Apesar de correta a premissa, uma vez que o interesse da população em saber o que os órgãos públicos fazem é legítimo pois são eles que custeiam os serviços, o que interessa a Dworkin é o fato de que a liberdade de expressão não é corretamente compreendida quando tratada como meio para o fim de satisfazer o interesse da maioria no conhecimento do conteúdo divulgado pelo livro de *Snepp*, ou de como funciona a bomba atômica, no caso do jornal *The Progressive*, por exemplo, por mais que tais informações tenham conteúdo político e público.

A primeira emenda garante um *princípio*, cujo conteúdo não pode ser esvaziado por argumentos recorrentes utilitaristas. Deve-se enxergar a liberdade de expressão sob o prisma dos *argumentos de princípios*:

Depende de considerar que a livre expressão é uma questão de princípio e, portanto, que se trata de uma grande injustiça, não apenas de uma ameaça abstrata para o bem-estar geral da comunidade, que quando alguém quer falar o que pensa seja amordaçado, detido ou retardado. Somente quando se vê a liberdade de expressão sob essa luz é que se torna claro por que é tão importante proteger mesmo um ex-agente da CIA que assinou um contrato e sabia que não estava se juntando aos escoteiros (DWORKIN, 2019c [1985], p. 590).

Dworkin, portanto, não considera relevante o argumento utilitarista como fundamento para a liberdade de expressão. Ao contrário, ele a retrata como um princípio, no caso, aplicado à liberdade de imprensa, apoiando-se na segunda hipótese de fundamentação que entende a atividade de privar alguém da possibilidade de manifestação como violação da *dignidade e igualdade* do falante.

Apesar da imprensa utilizar argumentos que encaminham para um interesse da sociedade em conhecer tais matérias (DWORKIN, 2019c [1985]), pois o conteúdo vem da produção de órgãos públicos que atuam sob a regra da publicidade, sendo tipicamente utilitários, o real fundamento a ser levado à Corte Suprema do EUA nos casos descritos deveria ser aquele segundo o qual a defesa da liberdade de expressão protege o jornalista, ou o escritor, permitindo a ele dizer aquilo que considera importante para que um “mercado livre de ideias” seja satisfeito. O argumento, no fim, não é utilitarista, no sentido de que a sociedade estará em melhor situação se o amplo acesso às notícias for livremente divulgado, mas o que afirma um *direito* (em sentido estrito) da pessoa do jornalista que impõe abstenção do Estado quanto à possibilidade de restringir a publicação da informação. É tipicamente um “direito humano individual” que protege um interesse individuado.

O direito à liberdade de expressão é o exemplo apresentado por Dworkin quando o autor almeja demonstrar o que é e como atua um *princípio em sentido forte*, conforme visto em *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]) e em *Uma questão de princípio* (2019c [1985]). Neste último livro, por exemplo, o título já é indicativo de sua compreensão e adesão à “tese dos direitos”. Dworkin aborda várias temáticas à luz dessa tese, demonstrando como, no exemplo da liberdade de imprensa, os *argumentos de princípios* vencem os *de política*, chegando a abordar, inclusive, direitos processuais como expressões de *direitos em sentido forte* (DWORKIN, 2019c [1985], p. 105).

Conforme já apontado, os *princípios em sentido forte* são proteções contra um interesse majoritário do governo, especialmente quando se trata do direito à liberdade de expressão. No entanto, dos textos de Dworkin, se infere que até mesmo a enunciação de conteúdos misóginos, racistas, excludentes e preconceituosos são abarcados por esse *direito em sentido forte* da liberdade de expressão. O caráter controverso do resultado da aplicação destas ideias a temas socialmente relevantes e sensíveis gerou uma série de debates de Dworkin com teóricas feministas sobre a pornografia pesada e a liberdade de expressão, como por exemplo o debate com Catharine MacKinnon. Mais recentemente, em debate com o jurista Jeremy Waldron, a

temática do discurso de ódio tomou novos rumos. Quanto a este, será objeto de avaliação mais à frente¹².

O debate com as feministas, especialmente com Catharine MacKinnon, destacou Dworkin como um defensor de uma concepção da liberdade de expressão que inclui os discursos de ódio e preconceituosos (*hate speech*). É bom ressaltar que nada na argumentação de Dworkin justifica a atribuição ao autor de posições racistas ou misóginas; pelo contrário, a sua teoria da igualdade mostra exatamente o oposto disso. No entanto, sua concepção dos direitos em sentido forte exige levar os direitos a sério, o que por sua vez implica em reconhecer a essas pessoas – racistas, misóginos, etc. - o direito de expressar suas ideias sendo defeso ao Estado privá-los disso.

Isso implica dizer que quando o Estado justifica suas ações por metas utilitárias, mesmo que elas tragam melhor benefício à comunidade, não pode violar tal *direito em sentido forte* do agente em expressar suas ideias. Além disso, não se pode dizer, em abstrato, que os discursos são danosos, quando não há constatação de violação a direitos, em sentido forte, de outrem.

Nesse sentido:

[...] as liberdades consistem no uso desimpedido dos recursos distribuídos com justiça, o que justifica compreensão de "discriminação" de tal modo que a simples manifestação de ideia racista, misógina ou de conteúdo discriminatório não seja ela mesma discriminatória porque não caracteriza a subtração de recurso a que indivíduo tenha direito. Ainda, tendo o indivíduo direito a determinado recurso, lhe é dado usá-lo para expressar suas opiniões, quaisquer que sejam, como preferir, desde que não viole direito de terceiros. (ROSA, 2014, p. 164 e 165).

Esta é uma questão que merece ser abordada antes de explorarmos a liberdade de expressão e pornografia. Por considerar que a *liberdade em sentido lato* não é o valor fundamental do liberalismo, ao contrário do que os teóricos clássicos do liberalismo consideravam, Dworkin propõe que a *igualdade* assuma essa centralidade. Disso decorre a necessidade de integrar as liberdades em *sentido estrito*, como a liberdade de religião ou de expressão, na igualdade (igual consideração e respeito) (DWORKIN, 2011 [2000], p. 159). O argumento recorrente, que Dworkin se propõe a contrapor, afirma que a *liberdade de expressão ampla* viola a igualdade. Na integração da liberdade com a igualdade, Dworkin demonstra porque não há contradição.

De acordo com a teoria da justiça de Dworkin, denominada *igualdade de recursos*, as teorias tradicionais de distribuição de renda e bens aos agentes não captam o principal

12 Para a discussão com J. Waldron, ver capítulo 4.

fundamento da igualdade, qual seja, a igual consideração do governo pelo projeto de vida de cada um (DWORKIN, 2011 [2000], p. 160). Os agentes, responsabilmente, deliberam sobre o curso de suas vidas a partir daquilo que consideram valioso para si. Mas, como, então, estabelecer um critério justo de distribuição de renda, bens, oportunidades e recursos satisfazendo, por outro lado, a igual consideração?

Para Dworkin, o meio mais eficaz de garantir isso é por um procedimento que instancie uma lógica análoga à do mercado, isto é, por um leilão (DWORKIN, 2011 [2000], p. 81)¹³. Inicialmente, Dworkin propõe abstrairmos da realidade para captarmos os conceitos no seguinte sentido: ele propõe que se imagine uma situação hipotética na qual náufragos chegam a uma ilha deserta e decidem estabelecer ali uma nova sociedade que respeite o princípio da igual consideração dos agentes. Para distribuir os bens, uma pessoa aleatoriamente escolhida para ser a leiloeira destina a todos a mesma quantidade de fichas (conchas) que serão trocadas por bens e produtos pelos membros do grupo. Está aí o leilão: as pessoas escolheriam os bens e produtos da ilha, disponíveis para venda (troca por fichas), que correspondem às necessidades da vida a ser vivida que cada um considera valiosa. O que importa é que, depois do leilão, todos considerem que os bens foram distribuídos *igualmente*:

Suponhamos que um grupo de náufragos vai parar em uma ilha deserta que tem recursos em abundância e é desabitada, e que o grupo talvez só venha a ser resgatado depois de muitos anos. Esses imigrantes aceitam o princípio de que ninguém tem direito prévio a nenhum dos recursos, mas que devem ser divididos igualmente entre todos. (Ainda não perceberam, digamos, que talvez fosse sensato manter alguns recursos como propriedade comum de qualquer Estado que venham a criar.) Também aceitam (pelo menos provisoriamente) o seguinte teste da divisão igualitária de recursos, que chamarei de teste de cobiça. Nenhuma divisão de recursos será uma divisão igualitária se, depois de feita a divisão, qualquer imigrante preferir o quinhão de outrem a seu próprio quinhão (DWORKIN, 2011 [2000], p. 81).

Os bens escolhidos não podem ser objeto da inveja de outras pessoas, o que consiste no “teste de inveja (cobiça)” citado acima. A divisão de bens só será igualitária se cada participante se sentir satisfeito com seu quinhão comprado (trocado) no leilão para, assim, prosseguir na vida em comunidade com os bens que considera importantes para sua vida. Convém distinguir que Dworkin, em sua teoria da justiça, estabelece, em certo aspecto, o exato contrário da conhecida teoria da *justiça como equidade* de John Rawls, proposta no livro *Uma Teoria da Justiça* de 1971. Nela, Rawls imagina que as pessoas devem deliberar sob o efeito de um “véu da ignorância”, que consiste em negar a elas informações sobre as condições, gostos e

13 “Tentarei afirmar, pelo contrário, que a ideia de mercado econômico como mecanismo de atribuição de preços a uma grande variedade de bens e serviços deve estar no núcleo de qualquer elaboração teórica atraente da igualdade de recursos”. (DWORKIN, 2011 [2000], p. 81).

preferências para estabelecerem em conjunto os princípios fundamentais de justiça da sociedade a ser construída hipoteticamente (RAWLS, 1997). Dworkin, ao contrário, propõe que as pessoas tenham consciência de suas posições e gostos para realizarem a melhor escolha dos bens a serem trocados no leilão hipotético (DWORKIN, 2011 [2000]).

De que maneira, portanto, se dá a integração entre liberdade, especificamente a liberdade de expressão, objeto dessa dissertação, com a igualdade? Por ter como referência um mercado hipotético, as pessoas escolheriam os produtos que consideram valiosos para sua vida. Neste ponto, as liberdades compõem a estrutura do produto escolhido no mercado hipotético, de modo que a escolha pelo produto importa no uso indiscriminado dessas liberdades que a compõem. Assim, as liberdades, como a liberdade de expressão, seriam absorvidas pela igualdade, garantindo àquele que adquire o produto seu uso livre. Dworkin exemplifica com o bem argila: possuir esse bem implica reconhecer a liberdade que o artesão tem em fazer um produto simples ou uma arte satírica. A liberdade de expressão nesse caso consiste em fazer do bem algo que seja ofensivo a outras pessoas não havendo subtração da igualdade, tendo em vista a escolha do bem ter superado o “teste de cobiça”.

A integração da liberdade na igualdade significa que os bens e recursos devem ser livres em sua utilização (liberdade), de modo que o uso dessas liberdades incorporadas aos bens distribuídos pela igualdade de recursos não configura subtração a outro recurso que também foi escolhido por outro agente. Caso os bens escolhidos “passem no teste de inveja”, ou seja, na fase final do leilão em que ninguém almeja o bem de ninguém, importa reconhecer que a liberdade no uso desses bens não configura subtração a outro bem e recurso escolhido por outrem (DWORKIN, 2011 [2000], p. 189).

Em suma, quero sinalizar que, de acordo com Dworkin, quando o leilão chega ao fim, o direito à liberdade de expressão incorporado aos bens e produtos não implica subtração aos outros bens e recursos quando estes são utilizados, ou seja, não foi violada a *igualdade* em razão da possibilidade de utilizar os bens de forma satírica ou hostil, pois essas características se submeteram ao teste de inveja incorporadas aos produtos. Aqui, conjuga-se a liberdade de expressão com a igualdade, ficando claro como ambas se integram e não se excluem. O principal ponto que vale demonstrar é que, para Dworkin, não há “subtração de igualdade” quando se profere um conteúdo de ódio. Não há dano à *igualdade*, como um direito (em sentido forte) que possa ser contraposto à liberdade de expressão, pois a liberdade de expressão está integrada na *igualdade* mediante a igualdade de recursos. Como afirma Rosa, sobre a teoria da justiça de Dworkin:

A integração das liberdades a igualdade oferece a chave interpretativa das liberdades em geral, e da liberdade de expressão em especial, no pensamento de Ronald Dworkin. Especificamente, explica o porquê de o discurso de ódio, a pornografia e outras hipóteses de exercício de liberdade de expressão comumente restringidas ou simplesmente proibidas, estarem incluídas na concepção do direito à liberdade de expressão defendida pelo autor. Em poucas palavras, a integração da liberdade à igualdade traduz a necessidade de compreender a liberdade enquanto grupo de liberdades na forma de direitos no sentido forte ao uso dos recursos atribuídos a cada indivíduo conforme for distributivamente justo. Para Dworkin, portanto, as liberdades têm seu conteúdo definido pela justiça distributiva (ROSA, 2014, p. 165).

Toda essa argumentação tem relevantes implicações no debate entre Dworkin e MacKinnon sobre a pornografia e a liberdade de expressão, que serão abordados no próximo tópico. Para MacKinnon, há uma clara violação à igualdade, especialmente de gênero, quando se aceita conteúdos pornográficos pesados. Para Dworkin, no entanto, não há violação à igualdade, pois não há violação a direito, no sentido forte, que possa contrariar a liberdade de expressão.

1.4 – Pornografia e Liberdade de expressão

O livro *O Direito da Liberdade: Uma leitura moral da Constituição norte-americana* (2019a [1996]), de Ronald Dworkin, dedica uma seção para a exposição de temas relacionados à liberdade de expressão. São debatidos temas sobre liberdade de imprensa, pornografia, discursos de ódio e liberdade acadêmica. Dworkin, como o próprio título do livro sugere, realiza uma (re)leitura da Constituição norte-americana não a partir de um resgate das intenções dos legisladores antecessores (originalismo), mas por meio de uma interpretação dos princípios morais abstratos como limites aos poderes do Estado e implícitos à prática jurídica daquele país. (DWORKIN, 2019a [1996], p. 10). No entanto, diferentemente do que os críticos pensam, interpretar a prática com foco nos princípios morais que a integram não quer dizer que os dispositivos morais expressam um juízo moral particular qualquer:

Creio que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: 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, 2019a [1996], p. 11).

Uma *leitura moral* coaduna com o ideal de *integridade* constitucional, isto é, os juízes “[...] fazem um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que

suas contribuições se harmonizem com todas as outras” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 15). Os conservadores em matéria de interpretação, por outro lado, adeptos da teoria do resgate das intenções dos decisores, consideram essa uma posição “ativista” do juiz que julga expressando princípios morais, pois pensam que este extrapola o conteúdo da norma criada pelos legisladores, os únicos autorizados a definir o que é o direito.

A partir da perspectiva de Dworkin, a liberdade de expressão deve ser vista sob o enfoque de uma leitura moral que garanta sua aplicação não em razão dos argumentos aceitos pelo originalismo, mas pela integridade dos juízos, pela história institucional e pela racionalidade interna à prática (DWORKIN, 2019a [1996], p. 17). Portanto, a análise da liberdade de expressão, feita por Dworkin pela metodologia de uma leitura moral, leitura essa concessiva aos discursos de ódio, se sustenta em face de outros valores morais mesmo quando se tratam de argumentos aparentemente discriminatórios, como os de ódio ou de pornografia pesada. E é isso que Dworkin se propõe a justificar e debater no capítulo 9 do mesmo livro.

Neste capítulo, Dworkin relembra dois argumentos de Isaiah Berlin (DWORKIN, 2019a [1996], p. 344). O primeiro é o da distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva. A liberdade negativa

“[...] significa não ser impedido pelos outros de fazer o que se deseja fazer”, como a liberdade de expressão, em que podemos falar o que quisermos sem censura. A liberdade positiva, por outro lado, “é o poder de participar das decisões públicas e controlá-las – inclusive da decisão de o quanto se deve restringir a liberdade negativa” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 345).

O segundo argumento trata da suposição de que os valores políticos são conflitantes entre si. Dworkin quer demonstrar que o conflito entre valores na sociedade atual, entre discursos de ódio e liberdade de expressão, é fruto dessa concepção extraída de Isaiah Berlin, segundo a qual os valores conflitam e não estão submetidos a uma única estrutura política. Como exemplo, um grupo de feministas quer tornar ilegal a pornografia danosa o que, *prima facie*, se apresenta como um conflito entre liberdade negativa, manifestada no direito à liberdade de expressão, e a liberdade positiva, manifestada na exigência de controle sobre a circulação desse conteúdo danoso. Essa tensão entre liberdade negativa e liberdade positiva revela que as ideias de Berlin dominam o cenário jurídico, afirmando que os valores se entrecrocaram. Dworkin, por sua vez, quer demonstrar o contrário, ou seja, que no caso não há direito à liberdade positiva.

Dworkin ressalva que a opção pela temática da pornografia, ao invés de outros temas relativos a discursos de ódio, não decorre exclusivamente do seu caráter supostamente repugnante, dado que outras manifestações discriminatórias também são, mas do fato de que

que este é (ou era, quando da época da redação de seu texto) o assunto mais debatido academicamente, despertando seu interesse. Portanto, o sentido geral extraído dessa discussão sobre pornografia deve também se aplicar àqueles conteúdos discriminatórios e racistas, conhecidos atualmente como discursos de ódio (*hate speech*):

Não escolho esse exemplo porque a pornografia seja mais importante, mais perigosa ou mais repugnante do que as investidas racistas ou outras formas de expressão extremamente desagradáveis, mas porque o debate sobre a pornografia tem sido objeto de uma discussão acadêmica completa e abrangente. (DWORKIN, 2019a [1996], p. 349).

Catharine MacKinnon, ativista feminista e professora na Universidade de Michigan, lutou para que a pornografia pesada (*hardcore porn*), aquela que trata as mulheres em postura de servidão e submissão, fosse proibida, o que resultou em uma lei no Estado da Indiana com tal proibição. Ressalta-se que as reivindicações da ativista “[...] não faziam objeção à obscenidade [...], mas às consequências que um determinado tipo de pornografia tinha para o sexo feminino” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 349). A peculiaridade desta lei é que ela não limitava o alcance da pornografia a determinados grupos, mas impedia o acesso a tais conteúdos por parte de todas as pessoas. Nos tribunais, inclusive na Suprema Corte norte-americana, a lei foi considerada inconstitucional por infringir a primeira emenda.

Debatendo isso, Dworkin considera que para ocorrer a privação de acesso à pornografia, mesmo a que contenha conteúdos pesados, é necessário basear a restrição em uma “necessidade urgente”, isto é, deve haver possibilidade de que a circulação deste conteúdo cause danos imediatos às mulheres, não sendo aceitável uma censura *a priori*. Censurar de antemão significa que os conteúdos são banidos unicamente pela sua “tendência à violência”, ou porque a maioria dos cidadãos é contrária a eles. Por não haver necessidade urgente, a liberdade de expressão, mesmo daquela que manifesta ódio, é garantida:

A pornografia, muitas vezes, é grotescamente afrontosa; é ultrajante, não só para as mulheres, mas também para os homens. Porém, não podemos ver aí uma razão suficiente para proibi-la, sob pena de destruir o princípio de que as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção quanto quaisquer outras. A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também às de mau gosto. (DWORKIN, 2019a [1996], p. 351).

Em contraposição à MacKinnon, Dworkin rechaça os argumentos que relacionam os conteúdos pornográficos odiosos com as mulheres e o aumento nos casos de estupros. Citando o relatório da Comissão Williams, que concluiu “[...] não ser possível demonstrar um vínculo direto entre a obscenidade e o estupro”, e outro realizado no Reino Unido no mesmo sentido,

ele considera que os argumentos não demonstram o nexos entre conduta e dano, elemento essencial para a privação da liberdade de expressão (DWORKIN, 2019a [1996], p. 352).

Dworkin rechaça também o argumento de que a pornografia pesada contribui para a desigualdade, na medida em que “[...] provoca uma subordinação mais generalizada das mulheres” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 352). Para ele, isso não é motivo para que censure a liberdade de expressão, pois há uma suposição de que a pornografia gera desigualdade, mas não havia nenhuma pornografia que explicitamente defendesse a ideia de que as mulheres devem ter um papel inferior (DWORKIN, 2019a [1996], p. 352 e 353).

O autor rechaça ainda a principal crítica feminista, a saber, o argumento de que a liberdade negativa dos pornógrafos conflita com a igualdade e a liberdade positiva das mulheres de exigir, em plena igualdade com os homens, prestações estatais (DWORKIN, 2019a [1996], p. 353):

(...) segundo esse argumento, ela (pornografia) geraria um clima no qual as mulheres não poderiam ter um poder ou uma autoridade política verdadeira, pois seriam vistas e compreendidas de modo falso – ou seja, a fantasia masculina as veria como pessoas muito diferentes das que realmente são, como pessoas sem nenhuma importância. (DWORKIN, 2019a [1996], p. 353).

Para Dworkin, essa tese é de uma “implausibilidade gritante”, pois a pornografia não é livremente circulada, mas está presente em ambientes restritos. Levando isso em consideração,

“[...] é pouco provável que ela tenha uma influência tão grande quanto a propaganda comercial e das novelas sobre o modo como a sexualidade, o caráter ou os talentos da mulher são concebidos pelos homens” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 354).

Um voto do Sétimo Tribunal Itinerante, pelo juiz Easterbrook, questionando esse argumento e a lei do Estado da Indiana, foi orientado pelo ideal de que a primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos tem o objetivo de garantir que a disseminação de ideias tenha as consequências que almeja ter, isto é, mesmo se representar uma nocividade à liberdade positiva (DWORKIN, 2019a [1996], p. 355).

Frank Michelman, professor em Harvard, aprofunda a discussão ao levantar que “[...] a pornografia pode ter ela mesma o efeito de silenciar outras formas [de expressão], de tal modo que acabam por impedir outras pessoas de exercer sua liberdade negativa de expressão [...]” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 356). Ele quer dizer que as mulheres podem ter o seu direito à liberdade de expressão negado se as formas como a pornografia é lançada e circulada alterarem a percepção do público sobre as mulheres. O argumento de Michelman é peculiar e qualificado, ele sugere que a pornografia pesada: “[...] silencia a mulher na medida em que impossibilita

que ela contribua efetivamente para o processo pelo qual as ideias competem pela preferência do público” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 356).

Para Dworkin, entretanto, a liberdade de expressão, compreendida aqui no contexto da discussão sobre a liberdade de produzir e circular conteúdo pornográfico, deve prevalecer mesmo se seu conteúdo for ofensivo, pois não há supressão de discurso em decorrência da mera exposição de ideias:

Porém, não existe contradição nenhuma em insistir em 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 por tanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser. (DWORKIN, 2019a [1996], p. 357).

Dworkin, no entanto, não nega que os discursos sejam ofensivos e devam ser combatidos, mas isso não deve implicar que se possa privar alguém da liberdade de se expressar, tendo em vista ser a liberdade de expressão um direito que exprime uma concepção de *dignidade*. Para Dworkin, esse mesmo argumento discutido aqui, sobre a pornografia, deve ser ampliado aos discursos de ódio em geral.

Há várias outras discussões sobre os discursos de ódio, como o dos negacionistas do Holocausto. Neste caso, o tribunal alemão enfrentou a questão considerando como “não-constitucional” a realização de discursos nesse sentido. O argumento é que “[...] a negação do holocausto é uma ofensa monstruosa à memória dos judeus e de todos os outros que morreram nos campos de concentração de Hitler” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 361). Aqui há uma clara diferença entre o tratamento da liberdade de expressão pela tradição americana e pela tradição europeia, sendo este mais restritivo na Europa e mais liberal nos EUA¹⁴.

Mesmo nesses casos, Dworkin mantém sua posição de que a censura não é admitida se é garantido por uma Constituição, por ser expressão da *dignidade*, o direito à liberdade de expressão. Apenas a certeza de que a notícia é falsa e de que certas pessoas estão convencidas da falsidade não impede o agente de se expressar. Para o autor, os criacionistas também tinham certeza que sua posição era a verdadeira, assim como temos que o Holocausto foi real. Mesmo assim, não gostaríamos que nossas posições fossem vedadas só porque o governo as considera erradas (DWORKIN, 2019a [1996], p. 361).

14 Quanto a isso, vide: CAVALCANTI FILHO, João Trindade. O discurso de ódio na jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: Uma análise à luz da filosofia política. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB. 2014.

Apresentado esse panorama, algumas pessoas poderiam ser levadas a concluir que Dworkin consente com expressões que veiculam preconceito e discriminação, e que ele não se importa os grupos mais vulneráveis da sociedade. No entanto, essa inferência é falsa. Dworkin considera os discursos altamente ofensivos, como os de ódio e discriminatórios, como uma ameaça: “[...] essa mentira deve ser refutada publicamente, por inteiro e com todo o desprezo que merece, sempre que possível” (DWORKIN, 2019a [1996], p. 361). Entretanto, isso não significa que devemos fazê-la por privações a *direitos em sentido forte* constitucionalmente assegurados, como o da liberdade de expressão. Há outros meios disponíveis, como o reforço público de que tais argumentos são evidentemente falsos, com políticas públicas, com respostas incisivas, sempre com o fito de gerar mais discurso¹⁵. Censurar um direito é outra situação, é agir “fora da lei” para garantir “a lei”. Por isso, Dworkin alerta:

Sei que, atualmente, parecem existir excelentes motivos para a aplicação da censura na Alemanha; sei que as pessoas decentes se impacientam quando bandos de arruaceiros, portando o emblema da suástica, afirmam que o maior genocídio de todos os tempos, cometido a sangue frio, na realidade foi inventado por suas vítimas. Os arruaceiros nos lembram daquilo que costumamos esquecer: do preço da liberdade, que é alto, às vezes insuportável. Mas a liberdade é importante, importante a ponto de poder ser comprada ao preço de um sacrifício muito doloroso. As pessoas que a amam não devem dar trégua aos seus inimigos, como Deckert e seus odiosos colegas, mesmo em face das provocações violentas que eles fazem para nos tentar. (DWORKIN, 2019a [1996], p. 362).

Ao que parece, Dworkin, como um liberal, tem receio de que as restrições (censuras) à liberdade de expressão, como as evidenciadas nos casos de liberdade de imprensa e na lei da Indiana sobre pornografia, atentem contra os “direitos humanos individuais”, pois estes são aquilo que o liberalismo como ideologia capta como o sentido de “*ser humano*”. Por isso, o liberalismo se afigura como uma doutrina universal, que abrange qualquer comunidade, mesmo com suas peculiaridades típicas¹⁶.

O receio de Dworkin é que o Estado impeça os cidadãos de ter acesso a garantias que são inegociáveis, conforme já assinalado. A mobilização do conceito de *princípios em sentido forte*, incluindo a liberdade de expressão, demonstram como Dworkin está disposto a efetivamente “levar a sério” a tese dos direitos como *trunfos* contra os interesses majoritários, inclusive em favor dos discursos de ódio.

Dworkin não está preocupado com os grupos que professam o ódio, como os neonazistas na Alemanha, ou os membros da Ku Klux Klan nos Estados Unidos, mas sim com os direitos

¹⁵ Tal ideia também é defendida por LEPOUTRE, 2017 e ROSA, 2014.

¹⁶ Vide palestra de Dworkin disponível com o Título “How universal is Liberalism?”: <https://www.youtube.com/watch?v=G6NVP6Yn0c>. Acesso em 13/07/2021.

que reconhecemos como integrantes de um mesmo ordenamento jurídico. Ele está preocupado com a possibilidade de o governo impor a nós uma decisão acerca daquilo que devemos ou não saber, aquilo que devemos ou não acreditar e vê a criação de leis nesse intuito como representações dessa aspiração. É como se estivéssemos dando abertura para que, gradualmente, o Estado penetre na autodeterminação das pessoas, decidindo sobre o que elas devem ou não ouvir e falar.

Sob esse prisma, somente um retorno à “tese dos direitos” seria capaz de colocar limites à pretensão do Estado de impor tais determinações. O utilitarismo, como doutrina liberal, falha em garantir aos cidadãos essa possibilidade de se imporem frente ao Estado, pois sustenta que o interesse majoritário deve prevalecer. Dessa forma, a liberdade de expressão seria sufocada se o liberalismo admitisse o utilitarismo como teoria moral. A liberdade de poder se expressar, nesse sentido, independe do fato da expressão otimizar ou não o interesse majoritário, se conforta ou causa repulsa a certas pessoas; ela garante que o máximo de argumentos possíveis deve ser levado à arena política, a qualquer custo, pois os cidadãos têm “independência ética” a respeito do tipo de vida que desejam levar.

Noutro giro, o positivismo jurídico, adstrito à existência de uma fonte autorizativa para “dizer o direito”, nega aqueles direitos essenciais, como a liberdade de expressão, se eles não estiverem clara e explicitamente previstos em uma regra jurídica positivada. Se o liberalismo estiver comprometido com o positivismo, a liberdade de expressão corre o risco de não ser considerada uma norma essencial (*special right*), notoriamente reconhecida por qualquer Estado democrático, pois faculta ao legislador sua instituição. O liberalismo, portanto, não deve se comprometer nem com o positivismo, nem com o utilitarismo, pois ambos acarretam riscos graves à liberdade de expressão, considerada por Dworkin um *princípio em sentido forte* (e não somente a ela, mas a qualquer direito descrito em sentido forte)

O presente capítulo teve por intuito apresentar a liberdade de expressão como um *princípio em sentido forte*, isto é, um direito que representa um valor tão importante para um indivíduo que não está sob a faculdade do Estado reconhecê-la como norma por uma fonte autorizativa e cuja existência envolve o impedimento de que preceitos utilitaristas afastem sua incidência. Pelo contrário, a liberdade de expressão exige uma atuação negativa do Estado, mesmo naqueles casos controversos como os de liberdade de imprensa, pornografia e discursos de ódio. O preço a ser pago por essa liberdade, a saber, a emissão de discursos de ódio e afins, é menor que o preço decorrente da possibilidade do Estado, através de normas rotineiras da administração, violar progressivamente os direitos. Como diz Dworkin, o preço da liberdade é alto.

Este capítulo fez um resgate da teoria dos direitos no livro mais conhecido de R. Dworkin - *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]) -, apresentando primeiro sua crítica ao positivismo, depois o motivo de levarmos os direitos a sério e, no fim, um debate da temática em casos reais e controversos que Dworkin se propôs a explorar. Portanto, cabe agora avançar em direção ao que considero o segundo argumento de Dworkin a favor da *liberdade de expressão ampla: a independência ética*. Somando a noção de “direitos em sentido forte” com “independência ética”, considero que estará descrito em linhas gerais a argumentação mobilizada por Dworkin para defender a possibilidade de uma *liberdade de expressão ampla*, incluindo discursos de ódio e ofensivos. No entanto, um terceiro argumento, dos direitos especiais (*special rights*), é ainda empregado para demonstrar como a liberdade de expressão, especificamente, tem relevo em sua teoria frente aos outros direitos em sentido forte. Isso será tratado no capítulo 3.

Capítulo 2 – A liberdade de expressão como “independência ética”

O livro *Justice for Hedgehogs* (2011), traduzido para o português como *Justiça para Ouriços*, representa a unificação um esforço de dar tratamento sistemático aos temas que Dworkin debateu no decorrer de sua carreira. Trata-se, segundo especialistas¹⁷, da terceira fase do pensamento de Dworkin. A primeira corresponde a sua crítica ao positivismo jurídico, em *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]) e *Uma questão de Princípio* (2019c [1985]), conforme apresentado no capítulo um desta dissertação. Trata-se de uma crítica incipiente que foi ampliada na segunda fase. Dworkin, nessa primeira fase, direciona sua crítica especialmente à Herbert Hart, cuja versão do positivismo era a mais influente.

Na segunda fase, Dworkin qualifica sua primeira rodada de críticas ao positivismo ampliando-a também para o pragmatismo jurídico, conforme consta do livro *O Império do Direito* (1986), seu *opus magnum*, em que apresenta o direito como uma prática interpretativa (DWORKIN, 1986). *O Império do Direito* (1986) se destina a criticar as teorias semânticas do direito, o realismo jurídico (na versão interpretativa denominada pragmatismo), corrente que à época estava conquistando muitos adeptos, e do positivismo jurídico (na versão interpretativa denominada convencionalismo), pois estas teorias do direito não conseguiam enfrentar um fenômeno recorrente na prática judicial: os *desacordos teóricos*.

Para Dworkin, os *desacordos teóricos* se manifestam quando os juristas, mesmo sabendo e concordando acerca de quais são os fatos relevantes do caso e da história das decisões das instituições relevantes para a prática jurídica, divergem sobre a verdade de proposições jurídicas que afirmam o que o direito requer, tanto em abstrato quanto no âmbito de um caso concreto. Eles divergem porque cada jurista em desacordo tem uma concepção distinta sobre o que são os fundamentos do direito (DWORKIN, 2014b [1986], cap. 1). Para alguns, o direito corresponde à previsibilidade normativa. Para outros, o direito vai além, abrangendo elementos como justiça e moral. Como exemplo, uma simples cláusula que assegura a igualdade para alguns é satisfeita quando se aplica o sistema de cotas em favor de um determinado grupo vulnerável para acesso às universidades e em concursos públicos; para outros, ao contrário, esse sistema de cotas viola a igualdade. Para o primeiro jurista, o direito se expande para a moral e justiça com vistas a solucionar uma evidente desigualdade. Para o segundo jurista, o direito

17 Ver: GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Elsevier. 2010; COELHO, André Luís Sousa. MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs.). Interpretando o Império do Direito Ensaio Críticos e Analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018; e André Luís Sousa Coelho, disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_I2VRkHiyiE&t=2079s.

somente atua dentro daquilo que a regra dispõe, nem para mais, nem para menos. Dworkin demonstra que o direito é essencialmente uma prática argumentativa e que o conteúdo da norma sobre igualdade, por exemplo, é melhor garantido ao adotarmos a concepção do *direito como integridade* (DWORKIN, 1986).

O *direito como integridade* é a teoria que melhor capta o sentido interpretativo do direito, diferentemente do pragmatismo e do convencionalismo. Para Dworkin, o propósito do direito é justificar a coerção do estado de forma legítima, de acordo com decisões políticas passadas, que envolve, por consequência, a reconstrução interpretativa das justificativas, exigindo dos participantes uma atitude valorativa (MAGALHÃES, 2018, p. 52). No entanto, a concepção que melhor explica o direito como garantia desse uso da força é o *direito como integridade*, porque ele significa a reconstrução da prática judicial de modo semelhante a um romance em cadeia, com um olhar simultâneo para o passado e para o futuro. Integridade, nesse sentido, implica que os juízes devem se comprometer com coerência valorativa e de princípios que é subjacente e implícita à história institucional. O positivismo, ao contrário, é uma teoria orientada apenas para o passado, que assegura a interpretação de determinada cláusula, como a da igualdade, somente “olhando retroativamente”, buscando encontrar as convenções políticas precedentes. O pragmatismo, por sua vez, é uma teoria somente para o futuro, porque desconsidera a construção jurisprudencial do passado, desconsidera a cadeia de decisões, e se preocupa somente com os efeitos práticos da decisão. O *direito como integridade* respeita as decisões do passado, mas não exclusivamente, se esforça, ao mesmo tempo, para obter a melhor decisão com vistas ao futuro (DWORKIN, 1986).

Na terceira fase de seu pensamento, representada pelo livro *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]), Dworkin extrapola os limites das considerações sobre o direito ao argumentar que o direito está integrado a uma dimensão valorativa mais ampla e ao conceber estes valores como estando unificados em uma “árvore” comum. Corolário desta visão é o fato de que, diferentemente do que se imagina na filosofia moral predominante, não há conflitos *a priori* entre valores, o modo de compreendê-los é ajustando-os uns com os outros de modo a formar uma teia em que um só faz sentido em decorrência do outro (DWORKIN, 2014a [2011]). No livro, portanto, há discussões sobre ética, metaética, moral, direito, liberdade, responsabilidade, igualdade e outros temas. A alusão ao ouriço vem de Arquíloco, poeta grego, apresentado por Isaiah Berlin¹⁸: a raposa sabe muitas coisas; o ouriço sabe só uma, mas muito importante

18 O nome original desse livro é *Justice for Hedgehogs* (2011), cuja tradução foi literalmente exposta na versão portuguesa da Editora Almedina: *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]). A Editora WMF Martins Fontes, por sua

(DWORKIN, 2014a [2011], p. 3). Dworkin quer ser um ouriço, quer unificar os valores que se reforçam mutuamente:

O valor é uma coisa muito importante. As verdades do bem viver, do ser bom e de tudo o que há de maravilhoso não apenas são coerentes entre si como também se reforçam mutuamente: o que pensamos sobre cada uma dessas coisas tem de resistir, no fim, a qualquer argumento referente às demais que nos pareça convincente. Vou tentar ilustrar pelo menos a unidade dos valores éticos e morais: apresento uma teoria do bem viver e do que precisamos fazer para as outras pessoas e do que não podemos fazer com elas se quisermos viver bem. (DWORKIN, 2014, p. 3)

Ao contrário de Berlin, que seria uma “raposa”, porque acredita que os valores não estão conjugados entre si, Dworkin se propõe a tratar sobre temas que aparentemente reforçam a exclusão dos valores, demonstrando que, no fundo, esse conflito é apenas aparente. Inicialmente, Dworkin apresenta seu argumento contra toda a metaética. Para ele, a ética se dedica “(...) as questões ordinárias, substantivas e de primeira ordem, sobre o bem e o mau, o certo e o errado, que exige que formemos juízos de valor (...)”, enquanto “[...] a metaética é sobre os próprios juízos de valor, questões essas que não exigem que formemos outros juízos de valor, mas pedem teorias filosóficas de um tipo muito diferente [...]” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 36).

As teorias metaéticas antirrealistas concluem não haver verdade e falsidade nas sentenças morais (éticas), inviabilizando que elas sejam objetivamente aplicadas. O realismo robusto compreende não apenas haver verdade e falsidade nos juízos morais, mas que a verdade é uma questão de representação de fatos morais no mundo. Ao revés, entende Dworkin que a correção de um juízo valorativo se estabelece de modo distinto da verdade de uma proposição sobre fatos do mundo, já que depende da relação de justificação com outras proposições valorativas:

No Capítulo 2, descrevi a distinção que a maioria dos filósofos morais traçam entre as questões éticas ou morais comuns, chamadas de questões substantivas de primeira ordem, e as questões de segunda ordem chamadas por eles de “metaéticas”. Desse ponto de vista, tanto o realismo moral quanto o ceticismo externo são posições metaéticas. Se, contudo, eu estiver com a razão, a distinção é um erro, pelo menos do modo como a metaética é tradicionalmente concebida. É claro que existem interessantes questões de antropologia ou de psicologia pessoal e social que podem ser consideradas de segunda ordem na medida em que tratam dos juízos morais, mas, por si mesmas, não pedem que se formulem juízos morais. No entanto, não existem questões especificamente filosóficas desse tipo; em particular, a questão de saber se os juízos morais podem ser verdadeiros ou falsos é um tema moral substantivo, e não um tema distintamente metaético. A metaética não existe, a menos que (de acordo com a analogia que fiz com a astrologia) entendamos como metaética a própria

vez, adotou como título *A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor* (2014a [2011]), embora ouriço e porco-espinho sejam animais diferentes e, no presente caso, a alusão ao ouriço (*Hedgehogs*) feita por R. Dworkin representa uma situação peculiar deste animal.

questão de saber se a metaética existe ou não (DWORKIN, 2014a [2011], p. 101 e 102).

Dworkin aponta que qualquer enunciado que pretenda afirmar a verdade ou a falsidade de um conteúdo moral é, ele próprio, um conteúdo moral, de modo que, implicitamente, o falante espera dos ouvintes a consideração de que sua posição é verdadeira. Na verdade, é um paradoxo, pois os metaéticos antirrealistas argumentam que inexistem verdade na moral, enquanto acreditam que sua fala (de que não há verdade na moral) seja uma verdade:

A moral e os outros departamentos do valor são filosoficamente independentes. As respostas às grandes questões sobre a verdade e o conhecimento morais devem ser buscadas dentro desses departamentos (moral) e não fora deles. Uma teoria substantiva dos valores tem de incluir – e não receber de fora – uma teoria da verdade nos valores (DWORKIN, 2014a [2011], p. 37).

No mesmo sentido, Jung assim conclui sobre a objetividade dos conteúdos morais:

O argumento de Dworkin, portanto, é de que toda a negação/afirmação da objetividade de juízos morais traz consigo um juízo moral, não existindo assim um ponto arquimediano. Uma vez que não há um lado de fora da moral, ou, na sábia expressão de Thomas Nagel, uma “visão a partir de lugar nenhum”, o ceticismo externo, ou seja, aquele que é baseado em argumentos metaéticos, de segunda ordem, mostra-se inviável. (JUNG, 2017, p. 40).

Em conclusão, Dworkin acredita que toda metaética deve ser ignorada, pois, não há como escapar da moral: só conseguiremos chegar à verdade e falsidade de um argumento moral pela própria moral. Não há nada “lá fora” para assegurar a verdade desses conteúdos.

A alteração do projeto de Dworkin do direito para uma filosofia da moral se deu em razão da aproximação que o autor sustenta entre esses ramos. Hart, conforme insinua Guest (2010), advertiu que o principal problema de Dworkin a ser enfrentado no decorrer de sua carreira era de sustentar a tese da “única resposta correta”¹⁹. Consequentemente, a tese análoga sobre a objetividade no direito foi um dos temas em que a posição de Dworkin desencadeou debates acalorados com outros autores, como Stanley Fish, por exemplo, sobre a interpretação²⁰. Portanto, a necessidade de justificar que os valores morais, usados pelos

19 Segundo Guest, “Hart disse, e eu acredito que é verdadeiro, que se a teoria de Dworkin não conseguir aceitação será porque as pessoas não aceitarão a ideia de que possa haver respostas corretas a questões jurídicas quando não há nenhum meio de mostrar ou demonstrar quais são as respostas corretas” (GUEST, 2010, p. 22). Em nota de rodapé, citou o próprio Hart: “[...] se posso arriscar uma profecia, penso que a principal crítica que atrairá será a sua insistência em que, mesmo se não houver nenhuma maneira de demonstrar qual dentre duas soluções conflitantes, ambas igualmente bem garantidas pelo direito existente, é correta, ainda assim deve haver uma resposta correta à espera de ser descoberta” (HART, 1983, p. 139 e 140).

20 O debate Fish-Dworkin sobre interpretação tornou-se amplamente conhecido pela postura incisiva dos debatedores. Uma das principais críticas de Fish à Dworkin é acusá-lo de positivista e realista ao mesmo tempo. Em um dos momentos mais ácidos, Fish acusa Dworkin de cair no mesmo erro dos positivistas, isto é, a reconstrução da história institucional feita pelos “últimos” intérpretes do romance em cadeia (hipótese estética) é

tribunais na aplicação dos princípios, são parâmetros confiáveis na adjudicação, foi o último desafio de Dworkin. Hart, ao que parece, estava correto em sua consideração sobre a recepção da teoria de Dworkin, uma vez que a tese da objetividade no direito foi o que marcou os debates de Dworkin após o texto *De que maneira o direito se assemelha à literatura* (2019c [1985]) e o livro *Império do Direito* (2014b [1986]).

A necessidade, portanto, de explicar como o ramo dos valores, da moral e ética estão unificados é o objetivo que resultou no livro *Justiça para ouriços* (2012a [2011]), cuja seção inicial é integralmente dedicada a refutar as teses metaéticas e concluir que não há respostas fora da moral, conforme visto acima: toda e qualquer tentativa de estabelecer um argumento negando a moral, é, ele mesmo, um argumento moral. Não há nada “lá fora” sobre o qual podemos apoiar todos os nossos valores²¹:

Pedem respostas que saiam fora da moral para encontrar uma explicação não moral da verdade e da responsabilidade morais. Porém, essa expectativa é confusa: repousa sobre o não reconhecimento da independência da moral e das outras dimensões do valor, qualquer teoria sobre o que torna verdadeira uma convicção moral ou quais são as boas razões para sustentá-la deve ser em si mesma uma teoria moral e, portanto, deve incluir uma premissa ou um pressuposto moral. (DWORKIN, 2014a [2011], p. 58)

Áreas especializadas da filosofia como a metaética e a filosofia do direito florescem, cada uma supostamente sobre, mas sem participar em, algum tipo ou departamento particular de prática social. Os filósofos olham, de cima e de fora, para a moral, a política, o direito, a ciência e a arte. Eles distinguem o discurso de primeira-ordem da prática que eles estudam – o discurso de não-filósofos refletindo e argumentando sobre o que é correto ou errado, legal ou ilegal, verdadeiro ou falso, bonito ou mundano – de suas próprias plataformas de segunda-ordem de “meta” discurso, no qual os conceitos de primeira ordem são definidos e explorados, e as afirmações de primeira ordem são classificadas e colocadas em categorias filosóficas (DWORKIN, 2006, p. 141).

As teorias metaéticas explicam a objetividade, veracidade ou falsidade dos enunciados morais. O *ceticismo externo*, uma teoria metaética, de pronto é rejeitado por Dworkin, tendo em vista que se baseia unicamente em proposições externas sobre a moral, isto é, a análise dos juízos morais é feita externamente a ela. O cético moral externo é o arquimediano puro. O *ceticismo interno*, por outro lado, é mais elaborado. A análise sobre a moral é feita internamente a ela, já que o cético interno “[...] faz apelo a juízos morais mais abstratos para negar que certos juízos mais concretos ou aplicados sejam verdadeiros” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 47). A

feita sob um ponto de vista externo, no qual o intérprete apenas constata os “fatos brutos”. Lado outro, quando o primeiro romancista se propõe a começar o romance, nada lhes é imposto, isto é, ele é livre em suas preferências e desejos para decidir parâmetros do romance a ser criado (FISH, 1989).

21 No mesmo sentido: “Segundo essa tese, não é possível adotarmos um ponto de vista externo (i.e., “arquimediano”) a um conjunto determinado de crenças e julgá-lo como um todo a partir de fora (i.e., a partir de premissas que lhe são totalmente estranhas e exteriores).” (NEIVA, 2014, p. 137).

negação de Dworkin de toda metaética se fundamenta porque “a questão de saber se os juízos morais podem ser verdadeiros ou falsos é um tema moral substantivo, e não um tema distintamente metaético” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 102).

Com isso, Dworkin elabora aquilo que seria sua resposta ao desafio proposto por Hart: para o autor existe verdade na moral e, conseqüentemente, se pode ter uma resposta correta no direito, pois esta se funda no papel dos princípios morais implícitos à prática na adjudicação. Dworkin fornece um guia que a teoria do direito deve seguir: a conexão do direito com a prática social, linguagem, moral e ética. A tarefa do jurista se ampliou consideravelmente; a do juiz, de justificar as decisões com a “corrente de precedentes”, além de justificar moralmente, se complexificou. Direito e moral, na metáfora de Dworkin, são ramos da mesma árvore. Não há outra maneira de chegar a uma resposta correta sem a árdua tarefa de justificação *com responsabilidade* integrando os princípios, pois não há nada “lá fora” que nos possa ajudar.

A tônica do livro, *Justiça para ouriços* (2012a [2011]), é nesse sentido descrito. Dworkin se propõe a integrar todos esses valores, liberdade, direito, moral, ética, igualdade, responsabilidade, de modo que façam sentido e se apoiem mutuamente. Muitos desses temas, como responsabilidade e moral, serão aprofundados na parte dois desta dissertação, que tem por escopo justamente avaliar a *liberdade de expressão ampla* em confronto com esses valores.

É, obviamente, difícil falar sobre “independência ética” sem tocar nessas outras concepções apresentadas por Dworkin, visto que o objetivo do livro é integrá-las. Aqui, entretanto, nos interessa mostrar como a liberdade de expressão é fundamentada pela “independência ética”, que, em conjunto com a noção de “princípio em sentido forte”, formam a base para assegurar a fala, mesmo que seja preconceituosa.

Para isso, começo com a distinção feita por Dworkin entre moral e ética. Aquela diz respeito ao que devemos aos outros. Esta, diz respeito ao que devemos fazer para ter uma vida boa: “(...) uso os termos ‘ético’ e ‘moral’, ou ambos, de um modo que talvez pareça especial. Os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões éticos, como devemos viver” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 291).

Os padrões morais dizem respeito aos comportamentos que afetam as outras pessoas. Em linhas gerais, se relacionam a questões sobre se eu devo ajudar o próximo, se posso lhe causar dano etc. Dworkin, conforme veremos, se apoia em um modelo moral kantiano de acordo com o qual não podemos respeitar nossa humanidade sem respeitar a humanidade nos outros (DWORKIN, 2014a [2011], p. 24). A ética, por outro lado, diz respeito ao modo que devemos viver para que nossa vida tenha valor; quais são as minhas ações para tornar minha vida autêntica e valiosa.

Um elemento central subjacente a essas concepções é o de *responsabilidade*, isto é, agir responsabilmente requer justificar minhas ações de modo a torná-las coerentes com a gama de princípios que considero valorosos para minha vida (DWORKIN, 2014a [2011], p. 20). Para Dworkin, agir com responsabilidade e reconhecê-la nas ações dos demais é poder dizer para uma pessoa: “Discordo de você, mas reconheço a integridade do seu argumento. Reconheço sua responsabilidade moral” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 20). Na ética, a *responsabilidade* se manifesta no reconhecimento de que “[...] cada um de nós tem a responsabilidade ética soberana de transformar sua vida em algo de valor, assim como o pintor transforma sua tela em algo de valor” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 22).

Para Dworkin, na ética, devemos distinguir entre o viver bem e ter uma vida boa: “[...] viver bem significa esforçar-se para criar uma boa vida, mas somente dentro de certos limites essenciais para a dignidade humana” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 298). Esses conceitos se fundamentam um no outro, pois “[...] não podemos explicar a importância de uma vida boa se não notarmos como a criação de uma boa vida contribui para vivermos bem” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 298). A responsabilidade de uma vida ética não pode ser justificada “perante nós mesmos”, mas “[...] o encargo de viver bem nos é dado pelo simples fato de existirmos como criaturas autoconscientes que têm uma vida a viver” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 299). Temos a responsabilidade de vivermos bem. O valor da vida, portanto, é adverbial, ou seja, “é o valor da execução, não daquilo que sobra quando a execução é subtraída. É o valor de uma dança ou de um mergulho brilhantes depois que as memórias se esmaeceram e que as ondulações sumiram” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 300).

A integração entre ética e moral se justifica de modo que as *responsabilidades éticas* são determinadas pelas *responsabilidades morais* e vice-versa:

Podemos, por outro lado, considerar que o conteúdo da moral é determinado pelo menos em parte pelo caráter da responsabilidade ética entendida em si mesma: assim como nossas responsabilidades éticas são parcialmente determinadas pelas responsabilidades morais que temos para com os outros, assim também estas últimas são determinadas em parte pelas nossas responsabilidades éticas (DWORKIN, 2014a [2011], p. 309).

Dois princípios, dessa forma, formam o “bem viver”, que constituem a *dignidade humana*: *respeito por si mesmo e autenticidade*. O primeiro, dispõe que “[...] cada pessoa deve levar a sério sua própria vida: deve aceitar que é importante que sua vida seja uma execução bem-sucedida, e não uma oportunidade perdida” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 311).

O segundo significa que:

Cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida; tem a responsabilidade pessoal de criar essa

vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerentes com os quais ele mesmo concorde (DWORKIN, 2014a [2011], p. 311).

Dworkin reconhece que a *dignidade* foi amplamente usada nos cenários políticos e jurídicos e, até mesmo, manchada por esse uso excessivo. Entretanto, isso não quer dizer que possamos abandoná-la, devemos apenas construir uma concepção atraente e razoavelmente clara deste princípio (DWORKIN, 2014a [2011], p. 312). Por isso, os dois princípios mencionados são expressões dessa “dignidade revigorada” por Dworkin.

O *respeito por si mesmo* quer dizer que devo reconhecer a importância objetiva no meu bem viver. Diferentemente do princípio da igualdade, que reconhece o valor intrínseco e igual às pessoas, o *respeito por si* não é uma proposição moral, ele “descreve uma atitude que cada pessoa deve ter em relação à sua própria vida: deve pensar que é importante que ela viva bem” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 314). O *respeito por si* é um respeito de reconhecimento, isto é, “[...] a noção de que nosso caráter e nossas realizações têm importância [...]” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 314).

A *autenticidade*, por outro lado, não se reduz à noção popularizada de “descobrir a si mesma”, mas tem um conteúdo mais determinado, que Dworkin considera amparado por reflexões como as de Kierkegaard e Nietzsche:

A autenticidade é o outro lado do respeito por si mesmo. Por levar-se a sério, você conclui que viver bem significa expressar-se em sua vida, buscar um modo de viver que lhe pareça irresistivelmente correto para você e para suas circunstâncias. (DWORKIN, 2014a [2011], p. 320).

A *autenticidade* exige que se viva com os valores que lhes parecem adequados, o que pode variar desde uma vida direcionada prioritariamente a amar ou educar os filhos até a adoção voluntária de restrições que retirem a possibilidade de escolhas (DWORKIN, 2014a [2011], p. 321). A *autenticidade* exige a responsabilidade tanto no sentido da virtude quanto no sentido relacional, isto é, “[...] para tratar um ato como meu, como fruto da minha personalidade e meu caráter, preciso considerar que tenho responsabilidade autorreflexiva por esse ato” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 322).

Da *autenticidade* decorre a *independência ética*: a exigência que a dignidade nos impõe em nossas relações com as outras pessoas. Esta orientação, no entanto, se dá de modo compatível com o reconhecimento de certas balizas, isto é, “De que não é possível inventar um estilo de vida completamente novo; todos nós vivemos numa cultura ética que nos fornece, a qualquer tempo, uma paleta de valores éticos reconhecíveis a partir da qual nossas possibilidades possam ser extraídas” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 323).

O que Dworkin quer apresentar é que não se pode fugir das influências sociais, mas deve resistir à sua dominação. Além disso, a *autenticidade* é relacional, não solipsista. Ela não é respeitada se as escolhas das pessoas são tratadas como desprezíveis, diante do que está sendo oferecido:

(...) ninguém poderá viver autenticamente se os outros lhe proibirem, por considerá-las desprezíveis, algumas opções que de outro modo estariam disponíveis. A indignidade não está na limitação, mas na usurpação. 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, 2014a [2011], p. 324).

Assim, impor ou desprezar um modelo ético de vida que não lhe interesse é uma redução da *autenticidade* na vertente da *independência ética*: “A autenticidade é prejudicada quando alguém é obrigado a aceitar o juízo de outrem acerca dos valores ou objetivos que devem se evidenciar em sua vida” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 325). Conforme Dworkin assinala, a *independência ética* traz sérias consequências em termos de implicações políticas, dentre elas o reconhecimento da liberdade de expressão (DWORKIN, 2014a [2011], p. 325). Neste sentido, respeitar a liberdade de expressão representa respeito pelo modelo de vida que certa pessoa considera boa.

A liberdade é um conceito interpretativo, característica que ela compartilha com vários outros conceitos políticos de valor. Dworkin explica que o termo “liberdade”, apesar de ser incontestavelmente aceito por todos como exprimindo um valor merecedor de reconhecimento, é portador de significações distintas que se organizam em diferentes concepções. Alguns consideram que a liberdade é violada se houver tributação; outros, consideram que a tributação é refletida na melhoria das condições das pessoas, tornando-as mais livres. Há, entretanto, dois sentidos de liberdade que são amplamente conhecidos na filosofia política e que Dworkin pensa ser necessário compreender adequadamente para que a liberdade respeite e reforce o princípio da *autenticidade* (DWORKIN, 2014a [2011], p. 557).

De acordo com Dworkin, Benjamin Constant e Isaiah Berlin, ao definirem as categorias de liberdade, partem do pressuposto de que o governo é inevitavelmente coercitivo. Duas questões aparecem: quem deve me impor essa coerção? qual é o seu grau? (DWORKIN, 2014a [2011], p. 558). A resposta à primeira pergunta, obtida a partir da perspectiva da *liberdade positiva*, requer que “[...] cada qual tenha permissão para desempenhar um papel no governo coercitivo de si mesmo: que o governo seja, num sentido ou em outro, *autogoverno*” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 558). No que diz respeito à segunda pergunta, a *liberdade negativa*, “[...] insiste que cada qual esteja livre do governo coercitivo sobre uma quantidade

substancial de suas decisões” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 558). A liberdade negativa pressupõe que algumas decisões coletivas são restringidas para que a responsabilidade pessoal seja preservada (DWORKIN, 2014a [2011], p. 559). Assim, Dworkin se refere à “liberdade” neste contexto como liberdade negativa, isto é, um ônus imposto para que aqueles assuntos de responsabilidade pessoal não sejam violados, preservando a liberdade como não interferência.

A *independência ética* é manifestação da *liberdade negativa*, pois exige que, em determinados assuntos, não seja permitido ao governo impor um modelo de “vida boa”. Por isso, Dworkin assinala que a *independência ética* é violada por algumas leis coercitivas:

Algumas leis coercitivas violam a independência ética porque negam às pessoas o poder de tomar suas próprias decisões acerca de questões éticas fundamentais - acerca dos alicerces e do caráter da importância objetiva da vida humana declarada pelo primeiro princípio da dignidade. Incluem-se aí as escolhas referentes à religião, aos compromissos pessoais íntimos e aos ideais éticos, morais e políticos. (DWORKIN, 2014a [2011], p. 564).

O aborto, por exemplo, é uma questão que “[...] envolve as escolhas mais íntimas e pessoais que a pessoa talvez tenha de fazer em toda sua vida, escolhas essenciais para a dignidade e autonomia” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 564). Nestas questões, é defeso o Estado impor um determinado padrão sobre “como viver”, pois há um conteúdo de individualidade sobre o qual não compete a ele intervir. A questão religiosa é um bom exemplo de outro âmbito em relação ao qual o Estado não deve dispor de mecanismos para impor um determinado tipo ético de vida religiosa que considere melhor para a sociedade. Pelo contrário, o respeito à dignidade e autonomia dos indivíduos submete à esfera privada tais valorações do que é ou não melhor para si. No entanto, há algum limite dentro do qual o Estado esteja autorizado a intervir em questões deste tipo? Para Dworkin, “[...] o governo não pode restringir a independência fundamental por nenhuma razão, exceto quando isso seja necessário para proteger a vida, a segurança ou a liberdade alheias” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 564).

É possível perceber, portanto, que, mesmo em seus textos mais recentes, Dworkin continua aceitando certas intervenções neste domínio. Razões especiais, como vida, segurança e liberdade podem autorizar o Estado a intervir no âmbito das escolhas pessoais mesmo se atingirem assuntos éticos, eminentemente privados. O raciocínio aqui é semelhante ao conteúdo de *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]) em que somente em casos de perigo, pela tese do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*”, o Estado está autorizado a violar a independência ética dos indivíduos. Tais implicações, são discutidas posteriormente neste capítulo e, especialmente, na parte seguinte.

A *independência ética* representa a liberdade na determinação daquilo que determinada pessoa considera como uma “boa vida”. O Estado, na perspectiva de Dworkin, não pode restringir a manifestação de conteúdos que refletem, e em parte constituem, a opção do indivíduo por certa concepção de vida boa. A liberdade de expressão é, portanto, reflexo da *independência ética*. Se determinada pessoa considera que a “vida boa” é guiada e determinada por conteúdos evidentemente falsos, como por exemplo os que pregam a inexistência do Holocausto, isso não confere ao Estado a prerrogativa de impedir, por leis ou mediante censura, tais enunciações, mesmo que seja ruim para a sociedade como um todo a ocorrência de um proferimento nesse sentido.

Dessa forma, o Estado “[...] não deve restringir a autonomia quando a justificativa dessa restrição pressupõe a superioridade ou a popularidade de quaisquer valores éticos controversos na comunidade” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 564). Para Dworkin, a independência ética não é só violada pela restrição à liberdade de expressão, mas esta violação também compreende:

(...) a censura da literatura sexual e a obrigatoriedade da saudação à bandeira ou de outras manifestações de patriotismo, pois tudo isso depende, direta ou indiretamente, de uma escolha sobre as virtudes pessoais que se refletem numa boa vida. Algumas leis violam a independência ética de ambas as maneiras. A proibição das relações sexuais ou do casamento entre pessoas do mesmo sexo restringem escolhas fundamentais e são quase sempre motivadas pelo desejo de proteger algumas concepções do bem viver e riscar outras do mapa. A censura política também pode violar a independência de ambas as maneiras. É fundamental a liberdade de falar ou escrever o que nossa consciência, convicção ou crença nos dita. Em algumas circunstâncias, além disso, a censura política só pode ser justificada por pressupostos éticos. (DWORKIN, 2014a [2011], p. 565).

Esses conteúdos que representam uma escolha ética (acerca de uma vida boa) do indivíduo determinam o âmbito da proibição do Estado de estabelecer leis que inibam ou condicionem o seu exercício. No entanto, o Estado pode restringir determinadas ações, desde que não expressem algum conteúdo ético. Se o Estado proíbe dirigir com negligência, ou mesmo induz a economizar recursos escassos, ele o faz sob argumentos morais e não éticos. Por isso, tais privações, tradicionalmente vistas como um conflito entre liberdades, são permitidas:

[...] a independência ética não é comprometida quando um assunto não é fundamental e as restrições governamentais não supõem nenhuma justificativa ética. Quando o governo me induz a economizar recursos escassos, me obriga a pagar tributos e me proíbe de dirigir com negligência, ele não se apoia em argumentos éticos, mas em argumentos morais. Por outro lado, mesmo as leis que não ofendem a independência ética - nem de um modo nem do outro - podem ter consequências graves para o modo de vida das pessoas. A proibição da violência física e do roubo torna menos provável que eu eleja a vida de um samurai ou de Robin Hood como ideal para mim, e tornará minha vida muito mais difícil caso eu faça essa escolha. A tributação diminui a probabilidade de que eu venha a considerar como ideal a vida de um colecionador de obras-primas da Renascença. No entanto, nenhuma dessas leis nega minha responsabilidade de definir os valores éticos por mim mesmo, porque nenhuma delas

têm o objetivo de usurpar minha responsabilidade de identificar uma vida bem-sucedida (DWORKIN, 2014a [2011], p. 565).

Dworkin aponta que parte da literatura tradicional considera tais interferências justificáveis como paternalismo ético, ou seja, uma ação do Estado que privilegia determinada concepção de vida boa visando um bem maior. Quanto à pornografia, por exemplo, alguns citam que certos livros deveriam ser proibidos, porque degradam seus leitores. Atualmente, segundo Dworkin, citam equidade como justificativa para interferências: “(...) têm o direito de viver e educar seus filhos numa cultura que permita e encoraje um estilo de vida que eles admiram” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 566 e 567).

No entanto, deve ser conferida a essas pessoas a faculdade de impor suas posições, pois o segundo princípio ético, o da autenticidade, “[...] limita o âmbito das decisões coletivas aceitáveis” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 567). Afinal, para Dworkin, a interferência nesse âmbito ético encontra limites na *independência ética*, o que significa admitir um espaço protegido “[...] que seja criado organicamente pelas decisões de milhões de pessoas dotadas de autonomia para fazer suas próprias escolhas, não pela imposição arbitrária, a todos, das decisões de uma maioria política” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 567).

Como exemplo, Dworkin propõe imaginarmos várias pessoas nadando em uma piscina na qual as raias, entendidas como a moral, estabelecem os limites dessa prática esportiva, de modo que não devemos passar para o outro lado para prejudicar as pessoas. Ao contrário, só podemos ultrapassar para ajudá-las. A ética, portanto, consiste na possibilidade de os agentes nadarem livremente, isto é, de seguirem o curso de nossas vidas a seu modo, não sendo atingidos por ninguém, e não poderem adentrar no campo ético de outrem para causar-lhe danos:

Propus, (...), a imagem de várias pessoas nadando, cada qual em sua própria raia; elas podem cruzar para a raia de outra pessoa para ajudá-la, mas não para prejudicá-la. A moral, entendida de modo amplo, define as raias que separam os nadadores e estipula quando devemos passar para outra raia para ajudar e quando é proibido passar para outra raia para causar dano. Já a ética rege o modo como devemos nadar em nossa própria raia para que, ao fim, tenhamos nadado bem. (DWORKIN, 2014a [2011], p. 567 e 568).

Como isso tudo se relaciona com a liberdade de expressão? Para Dworkin, a defesa da liberdade de expressão, princípio consagrado na doutrina jurídica, deve ser justificada pela *liberdade positiva* em, pelo menos, dois sentidos: primeiro pois “[...] o autogoverno pressupõe o livre acesso à informação [...]” e segundo porque “[...] nenhum governo será legítimo, e portanto não terá direito moral de exercer coerção, a menos que todos os que sofram a coerção

tenham tido a oportunidade de influenciar as decisões coletivas” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 570).

No mesmo sentido, a liberdade de expressão também deve ser justificada pela *liberdade negativa*, porque ao Estado é vedado “[...] proibir seus membros de ler, ouvir ou contemplar o que bem lhes aprouver – não pode proibi-los apresentando como única justificativa o fato de certas opiniões acerca do que vale a pena desfrutar serem ofensivas em si mesmas e poderem ser contagiosas” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 570). Isso significa que a liberdade de expressão deve prevalecer por representar um conteúdo ético, se apoiando na liberdade positiva e negativa, de modo a integrar-se às exigências da *autenticidade*. O respeito pela liberdade sexual deve ser tratado da mesma maneira, ela deve ser preservada porque atentados a ela violam a *independência ética*, mesmo se as manifestações feitas apresentam conteúdo de sexo explícito (DWORKIN, 2014a [2011], p. 570).

Quanto à liberdade de expressão, especificamente, Dworkin comenta sobre o famoso e paradigmático caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969), cujo conteúdo exploraremos na parte seguinte. Sua intenção é demonstrar que mesmo nos casos que envolvem discursos de ódio (*hate speech*), a liberdade de expressão deve prevalecer, pois, negá-la viola a *independência ética* do agente que a profere em ambos sentidos explorados. Em suma, Brandenburg foi acusado e absolvido na Suprema Corte Americana por realizar passeatas contra negros e judeus. Ele era membro da Ku Klux Klan e expressava o ódio a esses grupos explicitamente. Dworkin entende que a privação da liberdade de expressão à Brandenburg representaria uma violação à *independência ética*:

Pense em como vários fatores interagem quando o governo tenta proibir as expressões de ódio (*hate speech*). (...) Violava 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, 2014a [2011], p. 570 e 571, grifos acrescidos).

A posição de Dworkin se apoia no fato de que as falas e atitudes de Brandenburg não representavam risco iminente para que ele sofresse censura; além disso, ele tem o direito de se manifestar publicamente em prol daquilo que considera fundamental, isto é, independência em estabelecer aquilo que considera valoroso para si, e deve ser respeitado nesse sentido.

Este é, acredito, o segundo pilar principal da defesa de Dworkin da *liberdade de expressão ampla*, e sua consequente admissão dos discursos de ódio. Mesmo manifestações cujo conteúdo é considerado de ódio, que apresentam aversão às outras pessoas, não configuram

motivo suficiente para impor limites às falas do agente. Por outro lado, Dworkin não desconsidera que o Estado possa restringir certas ações dos indivíduos, desde que o faça apoiado em argumentos morais, como acontece ordinariamente. Limitar determinado curso de ação em prol da segurança pública, por exemplo, não impõe um determinado modelo de vida a ser seguido, mas um interesse público evidente que deve ser preservado. Nesse sentido, a liberdade de expressão, e até mesmo a liberdade em geral, é limitada por si mesma:

A defesa da liberdade de expressão baseada na independência ética limita a si própria da mesma maneira. Quando o governo proíbe a conspiração de uma quadrilha de criminosos, não está constringendo um direito fundamental, nem procurando fazer valer um juízo coletivo sobre o bom comportamento, nem impondo uma ortodoxia uniforme em matéria de ética. Está agindo para melhorar a segurança; suas motivações, como as motivações da tributação ou da regulamentação da economia, não são éticas, mas morais. (DWORKIN, 2014a [2011], p. 572).

Nesses casos, os direitos fundamentais são restringidos porque certas ações apresentam a possibilidade ou risco considerável de gerar grave dano ao Estado ou à comunidade em geral. O argumento aqui em nada difere daquele expressado em *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]), já expressado em passagens acima, quanto aos *princípios em sentido forte*. Sob o mesmo paradigma, Dworkin considera que os direitos fundamentais de uma sociedade, como a *liberdade de expressão ampla*, só podem ser restritos quando a proteção de um valor maior se apresentar como urgente. Exceptuada esta situação, mesmo os conteúdos de ódio que não afetam a integridade física e segurança das pessoas vitimadas pelo discurso, devem ser tolerados.

Dworkin tem por intuito assegurar que os indivíduos de uma comunidade liberal sejam livres para escolher a vida que consideram ser a melhor possível, isso conforme os próprios interesses e de modo algum intermediado por algum incentivo ou pressão estatal, sob o fundamento de ser melhor para a sociedade. A *independência ética*, portanto, dispõe ser um direito do indivíduo conhecer e subscrever a conteúdos, ainda que sejam ofensivos, que estão dispostos no âmbito de discussão da esfera pública. A mera possibilidade de conhecer os conteúdos, deles poderem ser subscritos por qualquer um, é um pressuposto básico de uma sociedade liberal que leva a *independência ética* a sério. O Estado, nesse sentido, não deve pautar suas restrições por motivações éticas, como geralmente faz, por exemplo, com a temática do aborto.

Para Dworkin, a prática do aborto não deve ser negada pelo Estado pelo simples argumento ético de que é melhor para a comunidade, mais especificamente, é melhor para a mulher, não abortar. Dworkin considera uma violação à *independência ética* uma lei que se instaure sob essa argumentação:

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. (DWORKIN, 2009 [1993], p. 143).

No mesmo sentido, afirma o autor, deve-se entender a liberdade de expressão: uma lei proibindo a manifestação de determinadas ideias impõe um ônus à *independência ética* da pessoa que garante a possibilidade de estabelecer o seu plano de vida de acordo com aquilo que acredita. O raciocínio é o seguinte: por mais que sejam ofensivas as expressões proferidas por alguns, é melhor deixá-los enuncia-las, garantido que o Estado não interferirá, do que gerar um ambiente em que conteúdos sobre o que é uma melhor vida para qualquer membro seja imposto pelo Estado.

Para Dworkin, pode parecer fácil examinar esses temas controversos quando a maioria da população considera que realmente quem profere tais conteúdos está errado, como nos discursos de ódio (*hate speech*). Entretanto, Dworkin tem em mente uma situação mais geral, na qual o Estado impõe que somente um determinado modelo de vida é correto; que somente uma determinada religião é aceita; que não há liberdade em estabelecer o que é melhor para si; que as falas só serão aceitas se o seu conteúdo não for ofensivo para a maioria, ou que os direitos só serão garantidos mediante uma análise utilitarista. Nestas situações é que devemos, segundo Dworkin, reconhecer que todos esses valores liberais, que impõem limites à atuação do Estado no tocante à ética, devem ser preservados a todo custo. Para Dworkin, é preferível aceitar o risco decorrente da circulação desses discursos ofensivos, garantindo a liberdade de expressão, por exemplo, do que aceitar uma estrutura de regulação que pode resultar em uma sociedade “planificada”, determinada por aquilo que o Estado, mesmo sob um regime democrático, porém utilitário, considera como bom ou essencial.

Se a justificativa de Dworkin é suficiente para sustentar uma defesa incisiva da liberdade ampla de expressão, incluindo os discursos ofensivos e de ódio, é o ponto essencial que deve ser debatido. O argumento parece convincente, mas atua sob a lógica “do medo”, isto é, assevera ser melhor “sofrer as consequências” do discurso ofensivo do que ter uma sociedade na qual a lógica utilitária de bem-estar é predominante, excluindo posições individuais, ponto essencial de uma sociedade liberal. No mesmo sentido, seguindo o vocabulário dworkiniano, não é possível dizer que Dworkin agiu irresponsavelmente ao marcar sua posição uma vez que, pelo contrário, ele justificou sua posição em prol do direito a expressar discursos ofensivos responsabilmente, com integridade e integrando-o com os vários outros valores morais.

Em resumo, por sustentar uma concepção liberal do direito e da teoria política sob o viés do liberalismo igualitário, Dworkin ancora sua defesa da *liberdade de expressão ampla* em dois pilares: “direito em sentido forte” e “independência ética”, conforme demonstrado nos capítulos um e dois, respectivamente. Ambos se entrelaçam sustentando um dever negativo do Estado, exigindo postura não interventiva quanto aos “direitos humanos individuais” e na liberdade do agente em estabelecer um plano de vida que lhe apraz.

A isso tudo, soma-se outro argumento em prol da *liberdade de expressão ampla*: a liberdade de expressão como um *direito especial* (*special right*), apresentado inicialmente em *Justice for Hedgehogs* (2011), mas trabalhado detalhadamente em seu último livro, *Religião sem Deus* (2013), em que assevera ser a liberdade de expressão um direito mais fundamental do que até aqui tratado. Desse modo, representa uma concordância e ampliação daquilo que Dworkin vinha propondo desde 1977, com a publicação de *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]). Isso nos leva a concluir, portanto, que essa posição em Dworkin é sustentada em todo seu percurso acadêmico, isto é, em nenhum momento ele apresentou recuos ao defender o direito de proferir discursos de ódio.

Capítulo 3 – A liberdade de expressão como direito especial (*special right*)

No capítulo 17 de *Justice for Hedgehogs* (2011), intitulado “Liberdade”, Dworkin aponta que alguns direitos, como a liberdade de expressão, o devido processo legal e a liberdade religiosa, são chamados “liberais” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 568). Esses direitos são amplamente reconhecidos nas democracias ocidentais, embora haja controvérsias sobre suas particularidades. Dworkin se propõe a mostrar quais argumentos sustentam esses direitos tradicionais. Para o autor, a liberdade religiosa se fundamenta, evidentemente, na *independência ética*. O devido processo legal, por outro lado, na obrigação do governo em tratar a todos considerando que a vida das pessoas é dotada de importância distinta, objetiva e igual (DWORKIN, 2014a [2011], p. 569).

No mesmo sentido, a liberdade de expressão é entendida como ocupando um lugar central na teoria dos direitos liberais, mas seus fundamentos são mais específicos. Dworkin, em nota de rodapé, aponta que sua posição em defesa da liberdade de expressão foi criticada por Edwin Baker por não ser veemente e não atribuir lugar de honra à liberdade (DWORKIN, 2014a [2011], p. 706). Dessa forma, Dworkin se propõe a realizar uma defesa veemente da liberdade de expressão, mas não atribui de partida um lugar de honra a ela, visto que, em uma teoria que integra todos os valores, cada um depende dos demais, sem hierarquia. O fundamento que Dworkin considera para sustentar uma forte defesa da liberdade de expressão no texto segue o que foi dito acima, isto é, vista em seu sentido *positivo*, em que o Estado não pode privar o cidadão do livre acesso à informação, e no seu sentido *negativo*, no qual o Estado não pode proibir seus membros de ler, ouvir ou contemplar o que bem lhes aprouver apenas pelo fato de considerar tais opiniões como ofensivas e contagiosas (DWORKIN, 2014a [2011], p. 570).

No capítulo 17 de *Justice for Hedgehogs* (2011), Dworkin inaugura nova posição, embora não articule detalhadamente o que pretende demonstrar. No capítulo em questão, ele apenas assinala que alguns direitos são tipicamente liberais e devem ser bem mais protegidos do que os “direitos comuns”. Não há a menção de que esses direitos elencados – devido processo, liberdade de expressão e liberdade de religião – sejam “direitos especiais”, mas apenas que são amplamente reconhecidos nas democracias ocidentais e que tanto para defendê-los como para limitá-los é necessário adotar diferentes dimensões nas argumentações.

A complementação vem, acredito, no livro posterior ao *Justice for Hedgehogs* (2011), *Religião sem Deus (Religion without God)*, 2013). *Religião sem Deus* (2019b [2013]) é o último livro publicado de Dworkin, tendo em vista sua morte em fevereiro de 2013, em Londres. O texto vinha sendo escrito por Dworkin desde 2011, e seu texto foi parcialmente revisado por

ele em 2012, mas publicado após sua morte em 2013, conforme assinala a nota do editor no início do livro (DWORKIN, 2019b [2013], IX).

O livro se propõe a demonstrar que a religião é um fenômeno mais profundo do que a profissão de fé em um deus:

A religião é uma cosmovisão profunda e abrangente, dotada de características distintas: sustenta que todas as coisas são permeadas de um valor intrínseco e objetivo, que o universo e suas criaturas inspiram admiração, que a vida humana tem um propósito e o universo, uma ordem. A crença num deus é apenas uma manifestação ou consequência possível dessa cosmovisão mais profunda. (DWORKIN, 2019b [2013], p. 3).

Nessa perspectiva, Dworkin assinala que, não raras vezes, as Cortes têm sido chamadas para decidirem o que significa “religião” para fins judiciais. Pode um ateu conseguir uma decisão que lhe reconheça seu direito de não lutar em uma guerra da mesma forma que o argumento da escusa de consciência serve para um religioso? Para a Suprema Corte norte-americana, sim, diz Dworkin²². Além disso, o autor assevera que o termo religião tem adotado vários outros significados, metafóricos, além do sentido tradicional de uma crença em deus, de modo que o termo “ateísmo religioso” não é um paradoxo (DWORKIN, 2019b [2013], p. 7).

Em termos jurídicos, no capítulo 3 do livro *Religião sem Deus* (2019b [2013]), Dworkin localiza a menção à religião e ao direito à liberdade religiosa em vários documentos internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Desse modo, Dworkin demonstra que o termo “liberdade religiosa” foi historicamente concebido como a faculdade de cada um fazer sua própria escolha acerca da existência e natureza de um deus (DWORKIN, 2019b [2013], p. 91). Assim, deve ser garantido o direito expresso em convenções internacionais à liberdade de religião apenas aos teístas?

Dworkin compreende que o termo é interpretativo, de modo que não se deve defini-lo por dicionários e, por isso, deve ser estendido aos ateístas. Dessa maneira, como fundamentar um direito à liberdade religiosa em termos de moralidade política? Dworkin começa relatando que, historicamente, a proteção da liberdade religiosa se deu em decorrência de genocídios e extermínio de pessoas única e exclusivamente por sua religião. Em decorrência disso, a tolerância religiosa emergiu como valor e uma razão para que as constituições e convenções internacionais protegessem uma escolha ética e especial para milhões de pessoas. Assegurar a liberdade de religião representaria a paz para o continente europeu, que sofria com tais guerras. Esse é, segundo Dworkin, o fundamento que assegura a liberdade de religião nas mais diversas

²² Vide: *United States vs. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965).

partes do mundo. Entretanto, hoje em dia, assinala, tais justificativas concretas se esvaziam, pois não há possibilidade clara de ocorrerem violentas guerras por religião (DWORKIN, 2019a [1996], p. 94).

Dado o enfraquecimento do fundamento histórico que embasou o direito à liberdade de religião, Dworkin aponta ser necessário mobilizar outro fundamento, moderno, para defender uma concepção de liberdade religiosa que inclua teístas e ateus. Em capítulos anteriores, sustentou e explicou o que entende por fé religiosa:

[...] cada pessoa tem a responsabilidade ética intrínseca e inescapável de viver corretamente. Essa responsabilidade faz parte de uma atitude religiosa que pode ser partilhada tanto por crentes quanto por ateus. Inclui a responsabilidade de cada pessoa de decidir por si mesma questões éticas acerca de quais formas de viver são adequadas e do que seria, para ela, uma vida degradante. (...) Assim, essa justificativa da liberdade religiosa – a de que o respeito por si mesmo pede uma proteção especial – não oferece nenhum fundamento para que tal liberdade seja limitada às religiões ortodoxas dos crentes (DWORKIN, 2019b [2013], p. 97).

Portanto, essa concepção de religião abarca tanto os religiosos como os não-crentes. Entretanto, isso ainda não justifica uma proteção especial da liberdade de religião. Para Dworkin, a resposta a esta exigência parece óbvia:

(...) precisamos apenas declarar que as pessoas têm, em princípio, o direito ao livre exercício de suas convicções profundas sobre a vida e suas responsabilidades, quer tais convicções sejam derivadas da crença num deus, quer não; e que o Estado, em suas políticas e em seus gastos, deve ser neutro em relação a todas essas convicções. Com isso, os direitos e os privilégios especiais, ora restritos à religião convencional, seriam simplesmente extrapolados para todas as convicções sustentadas com paixão. Mas nenhuma comunidade poderia aceitar esse tipo de extensão do direito (DWORKIN, 2019b [2013], p. 99).

Dworkin quer assinalar que nem todas as “atitudes religiosas” podem fazer jus a uma extensão do direito, isto é, não podemos admitir que a liberdade religiosa implique a isenção de pagamento de imposto por aquele que tem grande apreço pelo dinheiro, impondo uma importância transcendente. Há, para Dworkin, dois tipos de definição dessa “atitude religiosa”. A *funcional*, que fixa no papel dessa suposta convicção na personalidade global da pessoa; e a *substantiva*, que reserva a proteção constitucional apenas a um pequeno número de convicções sobre como viver. Para ele, a definição substantiva parece mais adequada (DWORKIN, 2019b [2013], p. 101).

No entanto, permanece a carga do Estado a definição de quais convicções são sinceras ou não, quais são dignas de proteção especial e quais não. Portanto, esse pressuposto parece contradizer aquela posição segundo a qual questões fundamentais de valor estão sob a tutela de decisões individuais e não coletivas. Diante disso, não há como excluir da categoria da fé

protegida nem mesmo as mais extravagantes excentricidades éticas (DWORKIN, 2019b [2013], p. 105).

Mesmo diante dessas digressões, Dworkin questiona se há mesmo o direito à liberdade religiosa, questionando como se deve interpretar, por exemplo, os documentos convencionados internacionalmente que asseguram tal direito. Em geral, interpreta-se esse direito pressupondo uma teoria moral, isto é, as pessoas têm um direito moral específico à liberdade de escolha de sua prática religiosa e as normas devem zelar por esse direito moral específico. Dworkin, no entanto, considera haver uma dificuldade em definir o âmbito desse suposto direito moral, além de envolver um aparente conflito de ideias: que o governo não dificulte o exercício da religião e que não faça discriminação a favor de nenhuma religião. Para ele, uma abordagem mais radical é necessária. (DWORKIN, 2019b [2013], p. 110).

Para isso, Dworkin apresenta dois componentes distintos da liberdade política. O primeiro, a “*independência ética*”, “[...] significa que o Estado não pode jamais restringir as liberdades por supor que determinado jeito de viver a vida é intrinsecamente melhor que outros” (DWORKIN, 2019b [2013], p. 110). Significa, como apresentado no capítulo anterior, que o Estado não deve impor uma única visão.

Entretanto, há determinadas justificativas nas quais o Estado está autorizado a restringir. Dworkin entende que a *independência ética* pode ser restringida por alguns motivos: para proteger terceiros, proteger as maravilhas naturais ou, ainda, promover o bem-estar geral: “Assim, pode proibir as drogas para proteger a comunidade dos custos sociais da dependência; pode cobrar impostos para construir estradas e ajudar os pobres; e pode proteger as florestas porque elas são, de fato, maravilhosas” (DWORKIN, 2019b [2013], p. 111).

O segundo componente da liberdade política, que são os “*direitos especiais*” (*special rights*), diferem neste sentido da independência ética pois eles impõem ao Estado restrições ainda mais poderosas e gerais. Dworkin aponta como exemplo de *direito especial* (*special right*) a liberdade de expressão:

A liberdade de expressão é um direito especial: o Estado não pode infringir essa liberdade especial, a menos que tenha aquilo que os juristas norte-americanos chamam de uma justificativa cogente (*compelling*). As expressões de ideias não podem ser censuradas, mesmo que possam ter consequências nocivas para outras pessoas: não se pode censurar nem mesmo a expressão de quem faz campanha pela derrubada das florestas ou de alguém a quem custaria caro proteger de uma multidão escandalizada (DWORKIN, 2019b [2013], p. 111).

Ao contrário da *independência ética*, os *direitos especiais* só podem sofrer restrições em casos de emergência, em que se exige perigo claro e iminente, acrescentando ainda, para Dworkin, ser grave. Dworkin quer apresentar que a liberdade religiosa como um *direito*

especial, ao lado da liberdade de expressão e devido processo legal, o que torna dificultosa sua definição. Para ele, talvez seja necessário abdicar da liberdade religiosa como um *direito especial* a fim de tratá-la como *independência ética*, e isso não significa que trate os religiosos sem igual consideração, mas apenas que a *independência ética* ainda protege suficientemente a liberdade de religião. Dworkin reconhece que as religiões deverão restringir suas práticas para obedecer às leis racionais e não discriminatórias, entretanto isso não caracteriza a negação de tais religiões a igual consideração (DWORKIN, 2019b [2013], p. 115), e conclui: “[...] a prioridade do governo coletivo não discriminatório sobre o exercício religioso privado parece inevitável e correta [...]” (DWORKIN, 2019b [2013], p. 116).

Em sentido oposto, Rosa sustenta que a liberdade de religião também é um *direito especial*:

Em suma, Dworkin considera que a viabilidade da liberdade de religião não reside numa interpretação mais restritiva de religião. Em contraste, o autor defende a viabilidade pela restrição do significado de liberdade, que passa a não ser mais vista como um direito especial. Ou seja, a solução passa pela política da liberdade, e não diretamente pela filosofia da religião. Neste trabalho, adoto a disposição interpretativa de Dworkin de definir a religião como um ideal, e de reconhecer que nela se incluem práticas mais variadas do que o uso convencional da expressão pode sugerir, ainda que a definição de religião utilizada pelo autor seja oscilante. Mas Dworkin se equivoca ao negar que seja possível restringir o sentido de religião para manter a liberdade sob controle teórico. Vale reconhecer que o autor é ambíguo quanto à restrição substantiva da religião. Parece que ele concorda filosoficamente com a restrição da religião a certas práticas, isto é, concorda que paixões não são religião. Mas claramente não acredita que um argumento de limitação da liberdade de religião possa passar por este caminho: como dá poderes ao estado de distinguir religião de não-religião, não é admissível (ROSA, 2018, p. 7 e 8).

Deixada a concepção do direito à liberdade religiosa de lado, visto que esta dissertação se restringe a outro princípio, é notória a importante função dada por Dworkin à liberdade de expressão. Conforme visto, em *Justice for Hedgehogs* (2011) Dworkin não dispôs claramente acerca do que se compreende como *direito especial*, embora o texto já contenha elementos essenciais do que se entende por esta noção. O detalhamento, portanto, se deu em texto seguinte trabalhando especificamente acerca da liberdade religiosa, mas, ao contrário desta, a liberdade de expressão compreende um *direito especial* que exige do Estado rígidas possibilidades de interferências.

Isso, sobretudo, não invalida a concepção da liberdade de expressão também como corolário da *independência ética*. Primeiramente, porque Dworkin claramente a compreende nesses termos assim em *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]), pelo menos em comparação com *Religião sem Deus* (2019b [2013]). Em segundo lugar, porque a noção de *direito especial* não é exaustivamente explorada por Dworkin a ponto de tornar desnecessária a compreensão do

direito à liberdade de expressão como independência ética. Ao contrário, a liberdade de expressão é melhor justificada como exercício da independência ética do que pela sugestão, dispersa em pequenos trechos dos textos explorados que não se ocuparam dela diretamente, de que ela constitui direito especial. Por fim, porque a compreensão da liberdade de expressão como independência ética tomada no conjunto de sua obra faz mais sentido, tendo em vista que Dworkin pretende apresentar a liberdade de expressão para além do seu sentido negativo, de abstenção do Estado, reconhecendo seu sentido positivo, de garantia do cidadão de acesso a uma ampla gama de projetos de vida para poder adotar aquele que lhe favoreça.

Qual posição, então, pode-se dizer que uma leitura da teoria do direito de Dworkin, que leve em consideração diferentes textos e etapas de seu desenvolvimento, adota para sustentar a liberdade de expressão em sentido forte? Considero que ambas. O direito à liberdade de expressão recebe várias qualificações no intuito de fundamentá-lo. Em *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]), ele é denominado como um dos “*princípios em sentido forte, ou estritos*”; Em *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]), é fundamentado por assegurar uma “*independência ética*”. *Direitos especiais (special rights)* representam uma categoria especial dos princípios em sentido forte. Isso quer dizer que Dworkin lapida os direitos para fazerem sentido em sua concepção integrada dos valores. Não há nenhum demérito nisso, ao contrário, nos fornece elementos mais objetivos para que possamos compreender o que o autor entende por cada princípio. Em todos os casos, o intuito é demonstrar o quão importante é a liberdade de expressão.

Por outro lado, não se pode deixar de assinalar que não há razão cogente para Dworkin assegurar o princípio da liberdade de expressão como especial. Não é oferecida nenhuma fundamentação substancial, como ele faz em outros casos, para que determinados princípios sejam tomados como especiais e outros não. Dizer que determinado princípio é especial porque sua violação só pode ser feita em circunstâncias cogentes não justifica por que, por exemplo, a própria liberdade de religião não seja também um direito especial. Essa análise será feita na parte II, onde critico a noção de *direitos especiais*.

Ainda, Dworkin considera legítimas apenas as interferências em *direitos especiais (special rights)* nos casos de perigos claros, reais e graves. Desde *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]), seu primeiro livro, até o último, *Religião sem Deus* (2019b [2013]), Dworkin assinala que somente nessas circunstâncias são permitidas as interferências. Pelo argumento da *independência ética*, por outro lado, até mesmo argumentos utilitaristas, como bem-estar coletivo, foram aceitos em certas condições como possível justificativa para restrições às

liberdades fundamentais neste último livro, conforme visto acima, embora o autor não tenha feito tal asserção em *Justiça para Ouriços* (2012 [2011]) (DWORKIN, 2019b [2013], p. 111).

Dworkin gradualmente cede lugar para que em algumas situações possa haver restrições a direitos consagrados. No entanto, ele não admite essas restrições nos casos de *direitos especiais*, realizadas somente por uma justificativa cogente (*compelling*), apoiando em paradigma jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana do “*clear and present danger*”. Isso seria inaceitável nos termos em que os escritos mais antigos do autor tratam da questão, como nos textos que integram o *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]), em que argumentos utilitaristas jamais vencem direitos que expressam *independência ética*.

No mesmo sentido, parece que a liberdade de expressão em Dworkin tomou a posição de princípio privilegiado dentre os que compõem o meta-princípio da *dignidade da pessoa humana* do ordenamento, ou, como diz Arendt, do principal direito que é o de ter direitos (ARENDDT, 1989). É difícil compreender qual a justificativa fornecida pela filosofia de Dworkin para sustentar uma *liberdade de expressão ampla*, permissiva de discursos de ódio, no contexto em que vários outros direitos de tipo semelhante, como a liberdade religiosa, são compreendidos de uma maneira que seu exercício irrestrito não raramente às vezes nega a igual consideração, podendo, por isso, serem restritos (DWORKIN, 2019b [2013], p. 116). Esse pequeno esboço da crítica, entretanto, é detalhado também na parte seguinte, a II.

Feita estas ponderações, e retomando a argumentação expositiva/interpretativa do pensamento de Dworkin sobre o assunto, considero que a melhor maneira de compreender a liberdade de expressão em Dworkin é por meio desse triplo fundamento, isto é, como um *princípio em sentido forte*, como exigência da *independência ética* e, ao mesmo tempo, como um *direito especial*. Tudo isso converge na sua obra para, em primeiro lugar, fundamentar a impossibilidade de o Estado intervir em assuntos essencialmente éticos e individuais sob um argumento utilitarista. Em segundo lugar, visa assegurar um “mercado livre de ideias”, em que é dado aos indivíduos a possibilidade de apresentarem suas concepções sobre uma boa vida numa esfera pública, de modo que os outros participantes tenham acesso livre a tais concepções ao ponto de também poderem endossá-las. A tarefa da presente dissertação, portanto, deve considerar essa tripla fundamentação do direito à liberdade de expressão. Já que o seu objetivo consiste em criticar Dworkin *internamente*, por suas próprias premissas, deve justificar como aplicação de cada um desses fundamentos à noção de liberdade de expressão ampla são incompatíveis com o todo de sua teoria.

Desse modo, portanto, Dworkin defende que mesmo em falas que expressam conteúdos de ódio, o exercício da liberdade de expressão é legítimo. Entretanto, esta é uma postura

audaciosa, que atraiu muitas críticas, sendo a principal feita por Jeremy Waldron em *The Harm in Hate Speech* (2012b), conforme veremos abaixo.

Ressalta-se que o objetivo desta dissertação não consiste em analisar os “prós” e “contras” dos argumentos favoráveis ou contrários a posição de Dworkin. Esta é uma análise que considero *externa* ao pensamento de Dworkin, que considera os efeitos práticos a que tal posição pode levar. Pelo contrário, esta dissertação objetiva realizar uma análise *interna* à obra de Dworkin, isto é, avaliar quais as consequências para as suas próprias concepções decorrem da adoção da liberdade de expressão ampla, ou seja, se elas se ajustam mutuamente. Ela pretende avaliar como os conceitos de *responsabilidade, moral, independência ética e obrigações associativas* são afetados ao estabelecer a defesa de uma *liberdade de expressão ampla*.

Por outro lado, seria ingênuo ignorar os debates sobre o tema já desenvolvidos por intelectuais e acadêmicos nos Estados Unidos e no Brasil e, por mais que esta dissertação não tenha por foco primordial essa análise *externa* que eles realizam, ela se enriquece com este debate, que reflete a apropriação e a interpretação dos argumentos dworkinianos sobre o assunto. Os capítulos quatro e cinco a seguir irão apresentá-las, pois são de grande valia para a parte dois, na qual será esboçada a análise *interna* à teoria de Dworkin. Portanto, este ponto da dissertação é o momento ideal para apresentar o debate, pois a posição de Dworkin já está apresentada.

A tarefa inicial desta parte foi concluída. Conforme explicitado, o intuito foi apresentar a defesa de Dworkin em prol do que denomino *liberdade de expressão ampla*, isto é, liberdade de expressar que abrange, inclusive, discursos altamente ofensivos ou de ódio (*hate speech*), nos quais a interferência pelo Estado é, em regra, vedada. Com isso, resgatou-se da crítica ao positivismo e ao utilitarismo a noção de *princípios jurídicos em sentido forte*, garantias do indivíduo contra a interferência estatal. Foi também apresentado o argumento da *independência ética* que apregoa que a determinação da vida boa deve ser incumbência do próprio indivíduo, sendo que a *independência ética* está subordinada à *autenticidade*, que, juntamente com o respeito próprio, formam a *dignidade humana* e, nesse sentido, conclui que leis que versem sobre questões éticas fundamentais não podem ser aceitas, dentre elas, as que limitam a liberdade de expressão. No mesmo sentido, tratou-se da estratégia de Dworkin de estabelecer a liberdade de expressão como um *direito especial*, podendo ser violada somente por uma justificativa cogente. Em suma, para Dworkin, a defesa da *liberdade de expressão ampla* reflete uma defesa da dignidade humana do indivíduo.

Durante todo esse percurso, entretanto, observou-se que Dworkin não trata a liberdade de expressão como um direito absoluto. Pelo contrário, Dworkin sugere que em alguns casos pode haver “censura”. O argumento que Dworkin considera apto a “censurar” algumas manifestações é expresso na doutrina do “*clear and present danger*” e da *Imminent Lawless action*, da Suprema Corte norte-americana, já apresentado nesta dissertação e defendida por Oliver Wendell Holmes no início do século XX. Ela apregoa que só se pode censurar determinado conteúdo se ele apresentar risco iminente à integridade física dos afetados pelo discurso. Esse tema, especificamente, voltará a ser analisado na parte seguinte, no capítulo seis, embora já apresente reflexos na discussão de Waldron com Dworkin quanto à liberdade de expressão, apresentada no capítulo seguinte.

Conforme anunciado, a seguir apresentarei duas críticas principais a essa posição de Dworkin; uma por Jeremy Waldron; outra, uma crítica brasileira feita pelos professores Marcelo A. Cattoni de Oliveira, Maria Fernanda Salcedo Repolês e Francisco de Castilho Prates e outros. Apresento também algumas posições favoráveis à Dworkin. Mais que isso, irei situar a presente dissertação no debate sobre a liberdade de expressão e discurso de ódio em Dworkin na tradição brasileira. De um modo sintético, apresentarei a posição de acadêmicos aqui no Brasil quanto à temática para, na parte dois, apresentar minha posição, que difere de ambas por ser uma crítica *interna* a Dworkin. Especialmente, demonstrarei que a presente dissertação inserida no Programa de Pós Graduação da UFMG integra um conjunto de reflexões, mesmo que incidentalmente, sobre a temática das liberdades, discurso de ódio e sobre o autor aqui estudado, Ronald Dworkin.

Capítulo 4 – Jeremy Waldron e sua crítica à posição de Dworkin

A doutrina encampada pela Suprema Corte norte-americana do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*” assevera que não há danos se o discurso proferido pelo autor não esboçar possibilidade real de afetar a integridade física e o patrimônio das vítimas. No caso dos discursos de ódio, realizar uma passeata defendendo abertamente a inferioridade de determinados grupos, como mulheres, negros ou judeus, sem que haja incentivos à violência direta, não configura motivo suficiente, ou claro e iminente, para impedir ou restringir a realizações desses atos, pois não há danos sofridos por membros desses grupos minoritários. O caso paradigmático de *Brandenburg vs. Ohio* (1969) foi exatamente neste sentido. A Suprema Corte norte-americana, aplicando o teste do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*”, entendeu que os manifestantes não geraram perigo de danos graves aos negros e judeus, que eram os alvos do manifesto, por isso, a passeata foi considerada legal.

O elemento “gerar perigo de danos” a outrem como condição para impedir a realização dos discursos ofensivos é antigo e nos remete à John Stuart Mill. Em *Sobre a Liberdade* (2011), Mill apresenta sua defesa da liberdade de expressão, em que nega aos governantes a possibilidade de impedir um discurso, apresentando como justificativa, logo no primeiro capítulo, um princípio amplamente concebido e adotado pelos liberais, a saber, o *princípio do dano* (*Harm Principle*):

O objetivo deste ensaio é asseverar um princípio muito simples, que se destina a reger em absoluto a interação da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à coação e controle, quer os meios usados sejam a força física, na forma de punições legais, quer a coerção moral da opinião pública. É o princípio de que o único fim para o qual as pessoas têm justificação, individual ou coletivamente, para interferir na liberdade de ação de outro, é a autoproteção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros. (MILL, 2011, p. 26)

O *princípio do dano* assegura que, em assuntos que tocam somente ao próprio indivíduo, é ilegítimo por parte do Estado a interferência, mesmo que ela consiga algum benefício a quem está sofrendo a interferência:

Segundo Mill, toda a interferência (quer por parte do Estado, quer por parte de outros indivíduos) em assuntos que só dizem respeito ao próprio indivíduo (ou, como Mill por vezes lhes chama, *self-regarding matters*) é ilegítima, e o ônus da prova estará, por isso, sempre do lado de quem quiser interferir em assuntos que só digam respeito ao próprio indivíduo (mesmo que se tenha em vista o seu bem). Outro modo de expressar a mesma ideia é dizer que só é legítimo interferir em assuntos que só ao próprio dizem respeito, sem a sua concordância expressa, por razões de autoproteção — sendo esta a mais conhecida formulação daquele que ficou conhecido como “o princípio do dano”. (MADEIRA, 2011, p. 10).

Dessa forma, como o *princípio do dano* se relaciona com a liberdade de expressão segundo John Stuart Mill? Eles se relacionam, pois, a livre manifestação só deve ser proibida se houver incitação evidente à violência. Para Mill, a liberdade de expressão deve ser protegida mesmo se o conteúdo do proferimento for falso. Na verdade, Mill categoriza as possíveis falas em totalmente verdadeiras, parcialmente verdadeiras e totalmente falsas. Nas duas primeiras, a liberdade de fala deve ser a qualquer custo garantida. Mesmo na terceira, é útil que as pessoas tomem dela conhecimento “[...] porque perceber as posições dos adversários é essencial para perceber melhor a nossa própria posição, e porque uma opinião que não é criticada passa a ser aceita acriticamente e torna-se um dogma morto, ainda que verdadeiro” (MADEIRA, 2011, p. 14).

Para Mill, somente quando os discursos incitarem à violência direta é que a fala deve ser reprimida. Tal afirmação é sustentada até os dias atuais pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, conforme visto acima. Segundo Madeira:

No início do terceiro capítulo, Mill diz que certas opiniões, como a opinião de que a propriedade privada é um roubo, ou que os comerciantes de trigo fazem os pobres passar fome, devem poder ser livremente divulgadas na imprensa — mas não seria permissível usá-las como palavras de ordem incendiárias perante pessoas que se estivessem a manifestar em frente à casa de um comerciante de trigo, pois tal constituiria uma incitação ilegítima à violência. (MADEIRA, 2011, p. 14).

Entretanto, tal conjugação entre o princípio do dano e a liberdade de expressão não é tão clara no pensamento de Mill, pois não é feita explicitamente no capítulo 2 de *Sobre a Liberdade* (2011), onde Mill debate a liberdade de expressão. Apesar de ele apresentar no capítulo um o princípio do dano e conseqüentemente discutir a liberdade de expressão no capítulo dois, induzindo à correlação, Christopher Macleod, em artigo no livro “The Oxford Handbook of Freedom Speech”, expõe que não é tão clara tal inferência em Mill (tradução livre):

No entanto, há um sério obstáculo à interpretação do Princípio da Liberdade de Discussão meramente como uma aplicação do Princípio do Dano. Pois em nenhum lugar em sua defesa do Princípio da Liberdade de Discussão Mill sequer menciona o Princípio do Dano - a noção de dano não desempenha nenhum papel no argumento do capítulo dois. Como os materiais certamente estavam à mão, poderíamos ter esperado que Mill oferecesse a seguinte derivação no capítulo dois:

[1, Princípio do Dano]: a única razão pela qual temos autorização para interferir em uma ação é prevenir danos a outras pessoas.

[2, Alegação de ausência de dano na Discussão]: a discussão nunca causa dano, Portanto: não deve haver interferência na discussão. [Princípio da liberdade de discussão]

Mill claramente não apresenta esse argumento. (MACLEOD, 2021, p. 17 e 18)²³.

Desse modo, segundo Macleod, deve-se tratar a liberdade de expressão e o princípio do dano como independentes um do outro. No entanto, isso leva a outro problema: como distinguir entre ações que são somente discussões daquelas que tem possibilidade de causar danos nas pessoas? Em outras palavras, como distinguir entre a aplicação do princípio da liberdade de expressão e o princípio do dano? (MACLEOD, 2021, p. 18). Segundo Macleod, tais princípios possuem força independente, mas suas jurisdições se sobrepõem. Como, portanto, essa interação é entendida? Para Macleod (tradução livre):

Dada a clara disposição de Mill para apelar ao Princípio de Dano para casos em que a discussão equivale a, por exemplo, incitação, seria implausível alegar que Mill pensa que o Princípio de Liberdade de Discussão supera o Princípio de Dano em qualquer caso em que ambos se apliquem - aquele onde uma ação pode ser descrita apenas de uma maneira como discussão; a questão da interferência é resolvida em última instância apelando-se ao Princípio da Liberdade de Discussão em vez do Princípio do Dano. Em vez disso, a disposição de Mill para tolerar a interferência em algumas ações descritíveis como discussão quando essas ações são prejudiciais sugere que a aplicação do Princípio do Dano restringe a aplicação do Princípio da Liberdade de Discussão (MACLEOD, 2021, p. 19)²⁴.

Dessa forma, o princípio do dano é uma limitação ao princípio da liberdade de expressão em Mill. Ele oferece uma condição necessária para interferência (tradução livre):

O princípio do dano, é claro, oferece uma condição necessária, e não suficiente, para a interferência. O fato de uma ação prejudicar outra não significa que devemos interferir nessa ação, mas abre a possibilidade de considerar uma interferência que, de outra forma, seria descartada. (MACLEOD, 2021, p. 19)²⁵.

Naquelas ações em que há incitação, o princípio do dano, portanto, é uma alternativa para que a liberdade de expressão não seja absoluta (tradução livre):

23 No original: Nevertheless, there is a serious obstacle to interpreting the Freedom of Discussion Principle as merely an application of the Harm Principle. For nowhere in his defence of the Freedom of Discussion Principle does Mill even mention the Harm Principle—the notion of harm plays no role whatsoever in the argument of chapter two. As the materials were certainly at hand, we might have expected Mill to offer the following derivation in chapter two: [1, Harm Principle]: the only reason we are warranted in interfering in an action is to prevent harm to others. [2, No Harm in Discussion Claim]: discussion never causes harm, Therefore: there should be no interference with discussion. [Freedom of Discussion Principle]. Mill pointedly does not make this argument, however.

24 No original: Given Mill's clear preparedness to appeal to the Harm Principle for cases in which discussion amounts to for example incitement, it would be implausible to claim that Mill thinks that the Freedom of Discussion Principle trumps the Harm Principle in any case in which both apply—that where an action is describable in merely one way as discussion, the question of interference is settled ultimately by appeal to the Freedom of Discussion Principle rather than the Harm Principle. Rather, Mill's preparedness to countenance interference in some actions describable as discussion when those actions are harmful suggests that the application of the Harm Principle constrains the application of the Freedom of Discussion Principle.

25 No original: The Harm Principle, of course, offers a necessary, and not a sufficient, condition for interference. That an action harms another does not imply that we should interfere with that action, but rather opens up the possibility of considering interference which would otherwise be ruled out.

Onde a afirmação de uma proposição também é uma ação que causa dano - como podemos pensar em afirmações que equivalem a invasões de privacidade, incitamento e assim por diante - a interferência, portanto, é uma opção. (MACLEOD, 2021, p. 19²⁶).

Como Mill assevera, “[...] as regras de conduta não podem ser formuladas de forma a não exigir exceções [...]” (MILL *apud* MACLEOD, 2021, p. 19)²⁷. Com isso, a possibilidade elencada por Mill para restringir o campo de atuação da liberdade de expressão se expressa na alternativa do emprego do princípio do dano. O entendimento adotado pela Suprema Corte norte-americana no caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969) deu-se neste mesmo sentido.

A Suprema Corte norte-americana, portanto, adota um tratamento que é típico da tradição teórica norte-americana de compreensão das liberdades, isto é, somente em casos em que há claro e iminente perigo àqueles que estão sendo atingidos pelos discursos é que se abre a possibilidade para uma possível “censura” ao discurso e conseqüente não aplicação da primeira emenda. Na prática, mesmo em casos em que manifestantes professam ódio e aversão a grupos minoritários, aquela Corte tem aplicado tal entendimento e aceitado os discursos.

Não se pretende neste capítulo explorar tal argumento sobre a aceitação da Suprema Corte norte-americana do princípio do dano, o que será realizado na parte seguinte. O objetivo aqui é demonstrar que a noção de “gerar dano a outrem” é o paradigma sobre o qual qualquer autor que discuta a liberdade de expressão nos Estados Unidos deve se debruçar. A principal questão, portanto, é analisar se os discursos de ódio são capazes ou não de “gerar danos” nas pessoas atingidas por esses discursos.

Para aqueles que defendem a primeira emenda a qualquer custo, isto é, defendem a liberdade de expressão mesmo em casos controversos, como nos discursos de ódio, a simples fala é incapaz de “gerar danos” a outrem; esta é a posição que Dworkin defende, conforme visto acima. Por outro lado, há aqueles, como Waldron, que defendem que o discurso, por si só, é capaz de causar danos. Ambos, Waldron e Dworkin, partem do paradigma instaurado por John Stuart Mill que se reflete nas discussões atuais sobre a liberdade de expressão: paradigma que só aceita restrição aos discursos se houver dano. Divergem, porém, sobre os contornos desse dano.

26 No original: Where the assertion of a proposition is also an action which causes harm—as we might think of assertions which amount to invasions of privacy, incitement, and so on— interference, therefore, is an option.

27 No original: ‘rules of conduct cannot be so framed as to require no exceptions’.

Nesse ínterim, vale ressaltar que quando Mill se refere à palavra “dano”, refere-se a danos que sejam físicos e patrimoniais, isto é, tais danos não abarcariam as lesões emocionais ou psicológicas. É neste sentido, portanto, que certa tradição entendeu o *princípio do dano*:

(...) a limitação da liberdade de ação com o propósito de prevenir dano ou prejuízo, sendo esses entendidos estreitamente como dano físico ou dano para com a propriedade ou a felicidade de alguém, não dano em relação ao conhecimento, à integridade moral ou à virtude (MCCLOSKEY, 1963, p. 147 *apud* DE LIMA, 2014)²⁸.

Embora haja divergência quanto à extensão abrangida pelo termo “dano” em Mill:

Há muitas outras interpretações sobre o que estaria incluído no princípio milliano do dano. Dano, para Mill, é tudo aquilo que, decorrente das ações de outrem, nos traz dores físicas (lesões corporais, por exemplo), psíquicas (um constrangimento ou uma difamação), econômicas (a destruição de um bem), entre outras. Penso que devemos estender ao máximo essa concepção de dano, para que ela possa acompanhar o máximo de liberdade de que os indivíduos devem desfrutar; a base desse princípio é, certamente, histórica, de modo que devemos rever constantemente sua abrangência. (LIMA, 2014, p. 40).

O que predomina, no entanto, é a leitura de que o princípio do dano descrito por John Stuart Mill se refere aos danos físicos materiais e patrimoniais e não os psicológicos imateriais:

Portanto, se as únicas razões a sustentar o desejo de restrição de uma ação individual, são razões de ordem emocional - como os afetos e aversões, ou crenças de que uma conduta é errada, a ação deve ser entendida como autorreferente. Por outro lado, se o dano causado a outrem é de algum modo aferível, como a lesão corporal ou a fraude o são, ou se há a violação de obrigação determinável e que pode ser imputável ao agente, há um outro elemento que permite considerar o ato como heterorreferente e, assim, legitimar a restrição da liberdade. (BARRETO, 2014, p. 36).

Tal conclusão pode ser extraída do próprio contexto em que Mill escreve e dos termos utilizados na conceitualização do *princípio do dano* (acima exposto). O contexto de Mill envolve a preocupação do autor de que interesses majoritários, consubstanciados pela democracia na escolha da maioria, afetem a individualidade das pessoas. O receio de Mill é que a maioria política utilize as ferramentas democráticas, como a coerção pela lei, e imponha aos indivíduos uma forma majoritária de pensamento e de vida. O *princípio do dano* se apresenta, portanto, como uma resposta a essas interferências majoritárias.

Com a modernidade, o poder deixou de estar nas mãos do soberano e se incorporou na democracia. Neste contexto, cabe às pessoas (a maioria) manifestar em que situações a força e o poder estatal vão ser aplicados. A transição do *ancien régime* para a modernidade representou

28 No original: “Mill urges the limiting of liberty of action for the sake of preventing harm or injury, these being construed very narrowly to mean physical harm or harm in respect to one’s property or happiness, not harm in respect to knowledge, moral integrity or virtue” – McCloskey, H. J., Mill’s Liberalism, in: The Philosophical Quarterly, v. 13, n. 51, abr. 1963, p. 147.

enorme ganho para o liberalismo, visto que as liberdades poderiam ser exercidas independentemente da imposição do monarca. Por outro lado, a democracia poderia representar esse papel tirânico e coercitivo do monarca restringindo as liberdades. É esta a preocupação dos liberais republicanos, como John Stuart Mill e Alexis de Tocqueville, por exemplo (HEYWOOD, 2003). Em vista disso, quando Mill se refere à possibilidade de “causar danos” às outras pessoas, ele tem em vista os “danos” causados pelo monarca do *ancien régime* que restringiam as liberdades.

Nessa perspectiva, autores norte-americanos, inseridos em um paradigma milliano de liberdades, se limitam a encontrar ou não danos no discurso de ódio. Se adotássemos uma concepção milliana de dano, como normalmente entendida, somente falas que convocam a uma agressão física e patrimonial a outras pessoas (princípio do dano) justificariam a censura, se é que isso é possível em um contexto fático. Por outro lado, concepções modernas de “dano” asseguram que a restrição deve incluir danos físicos, mas também psíquicos, morais ou existenciais. Nesse ponto, Jeremy Waldron se vale de uma concepção moderna de dano. Dworkin, como vimos e ainda vamos discutir a seguir, se apoia na tradição clássica milliana, assim como o faz a Suprema Corte norte-americana.

Jeremy Waldron, no início do livro *The Harm in Hate Speech* (2012b), relata uma situação constrangedora: um homem caminha em Nova York com seu filho de 7 anos e sua filha de 10 até que, em uma esquina, se deparam com uma frase (tradução livre): “Muçulmanos e 9/11! Não os sirvam, não falem com eles, e não os deixem entrar” (WALDRON, 2012b, p. 1)²⁹. A filha pergunta ao pai o que isso significa, e o pai, e toda sua família que são muçulmanos, não sabem o que dizer. Claramente, ele sabe o que significa e o que esta frase representa, o constrangimento está em explicar para uma criança, que obviamente não tem nenhuma relação com o ódio dos americanos aos muçulmanos, o que aquela frase significa. Este é um claro exemplo de discurso de ódio pelo qual vários outros grupos, especialmente nos Estados Unidos, são vitimados. Segundo Waldron, alguns estudiosos que não são muçulmanos realmente não gostam dos escritos, mas dizem ser preciso aprender a conviver com eles, inclusive o pai da criança, no exemplo (WALDRON, 2012b, p. 3). Waldron discorda, pois acredita haver algo socialmente e legalmente importante nessa situação.

Waldron constrói seu raciocínio a partir de um conceito específico de *dignidade*. Diferentemente de Kant e Dworkin, o autor

²⁹ No original: Muslims and 9/11! Don't serve them, don't speak to them, and don't let them in".

“[...] afirma que não pretende desenvolver um conceito estipulativo, mas abrir-se de forma sensível às contribuições da linguagem natural para a compreensão do uso da dignidade em discursos de direitos humanos. Ele quer extrair os sentidos do uso comum da dignidade que a associam a um status ou posição social diferenciada” (GROSS, 2017, p. 81 e 82).

Esse uso comum da dignidade como um *status social especial* refere-se originalmente à garantia dos nobres de um status acima do restante das pessoas. Evidentemente, tal posição de determinadas pessoas, acima das demais, não se coaduna, atualmente, com os direitos humanos. O intuito é, no entanto, garantir esse *status especial* a todo ser humano, por meio da transvalorização:

Waldron soluciona essa questão chamando atenção para um processo histórico de “transvalorização” da dignidade, que passa a ser considerada atributo não apenas daqueles que ocupam certas posições sociais ou que pertencem a certos estratos nobres da sociedade, mas sim de todo ser humano (GROSS, 2017, p. 82).

Waldron quer transportar para a modernidade um status originalmente atribuído à nobreza que existia nas monarquias, de modo a garantir a cada indivíduo, simplesmente pelo fato de ser humano, uma condição especial de *dignidade*. Com isso, ele “[...] agrega à noção de dignidade a reivindicação de respeito e deferência, ou seja, uma exigência de atitude positiva de reconhecimento de valor por cada uma das pessoas em relação às demais [...]” (GROSS, 2017, p. 83). Por isso se exige para cada indivíduo um *reconhecimento* de sua condição especial de portador de dignidade como status análogo à nobreza.

A dignidade nesse sentido deve ser explorada como fundamento dos direitos, isto é, ela pode “[...] iluminar a nossa reflexão acerca dos direitos que já temos, como aquela acerca dos direitos que deveríamos ter” (GROSS, 2017, p. 84). Segundo Gross (2017), Waldron inicialmente não concebe esse conceito de dignidade como descritivo ou normativo, mas interpretativo. No entanto, nas *Tanner Lectures* de 2009 ele avança para uma posição mais explicitamente normativa e afirma “[...] preferir a sua compreensão de dignidade às elaborações de Dworkin ou Kant, por exemplo” (GROSS, 2017, p. 85):

Percebe-se, dessa forma, que, nas *Tanner Lectures* de 2009, a adoção do sentido de dignidade enquanto status ou posição social elevada e universalizada se dá a partir de uma postura mais marcadamente normativa. Waldron afirma que sua visão de dignidade decorre do reconhecimento de que “devemos nos esforçar para nos manter fiéis de alguma forma à sua conexão antiga a posição nobre ou alto cargo” (2011, p. 225). Como fundamento para o seu posicionamento mais marcadamente normativo, Waldron defende que o seu conceito é capaz (1) de articular os diversos empregos jurídicos do termo (uso “no atacado” e uso “no varejo”) e ainda (2) de abarcar as ressonâncias nobiliárquicas relacionadas a uma certa atitude ou “ortopedia moral”. Articulações essas que Waldron explicitamente afirma como parâmetros de uma boa elaboração teórica jurídica da dignidade. (GROSS, 2017, p. 89).

O questionamento que surge é: como se relaciona a dignidade concebida por Waldron como um status especial dos nobres com os discursos de ódio? Para Waldron, as diversas tentativas de inibir os discursos de ódio, como as proibições por leis, representam uma proteção da dignidade ou do status elevado do indivíduo como exigência de respeito e consideração:

[...] leis contra discursos de ódio, observadas em vários países, são exemplos de legislação contemporânea cujo objetivo é proteger prerrogativas próprias do status ou posição social elevada igualmente atribuídos a todas as pessoas, sem distinção. Junto com leis que proíbem tratamento degradante, as que proíbem discursos de ódio seriam instâncias contemporâneas de manifestação da dignidade como posição social, demandando um nível incorruptível de respeito e de consideração, à maneira como tal nível era garantido aos que pertenciam a estratos elevados da sociedade, ou que ocupavam cargos de alto escalão, mesmo em situações de submissão e controle por parte de um inimigo (GROSS, 2017, p. 90).

Waldron argumenta que as ações dos indivíduos devem respeitar esse status de dignidade como nobreza dos agentes vitimados pelos discursos. Nenhuma manifestação que avance contra a dignidade das pessoas deve receber anuência pelo Estado, ao contrário, leis que proíbem esses discursos garantem que os indivíduos tenham o seu âmbito de dignidade respeitado: “As leis proibitivas de discursos de ódio afiguram, portanto, como demandas da dignidade, ou seja, demandas do reconhecimento pelo direito do pertencimento de cada ser humano a uma categoria social elevada” (GROSS, 2017, p. 91).

O sentido em que Waldron compreende o termo “discursos de ódio” é especialmente relevante. Conforme demonstrado no exemplo, o autor está particularmente preocupado com o discurso permanente, ou seja, acessível ao público por um longo tempo: é a “[...] presença persistente da palavra publicada ou da imagem postada que é particularmente preocupante nessa conexão; e é nisso em que o debate acerca da regulação do discurso de ódio deveria ser focado [...]” (WALDRON, 2012b, p. 38). É neste sentido que leis que proíbem os discursos de ódio devem ser aceitas, isto é, para restringir “[...] manifestações públicas insultantes, ameaçadoras, degradantes ou abusivas, permanentes ou semipermanentes, que visam à incitação do ódio contra determinados grupos, em especial contra as minorias vulneráveis” (GROSS, 2017, p. 94).

A *dignidade*, segundo Waldron, exige um bem jurídico específico para concebê-la enquanto direito violado pelos discursos de ódio. A *reputação* das pessoas é protegida pelos sistemas jurídicos dos países tanto na esfera penal quanto na cível (WALDRON, 2012b). Segundo Gross, os fundamentos da reputação de toda e qualquer pessoa são o bem protegido por leis que proíbem os discursos de ódio (GROSS, 2017, p. 96). Em outras palavras, por uma leitura penalista, o bem jurídico protegido pelas leis que inibem os discursos de ódio é a *reputação* das pessoas. Neste mesmo sentido, a *reputação* das pessoas não está relacionada

apenas a aspectos intrínsecos de cada pessoa, mas à “[...] maneira pela qual a sociedade concebe os grupos sociais dos quais as pessoas fazem parte” (GROSS, 2017, p. 96).

Por essa razão, os discursos de ódio atentam contra a reputação dos membros do grupo-alvo, visto que tais discursos “[...] reivindicam] que certas pessoas, apenas em função de alguns de seus atributos básicos, não são merecedoras do benefício basilar de serem reconhecidas como aptas à convivência e às transações normais da vida civil” (GROSS, 2017, p. 96). A aceitação de leis que proíbam tais discursos se concebe por uma razão individual, segundo Waldron, e não em função de proteção ou promoção do grupo (WALDRON, 2012b). Segundo Gross (2017), o discurso de ódio “[...] abala o pressuposto de que os membros desse grupo também são titulares de um status de pertencimento social aos quais se garante, por meio do direito, uma rede de tratamento respeitosa” (GROSS, 2017, p. 98).

Segundo Gross, Waldron identifica uma identidade entre dignidade e as bases da reputação, de modo que um tratamento conforme a dignidade se expande a exigir não apenas o dever de abstenção de violação à integridade física ou propriedade, mas também o próprio reconhecimento desse status (GROSS, 2017, p. 98). Isso significa que Waldron compreende que os discursos de ódio são capazes de gerar nas pessoas vitimadas danos adicionais àqueles que a tradição liberal clássica, apoiada em John Stuart Mill, concebe.

Conforme sugere o título do livro em destaque de J. Waldron, *The Harm in Hate Speech* (2012), o dano causado pelo discurso de ódio está em não considerar as pessoas que são vítimas dos discursos de ódio como portadoras de *um status de dignidade*, comprometendo as bases da *reputação* exigidas pelo reconhecimento como ser humano. Não se trata de um dano à integridade física dos vitimados, como exige a tradição milliana, mas dano imaterial e intangível. Mais à frente, na parte dois, irei discutir o paradigma do “perigo claro e presente” a partir desta perspectiva de Waldron, que procura “o dano no discurso de ódio” não em paradigmas do século XIX, mas sob um olhar moderno.

A tradição Milliana sobre “liberdade de expressão” segue sendo relevante, mas, conforme assinalado acima, encontra limitações por ser fruto de seu tempo. O exemplo de preconceito sofrido pelo pai muçulmano apresentado por Waldron não estava no escopo da teoria de Mill, bem como vários outros danos análogos sofridos atualmente por membros de grupos minoritários e subalternizados. O que desejo demonstrar é que ancorar o estudo da liberdade de expressão em um paradigma cego à complexidade e liquidez da sociedade atual é cegar-se para os desenvolvimentos dos novos direitos, para novas formas de danos, para as práticas sociais, as novas expressões da linguagem, bem como as “novas vítimas” e grupos minoritários, frutos desta época.

Waldron esclarece que o que se pretende não é punir pensamentos, mas os efeitos que os discursos de ódio produzem (WALDRON, 2012b). Para Gross, duas hipóteses fundamentam a defesa de Waldron da proibição de discursos de ódio. A primeira, denominada pela autora (2017) de *hipótese causal da discriminação em sentido estrito*, reconhece:

(...) o impacto negativo desses discursos na manutenção de um comportamento social geral de tratamento dos membros do grupo-alvo conforme as exigências juridicamente impostas de sua dignidade. Ou ainda, os riscos relevantes, associados a esses discursos, de aumento dos atos de discriminação que a dignidade, tal como concebida por Waldron, corretamente penaliza e proíbe (GROSS, 2017, p. 100).

A segunda hipótese, que Gross (2017) denomina *dano aperfeiçoado no discurso*, reconhece que a enunciação do discurso em si constituiria uma violação de uma exigência da dignidade (GROSS, 2017, p. 100):

Nesse caso, Waldron estaria afirmando que o reconhecimento público, ou ao menos a abstenção de negação pública, da dignidade abstrata de cada um por cada uma das demais pessoas seria um direito autônomo decorrente da dignidade, e constituiria uma instância do comportamento conforme demandado pela dignidade (GROSS, 2017, p. 100).

As duas hipóteses, portanto, associam-se de modo a articular o conteúdo da proposta de Waldron para punir, através de leis, o proferimento de conteúdos de ódio, justificando essas leis pela violação à dignidade das pessoas, concebida em moldes waldronianos. Dessa maneira, o autor claramente se opõe à interpretação de Dworkin da liberdade de expressão como liberdade ampla. Para Waldron, o dano do discurso de ódio consiste em denegar um *status de dignidade* como nobreza às pessoas, de modo a concorrer para um ambiente contaminado por desrespeito à reputação das pessoas. Waldron reivindica um “ambiente moralmente saudável” para que os projetos de vida das pessoas sejam plenamente satisfeitos. Assemelhando-se à lógica das ciências biológicas, Waldron assevera que mesmo se não demonstrado o vínculo causal entre uma ação degradante ao meio ambiente e o seu resultado, a conduta danosa deve ser proibida (WALDRON, 2012b). Algo análogo também deve ser feito em relação aos discursos de ódio:

Assim como as ações individuais não provocam, cada uma por si só, os danos ambientais, os episódios de discurso de ódio não provocam, cada um por si só, as violações a direitos de dignidade (ou igualdade). Mas cada uma das ações individuais está causalmente implicada no dano ambiental. E Waldron argumenta que o mesmo se passa com os discursos de ódio: inserem-se na cadeia causal que leva às violações de direito dos membros dos grupos-alvo (GROSS, 2017, p. 103).

Desse modo, o “ambiente moralmente saudável” configura um direito exigido pelas pessoas para que os seus projetos éticos possam ser satisfeitos. Para Waldron, isso é exigível não somente do Estado, mas das pessoas, dado que a vigilância estatal não é possível em todas as situações e momentos. Aqueles que proferem ódio, para Waldron, além de “[...] minar as

condições que garantem a manutenção de interações igualitárias”, também visam “[...] instaurar *bem público rival*” (GROSS, 2017, p. 104). Segundo Waldron, trata-se da intenção de “[...] fornecer um ponto focal para a proliferação e coordenação das atitudes que essas ações expressam, uma manifestação pública de ódio por algumas pessoas para indicar para outras que elas não estão sozinhas em seu ódio ou intolerância” (WALDRON, 2012b, p. 95). Dessa forma, um ambiente social igualitário é perdido.

Esse argumento de Waldron em prol de leis que inibam o proferimento de ódio exposto em *The Harm in Hate Speech* (2012b) é conhecido e mais difundido entre pesquisadores. No entanto, Waldron sustenta outras posições contrárias ao proferimento do discurso de ódio na esfera pública. Posições essas detalhadas a seguir e expostas no texto *Hate Speech and Political Legitimacy* incluído no livro *The Content and Context of Hate Speech* (2012), organizado por Michael Herz e Peter Molnar.

Nesse texto, Waldron se propõe a analisar um argumento que é comumente utilizado quando se discute discursos de ódio, a saber, aquele que assevera que a legitimidade política é fragilizada se restringimos a liberdade de expressão. Waldron considera que essa seja uma objeção séria, por isso a discute (WALDRON, 2012a, p. 329). Para Waldron, o maior defensor dessa posição é precisamente Dworkin, que se expressa nesse sentido no prefácio do livro *Extreme Speech and Democracy* (2009), organizado por James Weinstein e Ivan Hare.

Segundo Waldron, para Dworkin, a “[...] liberdade para discurso de ódio ou difamações em grupo é o preço que pagamos para fazer cumprir as leis a que os odiadores e difamadores se opõem, por exemplo, leis de proibição de discriminação” (WALDRON, 2012a, p. 330). Segundo Dworkin, a democracia não é reduzida a um voto, mas requer também a possibilidade de expressar suas opiniões na esfera pública, isto é, o reconhecimento do direito a uma voz. Além disso, envolve poder influenciar as outras pessoas visando a adoção de sua posição por estas: (tradução livre):

A democracia justa exige. . . que cada cidadão não tenha apenas um voto, mas uma voz: uma decisão da maioria não é justa, a menos que todos tenham uma oportunidade justa de expressar suas atitudes ou opiniões ou medos ou gostos ou pressuposições ou preconceitos ou ideais, não apenas na esperança de influenciar os outros (embora essa esperança seja de importância crucial), mas também apenas para confirmar sua posição como um agente responsável, em vez de uma vítima passiva da ação coletiva. (DWORKIN *apud* WALDRON, 2012a, p. 330)³⁰.

30 No original: Fair democracy requires . . . that each citizen have not just a vote but a voice: a majority decision is not fair unless everyone has had a fair opportunity to express his or her attitudes or opinions or fears or tastes or presuppositions or prejudices or ideals, not just in the hope of influencing others (though that hope is crucially important), but also just to confirm his or her standing as a responsible agent in, rather than a passive victim of, collective action.

Na perspectiva de Dworkin, a liberdade de expressão representa não somente a possibilidade de manifestar o que lhe toca, mas é exigência da democracia, de modo que ela - democracia - pode ser desconfigurada se a liberdade de expressão for prejudicada. Desse modo, mesmo manifestações toscas ou ingênuas, até mesmo as ofensivas e de ódio, devem ser toleradas por uma comunidade apoiada em um ideal democrático, pois eventual lei visando proibir discursos ofensivos carecerá de legitimidade democrática:

A posição do professor Dworkin é que não importa o quão suja e cruel seja a contribuição dos incitadores do ódio. Eles devem ter permissão para falar. Caso contrário, nenhuma legitimidade será atribuída às leis que são promulgadas com sua oposição. (WALDRON, 2012a, p. 330)³¹.

Segundo Dworkin, a legislação de uma comunidade é criada a partir de uma mistura de opiniões e preconceito das pessoas, até mesmo de discursos estúpidos, mas isso faz parte do processo democrático. Negar a essas pessoas a possibilidade de influenciar no espaço democrático legislativo é uma violação à própria democracia, que pressupõe um “mercado livre de ideias”, no qual as pessoas aderem ou não a certas afirmações, segundo o projeto ético de vida a ser buscado:

É tão injusto impor uma decisão coletiva a alguém que não foi autorizado a contribuir para esse ambiente moral expressando suas convicções ou preconceitos sociais quanto a alguém cujos panfletos políticos contra a decisão foram destruídos pela polícia (WALDRON, 2012a, p. 330 e 331)³².

Para Dworkin, é necessário proteger corretamente as pessoas da violência e da discriminação, e leis neste sentido são alternativas, no entanto (tradução livre):

Não devemos tentar intervir mais a montante, proibindo qualquer expressão das atitudes ou preconceitos que pensamos nutrir. . . desigualdade, porque se intervirmos cedo demais no processo de formação da opinião coletiva, estragamos a única justificativa democrática que temos para insistir que todos obedeçam a essas leis, mesmo aqueles que as odeiam e se ressentem (DWORKIN *apud* WALDRON, 2012a, p. 331).

Na visão de Waldron, há para Dworkin dois tipos de leis que atuam sobre a liberdade de expressão. Uma, denominada *upstream laws*, diz respeito àquelas que inibem propriamente o discurso de ódio, que muitas pessoas gostariam de ver aprovadas. Outras, denominadas

31 No original: Professor Dworkin’s position is that it does not matter how foul and vicious the hatemongers’ contribution is. They must be allowed their say. Otherwise no legitimacy will attach to the laws that are enacted over their opposition.

32 No original: It is as unfair to impose a collective decision on someone who has not been allowed to contribute to that moral environment by expressing one’s social convictions or prejudices as on someone whose political pamphlets against the decision were destroyed by the police.

downstream laws, são leis que protegem contra a violência e a discriminação. Os defensores da proibição do discurso de ódio, isto é, aqueles que concordam com a *upstream law*, acreditam que esta norma é necessária para lidar com as *downstream laws*, pois “[...] se deixarmos o discurso de ódio de lado, estaremos deixando de lado o veneno de ação lenta que leva à violência e à discriminação” (WALDRON, 2012a, p. 331)³³. Para Dworkin, portanto, se interferirmos “a montante” nas *upstreams laws*, restar-se-á minada a legitimidade política das *downstream laws*. Este é o preço que aqueles que defendem a criação de leis contra o discurso de ódio não deveriam estar dispostos a pagar. (WALDRON, 2012a, p. 331).

Para Waldron, o raciocínio de Dworkin leva à necessidade de consideração de uma questão de grau: as leis contra os discursos de ódio diminuem a legitimidade, mas não a eliminam completamente. Assim, se a questão é considerada a partir de uma perspectiva matizada, que admite diferenças de grau, deve-se também considerar o outro lado da equação. Waldron fornece o seguinte exemplo: uma pessoa pode opor-se a uma lei contra a discriminação por vários motivos como, por exemplo, porque ele nega que os beneficiários da lei sejam dignos de receberem tal tratamento. Essa pessoa pode manifestar sua rejeição a esta lei de várias maneiras, de uma forma mais pujante ou não. O que Waldron deseja mostrar é que uma lei que proíbe tais manifestações não a faz sob uma perspectiva absoluta, mas resguarda uma esfera de expressão na qual aqueles que não a consideram como importante para a sociedade são livres para se manifestarem nesse sentido (WALDRON, 2012a). Não podendo, porém, rebaixar as manifestações a um nível insustentável do ponto de vista do reconhecimento da dignidade das pessoas. E isso reflete uma diferença de grau no comprometimento que diferentes vedações impõem à legitimidade.

Waldron considera que as leis que inibem apenas os discursos pujantes têm uma influência mínima na legitimidade democrática. Se as legislações protegem, portanto, uma dignidade básica, é reconhecido que um mínimo de legitimidade perdida, somente naqueles casos pujantes expressados, há de ser necessária:

Uma motivação orientada exclusivamente para proteger os sentimentos das pessoas contra a ofensa é uma coisa. Mas uma restrição ao discurso de ódio orientada para proteger a posição social básica - a "dignidade elementar", como eu coloquei nas Palestras Holmes - de membros de grupos vulneráveis, e para manter a garantia de que precisam para viver suas vidas com segurança e digna - pode parecer um objetivo muito mais convincente. E as reclamações de que tentativas de garanti-la prejudicam

33 No original: if we leave hate speech alone, then we are leaving alone the slow-acting poison that leads to violence and discrimination.

a legitimidade de outras leis podem ser muito menos críveis como resultado (WALDRON, 2012a, p. 336)³⁴.

Waldron segue expondo uma crítica essencial à posição de Dworkin. Para Waldron, a posição de Dworkin sugere que os discursos que os racistas proferem é um elemento vivo do debate político, isto é, que a redução da possibilidade de fala dos “perdedores”, aqueles que professam ódio, por meio das leis proibitivas, é um fator relevante para o debate público porque eles têm a possibilidade de convencer os demais membros da sociedade sobre seus fundamentos. Waldron sustenta que a constante evolução da sociedade não suporta tais possibilidades de discursos, isto é, já é amplamente aceito que todas as pessoas devem ser respeitadas e que debates sobre “raça inferior” e “raça superior” estão ultrapassados (tradução livre):

Eu me pergunto, no entanto, se você compartilha da minha sensação de quão estranha é a posição dele. Parece presumir que os debates são atemporais e que as considerações de legitimidade política relativas ao debate público devem ser entendidas como necessariamente impermeáveis ao progresso (WALDRON, 2012a, p. 338)³⁵.

Waldron tem por intuito demonstrar que restringir um debate vivo sobre determinado tema é, realmente, uma agressão à legitimidade política, sendo que leis proibitivas nesse sentido não devem ser defendidas. No entanto, as posições levantadas pelos enunciadores de ódio são questões já resolvidas pelo debate público e não oferecem prejuízo se tais proferimentos, danosos à dignidade humana, fossem proibidos, visto que o debate não está mais vivo na esfera pública (tradução livre):

Esta ideia de um debate estar encerrado é usada apenas com referência a esta questão de quão seriamente devemos considerar o alerta dworkiniano sobre a legitimidade política, particularmente à luz do próprio reconhecimento do Professor Dworkin, de que o efeito das leis contra os discursos de ódio sobre a legitimidade é uma questão de grau. O impacto na legitimidade de restringir o debate sobre uma questão que está viva e aberta parece-me uma questão bem diferente do impacto na legitimidade de restringir o debate contínuo sobre uma questão fundamental que foi resolvida efetivamente há décadas. É em relação a isso, e apenas a isso, que introduzo na discussão esta ideia de que certos debates acabaram (WALDRON, 2012a, p. 338)³⁶.

34 No original: A motivation oriented purely to protect people’s feelings against offense is one thing. But a restriction on hate speech oriented to protecting the basic social standing – the “elementary dignity,” as I put it in the Holmes Lectures – of members of vulnerable groups, and to maintaining the assurance they need to go about their lives in a secure and dignified manner – that may seem like a much more compelling objective. And complaints that attempts to secure it damage the legitimacy of other laws may be much less credible as a result.

35 No original: I wonder, however, if you share my sense of how weird his position is. It seems to assume that debates are timeless and that considerations of political legitimacy relative to public debate must be understood as necessarily impervious to progress.

36 No original: This idea of a debate being over is used only with reference to this question of how seriously we should regard the Dworkinian alarm about political legitimacy, particularly in light of Professor Dworkin’s own acknowledgment that the effect of hate speech laws on legitimacy is a matter of degree. The legitimacy impact of

Alguns dos doutrinadores, em prol da delegificação do discurso de ódio, se apoiam em Mill, pois este aceita algumas formas de racismo para manter vivo o nosso compromisso com as convicções igualitárias. Para Waldron, esta ideia de Mill é tola e perpetua o debate em detrimento da dignidade, segurança e garantia dos membros vulneráveis da sociedade (WALDRON, 2012a, p. 339). É necessário ressaltar que Waldron não aponta que Dworkin se apoia nessa tese, ele almeja demonstrar que o debate sobre raças não suporta mais manifestações que violam a *dignidade humana* e, nesse sentido, não há interesse público nestas manifestações, sendo exagero reconhecer alguma perda de legitimidade democrática se tais proferimentos de ódio fossem banidos por leis. Em resumo, Waldron acredita que atualmente:

(...) ultrapassamos o estágio em que precisamos de um debate tão robusto sobre questões como raça a ponto de devemos arcar com os custos do que no fundo são ataques à dignidade de grupos minoritários - ou, mais importante, exigir que indivíduos e famílias dentro desses grupos, arquem com os custos de tais ataques humilhantes à sua dignidade e posição social - no interesse do discurso público e da legitimidade política. Acredito que já passamos do ponto em que sacrificaríamos a legitimidade de nossas leis antidiscriminatórias ou das leis que proíbem a violência racial ao não permitir que as pessoas difamem umas às outras nesses termos (WALDRON, 2012a, p. 339)³⁷.

Em resposta à Waldron, Dworkin, no texto *Reply to Jeremy Waldron*, presente no capítulo 17 do livro citado, *The Content and Context of Hate Speech* (2012), em nada inova quanto à sua posição acerca dos discursos de ódio. Ele assevera que liberdade de expressão não deve ser tratada com ponderação, isto é, como uma análise de custos e benefícios, de sacrifícios e ganhos, como Waldron, na visão de Dworkin, parece sugerir. Para Dworkin, Waldron considera haver um conflito na demanda de *igual respeito e consideração* exigida pelos cidadãos ao Estado. Enquanto, por um lado, isso inibiria as falas do cidadão, por outro, inibiria a dignidade daqueles vitimados.

Dworkin considera que o Estado não tem o direito de violar a *independência ética* do indivíduo, conforme já explanado acima, de modo que seria uma interferência naquilo que toca a cada um como ser humano. O autor considera que a vida de tais pessoas pode ser melhorada

restricting debate about an issue that is live and open seems to me quite a different matter from the legitimacy impact of restricting continued debate about a foundational issue that was settled effectively decades ago. It is with regard to that, and that only, that I introduce this idea of certain debates being over into the discussion.

37 No original: I think we are now past the stage where we are in need of such a robust debate about matters like race that we ought to bear the costs of what amount to attacks on the dignity of minority groups – or, more importantly, require individuals and families within those groups to bear the costs of such humiliating attacks on their dignity and social standing – in the interests of public discourse and political legitimacy. I believe we are well past the point where we would sacrifice the legitimacy of our antidiscrimination laws or the laws prohibiting racial violence by not permitting people to defame one another in these terms.

se o Estado impuser tal decisão – de legislar em prol da proibição do discurso de ódio -, mas o Estado não teria legitimidade para tal:

Portanto, regular o discurso de ódio não é, afinal, uma questão de balanceamento. O governo não pode violar os direitos de qualquer cidadão à independência ética em relação ao governo que a dignidade exige. Não é desculpa que o faça para impor uma opinião coletiva particular sobre quais formas de respeito os seres humanos individuais devem uns aos outros, apenas como seres humanos; essa “desculpa” apenas confirma o erro. Eu mesmo acredito que uma opinião sobre esta última questão está correta e outras erradas. Mas não cabe ao governo justo tentar identificar e impor essa verdade. Certamente, a vida seria mais agradável para alguns membros da comunidade - e menos agradável para outros - se o governo tivesse esse poder. Mas não é totalmente legítimo um governo que o reivindica (DWORKIN, 2012b, p. 342 e 343)³⁸.

Em conclusão, a grande diferença entre esses autores é que enquanto Dworkin analisa da liberdade de expressão em seu aspecto ético, isto é, seria um erro o Estado intervir em esferas que atentam contra a nossa individualidade, Jeremy Waldron tem uma análise *relacional* da liberdade de expressão, ou seja, exige, além de uma concepção individual, uma concepção intersubjetiva, entre agentes, de modo que se deve considerar a *dignidade como status de nobreza* para todos os agentes sociais.

Com esta síntese, encerra-se o conteúdo deste capítulo. Resgatou-se a tradição norte-americana por meio da posição de John Stuart Mill, um inglês, acerca da liberdade de expressão para assinalar a diferença entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Conforme vimos, o “dano no discurso de ódio” para Waldron está na violação à *dignidade como status de nobreza*. Em contraposição à Dworkin, Waldron trabalha sob uma concepção de dano que podemos chamar de “moderna”, diferentemente daquela expressada por Mill e adotada por Dworkin. Tal regresso à J. S. Mill neste capítulo foi útil para as discussões que serão levantadas na parte dois. Além disso, a contraposição realizada por Waldron será de grande valia para sustentar o argumento de que Dworkin se equivoca, interna e externamente, sobre a *liberdade de expressão ampla*.

No capítulo seguinte, trabalho a concepção de autores brasileiros referente à posição de defesa de Dworkin à liberdade de expressão ampla, como, dentre outros, por Marcelo Cattoni, José Emílio Medauar Ommati e Ronaldo Porto Macedo. Além disso, situo, no geral, o debate brasileiro acerca do direito à liberdade de expressão. Além de realizar comentários à estudiosos

38 No original: So regulating hate speech is not, after all, a matter of balancing. Government may not violate the rights of any citizen to the ethical independence from government that dignity requires. It is no excuse that it does so to enforce a particular collective opinion about what forms of respect individual human beings owe one another just as human beings; that “excuse” only confirms the mistake. I myself believe that one opinion about that latter issue is correct and others mistaken. But it does not lie within the powers of just government to try to identify and impose that truth. To be sure, life would be more pleasant for some members of the community – and less pleasant for others – if government had that power. But a government is not fully legitimate that claims it.

do tema, esboço críticas e concordâncias à jurisprudência nacional sobre o tema. Isso porque esta dissertação também intenta situar essa discussão no cenário nacional. Apesar de explorar um autor norte-americano, tem por intuito questionar, avaliar e auxiliar o debate nacional quanto à temática.

Capítulo 5 – Dworkin, Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio no Brasil

O que se discutiu até agora nesta dissertação foi um debate exclusivamente norte-americano sobre a liberdade de expressão. Isso não é desarrazoado, uma vez que é nos Estados Unidos onde esse debate é mais intenso, diferenciando, por exemplo, de uma matriz mais restritiva como a europeia. No entanto, o debate nacional sobre a liberdade de expressão e discurso de ódio é rico e merece atenção, tanto porque a presente dissertação também tem por objetivo colaborar com o debate nacional sobre o tema, quanto porque o conflito entre discursos de ódio e liberdade de expressão também é um problema no Brasil, conforme será demonstrado abaixo.

Nesse ínterim, a presente dissertação pretende se inserir no debate nacional sobre liberdade de expressão apresentando as incongruências de Ronald Dworkin em sua defesa da *liberdade de expressão ampla*. Neste sentido, a investigação dessa contradição tem por objetivo colaborar com o debate nacional sobre essa temática, conforme constataremos na parte dois. Ao criticar Ronald Dworkin, sob um enfoque *interno* à sua teoria, mais amplamente considerada, pretende-se estabelecer bases que considero importantes para a discussão sobre liberdade de expressão, como, por exemplo, a necessidade de analisá-la sob uma perspectiva intersubjetiva, e não solipsista.

A posição de Dworkin já há algum tempo tem ganhado adeptos entre estudiosos no Brasil, que vêm interpretando a realidade brasileira à sua maneira e, dessa feita, esta dissertação pretende apontar dificuldades no raciocínio jurídico de Dworkin em defesa da *liberdade de expressão ampla*, de modo que aqueles que sustentam a posição de Dworkin também devem suportar o ônus dessa contradição. Em resumo, considero que a posição de Dworkin, se vista sob uma melhor luz, nos dirige a uma negação dos discursos de ódio, ao contrário do que ele próprio propõe.

O professor José Emílio Medauar Ommati é um dos autores sobre liberdade de expressão no Brasil que captou a possível contradição, em Dworkin, em sua defesa da liberdade de expressão. Por isso, sua posição será exposta à frente. Entretanto, antes de adentrar em seu trabalho, introduzirei o debate brasileiro a partir do texto legal da Constituição da República bem como de julgados importantes do Supremo Tribunal Federal acerca da liberdade de expressão em conflito aparente com outros valores constitucionais.

Quando for tratar do Caso Ellwanger (HC 82.424), o *leading case* nacional, utilizarei as reflexões do professor José Emílio e, em seguida, apresentarei suas conclusões acerca do tratamento da liberdade de expressão por Dworkin bem como sua crítica à contradição que ele

se envolve, conforme demonstrado no livro *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988* (2021a). O livro supracitado, na realidade, se propõe a explorar especificamente o Caso Ellwanger (HC 82.424) sob a perspectiva da Constituição da República Federativa Brasileira (1988), mas há *insights* importantes e, em edições recentes, inclusão de temas novos sobre discursos de ódio.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou um marco para a liberdade de expressão. Na ditadura militar brasileira, período de 21 anos, entre 1964 até 1985, a censura aos veículos de comunicação e artistas foi uma política de Estado adotada pelos militares. Por conta disso, a Constituição de 1988 nasceu como um poder constituinte material sensível à essa privação à liberdade de expressão exercida. No título dos direitos e deveres individuais, sob o capítulo dos direitos e garantias fundamentais, estabeleceu o direito à liberdade de expressão em dois incisos, IV e IX, do Art. 5º; bem como no Art. 220, *caput*, protegendo a manifestação da imprensa (no capítulo da comunicação social):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. 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.

A unanimidade da doutrina constitucional caminha no sentido de que o direito à liberdade de expressão aí demonstrado representa uma garantia do indivíduo contra as censuras ocorridas no período ditatorial³⁹. Mais que isso, a liberdade de expressão no Brasil veio para assegurar o pluralismo de opiniões como formação de uma sociedade livre (MENDES; GONET, 2020, p. 347).

Por ter um regime protetivo do direito à liberdade de expressão, enquanto garante outros direitos individuais, a jurisprudência e a doutrina trabalham as situações que apresentam conflito entre princípios da Constituição Federal. A maioria dos tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, adotam a ponderação alexyana para resolver os casos. Mas, há, de fato, um conflito? Para Sarmiento (2012), alguns grupos negam o conflito pela ideia de *categorização*, isto é, busca-se definir o campo de incidência de uma norma considerando as demais, para evitar a eclosão do conflito (SARMENTO; NETO, 2012, p. 443). Cada norma apresentaria

39 Ver: FERNANDES, 2018; MENDES, BRANCO, 2020; SARMENTO, NETO, 2012; CANOTILHO [et. al.], 2018.

limites imanes, que consideram a finalidade da proteção de cada norma bem como todos os outros direitos protegidos. No mesmo sentido, Sarmento (2012) cita a proposta de harmonização dos valores proposta por Dworkin, ou seja, que o conjunto de valores reconhecidos pela comunidade, que justificam a trajetória político-constitucional de um Estado, jamais entram em conflito. No entanto, Sarmento rejeita essa posição com as seguintes críticas:

A categorização e a teoria interna os direitos fundamentais não excluem o risco de arbítrio judicial na definição do campo de incidência de cada norma constitucional. (...) ao limitarem a priori o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, restringindo-o excessivamente, estas teorias permitem que certas posições relevantes do indivíduo fiquem completamente desguarnecidas (SARMENTO; NETO, 2012, p. 446).

Quanto à Dworkin, apresenta a seguinte crítica:

A “Justiça para ouriços” de Dworkin também não provê solução para o risco do arbítrio judicial. Muito pelo contrário, ele reconhece que a tarefa de definição dos limites das normas constitucionais e dos direitos fundamentais é tarefa de tamanha complexidade que só poderia ser levada a termo, sobretudo nos casos difíceis, por juízes idealizados, concebidos contrafaticamente como semideuses (“o juiz Hércules”), que seriam forçados a tornarem-se verdadeiros filósofos, como árbitros finais dos conflitos morais que dividem às sociedades (SARMENTO; NETO, 2012, p. 447).

Neste sentido, nos casos complexos (*hard cases*) em que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado quanto à liberdade de expressão, bem como nos demais tribunais inferiores, a opção pelo modelo proposto por Robert Alexy, de análise acerca da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, é o que prevalece, recebendo várias críticas, como a de Ronaldo Macedo exposta abaixo.

Os casos sobre liberdade de expressão que a Corte Suprema do Brasil tem decidido variam quanto ao assunto, mas é assente a posição negativa de estender a liberdade de expressão garantida pelo poder constituinte originário aos discursos de ódio. Apresentarei aqui, sinteticamente, seis casos paradigmáticos acerca do tratamento da Corte Suprema do Brasil na interpretação do direito à liberdade de expressão.

(I) A ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4451 questiona a constitucionalidade dos incisos II e III do artigo 45 da Lei 9.504/97 (estabelece normas para as eleições), que regulam a propaganda eleitoral na televisão e no rádio. Segundo o texto legal, é vedado à imprensa utilizar, dentre outros, trucagem ridicularizando outros candidatos:

Art. 45. Encerrado o prazo para a realização das convenções no ano das eleições, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e em seu noticiário:

(...)

II - usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito;

III - veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes;

Por essa vedação, a Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, ABERT, órgão legitimado para tal propositura, questionou este artigo com base nas disposições constitucionais já expostas acima que garantem a liberdade de manifestação, inclusive da imprensa. Desse modo, o Supremo Tribunal foi chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade ou não dos referidos incisos. Em ação cautelar com decisão proferida pelo ministro Ayres Britto em 2010, declarou inconstitucionais os incisos com os seguintes argumentos:

A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer constrictões em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. Se podem as emissoras de rádio e televisão, fora do período eleitoral, produzir e veicular charges, sátiras e programas humorísticos que envolvam partidos políticos, pré-candidatos e autoridades em geral, também podem fazê-lo no período eleitoral (BRASIL, 2018).

Em 2018, sob relatoria do ministro Alexandre de Moraes, o STF adentrou no mérito e restou por julgar inconstitucionais tais incisos da lei das eleições. Nessa oportunidade, a Corte Suprema insistentemente reconhece a legalidade de proferimentos que nem mesmo sejam verdadeiros, ainda mais em período eleitoral, no qual o interesse do eleitor em conhecer as propostas, e conseqüentemente em conhecer seus adversários, se acentua. De modo geral, entre os juristas, a decisão foi bem vista, porque não chega a tocar em pontos sensíveis da liberdade de expressão, o que não ocorreu em outros casos.

(II) A ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 187 tratou acerca da possibilidade de afastar a tipificação penal do artigo 287 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848/40), que prevê pena de detenção, de três a seis meses, ou multa, para aquele que adotar a conduta consistente em “fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime” nas chamadas “marchas da maconha”. A marcha da maconha é uma manifestação cujo intuito é apresentar à sociedade a possibilidade de descriminalizar o uso de drogas. O uso de drogas, em verdade, não é crime no Brasil, em razão do princípio da alteridade, mas o que se pune são outras ações pretéritas descritas no tipo penal do artigo 28 da lei de drogas (Lei 11.343/06), como “portar” para consumo pessoal. Trata-se de um crime que não prevê pena privativa de liberdade, sendo questionado como um efetivo “tipo penal” por muitos

juristas (GOMES, 2006)⁴⁰. Fato é que o Supremo Tribunal Federal até o momento, tendo em vista que a questão se encontra pendente de julgamento no Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP, com repercussão geral reconhecida, considera como crime o porte para consumo pessoal de drogas, e uma manifestação em prol desse fato seria tipificada como crime pelo ordenamento.

Nesse sentido, a ADPF 187 requereu pela possibilidade de o Supremo dar “[...] interpretação conforme a Constituição, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (FERNANDES, 2018, p. 473). A decisão da Corte Suprema foi nesse sentido, ou seja, ela privilegiou a liberdade de expressão dada a nocividade da pretensão estatal em reprimir a liberdade de fala dos agentes. Por outro lado, consignou que, “conquanto a livre expressão do pensamento não se revista de caráter absoluto, destinar-se-ia a proteger qualquer pessoa cujas opiniões pudessem conflitar com as concepções prevalentes, em determinado momento histórico, no meio social” (BRASIL, 2011 – Informativo 631).

O que se extrai desse julgado é que o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência de que a liberdade de expressão é garantida, desde que não viole outros preceitos constitucionalmente assegurados, como a *dignidade da pessoa humana*, não permitindo, por exemplo, discursos de ódio. O problema ainda persiste, pois há imensa divergência acerca do que consiste a “dignidade da pessoa humana”, uma vez que a Corte não estabeleceu parâmetros claros, como o de Jeremy Waldron, dispondo sobre o que ela exige.

Neste sentido, a Suprema Corte é chamada em vários casos de aparente colisão entre princípios para que estabeleça a solução jurisprudencial, sendo a liberdade de expressão, por sua dimensão intersubjetiva, dos direitos que mais apresenta a possibilidade de “aparente colisão” entre os princípios. A marcha da maconha foi assegurada pelo Supremo, mas o que assegura que em outros casos semelhantes a Corte Suprema agirá com integridade? No exemplo a seguir, o STF adotou uma postura mais restritiva.

(III) O Brasil sediou a Copa do Mundo no ano de 2014, por isso foi sancionada a Lei Geral da Copa em 2012 (Lei 12.663/12). Essa lei tratou de regular os eventos internacionais

40 Segundo Gomes, “A Lei 11.343/2006 (art. 28) aboliu o caráter "criminoso" da posse de drogas para consumo pessoal. Esse fato deixou de ser legalmente considerado "crime" (embora continue sendo um ilícito, um ato contrário ao direito). Houve, portanto, descriminalização "formal", mas não legalização da droga (ou descriminalização substancial). Cuida-se, ademais, de fato que não foi retirado do âmbito do direito penal” (GOMES, 2006).

que aconteceriam no Brasil, como a Copa das Confederações e a Copa do Mundo. Regulou também, dentre outros, direitos comerciais, entrada de estrangeiros, venda de ingressos e crimes temporários, com vigência até o fim do ano de 2014. No capítulo VI da lei, denominado “das condições de acesso e permanência nos locais oficiais de competição”, o legislador apresentou um rol exemplificativo de condutas que seriam vedadas em ambientes de competição, como:

Art. 28. São condições para o acesso e permanência de qualquer pessoa nos Locais Oficiais de Competição, entre outras:

V - não portar ou ostentar cartazes, bandeiras, símbolos ou outros sinais com mensagens ofensivas, de caráter racista, xenófobo ou que estimulem outras formas de discriminação;

V - não entoar xingamentos ou cânticos discriminatórios, racistas ou xenófobos;

A legislação impediu que mensagens de ódio pudessem ser proferidas, visto que em um ambiente multicultural, como o da Copa do Mundo, isso poderia acarretar em discriminação de grupos vulneráveis. Em uma leitura ampliada da liberdade de expressão, autores e determinadas associações entenderam que a lei violava o direito à liberdade de expressão anotado na Constituição Federal: “[...] entendemos que, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal deixou de avançar na tutela dos direitos constitucionalmente declarados e devidamente garantidos [...]”, escreveu Rômulo de Andrade Moreira (2014), em artigo em site jurídico⁴¹.

No mesmo sentido, várias associações assinaram uma nota em que pediam a não conversão em lei pela presidência, pois “A lei aprovada no Congresso demonstra que tais violações estendem-se para o momento da realização das Olimpíadas na forma de desrespeito a diversos direitos do cidadão, como a livre expressão crítica e artística, a liberdade de locomoção, os direitos relativos ao trabalho entre outros”⁴².

O Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar quanto ao parágrafo primeiro do artigo 28, que dispõe: “É ressalvado o direito constitucional ao livre exercício de manifestação e à plena liberdade de expressão em defesa da dignidade da pessoa humana”, na ADI 5136. Segundo Fernandes (2018), “[...] ressoou claro a possibilidade de restrições à liberdade nos

41 Disponível na íntegra em: <https://jus.com.br/artigos/31729/a-lei-da-copa-e-a-liberdade-de-expressao>. Acesso em 05 de novembro de 2021.

42 Assinaram a nota, contendo o trecho reproduzido: ARTIGO 19; Associação Juizes para a Democracia (AJD); APG-UFRJ; Central dos Movimentos Populares – CMP; Comissão Pastoral da Terra; Comitê Popular da Copa e Olimpíadas do Rio de Janeiro; Conectas Direitos Humanos; Fase Fórum Popular do Orçamento do Rio de Janeiro; Grupo Tortura Nunca Mais – Bahia; Instituto Políticas Alternativas para o Cone Sul – PACS; Intervezes – Coletivo Brasil de Comunicação Social; Justiça Global; Observatório das Metrôpoles; Mandato Coletivo Flavio Serafini; Mandato do Vereador Renato Cinco; MUCA – Movimento Unido dos Camelôs; Movimento Palestina Para Tod@s; Movimento SOS; Estádio de Remo; Núcleo Anticapitalista 1º de Maio; Rede Jubileu Sul Brasil e Terra de direitos. Disponível em: <https://artigo19.org/2016/05/03/lei-geral-das-olimpiadas-e-um-retrocesso-para-a-democracia-que-ainda-pode-ser-barrado/>. Acesso em 05 de novembro de 2021.

locais oficiais de competição, somente sendo excepcionadas as manifestações que fossem em defesa da dignidade da pessoa humana” (FERNANDES, 2018, p. 455). O conteúdo da ADI, portanto, questionou a possibilidade de uma lei infraconstitucional estabelecer limitações ao texto constitucional, isto é, a legislação ordinária estava legislando além do que o constituinte originário dispôs.

A decisão do STF foi no sentido de declarar a constitucionalidade do dispositivo, argumentando que “[...] o direito à liberdade de expressão não é absoluto e insuscetível de restrição, fosse pelo Judiciário, fosse pelo Legislativo”. Utilizou-se, nesse caso, da ponderação para a sua solução. Desse modo, segundo Fernandes, chegou à seguinte conclusão:

(...) c) Realçou que se deveria perquirir se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigurar-se-ia adequado, ou seja, apto para produzir o resultado desejado. Além disso, verificar-se-ia se esse ato seria necessário e insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz, e proporcional em sentido estrito, de modo que se estabelecesse uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto; d) O Plenário do STF sublinhou que as restrições impostas pelo art. 28 da Lei Geral da Copa trariam limitações específicas aos torcedores que comparecessem aos estádios em evento de grande porte internacional e contariam com regras específicas para ajudar a prevenir confrontos em potencial. Consignou que o legislador, a partir de juízo de ponderação, teria objetivado limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e a atentar não apenas contra o evento em si, mas, principalmente, contra a segurança dos demais participantes (FERNANDES, 2018, p. 456).

Em páginas seguintes apresentarei a posição crítica do jurista Ronaldo Porto Macedo acerca do método único e hegemônico adotado pelo Supremo Tribunal para o tratamento da colisão de princípios, a ponderação. A aceitação do método alexyano no poder judiciário corresponde a um “soldado de reserva” para a solução de qualquer caso que envolve princípios jurídicos. De fato, o STF às vezes exacerba no uso da ponderação acarretando a inviabilização e restrição de direitos individuais, tudo em prol de um resultado que obedeça à métrica da ponderação.

Em *Crítica da ponderação: Método constitucional entre a dogmática e a teoria social* (2016), Ricardo Campos e outros apresentam que o método da ponderação nivela interesses estatais com interesses individuais, mesmo sendo uma teoria liberal, que em tese deveria dar lugar privilegiado aos direitos individuais. Não há na ponderação nenhuma vantagem dos indivíduos, *prima facie*, ante as investidas do Estado, isto é, ao final é o juiz que, a cada caso, avaliará qual interesse prevalecerá. Desse modo, portanto, nada de antemão é garantido aos indivíduos. Segundo eles, os direitos individuais assim compreendidos necessitam de urgente reformulação para um retorno às garantias individuais liberais (CAMPOS et. al., 2016).

Nesta decisão do STF percebe-se o nivelamento resultante da ponderação, método adotado na ADI, entre interesses públicos e individuais. Neste caso, o direito à liberdade de expressão foi limitado em prol de um bem-estar no ambiente de competição. Evitou-se, pela lei, que manifestantes deselegantes violassem o que Waldron denomina “meio ambiente moralmente saudável”. Conforme demonstrado acima, as decisões do STF variam entre “garantir o direito” e “restringir o direito” à liberdade de expressão sob o fundamento finalístico da *dignidade da pessoa humana*, mas sem defini-la. Por isso, a Corte recebe críticas tanto daqueles liberais que desejam um espaço público aberto às discussões, quanto daqueles que acreditam que discursos de ódio não são apresentáveis em uma esfera pública.

(IV) A Constituição de 1988 determinou que “[...] a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, conforme Art. 5º, inciso XLII. Para a doutrina penal, trata-se de um mandado constitucional de criminalização no qual não há faculdade ao legislador, mas uma imposição (MASSON, 2020). Esta lei que pune o racismo surgiu em 1989, a 7.716/89, e tratou dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

As formas de discriminação expostas na lei são cinco: raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Dentre os tipos penais descritos, atenta-se para o Art. 20 desta lei que prevê pena de reclusão, de um a três anos e multa, para quem “[...] praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Dessa forma, a doutrina penal era majoritária em reconhecer que o tipo penal abrangia somente as formas de discriminação expostas, não as ampliando para outros casos, mesmo se tratando de clara discriminação (LIMA, 2016). Pelo princípio penal da legalidade, em sua exigência de previsão em lei certa e estrita, não poderia o magistrado, em uma interpretação extensiva, ampliar o alcance do tipo.

Com o aumento dos casos de homofobia e discriminação contra a comunidade LGBTQIA+ e a negativa do Poder Legislativo em criminalizar essas condutas, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca da possibilidade de ampliação desse tipo penal na Ação Direita de Inconstitucionalidade por omissão (ADO 26). Com os argumentos de que o termo racismo historicamente não se refere exclusivamente a raça, mas ampliativamente a seu sentido político, a ADO requereu a equiparação de todos os tipos penais da Lei 7.716/89 à transfobia e à homofobia. Por já terem transcorrido mais de 30 anos da promulgação da CRFB/88 até data do julgamento da ADO e o legislador ainda não ter cumprido sua função para que o mandamento constitucional que diz “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” seja cumprido, o Supremo reconheceu a mora

legislativa e estendeu a abrangência da lei contra discriminação e preconceito aos casos de homofobia e transfobia:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). (...)

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito. (BRASIL, 2019)

O entendimento da Corte Suprema, embora não pareça, representou um precedente importante sobre a liberdade de expressão, porque os grupos religiosos argumentaram que a tipificação poderia criminalizar a conduta de líderes religiosos ao exporem, segundo suas compreensões dos textos sacrais, uma contrariedade ao casamento homoafetivo. Nesse sentido, segundo compreendem, configuraria limite à liberdade de expressão essa ampliação na compreensão de um tipo penal da lei de racismo que não seguiu o trâmite legislativo regular. Segundo argumentam, se o legislador não legislou, é porque não reconheceu relevância na tipificação da temática (BRASIL, 2019).

O Supremo ressaltou que a conduta do líder religioso que manifesta sua discordância quanto à possibilidade de casamento homoafetivo não tipifica crime previsto na Lei 7.716/89. Não obstante, salientou que discursos de ódio contra a comunidade LGBTQI+ podem ser condutas aptas a serem consideradas crime:

A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra

peças em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (BRASIL, 2019).

O ministro Celso de Mello, relator do caso, entendeu que manifestações que configuram ódio são aquelas que incitam discriminação, violência e hostilidade em razão da orientação sexual. É certo que a normativa internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), considera conteúdos de ódio elementos mais abrangentes que essa conceituação. Entretanto, o ministro indicou qual interpretação se deve adotar para que os conteúdos de ódio sejam restritos. Mesmo assim, ainda são ambíguos os termos “hostilidade” e “discriminação” apresentados, pois a conduta do líder religioso que prega a impossibilidade de haver casamento entre pessoas do mesmo sexo é discriminatória (no sentido de segregar não para beneficiar, mas para prejudicar) e, no entanto, não é considerada crime segundo o mesmo julgado do Supremo Tribunal Federal (ADO 26).

A jurisprudência norte-americana, por outro lado, restringe-se somente às falas que geram perigo de violência, conforme mais à frente será relatado, sendo que os discursos, em regra, não são puníveis ou censuráveis. No Brasil, a tradição é mais restritiva, incorporando uma matriz europeia, conforme julgado acima.

(V) Outro precedente importante no Brasil que discute a liberdade de expressão versa sobre a (im)possibilidade de haver biografias não autorizadas. Questiona-se a necessidade ou não da pessoa que está sendo biografada autorizar, por completo, a publicidade de livro de determinado autor que eventualmente possa narrar história que o biografado não queira que seja publicizada. É uma espécie de censura ao autor da biografia pelo biografado, visto que questiona-se a possibilidade de que condutas que possam afetar a honra e a visibilidade do biografado sejam difundidas para o público. O Supremo Tribunal Federal decidiu a matéria na ADI 4815, dando *interpretação conforme a constituição, sem redução de texto*, aos artigos 20 e 21 do Código Civil, que dispõe acerca da necessidade de autorização para a divulgação de escritos que atingem a honra, boa fama ou a respeitabilidade, bem como que a vida privada da pessoa natural é inviolável. Decidiu-se ser desnecessário o consentimento da pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, bem como de familiares para pessoas falecidas ou ausentes (FERNANDES, 2018, p. 443).

O precedente reafirmou a liberdade de expressão garantida no ordenamento, considerando que conferir poder de veto à não aceitação do biografado vai de encontro às normas estabelecidas na própria Constituição Federal que vedam a censura. Segundo Fernandes (2018), o plenário ponderou os seguintes argumentos:

(...) a) que a Constituição asseguraria como direitos fundamentais a liberdade de pensamento e de sua expressão, a liberdade de atividade intelectual, artística, literária, científica e cultural; b) que a Constituição garantiria o direito de acesso à informação e de pesquisa acadêmica, para o que a biografia seria fonte fecunda; c) que a Constituição proibiria a censura de qualquer natureza, não se podendo concebê-la de forma subliminar pelo Estado ou por particular sobre o direito de outrem; d) que a Constituição garantiria a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa; e e) que a legislação infraconstitucional não poderia amesquinhar ou restringir direitos fundamentais constitucionais, ainda que sob pretexto de estabelecer formas de proteção, impondo condições ao exercício de liberdades de forma diversa da constitucionalmente fixada (FERNANDES, 2018, p. 443 e 444).

No entanto, ressalvas foram estabelecidas para que os direitos dos biografados não sejam desprotegidos. Estabeleceu o STF que, se ficar constatado que houve abuso da liberdade de expressão e violação à honra do indivíduo retratado, este pode pedir reparação dos danos morais e materiais, retificação das informações, direito de resposta ou mesmo a responsabilização penal do autor da obra (FERNANDES, 2018).

No mesmo julgamento, a Corte garantiu e restringiu o direito à liberdade de expressão. Em consonância com o paradigma até aqui apresentado, ela assegura que a Constituição Federal tratou a liberdade de expressão como direito individual fundamental, mas a restringe a expressão quando compreende que houve excessos a essa liberdade, embora não adentre com precisão conceitual o que é ou não extrapolar a liberdade de expressão.

Diante disso, a Corte é questionada por “levar a história adiante pela atuação do judiciário”, isto é, a partir de interesses e convicções pessoais de determinados ministros, a história é progressivamente impelida por cortes constitucionais em casos que tratam de liberdades individuais e assuntos políticos (BUSTAMANTE, 2021a). Por não dispor de um rigor conceitual claro sobre o que é ou não possível, do conceito de discursos de ódio, de dignidade e de danos, as decisões variam entre assegurar o direito à liberdade de expressão e restringir o mesmo direito, inclusive no mesmo julgado, conforme visto.

A doutrina norte-americana, por exemplo, estabelece que somente em casos de perigo iminente (a doutrina do *Imminent Lawless action*), ou seja, aqueles que convocam à violência (*clear and present danger*), pode-se restringir a expressão; qualquer outra conduta a ser feita, por mais humilhante e discriminatória que se possa parecer, deve ser tolerada. Há amplo questionamento a esse paradigma no sentido de negligenciar os direitos individuais das vítimas, a ser exposta em mais detalhes a seguir nesta dissertação, mas ele é, pelo menos, claro quanto aos limites do que pode ou não ser feito. A Corte Suprema no Brasil não está disposta a adotar um entendimento tão controverso (e para muitos, problemático) como este, mas, por outro lado, não dispõe de categorias claras para justificar seus julgados, recebendo críticas dos “dois lados”.

(VI) O “Caso Ellwanger” é o principal *case* julgado no Brasil sobre liberdade de expressão. Na ocasião, a Corte foi instada a se manifestar acerca de temas que eram comuns na Europa, não em países latino-americanos. A exposição deste caso será realizada de forma mais detalhada, por ser um *leading case*. Para isso, dentre vários autores especialistas no caso, daremos destaque ao trabalho de José Emílio Medauar Ommati, conforme anunciado, que no livro *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988* (2021a) melhor trabalhou o julgado.

O *habeas corpus* 82.424 chegou ao Supremo Tribunal Federal com a alegação de que houve prescrição de um determinado fato que correspondia a um tipo penal, e pedia a extinção da punibilidade ao paciente. O que parecia ser um caso simples, como uma *simples questão de fato*, para dialogar com Dworkin, revelou-se uma grande controvérsia. O caso começou no estado do Rio Grande do Sul, onde o Ministério Público local havia denunciado o Sr. Siegfried Ellwanger Castan pela prática do crime de “incitar e induzir a discriminação racial”, tipificado no artigo 20 da Lei 7.716/89.

Para o *parquet* local, o fato de Ellwanger editar, distribuir, vender livros com conteúdos antissemitas, “[...] que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, (...) procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica” (OMMATI, 2021a, p. 17).

Siegfried Ellwanger era proprietário de uma editora, Revisão Editora Ltda., que publicava livros com intuito de demonstrar que não houve holocausto no período da Segunda Guerra Mundial. Com teorias conspiratórias, assinalava que os judeus tinham um plano de dominação internacional, inclusive em países cristãos, e que alemães os impediram. A editora de Ellwanger também traduziu e disponibilizou o livro *Mein Kampf* (Minha luta), de Adolf Hitler.

Na primeira instância, a magistrada Bernadete Coutinho Friedrich absolveu o réu, sendo esta, inclusive, a posição do Ministério Público do Rio Grande do Sul em alegações finais, visto ser possível ao órgão pedir a absolvição mesmo sendo o denunciante, conforme legislação processual penal. No entanto, os assistentes de acusação apelaram ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que por unanimidade na Câmara Criminal, condenou Ellwanger. Mesmo no Superior Tribunal de Justiça, através de *habeas corpus*, o réu não conseguiu a absolvição, mantendo-se, portanto, a decisão do TJ-RS.

Desta feita, foi impetrado novo *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, com numeração 82.424, no qual a defesa questionava a tipificação dada pelo Ministério Público,

visto que o termo “raça” adotado na lei 7.716/89 não abrangeria os judeus. Assim, não se tratava de crime de racismo, que pela Constituição Federal de 1988 é imprescritível⁴³, mas “simples discriminação”, tipificação do Art. 20 da Lei 7.716/89, que seria prescritível; e, por já haver se esgotado o prazo para pretensão punitiva do Estado para a “simples discriminação”, Ellwanger deveria ser libertado.

O Supremo Tribunal Federal, então, precisou analisar um complexo argumento levantado pela defesa: que o termo “raça” apresentado na Lei dos crimes de racismo (7.716/89) não alcançaria os judeus, pois estes não são considerados “raças”. Desse modo, aplicar-se-ia a prescrição, pois a pretensão punitiva já se havia exaurido. O caso Ellwanger foi julgado em 2004, ou seja, antes da ADO 26, de 2019. No entanto, em ambos os casos, o questionamento é o mesmo: o termo “racismo” expresso na Constituição Federal, cuja aplicabilidade na tipificação do caso atrai uma punição por meio de reclusão, é elástico ou inelástico?

Se for elástico, a prisão violaria princípios penais consagrados como o da legalidade e da taxatividade penal, por ser a liberdade uma garantia extremamente protegida? Por outro lado, se for inelástico, justifica sacrificar a dignidade e o respeito a grupos minoritários, que também são protegidos de qualquer discriminação pela própria Constituição, em face de discursos de ódio? Aquilo que poderia ser um caso simples se tornou complexo em meio a tantos argumentos e posições adotadas *responsavelmente* pelos atores jurídicos. O Supremo negou o *habeas corpus*, mantendo a condenação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao Sr. Ellwanger, mas o fez com ampla divergência entre os ministros, conforme exporei a seguir.

O ministro relator, Moreira Alves, acatou o pedido do *writ* para ser estabelecida a prescrição do Art. 20 da L. 7.716/89, visto que as ações do réu eram “apenas discriminações” e não “racismo”, no sentido proposto pelo constituinte originário; isso porque o termo “raça”, em sua compreensão, não abrangia os judeus. Para o relator, o termo “racismo” deveria ser interpretado restritivamente, porque seu emprego não pretende abarcar todas as formas de discriminação, como idade ou sexo; além disso, ele entendeu que a imprescritibilidade não alcança nem mesmo os crimes hediondos ou equiparados, isto é, a regra é os crimes prescreverem, exceto os mandamentos constitucionais (OMMATI, 2021a, p. 20). Adstrito ao que considerou ser a vontade dos constituintes originários, Moreira Alves argumentou que o sentido dado pela Constituição ao termo “racismo” refere-se apenas ao preconceito contra a raça negra (OMMATI, 2021a). Ommati (2021a) bem assinala que a posição do Ministro

43 Art. 5º, XLII, da CRFB/88 - a prática do racismo constitui crime inafiançável e *imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (grifos acrescentados).

Moreira Alves reflete posição originalista, que busca a intenção exata que os criadores da norma tiveram para poderem, a tempo, recuperá-la.

O voto divergente veio do Ministro Maurício Corrêa, com fundamentação religiosa. O ministro negou a concessão do *habeas corpus*, mas o fez narrando os vários episódios bíblicos que demonstram a criação e a trajetória historiográfica dos judeus. A intenção do ministro foi apresentar os judeus como um povo que tem uma determinada história, marcada por episódios de perseguição e exclusão. No início do voto, o ministro relatou ser notório que os judeus não são uma raça, mas um povo. Dado isso, apresentou dados científicos para demonstrar que a genética não é a base para a compreensão do conceito de raça, que não deve ser mais entendido em termos estritamente biológicos, sendo agora social.

Ele conclui que “[...] o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante” (CORRÊA *apud* OMMATI, 2021a, p. 26). O voto do Ministro apresenta retrocessos e avanços. Retrocessos, porque o direito moderno não se funda em ordens transcendentais. Avanços, porque captou bem o sentido interpretativo dos textos legislativos com base no *point* do direito, isto é, ao trazer a concepção de “racismo” não como fenômeno biológico, mas social construtivo.

No terceiro voto, o ministro Gilmar Ferreira Mendes utilizou do método que domina o judiciário brasileiro, da proporcionalidade, conforme apresentado em outros julgados do Supremo Tribunal Federal acima expostos. E curiosamente, neste julgado, o método parece ter apresentado grande fragilidade, conforme exporemos a seguir. Para Mendes, o direito à liberdade de expressão, aqui contraposto à ocorrência de racismo, não pode vulnerar a ideia de igualdade e o princípio democrático (OMMATI, 2021a, p. 28). A proporcionalidade, conforme se observa, obrigatoriamente necessita de apresentar dois valores ou princípios que colidem entre si no caso concreto. E os valores considerados contrapostos por Mendes foram a sociedade pluralista e a dignidade humana *versus* o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente no *writ*. Adentrando especificamente na ponderação, Mendes conclui que a medida privativa de liberdade é *adequada* para alcançar o fim, que seria uma sociedade pluralista e de tolerância. Igualmente, conclui que não há outro meio *necessário*, menos gravoso ou restritivo, para se chegar à finalidade. Por fim, argumentou que a medida é *proporcional em sentido estrito*, visto que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência (OMMATI, 2021a, p. 29 e 30).

O ministro Marco Aurélio de Mello acatou o *habeas corpus* para declarar prescrita a conduta de S. Ellwanger. A metodologia utilizada pelo ministro, no entanto, foi a mesma

utilizada pelo ministro Gilmar Mendes, a proporcionalidade. Como já assinalamos acima, a proporcionalidade revelou-se frágil para solucionar casos em que valores aparentemente colidem. O argumento do ministro Marco Aurélio é relevante, embora o método utilizado distorça os valores constitucionais. O ministro afirmou que a democracia possibilita que as mais diferentes opiniões sejam externadas, além de que uma sociedade livre e plural se construa com uma multiplicidade de argumentos mobilizados pelos atores na esfera pública, não se limitando, entretanto, a possibilidade de agentes proporem e defenderem as suas ideias, por mais indesejáveis que sejam. A argumentação é bem estruturada, na linha do entendimento dos liberais americanos e da Suprema Corte norte-americana que é mobilizado para a defesa da liberdade de expressão.

O “mercado livre de ideias”, conforme apresentado em Dworkin e Mill acima⁴⁴, é a base do voto do ministro Marco Aurélio. Entretanto, o meio adotado para solucionar o *writ* se mostrou frágil, dado que chegou a um resultado diferente do ministro anterior, Gilmar Mendes. O ministro Marco Aurélio ressaltou que não se deve, em abstrato, ponderar liberdade de expressão *versus* dignidade humana, porque ela deve ser realizada caso a caso. Neste caso, ele alegou que a proibição de divulgação de materiais favoráveis ao negacionismo tem contornos de censura, sendo que a melhor forma de se combater a propagação de ideias preconceituosas é abrindo-as ao público para que este veja quão aberrante é a proposta do paciente. Numa lógica de mercado, a própria sociedade negaria o conteúdo dos livros, por ser preconceituoso e discriminatório, de modo que não seria necessária atuação estatal nessa relação.

Para o ministro Marco Aurélio, ao invés de serem aceitas pela população, a propagação dessas ideias geraria efeito reverso: serão esquecidas com o tempo. Assim, considerou que a condenação de Ellwanger não era *adequada*, pois não atingia o fim de pluralidade de ideias, nem *necessária*, porque havia outros modos menos gravosos para que não fossem propagadas tais ideias, como deixá-las ao escrutínio público. Como conclusão, não seria *proporcional* uma prisão nesses termos.

Ao fim, apontou que a história brasileira é marcada pela discriminação e preconceito contra os negros, não contra os judeus e que o intuito da Constituição foi estabelecer tratamento rigoroso para aqueles que discriminam os negros e não os judeus. De nenhuma forma é possível visualizar, segundo o ministro Marco Aurélio, a incitação de ódio contra os judeus na conduta

44 Ver capítulo 04.

de S. Ellwanger que, por meio dos livros editados, ainda que com raciocínio extremado e absurdo, tentou fundamentar uma tese.

Desse modo, o ministro votou acatando o *habeas corpus* para declarar extinta a punibilidade do paciente porque se tratava de uma exposição de ideias sustentada pela democracia, que justamente pressupõe a manifestação de ideias divergentes. É nítida a fundamentação responsável do ministro Marco Aurélio, ainda que o método para resolver o caso seja a proporcionalidade, pois, como dito acima, com o seu emprego valores individuais são contrapostos a metas estatais. Por utilizar uma linguagem liberal norte-americana, o voto é recebido entre alguns juristas como exemplo para que uma tradição de liberdade de expressão seja criada no Brasil nos moldes da tradição norte-americana, com ampla base nas ideias de Ronald Dworkin, objeto deste trabalho⁴⁵.

O voto do ministro Celso de Mello é, para José Emílio Medauar Ommati, o que mais se aproxima da noção de *igual dignidade* propugnada pela Constituição da República de 1988. Com uma interpretação ampliativa do caso, resgatando compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, propugnou que o compromisso com a *dignidade humana* é um mandamento internacionalmente requerido, em várias convenções e documentos, mesmo os considerados de *soft law*, que ainda assim o Brasil tem por obrigação acatar. Nesse sentido, o ministro considera que o caso em tela se reveste de um “irrecusável valor simbólico”, pois discute valores que edificam o Estado Democrático de Direito (MELLO *apud* OMMATI, 2021, p. 35). A tarefa do Supremo Tribunal Federal, portanto, consiste em dar efetividade a esses diplomas internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil adere.

Desse modo, o ministro afirma que os postulados da igualdade e dignidade pessoal impõem limites à liberdade de expressão, não devendo esta ser exercida para estimular a intolerância e o ódio público. Entretanto, isso não significa dizer que o Estado pode instituir a censura: “A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal a priori (...)” (MELLO *apud* OMMATI, 2021a, p. 38).

Não há, para o ministro, colisão de valores, uma vez que a própria Constituição propugna pelo direito à igualdade e dignidade em face da liberdade de expressão. No entanto, ele não analisa bem os valores da igualdade e dignidade, isto é, não discute o que esses valores

45 Vide Seminário na FGV/SP, denominado “Dossiê Ellwanger”, em que juristas brasileiros discutem este julgado (Caso Ellwanger – HC 82.424), disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wIK9dAw6aqc&list=WL&index=6>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

representam na ordem constitucional atual. Esta é, também, uma crítica estampada por Macedo Júnior que apresento a seguir: o Supremo dispõe, por meio da proporcionalidade, que os valores da igualdade e dignidade se sobrepõem à liberdade de expressão, mas o faz sem esclarecer o que a igualdade e a dignidade significam.

A Corte, realmente, tem caminhado em direção a uma justificativa não tão sofisticada, exceto em alguns votos, na interpretação das concepções discutidas. Entretanto, o professor Ommati tem trabalhado acerca do que esses valores representam na ordem constitucional vigente. Mais que isso: ele esclarece os valores sob uma perspectiva dworkiniana, o que o leva a questionar a postura de Dworkin em defesa de uma *liberdade de expressão ampla*. Em outras palavras, Ommati trabalha o Caso Ellwanger (HC 82.424) a partir da noção de *igual respeito e consideração* anunciada por Dworkin, justificando o *background* e importância teórica da igualdade e dignidade na Constituição, o que o leva a concluir que há uma evidente contradição em Dworkin:

Nesse ponto, mostrarei que a própria compreensão de Dworkin no sentido de que os discursos, mesmo os mais perversos e racistas, não podem ser proibidos em nome do igual respeito e consideração que um regime democrático deve ter por todos os indivíduos, nega justamente o igual respeito e consideração daqueles que foram discriminados. Em outras palavras, *mostrarei que a posição de Dworkin, nesse aspecto, é contraditória com as premissas levantadas pelo próprio autor* (OMMATI, 2021a, p. 02, grifos acrescidos).

Como o professor Ommati justifica isso e em que perspectiva ele considera Dworkin contraditório, é uma das tarefas de seu livro já citado. No capítulo dois, ele justifica o modo como uma Constituição formal e rígida deve fundar os princípios da igualdade e liberdade. Em um paradigma procedimentalista do direito, Ommati assevera que essas concepções, além de outras, são construídas por abertura dos processos de criação da lei à comunidade em que os agentes atuam, como livres e iguais, tomando consciência de seus projetos auto construtivos e defendendo aquilo que entender ser o melhor rumo para a sociedade que integram. A prática linguística em que os agentes tomam parte, atuando como livres e autônomos, seria, sob certas condições e procedimentos que garantam a participação igual, capaz de chegar a um consenso sobre temas diversos da sociedade. Participar de uma prática desse tipo, implica reconhecer o outro como parceiro, levando cada projeto de vida em consideração, para um empreendimento em comum, com visão do passado e do futuro.

O fundamento da legitimidade do direito, portanto, dos valores da liberdade, igualdade e dignidade está firmado na abertura dos processos, como o realizado pelo poder constituinte originário, em que a democracia constitucional se consubstancia no reconhecimento de sujeitos livres e iguais que consentiram que devemos seguir o direito, enquanto os órgãos estatais e as

peças demonstram tratar a todos com *igual respeito e consideração* (OMMATI, 2021a, p. 42):

Ora, uma Constituição que visa a garantir a igualdade e a liberdade, só pode ser fruto de um poder constituinte originário democrático, aberto, que dê vazão à pluralidade das formas de vida de uma sociedade que é plural, aberta, sujeita a modificações. (OMMATI, 2021a, p. 77).

O processo constituinte, para Ommati, significa ir além de estabelecer dogmaticamente um texto no qual se reconhece um valor importante, mas quer dizer que um determinado projeto de sociedade está incurso no poder constituinte originário, isto é, mesmo que alguns doutrinadores entendam que o poder constituinte originário é ilimitado, entende o autor que ele está limitado pelos próprios agentes que o sustentam. Não pode, por exemplo, um poder constituinte democrático produzir um texto autoritário. Dessa maneira, o fundamento das normas constitucionais está no interesse dos agentes na construção de uma carta democrática, ao invés de ser um fundamento puramente legal, como propunha Hans Kelsen, ou sociológico, como Ferdinand Lassale:

Ora, o processo constituinte de um Estado Democrático de Direito é um processo permanente, que transcende até mesmo os grandes momentos e as grandes datas que, aliás, só são grandes momentos e datas a serem comemoradas se representarem alguma coisa para nós, em termos de construção do nosso futuro, sobre o pano de fundo de uma história mundial do constitucionalismo democrático. Nesse sentido, pode-se perceber que uma Constituição formal e rígida não funda uma comunidade de pessoas ligadas por valores, costumes, língua e história comuns, como pensam os autores clássicos da Teoria Geral do Estado, mas uma comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade de pessoas que se vêem como livres e iguais, apesar de profundamente divididas em relação aos seus projetos de vida pessoais. (OMMATI, 2021a, p. 79).

Mesmo em Ronald Dworkin, Ommati compreende que a teoria do poder constituinte originário como ilimitado pode ser criticada. Para Ommati, na medida em que Dworkin unifica os vários valores existentes como se fossem galhos de uma árvore com uma raiz na *dignidade humana*, busca-se organizar uma sociedade, através do direito e da democracia constitucional, tratando cada pessoa com *igual respeito e consideração*. Desse modo, o poder constituinte originário está adstrito ao direito moral das pessoas de serem tratadas com *igual respeito e consideração*.

O raciocínio é o seguinte: se a base de todos os valores está na *dignidade humana*, isto é, que as pessoas têm autorrespeito, significando que toda vida humana é importante e deve ser protegida, e autenticidade, que significa que as pessoas devem construir seus próprios projetos de felicidade e desenvolvê-los com liberdade e responsabilidade (OMMATI, 2021a, p. 83), isso implica que não posso atrapalhar os projetos de felicidade de cada indivíduo. Nesse sentido, se

a sociedade adota a *dignidade humana* como valor principal, significa que as pessoas devem ser tratadas com *igual respeito e consideração*, pois leva a sério a ideia de que cada projeto de vida é importante. E esses projetos de vida são manifestados juridicamente por meio de uma democracia constitucional radical, na qual o direito, e essencialmente o poder constituinte originário, formam o compromisso de organização social em atenção aos princípios morais de *igual respeito e consideração*. Para Ommati, portanto, o papel da Constituição é tornar normativo os compromissos morais assumidos pelos agentes no processo de elaboração da constituição pelo poder constituinte originário (OMMATI, 2021a).

Com esse pressuposto, Ommati se direciona para seu intuito principal: demonstrar que o projeto constituinte de 1988, em que a abertura aos processos de fundamentação e instituição do direito foi garantida, resultou em um compromisso que assegura a negação da discriminação sob qualquer perspectiva:

Portanto, uma Constituição democrática como a nossa, que pretendeu fundar os ideais de autonomia e emancipação, para dizermos com Marcelo Cattoni, ou, se quisermos usar os termos de Ronald Dworkin, de igualdade e liberdade, não poderia deixar de contemplar em seu texto a proibição da prática de racismo e de todas as formas de discriminação, pois obviamente, atitudes racistas, discriminatórias, são contrárias aos ideais de igualdade e liberdade. (OMMATI, 2021a, p. 85).

Dessa forma, o dispositivo que trata da criminalização da prática do racismo é uma decorrência da igualdade e liberdade, e as formas de discriminação e racismo, frutos da sociedade brasileira, representam uma preocupação do poder constituinte imbuído de um compromisso emancipatório. Não há que ser realizada, na visão de Ommati, como alguns ministros realizaram no Caso Ellwanger, uma interpretação estritamente penal do dispositivo, pois racismo não compreende somente uma raça biológica, mas um resgate conceitual histórico e socialmente construído a partir de proteção a grupos minoritários.

A relação entre o conceito de racismo e os princípios de liberdade e igualdade é o que Ommati aborda no capítulo três. Ela se dá, pois, como visto, a criminalização da prática do racismo é um mandamento posto pelo processo constituinte comprometido com um projeto democrático que tem a igualdade e a liberdade como pressuposições essenciais.

Ommati retoma criticamente o voto do ministro Moreira Alves quando este relata que o termo racismo deve ser compreendido apenas para discriminações contra negros, pois esta foi a intenção originária do constituinte; retoma também a posição do ministro Celso de Mello, que conceitua o termo racismo na Constituição com uma dimensão abertamente cultural e sociológica. Para o autor, o resgate da teoria de Dworkin para determinar o melhor sentido a ser atribuído à expressão 'racismo' envolve uma exigência de justificação e ajuste às práticas

sociais. Adotar o método de Dworkin não envolve um resgate originalista do sentido do termo, isto é, a busca daquilo que os “pais fundadores” queriam dizer com a expressão; ao contrário, deve-se buscar o sentido na ideia moral que justificava sua atividade quando realizaram seus trabalhos de fundamentação de uma ordem democrática (OMMATI, 2021a, p. 89).

A leitura moral da Constituição, conforme apresentado em capítulos anteriores, se propõe a interpretar os “termos” constitucionais, e aqui o racismo é um deles, considerando a atividade coletiva dos intérpretes, de modo que seja atualizado em consonância com determinado momento histórico. Essa é a *integridade*, pois consiste no respeito do juiz às estruturas de valor subjacentes à história institucional do tribunal, enquanto abertura para um projeto que faça sentido moralmente à determinada época. Dessa forma, conforme Ommati, citando Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, a doutrina de Dworkin é uma espécie de hermenêutica crítica:

(...) a doutrina de Dworkin se liga ao enfoque hermenêutico que, com relação à aplicação do direito, considera a dimensão da história (as decisões judiciais anteriores, os trabalhos preparatórios de legislação) para aplicá-la no presente, uma vez que isso serve de guia para melhor compreender e até mesmo melhor se apropriar do passado. É, além disso, uma hermenêutica crítica, porque a atitude interpretativa a respeito de o que exige esta prática, a conduta que ela indica, não é necessariamente ou exclusivamente a de continuar o que sempre se fez, em todos os detalhes, mas é, ao contrário, a de examinar seu sentido, de maneira que as regras devem ser compreendidas, aplicadas, estendidas, modificadas, precisadas ou limitadas em função desse sentido (OMMATI, 2021a, p. 90).

Seguindo Dworkin, Ommati discute o suposto conflito entre a liberdade e a igualdade. Na visão tradicional, compreende-se a liberdade como “qualquer invasão à minha esfera de comportamento”, de modo que qualquer lei penal violaria a liberdade nesse sentido. Na leitura de Ommati, Dworkin entende que liberdade consiste na esfera de atuação sem intervenção, desde que não impeça o direito do outro de agir dessa forma (OMMATI, 2021a, p. 124). Desse modo, as leis penais garantem a liberdade, ao invés de violá-la. Do mesmo modo, a justiça distributiva não invade a igualdade nem a liberdade, “[...] porque permite justamente que todos tenham possibilidades iguais de atuação na sociedade” (OMMATI, 2021a, p. 124). Não há, portanto, conflito real entre liberdade e igualdade.

Tratando liberdade e igualdade como conciliados, Ommati afirma que a posição do ministro Moreira Alves é errônea, pois, com Dworkin, o novo sentido do texto constitucional, aquele que vê o direito em sua melhor luz, o termo racismo deve ser compreendido sob uma dimensão atual, de modo que quaisquer formas de discriminação são vedadas.

Ommati segue compreendendo o caso *Ellwanger* sob um enfoque dworkiniano, o que é relevante para esta dissertação pois, como se sabe, Dworkin, ao contrário, não compreende a

liberdade de expressão de um modo restritivo. Noutra giro, mais adiante, Ommati rompe com Dworkin quando este defende a possibilidade de discursos ofensivos e esse é o ponto fulcral que deseja demonstrar: Ommati compreendeu a incoerência interna de Dworkin ao defender a *liberdade de expressão ampla*.

O autor prossegue localizando a liberdade e a igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito, sob um enfoque habermasiano e dworkiniano, em que os dois princípios são *equiprimordiais e reconciliáveis*. Em Dworkin, liberdade e igualdade se somam à democracia. A democracia, segundo descreve, consiste na ordem plural das manifestações pessoais na qual se exige igual respeito e consideração por cada um com o *telos* em um projeto comum (OMMATI, 2021a, p. 127).

Igualdade em Dworkin não significa tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, ao modo aristotélico, mas que os bens e oportunidades sejam divididos igualmente, isto é, que cada indivíduo, autonomamente, escolha quais bens são essenciais para que tenha uma vida boa, respeitando seus interesses, gostos e preferências, de modo que não sejam impedidos por questões econômicas ou morais. Como decorrência disso se verifica a razão de Dworkin compreender a igualdade como princípio fundamental do liberalismo, pois a liberdade, compreendida como um princípio geral isolado, é facilmente vencida por argumentos utilitaristas, mas a igualdade não, ela prevalece sobre interesses majoritários. As liberdades, individualmente, são princípios em sentido forte, conforme visto, que representam liberdades básicas do indivíduo.

Segundo Ommati, citando Dworkin, a democracia, vista como associativa, apresenta três dimensões. A primeira, é a da soberania popular, ligada à relação entre o povo e os diferentes funcionários que formam o governo: é o povo, e não os funcionários, que governa. A segunda, é a igualdade entre os cidadãos, que participam da vida social como iguais. Por último, há o discurso democrático, que requer que o discurso público não possa ser restringido pela censura, cuja ocorrência impediria que tivéssemos um autogoverno coletivo. Portanto, são essenciais para a democracia as seguintes liberdades: a de sufrágio, de consciência, de escolhas pessoais, de expressão e de reunião. (OMMATI, 2021a, p. 130 e 131).

Dessa maneira, Ommati compreende que Dworkin não pode ser entendido apenas como um liberal, mas também como um republicano, pois insiste no ideal de virtude cívica que significa virtude cidadã, que não se coaduna com a existência de contradição entre direitos públicos e privados. Por isso, Ommati compreende que a diferença entre Dworkin e os republicanos é de enfoque: enquanto Dworkin privilegia os direitos privados, os republicanos

privilegiam os públicos (OMMATI, 2021a, p. 131). Como fica, portanto, a relação entre os discursos de ódio e as liberdades essenciais em Dworkin?

Como dito nos capítulos anteriores, Dworkin não admite restrição à liberdade de expressão pois ela é não apenas um princípio em sentido forte e uma exigência da independência ética, mas também manifestação de uma sociedade democrática em que os interesses e preferências dos membros são levados em consideração pelos seus pares livremente. Neste ponto se apresenta a discordância de Ommati quanto à posição de Dworkin.

Para Ommati (2021), Dworkin não conseguiu compreender corretamente a história institucional de seu país e as exigências da integridade. Isso porque Dworkin entende a liberdade de expressão sob duas perspectivas. Uma, como *independente*, que significa um direito fundamental, isto é, que as pessoas devem ter o direito de se expressar e divulgar seu pensamento em nome dos próprios direitos de igualdade e liberdade. Outra, como *instrumental*, isto é, a liberdade de expressão é um direito na medida em que promove a democracia. (OMMATI, 2021a, p. 132). Por isso, é necessário organizar as políticas como se todos se sentissem parceiros de um empreendimento coletivo.

Ommati critica essa posição questionando a possibilidade de judeus e alemães se considerarem parceiros na Alemanha nazista, ou mesmo brancos racistas e os negros na África do Sul do “Apartheid”, visto que o interesse dos preconceituosos não é construir uma sociedade com os grupos alvejados, mas sim aniquilá-los ou reprimi-los na medida que lhes for possível. O que Ommati entende é que não é possível sustentar um empreendimento coletivo se determinadas pessoas, os preconceituosos, não compreendem os grupos alvejados como pessoas. Se não lhes forem assegurados os direitos mínimos, entre eles o de não ser discriminado, não há democracia, pois não há autogoverno, ou seja, não há sujeitos se tratando como iguais. Dessa maneira, Ommati entende haver incongruência no pensamento de Dworkin, pois ele, de um lado, afirma:

Assim, os cidadãos só podem se sentir parceiros em um empreendimento coletivo de governo dos cidadãos se lhes são assegurados certos direitos individuais. Dentre eles, os direitos antidiscriminatórios, com certeza. A parceria é uma questão de respeito mútuo: não posso ser parceiro de uma sociedade de cujas leis me declaram cidadão de segunda classe (DWORKIN *apud* OMMATI, 2021a, p. 132).

No entanto, por outro, assevera que:

A liberdade de expressão é outro direito indispensável. Não sou um parceiro se a maioria considera minhas opiniões ou meus gostos tão perigosos, chocantes ou indignos que ninguém esteja autorizado a ouvi-los. Isto é válido mesmo se eu for um neonazista que nega o holocausto ou um seguidor sectário e racista de Le Pen. É ilegítimo aplicar leis contra mim, qualquer que seja sua justeza ou sabedoria, se o papel de parceiro no debate que as produziu não me é reconhecido (DWORKIN *apud* OMMATI, 2021a, p. 133).

Dessa forma, Ommati entende não haver *integridade* no raciocínio Dworkin sobre estas questões, uma vez que há evidente contradição entre suas posições, pois assegura os direitos antidiscriminatórios enquanto garante o direito ao discurso de ódio:

Aqui, há uma contradição patente no pensamento do autor norte-americano, pois, se de um lado, ele afirma a necessidade de direitos antidiscriminatórios, por outro, afirma o direito de um racista proferir seu discurso em nome do direito de igual respeito e consideração para com o racista. Daí a defesa de Dworkin em relação aos membros da Ku Klux Klan, por exemplo, nos Estados Unidos. (OMMATI, 2021a, p. 133).

Ommati se alinha expressamente à posição de juristas norte-americanos, como Stephen Holmes e Cass Sunstein (2011) que, interpretando a história constitucional norte-americana, propõem que determinados discursos devam ser proibidos porque calam outras pessoas (OMMATI, 2021a, p. 133). Ele também critica a posição de Samantha Meyer-Pflug (2009), em tese de doutorado⁴⁶ porque, ancorada em Dworkin, considera que a posição do Supremo Tribunal Federal em relação ao Caso Ellwanger (HC 82.424) deveria ser a favor da liberdade de expressão do paciente do *writ*.

Ommati discorda, assim, que a posição de Dworkin sobre a liberdade de expressão reconstrói com integridade a história jurídica e institucional da própria sociedade norte-americana. De modo análogo, afirma que no Brasil não são aceitos discursos deste tipo, pois a Constituição Federal determinou a vedação a práticas discriminatórias:

Se, nos Estados Unidos, Dworkin poderá afirmar que a integridade do Direito exigirá praticamente uma não intervenção estatal em relação discursos proferidos pelos cidadãos norte-americanos, em virtude da própria redação da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, embora me pareça, como demonstrei anteriormente, que nem mesmo essa interpretação do autor norte-americano seja consistente tanto com o ideal de integridade, seja com a própria história jurídica e institucional de seu país vista à sua melhor luz, no Brasil, ao contrário, não se pode afirmar em qualquer hipótese que a liberdade de expressão pode ser entendida hoje como a possibilidade de se proferir discurso de ódio quando, posteriormente ao proferimento, ficar provado que se trata de um discurso racista e discriminatório (OMMATI, 2021a, p. 134).

Entretanto, assevera o autor que a história institucional do Brasil esboçada na Constituição de 1988 veda a censura *a priori*, ou seja, que determinados conteúdos sejam de antemão proibidos de serem expressos na esfera pública. Aliás, Ommati aponta que o discurso se torna racista ou discriminador quando adentra a esfera pública, ao se perceber que ele fere a liberdade e a igualdade por não tratar os membros do grupo social com *igual respeito e consideração*. No entanto, isso não significa que responsabilizações, feitas *a posteriori*,

46 Tese convertida em livro: *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio* (2009).

também são vedadas. Ao contrário, proferir discursos de ódio na esfera pública pode gerar *responsabilização* para o autor pois, caso contrário, seria como houvesse pessoas mais iguais e livres que outras:

No entanto, ao contrário do que se poderia pensar, isso não autoriza que, uma vez o racista proferindo seu discurso e mostrando que é racista, ele não seja responsabilizado por seu ato. Seria um atentado contra a própria parcela da população que sofreu a discriminação se o racista não fosse punido. Teríamos alguns mais iguais e livres do que outros. O que a liberdade de expressão estabelece é justamente a vedação de o Estado proibir previamente qualquer forma de expressão (OMMATI, 2021a, p. 135).

Para Ommati, a teoria do direito de Dworkin, esboçada no *Império do Direito* (1986), em que se propõe solucionar os *hard cases*, que tem por fundamento último a necessidade de o Estado agir com *igual respeito e consideração* aos cidadãos, não pode sustentar uma defesa do discurso de ódio como Dworkin realiza.

Embora José Ommati não articule detalhadamente os termos dessa contradição, se limitando a apontar que um projeto de cidadania com respeito ao outro, corporificado no poder constituinte originário democrático, como nos Estados Unidos e no Brasil, não suporta os discursos discriminatórios, o autor dá importante contribuição para a exploração ulterior dessa ideia. A tarefa da presente dissertação envolve, portanto, esse maior detalhamento da acusação de que Dworkin não levou ele mesmo a sério quanto à liberdade de expressão. Afinal, a partir das próprias premissas estabelecidas por Dworkin acerca da interpretação dos valores é possível levar Dworkin a sério quando ele defende a *liberdade de expressão ampla*?

Não há consenso entre juristas acerca do acerto ou não de Dworkin em sua defesa da liberdade de expressão. Há poucos trabalhos que analisam Dworkin *internamente* e Ommati é um dos que anunciou a provável contradição. No cenário internacional, como visto, há ampla divergência acerca do acerto ou não de Dworkin. No cenário nacional, objeto da presente análise, também há ampla divergência entre pesquisadores. Ommati acredita haver uma incongruência evidente em Dworkin, sendo um erro aceitar os discursos de ódio como exercício de liberdade de expressão em uma sociedade com uma Constituição imbuída de sentimento emancipatório.

Seguindo essa perspectiva, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Francisco Castilho Prates e Maria Fernanda Salcedo Repolês também consideram que há um desacerto em Dworkin quando propõe a defesa da liberdade de expressão ampla. Embora não se proponham a realizar uma *análise interna*, mas apenas *externa*, ao pensamento de Dworkin, os autores levantaram bons argumentos para que, em consonância com Ommati, possa haver *responsabilização* aos preconceituosos. Por serem autores que trabalham com a temática

aproximada com a presente dissertação e, dando sequência à tarefa de situar a discussão entre *os pares* no Brasil, é importante apresentar a crítica dos autores a Dworkin.

Oliveira, Repolês e Prates trabalharam expressamente com a posição de Dworkin quanto à liberdade de expressão. No texto *Com, Contra e Além de Dworkin: diálogos sobre a liberdade de expressão, discursos de ódio e os custos da democracia*, publicado no livro *Ronald Dworkin e o direito brasileiro* (2021), argumentam que os custos de sustentar uma *liberdade de expressão ampla* são sempre pagos por grupos minoritários, vitimados dos discursos de ódio. Desse modo, é necessário *ir com Dworkin* até determinado ponto, mas quanto à liberdade de expressão, é necessário romper com ele.

Os autores reconhecem que dialogar com Dworkin não é uma tarefa fácil, tendo em vista sua significativa influência na compreensão do direito moderno. Mas reconhecem que estigmatizar ou dogmatizar suas construções argumentativas não faz juz à sua atitude de acadêmico aberto às discussões (CATTONI et. al., 2021, p. 325 e 326). Não é à toa que, como vimos, Dworkin dialogou sobre liberdade de expressão com feministas, como Catharine MacKinnon, e liberais, como Jeremy Waldron.

Oliveira, Repolês e Prates (2021) pensam que a compreensão da liberdade de expressão dominante nos Estados Unidos, assim como a posição de Dworkin, elencam como justificativas princípios como “mercado livre de ideias” e “profundo compromisso nacional com o princípio do debate público do modo mais desinibido, robusto e aberto possível”, de modo que os grupos minoritários devem suportar o discurso livre, mesmo que ofensivo. O questionamento dos autores, então, indaga se a liberdade de expressão inclui o silenciamento, a dor e o sofrimento de alguns (CATTONI et. al., 2021, p. 327).

Nesse sentido, entendem que a chave interpretativa adequada para entender o sentido e os limites desta liberdade implica reconhecer sua *historicidade*, isto é, a compreensão de que as falas expressadas esboçam uma certa experiência real, pois não estão em um *grau zero de sentido*, e que esta contextualização permite compreender que esta liberdade não constitui direito à ofensa, exclusão e humilhação (CATTONI et. al., 2021, p. 327). Não negam, entretanto, que a regulação estatal possa promover censuras, mas apontam que a “[...] sua pretensa neutralidade e sua omissão não poderiam acabar por potencializar ‘censuras privadas’, silenciamentos que advém da negação dos contextos, das interações desiguais, tanto materiais quanto simbólicas, entre os mais variados atores privados e grupos sociais” (CATTONI et. al., 2021, p. 328). Consideram que a *liberdade de expressão ampla* impede as vítimas de se identificarem como cidadãs, de estarem incluídas nessa mesma sociedade de liberdades e igualdades constitucionais. Por isso, vão *além* de Dworkin ao explicitar a tese da *historicidade*,

segundo a qual “[...] a expressão pública de ódio nunca se dá em abstrato” (CATTONI et. al., 2021, p. 328).

Para os autores, o discurso de ódio não é “discursivo”, pois “[...] qualquer alteridade, tratada como *diferença*, é identificada para ser sufocada, haja vista que não deve haver qualquer *entre compartilhável*” (CATTONI et. al., 2021, p. 329), importando dizer que não há interação entre ofensores e vítimas. Neste sentido, os grupos minoritários são identificados historicamente, isto é, por suas etnias, cor, orientação sexual, dentre outras características que os fizeram sofrerem violações à sua dignidade. Por isso, o componente histórico de negação à dignidade deve ser considerado quando se discute sobre liberdade de expressão. Na visão dos autores, o debate não pode ser realizado sem considerar as condições sob as quais os grupos minoritários sofreram no passado, de modo que, na atualidade, qualquer tentativa de esboçar um regresso pelo discurso é inaceitável.

Outro argumento levantado pelos autores toca em certa contradição no pensamento de Dworkin, pois este considera que, em casos que envolvem proteção da segurança nacional e das reputações, o direito à liberdade de expressão pode ser relativizado. Assim, consideram que há contradição, pois “[...] ao excepcionar os casos da segurança nacional e das reputações, ele estaria doando sentido ao âmbito protetivo da livre expressão levando em consideração os contextos e o momento histórico” (CATTONI et. al., 2021, p. 337).

Na visão de Oliveira, Repolês e Prates, a análise da liberdade de expressão deve levar em consideração a contextualização, isto é, atender à memória e à recordação pois, caso contrário essa liberdade pode se revelar instrumento poderoso de preservação de relações sociais opressivas. Assim, a discussão sobre liberdade de expressão não é exclusivamente sobre o conteúdo locucionário, mas também sobre o sentido ilocucionários e efeitos perlocucionários da fala, o que implica refletir não só desde a “[...] perspectiva dos *falantes*, mas também dos *ouvintes*” (CATTONI et. al., 2021, p. 341 e 342). Seguindo a tradição de John L. Austin, os autores apoiam-se na dimensão performativa da linguagem na qual *dizer é fazer*, para entender o impacto das falas sobre aqueles que são vitimados pelos discursos de ódio:

(...) vemos, assim, a denominada dimensão *perlocucionária* do ato de discurso quando esse pretende impactar as audiências, convencendo e persuadindo, além da *dimensão ilocucionária*, em que o enunciado realiza, pois ao proferirmos algo sobre o mundo, simultaneamente, já concretizamos a ação, como ocorre quando, por exemplo, prometemos algo. Isto é, a linguagem não é restrita a relatar ou descrever uma ação, pois atos de discurso são ação, são performativos, constituem uma dada realidade (CATTONI et. al., 2021, p. 343).

Ancorados em Langton (1993), os autores corroboram que o impacto gerado pelos discursos de ódio nas pessoas varia entre uma força ilocucionária da incitação até os efeitos

perlocucionários do ódio e da violência. Não há como sustentar uma dicotomia entre dizer e agir, por isso a análise dos discursos de ódio não se reduz a uma “questão semântica”. Os atos de discurso, incorporando *historicidade* e *contextos*, já realizam a violência.

Dessa maneira, quando se defende o direito à liberdade de expressão, inclusive discursos de ódio, como Dworkin sustenta, tem-se uma “redução” da concepção de linguagem, isto é, restringe-se a análise desse direito à perspectiva do falante, ignorando, portanto, a relação entre falante e ouvinte. O que Dworkin faz, na perspectiva dos autores, é tratar a liberdade de expressão exclusivamente no âmbito da “autonomia moral individual”, o que não pode ser realizado quando se reflete sobre discursos de ódio:

(...) o problema está em Dworkin amparar o direito à liberdade de expressão na ideia da autonomia moral individual. É inegável que este é um elemento importante para a defesa da liberdade de expressão, no entanto, concordamos com *Langton e Hornby*, quando elas dizem que “[...] nenhuma defesa da liberdade de expressão pode ser baseada exclusivamente na autonomia individual. Uma defesa da liberdade de expressão não pode então se apoiar apenas nos custos e benefícios individuais aos quais Dworkin apela” (LANGTON; HORNBY, 1998, p. 35-37 *apud* CATTONI et. al., 2021, p. 345 e 346).

Esta postura crítica dos autores à Dworkin se traduz também naquilo que Judith Butler denominou “*vulnerabilidade linguística*”:

“[...] os discursos de ódio operam dentro de um complexo sistema linguístico, enraizado e inserido, que impõe que problematizemos quem, como e o que está sendo enunciado ou proferido publicamente, e a quem é endereçado e com qual intenção” (CATTONI et. al., 2021, p. 346).

A análise contextual, portanto, é o grande norte da crítica de Oliveira, Repolês e Prates à Dworkin. Na maioria dos casos, os grupos historicamente vulneráveis são os que sofrem os efeitos dos discursos de ódio; são aqueles que estão excluídos da esfera pública, sendo a intenção daqueles que proferem ódio incrementar essa distinção. Além disso, na visão dos autores, o discurso de ódio inibe a capacidade de manifestação dessas pessoas e dos grupos historicamente rejeitados.

Ressaltam, por fim, uma diferenciação não realizada por Dworkin entre *censura* e *responsabilização*: “A censura refere-se a um ato prévio, estabelecido para impedir que o falante exerça sua expressão pública de modo livre e desembaraçado, enquanto o ato de responsabilizar deve ser sempre *a posteriori*, além de ser normatizado em legislação já positivada” (CATTONI et. al., 2021, p. 348). Sendo assim, os autores concordam que não deve haver censuras à liberdade de expressão, mas nada impede que fundamentadas responsabilizações sejam estabelecidas, pois, as responsabilizações refletem a diferença entre exercício das liberdades e o abuso em seu uso:

Afinal, a defesa da tese de que *tudo podemos expressar*, não é sinônimo de imunização completa por *tudo o que expressarmos*, de modo que o ato de responsabilização opera como *condição de possibilidade* da própria *liberdade de expressão*, dialogicamente traduzida e mantém uma relação direta com a defesa de que cidadãos adultos devem ter sua autonomia moral levada à sério. Ora, como já tinha nos ensinado Kant, o que é a autonomia sem o devido cumprimento de nosso dever? Se temos autonomia para dizer o que pensamos, somos também responsáveis pelo que dissemos, esse é o bônus do ônus de sermos cidadãos adultos (CATTONI et. al., 2021, p. 348, grifos acrescidos).

Dessa forma, os autores captam aquilo que é indutivo e essencial quando se trata do direito à liberdade de expressão: sua intersubjetividade. O esclarecimento do alcance real das considerações sobre tal dimensão, pelos autores, consiste, portanto, em contribuição que permite avanços reais para o tratamento da temática em qualquer Estado que a considere como direito. A liberdade de expressão, devidamente compreendida, estabelece, portanto, uma forma diferente de entender este direito, quando comparada à posição liberal tradicional. Geralmente se concebe que os direitos denominados de primeira geração (ou dimensão), aqueles que segundo José Afonso da Silva (2011) exigem uma abstenção do Estado, como a liberdade de expressão, atuam sob um enfoque solipsista, em que o sujeito de direito, isoladamente, tem a prerrogativa de exercê-lo. Por exemplo, o direito à liberdade de religião ou os direitos políticos ao sufrágio e ao voto.

Nestes casos, a manifestação desses direitos é essencialmente solipsista pois não há vinculação essencial entre a participação do agente em determinado grupo religioso, manifestando o direito à liberdade de religião, com outras pessoas dessa mesma sociedade, que devem apenas “concordar” com a opção religiosa do agente. A liberdade de expressão é diferente. Sua manifestação pressupõe uma *conexão* mais acentuada com outras pessoas, sendo que sua conceitualização e caracterização não pode ser feita como abstencionista ou não interventiva, por ser um direito de defesa, mas necessariamente pressupõe considerar *os agentes* envolvidos, e não o sujeito falante isolado.

Acerca dessa discussão, irei aprofundar as considerações relevantes na parte seguinte, em que discuto a repercussão da defesa da *liberdade de expressão ampla* na obra de Dworkin. O que desejo ressaltar no momento é a importância da contribuição dos autores pátrios tratados até aqui para aprofundar o debate sobre a liberdade de expressão no Brasil. Além disso, é preciso reconhecer que criticaram Dworkin de modo *responsável*, isto é, apresentando os argumentos sem falsear ou caricaturar a posição do autor. Muitas das conclusões expressadas

aqui servirão de estrutura para crítica (interna) à posição de Dworkin a ser desenvolvida adiante⁴⁷.

Até aqui apresentei as posições contrárias à de Dworkin, questionando como o autor relaciona sua posição em defesa da igualdade, *igual consideração e respeito*, e, ao mesmo tempo, defende os discursos de ódio. Para José Emílio (2021), há evidente contradição em Dworkin ao não respeitar a história institucional dos Estados Unidos, não agindo com *integridade*. Para Oliveira, Repolês e Prates (2021), Dworkin não captou o que ocorre do ponto de vista da dimensão performativa da linguagem quando se profere discursos de ódio.

Há, no entanto, uma quantidade significativa de autoras e autores que de algum modo aceitam a posição de Dworkin, isto é, concordam que uma esfera livre para manifestação, inclusive as de ódio, representa uma exigência da independência ética do indivíduo, ao mesmo tempo que aperfeiçoa o debate político sobre temas variados.

O professor Ronaldo Porto Macedo Júnior, em seu texto *Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana?* (2017), aborda como a jurisprudência nacional decide os casos de liberdade de expressão, sob a metodologia de ponderação, ancorada em Robert Alexy, e como esse método é frágil quando se trata de conflito aparente entre princípios. Alguns casos exemplificados acima demonstraram como adoção da ponderação pelo Poder Judiciário Brasileiro gera efeitos e consequências adversos. Por esta razão, Macedo Júnior considera que a tradição brasileira sobre liberdade de expressão tem muito o que aprender com a tradição norte-americana, pois esta estabelece padrões mais claros e delimitados para tratar da liberdade de expressão e dos discursos de ódio (MACEDO JÚNIOR, 2017).

Segundo Macedo Júnior, a opinião pública brasileira tende a ser mais simpática aos modelos restritivos da Europa, relativos à liberdade de expressão, de modo que há um “acordo” entre os mais variados setores e movimentos sociais para que essa restrição seja o parâmetro adotado (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 275). Desse modo, pelo fato de a liberdade de expressão envolver um complexo sistema de dimensões e distinções a respeito do contexto de comunicação, as Cortes brasileiras não se aprofundam nos debates e resolvem os casos superficialmente pelo modelo da ponderação alexyana. Macedo Júnior cita vários casos, como o da proibição na distribuição do livro *Mein Kampf* (Minha Luta), de Adolf Hitler, no Rio Janeiro, sob o argumento de que o livro viola preceitos básicos da dignidade humana das pessoas e que essa dignidade prevalece sobre qualquer outro valor em conflito: “Essa conclusão

47 Ver capítulos 6 e seguintes.

decorre da prevalência dos direitos humanos sobre qualquer outro que possa entrar em conflito com eles” (RIO DE JANEIRO *apud* MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 276).

Outro caso citado por Macedo Júnior é o do candidato à presidência do Brasil, Levy Fidelix, que em um debate presidencial proferiu discursos de ódio contra os homossexuais. Dentre as mais variadas formas de discriminação expressadas naquela ocasião, a mais provocadora foi que “órgão excretor não reproduz”. Por isso, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que o candidato teria se excedido no direito à liberdade de expressão, já que não se pode aceitar ofensas rudes, hostis e que ofendam as pessoas dessa maneira, mesmo em se tratando de um candidato à presidência em um debate eleitoral. O tribunal, na ocasião, ainda afirmou que esse tipo de discurso é um “desserviço para a sociedade democrática” (SÃO PAULO *apud* MACEDO JÚNIOR, 2017).

Para o autor, o Brasil, por meio da Constituição cidadã de 1988, adotou a liberdade de expressão nos moldes liberais em decorrência da censura imposta no modelo ditatorial antecedente à Constituição. De 1964 a 1985 o Brasil foi governado por governos militares, de modo que a liberdade de expressão não era um princípio consagrado. Por isso, a Constituição faz menção expressa de que a censura é vedada e a liberdade de expressão garantida, sendo este um direito das minorias, segundo o Ministro L. R. Barroso (BARROSO, 2017). Além disso, a liberdade de expressão promove transparência e *accountability* no exercício do poder político (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 280 e 281). No entanto, para Macedo Júnior, os pesquisadores, intelectuais e artistas veem a liberdade de expressão como favorável a seus argumentos e contrária aos argumentos e posições de que discordam. Desse modo, é necessária uma refinada e profunda reflexão sobre a liberdade de expressão.

Uma análise sofisticada das decisões dos tribunais também é necessária, visto que, por exemplo, no caso Ellwanger (HC 82.424), já citado, os ministros Gilmar F. Mendes e Marco Aurélio Mello adotaram a ponderação como metodologia para chegar à decisão, chegando a resultados opostos. Macedo Júnior relata que o método da ponderação é comumente utilizado pelos tribunais brasileiros e que há estudos sobre a forma incorreta com que este método é utilizado na determinação e aplicação de precedentes judiciais brasileiros⁴⁸. Dessa maneira, o judiciário cria uma contraposição entre dignidade humana e liberdade de expressão, de modo que esses dois valores, essenciais aos seres humanos, são vistos como conflitantes entre si.

48 Ver SILVA (2002) e ÁVILA (2018).

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís R. Barroso, segundo Macedo Júnior, atuando pretensamente sob um paradigma dworkiniano apresenta a concepção de dignidade humana como interpretativa, por isso, considera necessário fazer o ajuste dos direitos constitucionais ajudando a definir o seu significado nos casos particulares. No entanto, Macedo Júnior alerta que Dworkin rejeita expressamente que o modelo de balanceamento ou ponderação tenha resultados satisfatórios. Ele tem um modelo alternativo sobre os diferentes valores.

Para Macedo Júnior, três elementos resumem a jurisprudência brasileira acerca da liberdade de expressão: (a) uma justificação a favor da liberdade de expressão sob o argumento do mercado livre de ideias, como Mill; (b) A necessidade de ponderar os princípios somente sob um aspecto metodológico e (c) o reconhecimento da dignidade humana como um ponto central e fundamental, embora seja uma conceitualização vaga e feita caso a caso (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 283).

Como contraponto a esta situação, Macedo Júnior aponta construções teóricas que a tradição norte-americana vem acumulando sobre a liberdade de expressão, como um rico aparato conceitual e inovações metodológicas, dentre elas uma alternativa ao método ponderativo *ad hoc*. Apresenta, também, a tradição do “mercado livre de ideias”, ancorado em J. S. Mill, com *seu telos* de que as melhores ideias eventualmente prevalecem através da competição. O mercado livre de ideias é necessário para uma sociedade livre, plural e informada, e não para indivíduos isolados, na medida em que é uma ferramenta importante para gerar boas consequências para o bom governo e a verdade (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 287).

Macedo Júnior cita Dworkin como um representante da tradição americana que considera a liberdade de expressão importante porque promove e faculta a cada indivíduo a autorrealização e o exercício da autonomia. Dessa maneira, o governo tem a responsabilidade de criar as circunstâncias nas quais indivíduos podem livremente realizar suas próprias escolhas sobre suas vidas e perseguir sua autorrealização individual. No entanto, outros autores levantam que a igualdade também é um valor que promove a autorrealização e a autonomia. Sendo assim, ela concorre com a liberdade de expressão para o mesmo fim. Leis antidiscriminatórias, por exemplo, também buscam a autorrealização e autonomia e não são violadoras da liberdade de expressão nesse sentido.

O autor relata também a posição de Waldron, em que a concepção de *dignidade* informa que leis antidiscriminatórias manifestam uma dimensão do conflito inevitável entre valores que requer acordo dentre aqueles que optam pela ponderação como solução. Dworkin, por outro lado, argumenta não somente a partir do conflito entre valores, mas dispõe de uma metodologia

apropriada para decidir os casos de discursos de ódio. De acordo com Macedo Júnior, Dworkin entende a dignidade como um *conceito interpretativo*, enquanto Waldron a concebe como um *conceito criterial* ou um *conceito sociológico*. Macedo Júnior não quer adjudicar qual destes critérios é satisfatório e quais consequências advém ao optar por determinada concepção da dignidade, mas apenas pontuar como o debate é mais conceitual e ainda não reconhecido adequadamente na jurisprudência brasileira (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 289 e 290).

Macedo Júnior cita novamente o pensamento de Dworkin para mostrar que a estratégia do mercado livre de ideias como fundamento para sustentar uma atitude permissiva da liberdade de expressão é justificada sob dois argumentos. De acordo com o primeiro, que trata do debate sobre o direito à pornografia, afirma-se que, embora a pornografia seja ruim para a comunidade como um todo, as consequências da censura destinada a reprimi-la seriam, no médio e longo prazo, muito piores do que sua aceitação. Dworkin denomina essa estratégia como *baseada em metas* (*goal-based strategy*). Já o segundo argumento justifica a existência de um direito à pornografia porque, mesmo se ela ocasionar alguma piora para a sociedade no longo prazo, é errado censurá-la, pois viola direitos individuais dos cidadãos. Dworkin denomina essa estratégia de *baseadas em princípios* (*rights-based strategy*). O segundo argumento é o que expressa a concepção dworkiniana de direitos considerados como *trunfos*, conforme visto nos capítulos anteriores (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 290). A estratégia *baseada em princípios*, para Macedo, é um sofisticado método de interpretação dos direitos fundamentais negligenciado pelos tribunais no Brasil que se restringem à ponderação.

Dada a riqueza desta construção teórica para a solução da tensão entre liberdade de expressão e discursos de ódio feita pela experiência norte-americana, Macedo Júnior sugere que a tradição brasileira se abra a outros métodos de interpretação de direitos e garantias fundamentais. Graças a esse arcabouço teórico produzido, argumenta o autor, a Suprema Corte norte-americana incorpora um complexo sistema de interpretação da liberdade de expressão frente aos discursos de ódio. Neste sentido, o paradigma do “*clear and present danger*” é entendido por Macedo Júnior como apresentando a vantagem de estabelecer critérios objetivos e definidos para traçar os limites da liberdade de expressão.

A tradição norte-americana é crítica do modelo de ponderação, dominante na Europa e na América Latina, pois entende que esta forma de compreender a liberdade de expressão dispõe de métodos menos condizentes com uma prática social orientada a um paradigma que vê com bons olhos o estímulo à circulação de “mais discurso”. Por fim, Macedo Júnior lista alguns dos benefícios que a tradição americana disponibiliza para o tratamento da disciplina jurídica da liberdade de expressão e dos discursos de ódio. Dentre eles, podemos selecionar:

(1) A doutrina americana remendou um aparato analítico complexo e refinado concernente à natureza da linguagem em diferentes contextos. Este é um dos resultados mais importantes de casos como *Brandenburg*. [...]

(3) A história americana também mostra um contexto interessante no qual o funcionamento dos limites estruturais da liberdade de expressão pode ser analisado e criticado. Essa crítica levou a distinções especiais de áreas especiais, como a grande mídia, contextos de emprego, contextos acadêmicos, que raramente são considerados em forma mais apurada pelos tribunais e doutrinas brasileiras.

(4) A experiência americana produziu um rico aparato conceitual que ajudou a compreender e analisar as controvérsias da liberdade de expressão - entre elas a natureza normativa ou interpretativa de conceitos como democracia, autonomia, direitos (como trunfos), debate público, insulto, negligência temerária, malícia real, incitamento, etc. O direito americano também tem servido como um rico cenário jurídico e institucional no qual teorias como a “má tendência”, ainda presente na jurisprudência brasileira.

(5) Ela também criou muitos mecanismos ou testes jurídicos, como “perigo claro e presente” ou escrutínio estrito, que podem servir como métodos alternativos para impor critérios mais claros, menos contestáveis e possivelmente mais objetivos sobre como definir os limites da liberdade de expressão em contextos específicos⁴⁹ (MACEDO JÚNIOR, 2017, p. 298 e 299).

O que se pretende ao apresentar o argumento de Ronaldo Porto Macedo nesta dissertação é, primeiramente, demonstrar o estado da arte da discussão sobre liberdade de expressão no Brasil, ainda que isso signifique reconhecer um déficit da prática em relação à teoria e, também, apresentar a visão do assunto do ponto de vista de um dos maiores especialistas brasileiros no pensamento de Dworkin na atualidade. Desse modo, Macedo Júnior aceita e corrobora o tratamento da liberdade de expressão nos moldes da proposta de Dworkin de discurso livre e sujeito a pouquíssimas restrições.

A tese de que a liberdade de expressão é um *direito em sentido forte*, somada à crítica ao modelo da ponderação, constituem em conjunto os comprometimentos centrais da corrente dworkiniana no Brasil, exemplificada pelas posições de Macedo Júnior. Cito, aqui, dois autores, Leonardo Gomes P. Rosa e Clarissa Gross, orientados pelo autor, que endossam, em maior ou menor medida, a compreensão de Dworkin sobre a liberdade de expressão:

49 No original: 1. American doctrine has tinkered a complex and refined analytical apparatus concerning the nature of language in different contexts. This is one of the most important outcomes of cases like *Brandenburg*. 3. American history also shows an interesting context in which the functioning of the structural limits of free speech can be analyzed and criticized. This critique has led to special distinctions of special areas such as big media, employment contexts, academic contexts, which are rarely considered in a more refined way by Brazilian courts and doctrine. 4. The American experience has produced a rich conceptual apparatus that helped to understand and analyze free speech controversies – among them the normative or interpretive nature of concepts such as democracy, autonomy, rights (as trumps), public debate, insult, reckless disregard, actual malice, incitement, etc. American Law has also served as a rich legal and institutional setting in which theories such as “Bad tendency”, that is still vivid in Brazilian case law. 5. It has also created many legal mechanisms or tests such as “clear and present danger” or strict scrutiny which can serve as alternative methods to imposing clearer, less disputable and possibly more objective criteria on how to define the limits of free speech in specific contexts.

Esta dissertação é dedicada, entre outros, à busca, no pensamento de Ronald Dworkin, de razões contra estas intuições e conclusões. Não se trata de defesa da moralidade deste tipo de discurso, mas de defesa do direito ao discurso, mesmo ele sendo evidentemente imoral. Como discuto abaixo, temos razões para concordar com Dworkin que o ponto da liberdade de expressão não é saber se o discurso deve ser praticado, mas se há um direito de praticá-lo (ROSA, 2014, p. 15).

O fato de nos alinharmos ao lado da igualdade, repudiando e combatendo todo tipo de preconceito e de opressão, não significa nos posicionarmos contra a dignidade dos racistas, sexistas, homofóbicos, fanáticos ou outros tipos de preconceituosos. O alerta de Dworkin é claro: a forma como protegemos a liberdade de expressão é uma das instâncias pela qual operamos o próprio valor da igualdade. O valor da nossa vida, da nossa luta pela promoção da justiça, depende de como insistimos ou não na dignidade também dos opressores. Nas palavras do próprio Dworkin, a dignidade é indivisível. (GROSS, 2017, p. 346).

Macedo Júnior adota, neste sentido, uma visão sobre o tema que unifica os pressupostos de uma série de pesquisadores que trabalham a liberdade de expressão em Dworkin, admitindo, inclusive, a possibilidade de discursos de ódio no cenário atual brasileiro. O professor também escreve em vários sites, como no *Dissenso*, plataforma “destinada à promoção da liberdade de expressão no ambiente digital que busca promover o diálogo entre academia, operadores do direito e sociedade por meio da difusão de informação” (DISSENSO, 2021), acerca de temas atuais sobre a liberdade de expressão.

No artigo *Liberdade de expressão e preconceito contra homossexuais. Dois episódios e muita confusão*, em que discute “[...] uma exposição de ‘arte LGBT’ no museu do Santander na cidade de Porto Alegre” e uma decisão judicial autorizando os psicólogos a realizarem, se quiserem, a denominada ‘cura gay’, Macedo entende que a saída para os problemas relacionados à liberdade de expressão é sempre mais discurso circulando entre os agentes na esfera pública:

Pode um dermatologista defender publicamente, por exemplo num programa de entrevista, a ideia de que poderosos cristais de cor avermelhada são a melhor cura para melanomas? Poderia um professor de biologia defender o criacionismo em programa televisivo? Poderia um religioso defender a ideia de que a homossexualidade é uma doença? Poderia, por fim, um psicólogo defender semelhante convicção num artigo de jornal? Entendo que sim. O espaço público do debate de ideias se diferencia do âmbito técnico e científico da prestação de um serviço de saúde como na prática da medicina ou da psicologia dentro de um consultório ou hospital. 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 (MACEDO JÚNIOR, 2017).

Sobre liberdade acadêmica, o autor discutiu no texto “Liberdade de expressão como direito humano e a autonomia acadêmica: Dois casos recentes” a pesquisa da discente do programa de pós-graduação em Direito UFPA, Dienny Riker, sob orientação do docente Victor Sales Pinheiro, da Universidade Federal do Pará (UFPA), que apresentou uma dissertação sobre

o casamento homoafetivo à luz de John Finnis, um professor australiano, emérito de Oxford (UK). Na dissertação, a autora critica a possibilidade do casamento homoafetivo à luz das ideias de Finnis.

O DCE da instituição requereu que o programa de pós-graduação não autorizasse a defesa da dissertação, censurando-a. Neste ponto, Macedo questiona se é possível que os programas de pós-graduação censurem trabalhos cujo conteúdo esboça discordância ao casamento homoafetivo. Para ele, o espaço de um programa de pós-graduação significa um “[...] compromisso com o debate radicalmente amplo e aberto de ideias, característico do *ethos* acadêmico” (MACEDO JÚNIOR, 2018b). O autor argumentou, além disso, que a própria liberdade de expressão é um direito humano, e que o pluralismo é um “valor importante para a qualidade e prestígio da universidade”. Dessa forma,

(...) sacrificar a liberdade acadêmica em benefício de objetivos político militantes, por mais louváveis que estes possam parecer aos seus defensores, é um erro acadêmico. Nada impede que no campo da militância o repúdio a ideias continue a ser feito através de *banners*, faixas e gritos de ordem. Mas no campo da academia é fundamental que as teses ainda sejam julgadas por bancas formadas por acadêmicos, por critérios acadêmicos, dentro de um *ethos* acadêmico. Talvez os militantes mais empedernidos tenham dificuldades para compreender e aceitar isto. Certamente as agências de fomento e de apoio a pesquisas acadêmicas sempre estarão mais abertas a compreender tais argumentos quando expostos com clareza e sinceridade (MACEDO JÚNIOR, 2018b).

Corroborando Macedo Júnior, portanto, com a compreensão de Dworkin acerca da liberdade de expressão, realizada não de forma superficial, mas estabelecendo articulações e definições complexas sobre o tema que ainda não é explorado como deveria no Brasil. Macedo tem sido o principal pesquisador que vem debatendo e propondo interpretarmos a liberdade de expressão “sob um modelo norte-americano”, isto é, um modelo com profundas raízes em John Stuart Mill e Dworkin, reforçando a necessidade de consolidar uma arena pública onde os discursos são livremente proferidos sem imposição de sanções ou censuras. Tudo isso, como disse, feito de forma *responsável* e integrada, embora se pretenda mostrar que o melhor entendimento integrado de diferentes aspectos da teoria do direito de Dworkin justifique esta conclusão.

Ainda sobre liberdade acadêmica, em contraponto, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni e Francisco Prates têm explorado a possibilidade de o candidato escrever texto que demonstre desrespeito aos direitos humanos na redação do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). Em artigo publicado em site jurídico, Conjur, com o título “Pode escrever ‘direitos humanos são esterco’ no ENEM? Não!”, os autores debatem uma decisão do Supremo

Tribunal Federal (STF) que, em sede liminar, suspende norma do ENEM que dispõe que será atribuída nota zero para as redações com teor de “desrespeito aos direitos humanos”.

Para a relatora, a ministra Carmem Lúcia, a norma restringiria o campo da liberdade de expressão, inviabilizando a possibilidade do candidato estudante se expressar. Contrariamente, os autores sustentam algo distinto: “[...] levantamos outro risco, que é o de se passar a mensagem, para toda a sociedade, *de que o sistema constitucional das liberdades não se preocupa em situar a dor daqueles destinatários de falas ofensivas, em si mesma excludentes, ainda que postas em uma ‘folha de redação’*” (STRECK; CATTONI; PRATES, 2017).

Na visão dos autores, a liberdade de expressão não é incondicionada, pois, se a constituição veda a censura, “[...] não dá guarida para aqueles que levantam pretensões não validáveis discursivamente, pois não há um direito constitucional que garanta o fomento de ofensas” (STRECK, CATTONI; PRATES, 2017). Por isso, nada impede que *responsabilizações, a posteriori*, possam ser efetuadas contra aqueles que em uma esfera pública ampliam o sentimento de não pertença daqueles ofendidos pelos discursos de ódio.

Nos casos elencados, é possível identificar as diferentes posições de doutrinadores consagrados no Brasil acerca da temática da liberdade de expressão e discursos de ódio. Todos eles advogam por teoria do direito no Brasil aproximada com a proposta de Dworkin, isto é, todos eles – Ronaldo Macedo, Lenio Streck, Marcelo Cattoni, José Emílio – compreendem a significativa importância da teoria do direito proposta por Dworkin, mas divergem no tratamento encampado por ele sobre a liberdade de expressão. Entretanto, não há incompreensão nenhuma daqueles que incorporam teses mais gerais de Dworkin sobre o direito, práticas sociais, interpretação, moralidade, valores etc. mas não subscrevem ao seu posicionamento relativo à liberdade de expressão, pois, subscrever à teoria de um autor não implica subscrever a todos os seus particulares e tampouco a todas as suas posições sobre questões mais especializadas.

Ao contrário, há autores que sustentam que a contradição está nos comprometimentos teóricos adotados pelo próprio Dworkin, visto que este argumenta que devemos tratar todos com *igual respeito e consideração*. Essa é, portanto, a tarefa da presente dissertação: investigar como uma interpretação defensável e integrada da teoria de Dworkin, considerando vários de seus elementos, pode ser articulada para argumentar que os discursos de ódio não devem ser admitidos, ao contrário do que o próprio autor sugere. Argumenta-se também, que a aceitação dos discursos de ódio decorre do fato de que esses variados elementos e concepções não são vistos integrativamente, ignorando ao menos em parte o aspecto em que um deles fornece apoio aos demais.

Há, ainda, outros autores brasileiros que trabalham especificamente a perspectiva de Dworkin quanto à liberdade de expressão, cuja exposição será feita a seguir para concluir a apresentação do estágio atual do debate nacional sobre essa temática. Na maioria dos casos, esses autores concordam com a posição de Dworkin, compreendendo não haver incongruências em seus termos. Com a exposição sintética do conteúdo das dissertações discutidas a seguir, trabalhos apresentados em programas de pós-graduação consagrados no Brasil (UFPA, UNB e USP), demonstra-se a relevância atual da temática, e procura-se inserir esta dissertação no contexto dos seus pares. Os autores trabalhados serão Sávio Barreto Lacerda Lima, Ana Luiza Nuñez Ramalho e Leonardo Gomes Penteado Rosa.

A dissertação de Lima, com o título *Liberdade de Expressão: a concepção integrada de Dworkin* (2015), se propôs a demonstrar o caráter holístico da teoria de Dworkin de modo que os valores “liberdade” e “igualdade” se complementem e não se contraponham. Por estarem no campo dos valores, a forma de justificá-los é por meio de argumentos interpretativos/integrativos, de modo que a unidade do valor seja alcançada como resultado do desempenho da responsabilidade moral do intérprete de integrá-los satisfatoriamente.

O autor apresenta a discussão do *Caso Ellwanger* (HC 82.424) em que questiona a posição dos ministros que trataram a liberdade de expressão de modo a não incluí-la em uma gama de outros valores, mas ao contrário, como colidentes entre si. Em sua visão, os ministros atuaram sob uma concepção fragmentada de liberdade, isto é, uma liberdade que se choca com outros valores. Como o marco teórico da pesquisa é a teoria do direito de Dworkin, o autor aponta que o tratamento da liberdade de expressão deve ser integrado, de modo que se coadune com outros valores sustentados na comunidade. Dessa forma, uma justificativa contrária à liberdade de expressão não seria admitida, pois a minoria há de sustentar alguns infortúnios para que a liberdade seja satisfeita (LIMA, 2015, p. 125).

No entanto, para o autor, o fundamento pelo qual deve ser negada a possibilidade de propagação de ideias que propugnam pela inferioridade humana é o da *igualdade*, tal como entendida por Dworkin. Em outras palavras, os discursos de ódio que propugnam pela inferioridade humana não devem ser permitidos, pois violam um princípio ético de dignidade humana, assim entendida por Kant e corroborada por Dworkin, de acordo com o qual ninguém pode impor a condição de inferior a outrem ao mesmo tempo que respeita a humanidade e dignidade em si. Por isso, o autor não coaduna com discursos de ódio veiculados unicamente nesse sentido:

A concepção integrada do direito à liberdade de expressão que aqui se defende não permite a propagação da ideia de inferioridade humana pelo fato de que, se assim o permitisse, estaria violando um princípio ético e moral fundamental, que, no campo

da moralidade política, está embutido principalmente na ideia de igualdade. Quando se integra o direito à liberdade de expressão à moral pessoal e à moral política, constata-se, de imediato, com base nos princípios mais fundamentais ali encontrados, que ninguém pode reivindicar o direito de colocar, mesmo num simples discurso, outra pessoa ou um grupo delas em condição de inferioridade ou de superioridade humana (LIMA, 2015, p. 128).

O que o autor propugna é que a negação à liberdade de expressão, quando esta inferioriza as pessoas, seja feita de modo integrativo, isto é, não dispondo de argumentos que ensejam conflitos entre democracia, autonomia privada ou busca da verdade, mas buscando integrar a liberdade com a igualdade, com respeito à *dignidade humana*. O Supremo Tribunal Federal, portanto, valeu-se de argumentos que apresentaram princípios em conflito com a liberdade de expressão, o que levou a corte negar o *habeas corpus* para o paciente Ellwanger, pois tratou a concepção de liberdade de modo fragmentado. Na visão do autor, se a Corte adotasse uma interpretação integrada, o resultado seria o mesmo, mas fundamentada em justificação mais robusta, com *integridade*, de modo a cumprir, perante a sociedade, a *responsabilidade* em julgar os casos com base no direito da comunidade.

Lima não analisa expressamente se Dworkin seria contraditório ao defender a *liberdade de expressão ampla*, que admite que se inferioriza as pessoas, ao mesmo tempo em que se ancora em um conceito de dignidade estabelecido por Kant. Ao invés disso, argumenta que discursos de ódio podem ser restritos em casos de integração com a *igualdade e dignidade humana*, situação essa que Dworkin não compreende como capaz de restringir o direito à liberdade de expressão. Como visto, a única situação capaz de afastar a proteção conferida pela liberdade de expressão a um discurso é aquela em que a manifestação gera perigos iminentes às vítimas, seguindo a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana.

Lima, entretanto, pensa ser possível encontrar razões na própria teoria de Dworkin para que determinadas expressões sejam restritas ou proibidas, uma vez que o apoio de Dworkin em Kant impede que tais proferimentos sejam feitos no intuito de instrumentalizar as pessoas. O presente trabalho explorará um argumento análogo na parte dois, discorrendo sobre a aceitação de Dworkin da concepção de dignidade nos moldes de Kant e como isso se relaciona com sua posição em defesa da liberdade de expressão. Não é possível argumentar, no entanto, que o próprio Dworkin extraiu dessa relação conceitual uma conclusão que justifique a limitação da liberdade de expressão quando esta inferioriza as pessoas, conforme sustentou Lima. Dworkin sustenta o contrário. Apesar disso, o presente trabalho alinha-se à conclusão de Lima e reconhece que a incongruência está nos comprometimentos sustentados pelo próprio Dworkin, pois ao unificar os valores, excetua a liberdade de expressão como um *special right* (direito

especial), não havendo nenhuma justificativa para isso. Se assim fosse, todos outros valores estariam subordinados a ela por ser cogente, não havendo de antemão direitos dos cidadãos, uma vez que eles estariam sempre limitados pelo âmbito de atuação quase irrestrito da liberdade de expressão.

A posição de Lima tende a justificar a *dignidade humana* de modo integrativo, negando, portanto, que falas cujo conteúdo inferiorize seres humanos possam ser manifestações livres na esfera pública. Contudo, diferente de Ommati (2021), Cattoni et. al. (2021), Lima se apoia no direito da outra pessoa, a vitimada, à igualdade. Ele sustenta que há um direito, tal como defendido por Dworkin, em sentido forte, que se contrapõe à *liberdade de expressão ampla*. Ou seja, o princípio da igualdade, como igualdade de recursos, é o princípio suficientemente apto a se contrapor à liberdade de expressão que admite os discursos de ódio.

Portanto, nenhum outro elemento, como *historicidade e performatividade*, elencados por Cattoni et. al. (2021), ou a *história institucional*, elencada por Ommati, teriam força ou peso suficiente para restringir a liberdade de expressão quando ela inferioriza as pessoas. O raciocínio de Barreto tenta demonstrar como a liberdade integrada à igualdade resulta na negativa da *liberdade de expressão ampla*, mesmo que tal inferência, não obtenha a adesão do próprio Dworkin. Mais adiante, trataremos de como Rosa explora o porquê desse raciocínio não ser encampado por Dworkin.

Sob orientação do professor Menelick de Carvalho Netto, Ana Luiza Nuñez Ramalho produziu dissertação com o título *Igual consideração e respeito, independência ética e liberdade de expressão em Dworkin: Uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios* (2016). Sustentando posição divergente da posição de Lima, a autora aduz que o contexto atual da sociedade brasileira deve estar preparado para ressignificar a liberdade de expressão o que, contudo, significa ainda percebê-la como manifestação da *independência ética*.

A dissertação recupera os argumentos da tradição dworkiniana, como a distinção entre regras e princípios, além de contrapor a teoria de R. Dworkin à de Robert Alexy. Em caso de colisão de normas, o modelo alexyano segue um método esquemático para solução. Ao contrário, Dworkin sinaliza para a comunidade de princípios e integridade no direito. Ou seja, pela teoria dworkiniana há somente uma resposta correta para o caso, sendo que a solução é feita por argumentos interpretativos que justificam e se ajustam à prática institucional, e não por métodos de preferências e balanceamento. Nesse sentido, portanto, a autora sustenta a integração entre o postulado da *igual consideração e respeito* e o da *liberdade de expressão*. O

acordo, e não a supressão, entre os valores *igualdade* e *liberdade* é a meta que o intérprete deve seguir. Para isso, no entanto, a tarefa argumentativa é árdua.

A igualdade é o valor principal da teoria de Dworkin, pois exige que o Estado atue com *igual consideração e respeito* a todos os agentes. Não à toa, seu liberalismo é denominado “liberalismo igualitário” (KYMILCKA, 2006). A liberdade, conseqüentemente, perde o papel principal que exercia no pensamento dos liberais políticos clássicos, como Isaiah Berlin. Isso porque Dworkin aponta que a liberdade no geral, entendida como ausência de impedimentos, é facilmente superada por qualquer meta, objetivo ou interesse majoritário do governo, de modo que seria rotineiramente sacrificada. Por esse conceito de liberdade, inevitavelmente, assinala Dworkin, haverá contraposição entre a liberdade e a igualdade.

Como a liberdade deve se encaixar numa visão mais geral dos valores, portanto? Em Dworkin, a liberdade está incorporada à igualdade, não no seu sentido geral, mas como liberdades, em sentido específico, como a liberdade de expressão e religião. O direito às liberdades é manifestação da igualdade, isto é, do *igual respeito e consideração* do Estado para com as pessoas. Portanto, dizer que o Estado age com igualdade é garantir a cada cidadão os direitos as liberdades incorporadas à igualdade. Assim, não há contraposição entre liberdade e igualdade, por exemplo, quando se trata da relação entre o direito à liberdade de expressão do racista e o direito à igualdade da vítima. Ao contrário, o direito à liberdade de expressão é sempre exigência da igualdade (RAMALHO, 2016, p. 111).

Desse modo, Ramalho também elenca a *independência ética* como argumento de Dworkin em defesa da liberdade. Ou seja, é defeso o Estado avançar em temas que importam em escolhas éticas do indivíduo, como a liberdade de expressão. O ponto que nos interessa, entretanto, é o questionamento da autora sobre se temos um direito ao discurso de ódio. De acordo com Dworkin, o indivíduo possui *special rights* (direitos especiais) contra o Estado que o deixa imune a quaisquer violações. O direito à liberdade de expressão é um destes direitos, devendo ser aceito a qualquer custo pelos outros membros da sociedade, inclusive as vítimas. Ao tratar do caso Ellwanger (HC 82.424), por exemplo, questionando o método ponderativo utilizado, a autora demonstra que alguns autores nacionais e internacionais sustentam a impossibilidade de discursos de ódio serem aceitos em uma esfera pública democrática. Entretanto, sustenta a autora, em uma perspectiva dworkiniana, deve-se buscar “[...] superar o medo do risco especulativo que o discurso de ódio pode representar”: (RAMALHO, 2016, p. 146):

Neste momento, devemos lembrar que a democracia pressupõe mais que o consenso: ela clama pela abertura ao dissenso. Alertemos para o risco de quando uma maioria tenta impor às pessoas o que ela entende por certo ou por errado. A liberdade de

expressão é um direito particularmente necessário a um justo e adequado sistema democrático de governo. E ela encontra refúgio no respeito à independência ética, tendo em vista que uma maioria não tem o direito de me impor suas convicções externas, ou seja, suas preferências sobre o bem viver (RAMALHO, 2016, p. 148).

Ramalho sustenta que a aceitação do direito à *liberdade de expressão ampla* decorre da noção de *direito-trunfo*, por isso não se deve valorar se a manifestação de pensamento é ou não de ódio, sendo necessário assegurar que o discurso possa ser expresso:

Entendemos que a inclusão de minorias, pressuposto crucial para a formação de uma identidade constitucional, não resta prejudicada com a proteção do discurso do ódio. Pois o direito-trunfo à voz igual de cada cidadão não deve ser seletivo. Ora, a voz é igual, independentemente de se configurar em uma voz odiosa, ou bondosa. Portanto, a liberdade de expressão é pressuposto da abertura democrática e da igual consideração e respeito que o Estado deve aos seus concidadãos (RAMALHO, 2016, p. 148).

Mesmo salientando que o direito à liberdade à expressão não é absoluto, e que há alguns limites a serem estabelecidos a quem professa discursos de ódio, como aqueles que Dworkin supõe ser legítimo admitir, a autora acredita que esses discursos convivem num cenário de liberdades, não violando a *igual consideração e respeito*:

Assim, o *hate speech* não somente convive em um cenário que protege as liberdades, como também decorre e se pressupõe em um cenário onde cada indivíduo é tratado com igual consideração e respeito. Por isso, a aceitação do discurso do ódio não anula os postulados da igualdade e da liberdade, mas os complementa. É certo que nenhum direito é absoluto, nem mesmo a liberdade de expressão. Não estamos aqui pregando que o discurso do ódio não tenha limites. Isso não se coadunaria com toda a coerência da teoria dworkiniana a qual defendemos (RAMALHO, 2016, p. 148).

O cenário de liberdades, entretanto, pode conviver com leis antidiscriminatórias, pois estas se justificam a partir de argumentos de princípios dos membros discriminados. O que Ramalho assinala é que não há incompatibilidade na teoria dworkiniana à conjugação entre o direito à *liberdade de expressão ampla*, que incorpora discursos de ódio, com eventuais leis antidiscriminatórias, pois elas também decorrem de argumentos de princípios. Essas leis antidiscriminatórias, assinala, são exigências do postulado da *igual consideração e respeito*.

O sentido que a autora pretende atribuir ao conteúdo dessas leis é que elas proíbem discriminação e preconceito enquanto graves, iminentes e reais. Isto é, dirigem-se, por exemplo, a condutas que inibem o acesso a locais, bem como a empregos por motivos de discriminação (RAMALHO, 2016, p. 149). Em suma, são as condutas previstas, no Brasil, como racismo, e não injúria, através da lei 7.716/89.

Desse modo, Ramalho em nada se afasta da previsão original de Dworkin quando este compreende que somente em casos de perigos iminentes e reais há razões para restringir a liberdade de expressão. O que esta dissertação intenta demonstrar é que esse paradigma, que

Dworkin e a Suprema Corte norte-americana endossam, é equivocado por não considerar a linguagem como uma prática intersubjetiva, o que afeta a defesa de Dworkin da liberdade de expressão e seus institutos, conforme apresentado na parte dois.

Leonardo Gomes Penteado Rosa, sob orientação de Macedo Júnior, escreveu dissertação acerca da defesa da liberdade de expressão em Dworkin, na qual objetiva demonstrar ser coerente a posição do jurista norte-americano em sua defesa do direito à fala mesmo em casos controversos. Em suma, objetiva fundamentar o direito à liberdade de expressão na teoria dworkiniana, de modo a sustentar que os discursos de ódio, mesmo dotados de conteúdo discriminatório, são manifestações que devem ser aceitas pela sociedade, pois representam posições inatingíveis pelo Estado, por serem manifestação da *independência ética*.

O autor recupera conceitos da teoria dworkiniana como liberdades, direitos, boa vida, justiça, ética, autenticidade, dentre outros. Como argumento principal, sustenta a integração da liberdade à igualdade pela teoria da justiça de Dworkin, a igualdade de recursos. Em suma, valendo-se da teoria da justiça de Dworkin, o autor sustenta que as liberdades, como a de expressão, admitem o uso desimpedido dos recursos distribuídos com justiça, isto é, a simples manifestação de ideias racistas, por exemplo, não configura subtração de recursos, se distribuídos igualmente pela igualdade de recursos. Ela não caracteriza, nesse sentido, subtração de recursos a que o indivíduo tenha direito.

Desse modo, assegura Rosa que “[...] tendo o indivíduo direito a determinado recurso lhe é dado usá-lo para expressar suas opiniões, quaisquer que sejam, como preferir, desde que não viole direito de terceiros” (ROSA, 2014, p. 164 e 165). A integração entre liberdade e igualdade na justiça distributiva, portanto, consiste na fundamental justificativa para um direito à liberdade de expressão, inclusive para discursos de ódio:

A integração das liberdades à igualdade oferece a chave interpretativa das liberdades em geral, e da liberdade de expressão em especial, no pensamento de Ronald Dworkin. Especificamente, explica o porquê de o discurso de ódio, a pornografia e outras hipóteses de exercício de liberdade de expressão comumente restringidas ou simplesmente proibidas, estarem incluídas na concepção do direito à liberdade de expressão defendida pelo autor. Em poucas palavras, a integração da liberdade à igualdade traduz a necessidade de compreender a liberdade enquanto grupo de liberdades na forma de direitos no sentido forte ao uso dos recursos atribuídos a cada indivíduo conforme for distributivamente justo (ROSA, 2014, p. 165).

Isso significa compreender que a justiça distributiva delinea a atribuição do uso dos bens, inclusive das liberdades, de modo que o exercício dessa liberdade não implica, necessariamente, em uma subtração de recursos de outra pessoa. Por isso, proferir ódio não significa a redução de recursos e bens das pessoas:

Em poucas palavras, discurso racista, homofóbico, misógino etc., por mais ofensivo que seja, não é discriminatório porque não viola direitos. Isso é diferente de dizer que o conteúdo do discurso não defende discriminação; discurso racista, por exemplo, defende discriminação no sentido de que seu conteúdo é discriminatório, isto é, no sentido de que as proposições do discurso são inconciliáveis com proposições igualitárias, por exemplo. Neste sentido, e somente neste sentido, é possível dizer que ele é “discriminatório”. Mas esse não é o sentido relevante de discriminação, que só é inteligível enquanto categoria capaz de restringir liberdades se entendida como violação de direitos. Ou seja, no sentido relevante à discussão sobre liberdades, um ato é discriminatório não quando o seu conteúdo é discriminatório, mas quando ele próprio subtrai, toma ou impede acesso a bem, recurso, oportunidade a que alguém tenha direito. (ROSA, 2014, p. 165 e 166).

Segundo Rosa, portanto, essa é a premissa sobre a qual Dworkin ancora sua defesa da liberdade de expressão quando discute a tensão com os discursos de ódio. Somado aos argumentos do *direito em sentido forte, integração da liberdade à igualdade e princípio da segurança*, componente do princípio da abstração, que compõe a base do leilão imaginário, há honrosa defesa das liberdades, que podem ser negadas somente quando outro exercício de direito em sentido forte venha a ser violado (ROSA, 2014, p. 167).

Para o autor, há a necessidade de diferenciar entre conteúdo discriminatório e discriminação porque os conteúdos discriminatórios não violam direitos, em sentido dworkinianos, isto é, em *sentido forte integrado à liberdade*. Muitos confundem essa distinção, ao igualar conteúdo discriminatório com discriminação:

Daí o fato de que determinado “discurso é discriminatório” não ser capaz de restringir o exercício da liberdade de expressão. A ideia de que algo é “racista” é ambígua, e atribuição de sentido mais específico revela distinções importantes ao tema das liberdades. Chega a ser tautológico dizer que ninguém tem direito de violar direitos sob pretexto de exercer liberdades; o problema é que muito do que comumente se entende como discriminatório na verdade é simplesmente de conteúdo discriminatório, o que não viola direitos e pode, portanto, perfeitamente consistir em hipótese de regular exercício de liberdade, sem prejuízo de se apontar, por outros motivos, violação efetiva de direitos que então justifique restrição (ROSA, 2014, p. 167).

Para Rosa, no entanto, há possibilidade de que os discursos ofensivos, com conteúdo discriminatório, sejam restritos: é necessário apresentar o direito violado, e isso é mais perceptível em situações mais restritas do que em âmbito geral. O que o autor critica nesse sentido é a criminalização difusa de condutas por aqueles que defendem a regulamentação. A título de exemplo, critica o artigo 20 da já citada lei 7.716/89 que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor: a criminalização aqui é abrangente demais, de modo que inviabiliza o exercício da liberdade de expressão. O texto da norma dispõe: “Art. 20. *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência*

*nacional*⁵⁰. Não há, na visão de Rosa (2014), uma efetiva conduta que discrimine grupos minoritários, como em outros tipos penais da referida lei, que tratam de ações que negam acesso a determinados locais. Portanto, conclui o autor:

É por isso que impedir um indivíduo de entrar em um estabelecimento comercial em razão da sua raça é discriminatório, enquanto a expressão da ideia de que deve haver restaurantes separados entre brancos e negros, embora tenha conteúdo discriminatório, não é ela mesma discriminatória. É claro, este diagnóstico depende de que haja o direito de acesso a serviços independentemente da raça ou cor, mas que não haja o direito de viver em um ambiente completamente desprovido de manifestações de determinado conteúdo, inclusive racista (ROSA, 2014, p. 168, 169 e 170).

Nessa perspectiva, Rosa explica que pode-se definir a liberdade em Dworkin como um bem distribuído igualmente que pode ser usado como for pelo indivíduo. Ademais, o ponto central para entender a liberdade de expressão se situa na distribuição igualitária dos bens e recursos, e não no conteúdo efetivamente proferido. Eventuais deficiências na proteção de direitos devem ser solucionadas pela justiça distributiva, não pelo exercício de determinado direito:

A teoria da liberdade de expressão em Dworkin tem como chave teórica as circunstâncias distributivas do emissor, e não o conteúdo daquilo que ele diz ou publica. A posição distributiva caracteriza o conceito da qual a teoria da liberdade de expressão do autor pode ser considerada uma concepção, para utilizar distinção por ele empregada diversas vezes, pois a depender da teoria da justiça distributiva defendida, defende-se maior ou menor extensão da liberdade de expressão que, entretanto, é insensível ao conteúdo da ideia expressa (ROSA, 2014, p. 174).

Rosa demonstra como o raciocínio acerca da liberdade de expressão de Dworkin é coerente com sua obra, isto é, que não há incongruência em aceitar os discursos de ódio com uma teoria da justiça igualitária. O autor propõe, por conseguinte, que a *cultura de liberdade* e de *independência ética* melhor se ajusta a uma sociedade tida como justa, aquela que distribui os bens e recursos levando em consideração as preferências pessoais. O modelo de sociedade liberal desenhado por Dworkin suporta que discursos ofensivos possam ser proferidos, de modo que não há subtração de bens, recursos e direitos dos agentes. Ao contrário do que críticos propugnam, o exercício da liberdade de expressão é manifestação da igualdade, respeitando as preferências pessoais e éticas de cada indivíduo.

Diversamente, esta dissertação busca demonstrar a incoerência de Dworkin em seus próprios termos, isto é, levaremos Dworkin a sério quando ele defende um conceito substantivo de *dignidade humana* que assegura um respeito pelo outro assim como condição daquilo que

50 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em 29 de novembro de 2021.

exigimos para nós mesmos. Levaremos ele a sério ao dizer ser necessário *responsabilidade* em um empreendimento interpretativo, de modo que o agente não possa mobilizar qualquer tipo de argumento em uma esfera pública sem antes ter ciência das implicações deste. Em outras palavras, o trabalho se orienta pela questão: o agente age com *responsabilidade* ao proferir ódio contra membros da comunidade? Argumentos conspiracionistas são relevantes e responsáveis moralmente de modo a poderem ser proferidos com integridade? As implicações desse e de outros problemas serão tratadas na parte que se segue, onde serão enumerados cada elemento, ou concepção, da própria teoria de Dworkin, relevantes para se pensar esta questão, problematizando e apontando suas implicações.

Aproxima-se, assim a conclusão do presente capítulo, que teve como intuito investigar o debate nacional sobre liberdade de expressão, incluindo as disposições legais referentes, acórdãos dos tribunais superiores e a posição de consagrados juristas sobre liberdade de expressão e discursos de ódio. Especificamente, foram recortadas para análise as posições de juristas no que tange à aceitação ou não da posição de Dworkin sobre a *liberdade de expressão ampla*.

Pode-se dizer que a doutrina é dividida, pois alguns concordam, mesmo que em partes, outros integralmente, e muitos outros discordam, alguns em partes, outros no todo, com Dworkin. Dessa forma, esta dissertação ganha em sentido ao inserir-se no debate nacional, embora trabalhe com um autor norte-americano. Ganha também em importância, pois, as críticas que serão aqui feitas a Dworkin servirão para que a tradição brasileira possa endossá-las e também criticá-las.

Por haver muitos autores pátrios que subscrevem a concepção de liberdade de expressão de Dworkin, inclusive sustentando que a tradição brasileira deve se aproximar dos moldes da tradição norte-americana, considero que as críticas aqui dirigidas a Dworkin também possam ajudar o campo a refletir acerca da maneira com que queremos lidar com a liberdade de expressão e os discursos de ódio no Brasil. A tradição brasileira pode e, a depender de sua consistência, deve adotar como guia um paradigma internacional, mas isso não pode ser feito acriticamente. Assim como vários juristas brasileiros, com razão, criticam o endosso dos tribunais brasileiros ao método alexyano da ponderação para tratar da liberdade de expressão, o mesmo pode ser feito em relação à concepção de Dworkin. Incorporar a compreensão de Dworkin acerca da liberdade de expressão sem apresentar seus riscos e defeitos pode ser prejudicial para uma sociedade que historicamente tem lidado com problemas relacionados a essa temática, como o racismo e a homofobia.

Portanto, levar Dworkin a sério implica em problematizá-lo, questioná-lo, debatê-lo, pois só se justifica fazer isso em relação à obra de um grande autor, ciente de com seus argumentos se extrai o que de melhor a tradição jurídica nacional e internacional tem a oferecer. Aliás, essa é uma das virtudes de Dworkin, estar aberto ao debate. Por exemplo, quando da publicação de *Justice for Hedgehogs* (2011), o autor disponibilizou endereço eletrônico para receber críticas, de modo a, na medida do possível, responder a elas. Este é o espírito no qual este trabalho se propõe a debater o pensamento de Dworkin; levando Dworkin a sério.

Não se intenta, nesta dissertação, analisar a adequação ou não da posição de Dworkin às exigências de uma sociedade democrática, isto é, não é de interesse apontar se a democracia brasileira, ou norte-americana, deveria admitir uma *liberdade de expressão ampla*. Não se busca também demonstrar se determinados artigos da lei contra discriminação e preconceito (Lei 7.716/89), que tipificam determinados crimes, são ideais para uma sociedade “acostumada com a liberdade”. Tampouco se pretende apontar os benefícios para o grau de concreção da liberdade de expressão em que incorreríamos se aceitássemos o proferimento de quase quaisquer discursos livremente, ou, ao contrário, os benefícios para uma sociedade se restringirmos os discursos de ódio. Os autores acima citados já fazem essa análise acerca do acerto ou desacerto de Dworkin ao garantir a *liberdade de expressão ampla*. Há fortes argumentos a favor das duas posições, de quem endossa ou não o posicionamento de Dworkin.

Nesta dissertação, ao contrário, busca-se analisar a posição de Dworkin *internamente* à sua obra, isto é, avaliar a coerência de Dworkin consigo mesmo. Como visto, os autores geralmente trabalham sobre os fundamentos que Dworkin elenca para uma defesa da liberdade de expressão; na sua maioria, se apoiam em Dworkin para defender que a liberdade de expressão seja tratada no Brasil como é nos Estados Unidos. A presente dissertação dá um passo atrás, ela intenta demonstrar a incoerência interna a que Dworkin se submete ao sustentar uma *liberdade de expressão ampla*. Mas isso não implica que se deva “jogar fora o bebê com a água do banho”, conforme nos ensina Habermas, pois aqueles que analisam *externamente* a questão nos auxiliam em vários pontos. Implica, contudo, que devemos rejeitar o discurso de ódio como manifestação de um direito, em sentido forte; o discurso de ódio não se coaduna com o modelo de teoria do direito e moral que Dworkin nos apresentou. Por isso, argumentaremos de maneira mais direta nas sessões seguintes, se Dworkin levasse Dworkin a sério, não deveria negar proteção aos discursos de ódio.

Parte II - Reflexos da defesa da liberdade de expressão ampla na obra de Ronald Dworkin

Nesta parte, exploro algumas das concepções apresentadas por Dworkin que considero inviabilizadas ao sustentar o direito à *liberdade de expressão ampla*. Antes, porém, realizo uma digressão para tratar mais detidamente a tradição da Suprema Corte norte-americana do “*clear and present danger*” (claro e presente perigo) e da “*Imminent Lawless action*” (ação ilegal iminente), que define os parâmetros para a aceitação ou não dos discursos de ódio em uma esfera pública. Realizo essa digressão por um motivo simples: Dworkin, tanto em *Levando Direitos a Sério* (2010 [1977]) quanto em *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]) e *Religião sem Deus* (2019b [2013]) endossa esse entendimento, e só admite restrições à liberdade de expressão se restar demonstrado claro e presente perigo de danos às vítimas, sendo este o conteúdo da “justificativa cogente” apresentada em *Religião sem Deus* (2019b [2013]).

Se nosso objetivo consiste demonstrar que Dworkin é inconsistente em suas conclusões, é necessário compreender melhor o paradigma que ele endossa para justificar essa *liberdade de expressão ampla*. Dessa forma, essa tradição será criticada por não captar o sentido intersubjetivo da linguagem. Aliás, tal compreensão é necessária para as discussões posteriores, visto que em todo momento Dworkin corteja o solipsismo ao tratar do direito à liberdade de expressão. Como justificativa, abordarei os filósofos John L. Austin, L. Wittgenstein e Robert Brandom, sendo que este último especialmente auxiliará na compreensão do reconhecimento dos agentes de uma prática social como pessoas, atribuindo-lhes *responsabilizações*, ou seja, é na prática que os sujeitos se comprometem com as asserções proferidas.

Superado paradigma do “*clear and present danger*” (claro e presente perigo) e da “*Imminent Lawless Action*” (ação ilegal iminente), examinarei o tratamento da *moral*, da *responsabilidade*, da *independência ética* e das *obrigações associativas* em Dworkin, de modo a demonstrar os impactos e que a defesa da *liberdade de expressão ampla* tem sobre essas concepções extremamente importantes em sua teoria e as incongruências resultantes. Em outras palavras, considero que a defesa da *liberdade de expressão ampla* não se compatibiliza com esses aspectos da teoria mais geral do autor. O conteúdo deles, no entanto, não é definido por outro autor, mas pelo próprio Dworkin.

A análise é, como dito, portanto, *interna*. Cada capítulo a seguir discutirá cada um dos elementos anunciados. O capítulo 6 discutirá acerca do paradigma do “*clear and present danger*” (claro e presente perigo), da “*Imminent Lawless Action*” (ação ilegal iminente) e seus reflexos na teoria dworkiniana; O capítulo 7 discutirá sobre a *moral*; O capítulo 8, sobre a

responsabilidade; O capítulo 9, sobre a *independência ética*; O capítulo 10, sobre as *obrigações associativas*.

Capítulo 6 - Claro e presente perigo de dano: uma posição solipsista e reducionista

O paradigma do “*clear and present danger*” (claro e presente perigo) é amplamente conhecido na tradição norte-americana como meio para solucionar problemas relacionados ao direito à liberdade de expressão quando envolvem discursos de ódio. Conforme demonstrado no capítulo quatro, tem origem nos trabalhos de John Stuart Mill sobre o princípio do dano, a liberdade de expressão e o modelo liberal de sociedade. O primeiro registro dessa compreensão na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana para solucionar problemas relacionados à liberdade de expressão se deu no início do século XX, em que Oliver Wendell Holmes, embora inicialmente reticente em relação a essa postura, consagrou o termo que dominou o cenário norte-americano (PARKER, 2009).

Dworkin é claramente adepto dessa tradição. Conforme apresentado nos capítulos anteriores, em várias oportunidades ele afirma que esse paradigma é o único que estabeleceu justificadamente a possibilidade de restringir determinadas falas. Desde os seus primeiros escritos, reunidos no livro *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]), de 1977, até o penúltimo e o último de sua carreira, *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]), de 2011, e *Religião sem Deus* (2019b [2013]), de 2013, o autor mantém-se firme no sentido de corroborar tal paradigma, vide:

A emergência, porém, deve ser genuína. Deve existir aquilo que Oliver Wendell Holmes descreveu como um *perigo claro e iminente*, e esse perigo deve ser de vulto. (DWORKIN, 2010 [1977], p. 299, grifos acrescidos).

Um tribunal de Ohio condenou criminalmente um líder da Ku Klux Klan pelo crime de promover o ódio aos negros e aos judeus. Assim interpretada, a lei violava o seu direito à liberdade positiva, pois proibía-o de tentar levar outros cidadãos a aderirem às suas opiniões. Violava o seu direito à independência ética, uma vez que o direito de exprimir publicamente as suas convicções políticas é essencial e qualquer violência que ele defendesse contra outros *não era iminente*. (DWORKIN, 2014a [2011], p. 570 e 571, grifos acrescidos).

A liberdade de expressão é um direito especial: o Estado não pode infringir essa liberdade especial, a menos que tenha aquilo que os juristas norte-americanos chamam de uma justificativa “cogente” (*compelling*). (...) O direito à liberdade de expressão só pode ser coibido numa *emergência*: somente para prevenir, em mais uma expressão muito apreciada pelos juristas norte-americanos, um *perigo claro e iminente* – e, podemos acrescentar, grave. (DWORKIN, 2019b [2013], p. 112, grifos acrescidos).

Diante disso, não resta dúvidas que, se temos por objetivo avaliar a consistência das posições de Dworkin em seus próprios termos, é indispensável investigar mais detidamente esse paradigma, por ser ele a base sobre a qual Dworkin sustenta a *liberdade de expressão ampla*, só admitido restrições a ela em casos graves, com perigo real e iminente às vítimas. O que se segue a partir daqui é a exposição dos contornos desse paradigma adotado no âmbito da Suprema Corte norte-americana e sua crítica através de uma teoria da linguagem pragmática.

A raiz desse paradigma é tributada a Mill em trabalho acerca do *princípio do dano*. Em breve recapitulação, o *princípio do dano* assevera que “[...] o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros” (MILL, 2011, p. 26). E isso se relaciona com a liberdade de expressão no seguinte sentido: somente em casos nos quais na fala há incitamento evidente à violência, admite-se a interferência no campo de ação do indivíduo. Mill ainda assegura que mesmo no caso de falas evidentemente falsas é permitida sua exposição, pois “[...] perceber as posições dos adversários é essencial para perceber melhor a nossa própria posição” (MADEIRA, 2011, p. 14).

Dessa maneira, no início do século XX esse entendimento foi incorporado pela Suprema Corte norte-americana em várias oportunidades, como no caso *Schenck vs. United States*, de 1919. Em suma, essa tradição assinala que “é legítimo o exercício da liberdade de expressão, ainda que possa causar danos a terceiros, desde que com isso não se cause um perigo claro e iminente” (CAVALCANTI FILHO, 2014, p. 57). No caso em destaque, o juiz precursor, Oliver Wendell Holmes, assinalou o seguinte:

A questão em todos os casos é se as palavras usadas são usadas em tais circunstâncias e são de natureza a criar um perigo claro e presente de que causem os males substantivos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau. Quando uma nação está em guerra, muitas coisas que podem ser ditas em tempo de paz são um obstáculo tão grande a seus esforços, que sua declaração não será suportada enquanto os homens lutarem, e nenhum tribunal poderia considerá-los protegidos por qualquer direito constitucional⁵¹ (HOLMES *apud* RICHARD PARKER, 2009)⁵².

Segundo Cavalcanti Filho (2014), essa doutrina, apesar de liberal, justificou determinadas decisões que “limitavam sobremaneira a liberdade de expressão”, de modo que o uso desse instrumento teórico foi desvirtuado na prática. Por isso, avançou a jurisprudência norte-americana para um segundo momento, o da “*bad intention*”. O autor citado tem dissertação acerca dos paradigmas aos quais a jurisprudência norte-americana aderiu no decorrer dos anos. Em suma, o autor sustenta que este processo teve quatro fases, sendo: (I) “*Clear and present danger*”, do caso *Schenck* (1919); (II) “*Bad Intention*”, do caso *Whitney*

51 No original: The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as men fight, and that no court could regard them as protected by any constitutional right.

52 Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/898/clear-and-present-danger-test>.

(1927); (III) “*Fighting words*”, do caso Chaplinski (1942) e (IV) “*Imminent Lawless action*”, do caso Brandenburg (1969) (CAVALCANTI FILHO, 2014).

Embora o autor considere que o caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969) esteja sob o paradigma da “*Imminent Lawless action*”, aquele que preceitua que uma ação só pode ser restringida se apresentar uma ilegalidade iminente, a decisão do caso também corrobora preceitos e compreensões do paradigma do “*clear and present danger*”, ou seja, o caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969) foi emblemático, pois reuniu um conjunto de entendimentos acerca da liberdade de expressão nos Estados Unidos. Fixou-se, então, um critério composto por uma associação entre “*clear and present danger*” e “*Imminent Lawless action*”. Antes de criticar esse paradigma, vamos ao caso:

Um fazendeiro, Clarence Brandenburg, convidou a imprensa para cobrir um evento da Ku Klux Klan, da qual era membro. Diante das câmeras, Brandenburg afirmou: “Pessoalmente, acredito que os negros deveriam ser devolvidos à África, e os judeus devolvidos a Israel”⁵³. No evento, havia outras manifestações racistas afirmando a supremacia branca, e os membros da KKK trajavam suas vestimentas específicas. Diante dessas manifestações racistas, Brandenburg foi denunciado no Tribunal do Condado de Hamilton e no Tribunal de Apelação de Ohio, pois havia ultrapassado os limites da primeira emenda, segundo a acusação⁵⁴. O réu foi condenado e teve sua sentença revista pela Suprema Corte norte-americana, gerando o precedente amplamente reconhecido.

Pelo argumento das instâncias ordinárias, “[...] entendeu-se que suas palavras causavam um perigo claro e iminente que se desencadeasse uma onda de violência contra os negros, o que fazia as maldadas palavras estarem ao arrepio da proteção do *free speech*” (CAVALCANTI FILHO, 2014, p. 60). Noutro sentido, porém, entenderam os ministros da Suprema Corte norte-americana: apesar das palavras serem moralmente reprováveis, e gerarem repulsa de quem as ouve, elas não são palavras de luta (*fighting words*), isto é, palavras que induzem um conflito; nem mesmo cabia ao Estado realizar um juízo de valor acerca dessas enunciações, pois não cabe ao Estado realizar controle material das enunciações. Desse modo, fixou-se como paradigma o seguinte argumento: “Só se pode limitar a liberdade de expressão quando houver

53 No original: “Personally, I believe the nigger should be returned to Africa, the Jew returned to Israel.”

54 A primeira emenda tem por redação: “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.” Tradução Livre: O Congresso não deverá fazer lei a respeito de um estabelecimento da religião, ou proibindo seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de males.

clara e imediata incitação à violência, independentemente do conteúdo das palavras proferidas – uma iminente ação ilegal (*Imminent Lawless action*).” (CAVALCANTI FILHO, 2014, p. 60).

Ainda, segundo Cavalcanti Filho, a decisão ressalta que o mercado livre de ideias é o instrumento pelo qual se combate as “ideias ruins”, ou seja, a própria comunidade consegue identificar aquelas manifestações irresponsáveis ou ruins relegando-as ao esquecimento, de modo que não necessita de nenhum esforço estatal para tanto. Em um único caso, a Suprema Corte norte-americana conseguiu reunir os vários argumentos que apresentamos em capítulos anteriores, isto é, ela reuniu os principais argumentos do liberalismo como ideologia em defesa da liberdade de expressão e os aplicou no caso concreto.

Em regra, os argumentos em prol da liberdade de expressão não destoam e não inovam muito, ou seja, eles são reafirmados, às vezes, com outras nomenclaturas, mas sempre guardam o mesmo conteúdo; são ancorados em uma tradição originada com John Stuart Mill no século XIX. Esse paradigma do caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969) nada mais é do que uma reunião dos ideários liberais:

Todos os elementos básicos do liberalismo estão nela presentes. A ideia de neutralidade do Estado (não cabe ao Estado definir quais as ideias que são boas ou más, recomendáveis ou abomináveis); a noção de que no livre mercado de ideias (*à la* Stuart Mill) as ideias verdadeiras irão prevalecer; o princípio de que não cabe ao Estado (no caso, ao Judiciário) realizar julgamento sobre um discurso com base em seu conteúdo, mas apenas em seus efeitos; e, até mesmo, com um pouco de cuidado, pode-se perceber subjacente a adoção do princípio da prioridade do justo sobre o bom (deve-se permitir a liberdade de expressão –por ser justo, devido –ainda que, com isso, seja preciso tolerar a propagação de ideias que, segundo a maioria, são prejudiciais à sociedade) (CAVALCANTI FILHO, 2014, p. 60 e 61).

Os próprios argumentos elencados por Dworkin e explorados nesta dissertação em capítulos anteriores em nada destoam destes que foram enunciados pela Corte Suprema dos Estados Unidos tendo por base John S. Mill. A ideia de “independência ética” pode ser perfeitamente entendida como expressão da necessidade de neutralidade do Estado em Mill. A noção de “princípios em sentido forte” também pode ser vista como reformulação da ideia de prioridade do justo sobre o bom, enunciado na citação acima. Desse modo, a lógica liberal segue uma estrutura, embora os autores nomeiem e conceituem com distintos graus de profundidade os mesmos fenômenos já conhecidos.

Cavalcanti Filho explica que a tese do “*clear and present danger*” se afastou do ideário da Corte Suprema norte-americana por representar um *argumento de política*, isto é, ele é baseado em um raciocínio utilitarista que sopesa as consequências que o ato poderia ter. O raciocínio no precedente tinha se tornado político. Por outro lado, a tese da “*Imminent Lawless action*” é a antítese desse raciocínio. Ele recorre a argumentos de política para reforçar

argumentos jurídicos. Troca-se o utilitarismo pelo liberalismo, e isso tudo é realizado no caso paradigmático *Brandenburg vs. Ohio* (1969) (CAVALCANTI FILHO, 2014, p. 62 e 64).

Apesar do rigor técnico em separar os dois precedentes, eles mais se assemelham do que se distanciam. O segundo precedente da – *Imminent Lawless action* – no entanto, é menos trabalhado pelos autores em debate nesta dissertação. Dworkin, Waldron e mesmo os brasileiros atuam explicitamente sobre o primeiro, ou seja, consideram que os precedentes se conjugam e não se repelem.

Podemos assinalar que, em ambos os casos, se admite que uma ação ilegal promovida pelos agentes, que incite risco que seja real e iminente, causando perigo às vítimas, possa ser restrita. Mas somente nesses casos isso é possível. Dworkin, no entanto, cita explicitamente o precedente do “*clear and present danger*” como sustentáculo de sua posição. Nesse sentido, a crítica a ser feita se direciona a esse precedente, mas não perde de vista o outro que, embora não seja explicitamente citado por Dworkin, está implícito em seu raciocínio.

Segundo a posição da Suprema Corte norte-americana adotada no precedente *Brandenburg vs. Ohio* (1969), somente em discursos que são capazes de gerar um perigo imediato, físico, patrimonial e ilegal àquelas vítimas do discurso é que existe a possibilidade de sofrerem interferência pelo Estado. Significa dizer que Clarence Brandenburg, do caso citado, não incitou seus companheiros a atingirem a integridade física dos negros e judeus, visto que “apenas” proferiu palavras de ordem, mesmo que sejam ofensivas e repugnantes. O fazendeiro, portanto, em nenhum momento convocou os manifestantes ao ataque, apenas apresentou seu “ponto de vista” acerca de como ele compreendia determinados grupos sociais. Desse modo, a Corte Suprema norte-americana rejeitou o pedido de condenação pelo órgão de acusação. Pode-se inferir, deste caso, portanto, algumas premissas:

(I) A Suprema Corte realiza uma diferenciação entre os casos de liberdade de expressão que convocam à ofensa à integridade física dos grupos alvejados e casos que não convocam. O que enseja a atuação estatal é somente o primeiro caso. Portanto, não se realiza uma análise material, sobre o conteúdo dos discursos enunciados, apenas formal. Por mais absurdo que seja seu conteúdo, o discurso que não provoca riscos à integridade física dos manifestantes deve ser aceito. Até mesmo um discurso que prega a exclusão, como aquele que assevera que determinadas pessoas “devem retornar ao seu país de origem”, em que há evidente apoio do enunciador a essa expulsão, claramente antidemocrática, deve ser aceito, pois não convocou ninguém, no exato momento, a expulsá-los, apenas “expressou uma opinião”.

(II) A Corte Suprema norte-americana tem uma compreensão restrita de danos, isto é, se os discursos são proibidos apenas em casos que afetam a integridade física ou o patrimônio

das vítimas, isso significa dizer que danos imateriais e intangíveis não são considerados para aplicar o precedente. Conforme visto acima, isso é tributado a John Stuart Mill, para quem o *princípio do dano*, entendido como dano físico ou patrimonial, é o limiar entre a atuação ou não do Estado na esfera privada. Mesmo no precedente da “*Imminent Lawless action*”, a ação ilegal é entendida como uma ação atentatória à integridade física ou patrimônio. Não se vislumbra, portanto, a violação a danos imateriais ou intangíveis.

(III) A Corte Suprema separa *discurso* de *ação*. Um *discurso* é inofensivo às pessoas, pois está no campo das ideias. Uma *ação* corresponde à convocação a um ato ilegal. Um discurso que convoca os manifestantes a causarem danos às vítimas, nesse sentido físico, extrapola a esfera da ideia e parte para a ação concreta. O ato de, em público, convocar outros a atingirem a integridade física desses grupos minoritários, como negros ou judeus, é um agir: o agente está incitando outros a causarem danos.

Dessa forma, pode-se dizer que essa compreensão é solipsista, pois pressupõe que um *discurso* só se torna *ação* quando afetar a integridade física ou o patrimônio de alguém. *A contrario sensu*, os *discursos*, *por si só*s, são essencialmente privados, solipsistas, pois não afetam outras pessoas. Eles devem ser tolerados, pois, não saem do âmbito do próprio agente, estão no campo das ideias, das cogitações.

Desse esqueleto partirá a crítica a esse paradigma. Ela se vale da filosofia da linguagem pragmática, em Wittgenstein, John L. Austin e R. Brandom para asseverar a intersubjetividade dos discursos e apontar como os *discursos*, mesmo aqueles que não convocam para uma violação à integridade física, afetam as pessoas, pois todo discurso *já é uma ação*.

Dworkin se apoia nesses paradigmas – do *clear and present danger* e *imminent Lawless action* - para defender a *liberdade de expressão ampla*, de modo que a crítica a esses paradigmas é também uma crítica direta à Dworkin. Conforme constataremos a frente, a adoção desse paradigma gera efeitos em vários aspectos de sua teoria, inviabilizando institutos e prerrogativas. Em conclusão, considero que Dworkin deve abdicar desse paradigma para sustentar uma postura coerente com suas próprias premissas, isto é, uma que vai de encontro aos discursos de ódio.

A compreensão da tensão entre discursos de ódio e liberdade de expressão necessita de sustentação em uma filosofia da linguagem qualificada. Isso porque a enunciação dos discursos não está distanciada de uma compreensão acerca do sentido e referência, ao mesmo tempo que se apoia em teias arraigadas de sentido que atuam implícita e explicitamente naquilo que os indivíduos pensam e agem. Por isso, exporei autores selecionados da tradição pragmática para demonstrar que, mesmo nas falas consideradas “inofensivas” aos vitimados dos discursos, há

consequente afetação destes pois geram efeitos perlocucionários e o condicionamento pela prática linguística nas suas consequências semânticas.

Nesse intuito, é importante apresentar o fenômeno denominado “virada linguística”, ou “*linguistic turn*”. O termo, segundo Richard Rorty, foi pronunciado primeiramente por Gustav Bergmann significando a apreciação dos fenômenos filosóficos da perspectiva discursiva, ou seja, segundo Evaldo Sampaio, “designa-se por ‘virada linguística’ (*linguistic turn*) a esse novo, digamos, paradigma pelo qual a investigação dos problemas filosóficos é indissociável de um exame da estrutura lógica ou discursiva que os enuncia” (SAMPAIO, 2017, p. 48). Segatto elenca dois traços fundamentais da virada linguística:

(...) em primeiro lugar, como consequência da superação da concepção tradicional da linguagem como “instrumento”, ela é considerada como elemento constitutivo do pensamento e do conhecimento e, nessa medida, é considerada como condição de possibilidade tanto da objetividade da experiência quanto da intersubjetividade da comunicação; em segundo lugar, a superação das premissas da filosofia da consciência, conduz a uma necessária destranscendentalização da razão: a linguagem manifesta-se sempre em línguas particulares e históricas e não permite, por isso, uma separação estrita entre o transcendental e o empírico, entre o a priori e o a posteriori. (SEGATTO, 2010, p. 62).

A virada linguística implica em dois movimentos principais. Um, que os problemas filosóficos não são relacionados às coisas em si (o que as coisas são), mas em como nós falamos dessa coisa, o que a linguagem revela sobre essa coisa. A tarefa da filosofia torna-se trazer à tona elementos implícitos das nossas concepções sobre as coisas que se revelam por meio da linguagem. Dois, o papel da filosofia se torna modesto, pois não se trata de propor formas novas de compreender o mundo, mas buscar esclarecer a linguagem que já utilizamos para explicar melhor as concepções que já temos e assim, resolver alguns dos problemas que surgem da “linguagem enfeitizada”, segundo Wittgenstein (MILLER, 2010).

A esse movimento, soma-se *virada pragmática*, iniciada por Humboldt, na qual se leva em consideração explicitamente a dimensão comunicativa da linguagem. Esse autor destaca, além da função cognitiva e expressiva, a função comunicacional da linguagem, em que se analisa não os objetos, mas os falantes. O segundo Ludwig Wittgenstein, das *Investigações Filosóficas*, é o marco da filosofia pragmática moderna, pois, de certo modo, abandona as conclusões do primeiro Wittgenstein, do *Tractatus Lógico Philosophicus*.

Wittgenstein se notabilizou, dentre outras coisas, por suas críticas ao mentalismo, doutrina que dominou o estudo da linguagem antes do século XX, encabeçada principalmente por Aristóteles e Agostinho (WITTGENSTEIN, 1999). Segundo esses autores, as palavras são como etiquetas que apomos às referências, isto é, existem entidades mentais que se acoplam à nossa comunicação constituindo o conteúdo conceitual. A intenção do “ter em mente” quando

se pretende determinar o significado de uma expressão reforça um estado interior, solipsista, que capta os significados distantes da linguagem. Desse modo, haveria entidades mentais independentes das palavras, às quais aplicaríamos a linguagem em um segundo momento. Assim, critica Wittgenstein, há ampla margem de imprecisão quando se utiliza de estados mentais, pois se pressupõe que a linguagem expressa coisas que não podem ser encontradas fora da mente do sujeito (WITTGENSTEIN, 1999).

O trabalho de Wittgenstein se direciona, portanto, ao uso que fazemos da linguagem nos diferentes contextos. Por isso, a expressão “jogos de linguagem” é conhecida por representar os variados contextos da vida em que utilizamos regras diversas para dar conta da significação. Desse modo,

“[...] a função da linguagem e a sua ‘lógica’ é sempre relativa à forma de vida de uma determinada comunidade à qual está integrada. O sentido das expressões linguísticas somente pode ser determinado em relação às regras daquele determinado contexto, isto é, daquele determinado jogo de linguagem” (NIGRO, 2007, p. 154).

Segundo Nigro (2007), a diferença entre o primeiro e o segundo Wittgenstein, bem como da tradição mentalista, é apontada nos seguintes termos:

A linguagem não será mais compreendida como um mecanismo referencial, mas a partir da multiplicidade de usos que podem ser feitos das palavras e enunciados. Isso não significa dizer que o mecanismo referencial é abandonado, mas sim situado no interior de um dos usos possíveis da linguagem, ou seja, em um determinado ‘jogo de linguagem’. (NIGRO, 2007, p. 155).

Desse modo, a significação das palavras é dada contextualmente, de modo que o pertencimento a determinado “mundo da vida” estabelecerá o conteúdo referencial que foi pretendido. Assim, o processo de significação se descola do modelo referencial. A tarefa de investigação da filosofia, portanto, envolve considerar as diversas formas de vida em que há os “jogos de linguagem”, jogos estes que podem exibir semelhanças, mas não a mesma essência. As relações entre os distintos jogos de linguagem, segundo Wittgenstein, são como as semelhanças que identificamos entre as pessoas em uma foto de uma família (semelhanças de família), semelhanças estas cuja identificação não requer a presença ou pressuposição de traços essenciais.

Diante disso, os conceitos são determinados a partir de determinada configuração específica de um modo de vida. Eles são dependentes de uma prática de vida, não preexistindo metafisicamente a ela. Portanto, o rigor conceitual se afigura na prática pelos agentes de empregar as palavras. Segundo Nigro, a virada pragmática de Wittgenstein se estabelece aqui, quando:

“[...] o significado de um enunciado depende do uso que fazemos dele nos diversos contextos. A noção de uso exerce, assim, a função de ‘fundamento sem fundamento’ da significação e a investigação filosófica deve orientar-se para a descrição de tais usos, ou seja, das regras segundo as quais empregamos as palavras” (NIGRO, 2007, p. 156).

Wittgenstein, nesse sentido, critica a linguagem concebida em termos privados dispondo que não é possível um indivíduo pensar o mundo a partir de categorias que ele próprio tivesse inventado, porque para as categorias fazerem sentido na aplicação ao mundo, é necessário ter certeza de que estamos aplicando as categorias corretamente e só temos certeza disso se houver uma prática de uso dessas categorias que são usadas por outras pessoas e não apenas por nós mesmos. Se não for assim, somos incapazes de distinguir entre a aplicação correta e incorreta. A aplicação individual é correta se estiver em conformidade com a aplicação coletiva das categorias. Portanto, qualquer linguagem é uma linguagem coletiva e não privada (WITTGENSTEIN, 1999).

John Langshaw Austin também é um filósofo da linguagem pragmática, isto é, ele pertence a esse movimento – virada linguística – que concebe que, por intermédio da linguagem, os problemas filosóficos seriam solucionados. Mais que isso, sua perspectiva pragmática assevera que o estudo da linguagem não se reduz a um sujeito pensante, uma vez que a linguagem não deriva de categorias mentais, mas deve ser relacional; o contato *entre* pessoas em busca de entendimento forma a especificidade e complexidade da nossa linguagem. Habermas conceitua o pragmatismo na linguagem assim: “[...] enquanto a análise semântica se concentra na visão de mundo lingüística, para a análise pragmática a conversação está em primeiro plano [...]” (HABERMAS, 2004, p. 65).

A relevância de Austin se revela no tratamento que o autor dá à dimensão performativa dos atos de fala. Por *atos de fala* se compreende uma ação, atividade por meio da qual as expressões designam algo. Segundo Nigro, um ato de fala é uma *performance* que vai além do proferimento linguístico (NIGRO, 2007, p. 157). Compreendida assim, a linguagem para Austin é analisada *entre pessoas*. Analisar falas é analisar a realidade que circunda essas falas e não seus conteúdos gramaticais:

(...) quando examinamos o que se deve dizer e quando se deve fazê-lo, que palavras devemos usar em determinadas situações, não estamos examinando simplesmente palavras (ou seus “significados” ou seja lá o que isto for) mas sobretudo a realidade sobre a qual falamos ao usar estas palavras – usamos uma consciência mais aguçada das palavras para aguçar nossa percepção (...) dos fenômenos (AUSTIN, *Philosophical Papers*, p. 182 *apud* MARCONDES. Danilo [Prefácio do Livro “Quando dizer é fazer Palavras e Ações de AUSTIN, John, 1990, p. 10]).

Inicialmente, Austin divide os atos de fala em *constatativo* e *performativo*. Aquele apenas relata fatos ocorridos no mundo real, isto é, não se imputa elementos valorativos a tal tarefa, apenas constata-se se houve ou não tal feito. Os atos de fala constatativos atuam sob a rubrica “verdadeiro-falso”. Noutra sentença, os atos de fala performativos relatam as circunstâncias em que determinado ato de fala foi feito, as restrições às quais está sujeito ou a maneira como deve ser recebida ou coisas desse teor (AUSTIN, 1990, p. 22 e 23). Os performativos criam uma realidade e não constatam algo. Eles significam executar ou realizar. Para Austin, quando se profere, por exemplo, ‘eu te perdoo’, se está realizando a ação que constitui o sentido do verbo perdoar.

Com o avançar de suas reflexões, Austin percebe que todo enunciado é performativo, mesmo os constatativos, pois bastaria acrescentar um verbo tipicamente performativo à fala para torna-la performativa. Desse modo, toda a linguagem é performativa (MARCONDES, 2010, p. 75).

A partir dessa noção de que toda a linguagem é performativa, Austin diferencia três dimensões ou atividades que um ato de fala pode assumir e desempenhar, são: (I) Ato locucionário, (II) ilocucionário e (III) perlocucionário.

(I) Um ato locucionário, segundo Danilo Marcondes,

“[...] consiste na dimensão linguística estritamente considerada, isto é, nas palavras e sentenças de uma língua específica, empregadas de acordo com as regras gramaticais aplicáveis, bem como dotadas de sentido e referência” (MARCONDES, 2010, p. 75).

O ato locucionário diz respeito à dimensão gramatical empreendida por um ato de fala.

(II) Um ato ilocucionário é o performativo propriamente dito, isto é, o ato que se realiza no enunciado. Segundo Braida, é um “[...] enunciado em que o falante atribui ao conteúdo proposicional uma determinada força: de realização de uma afirmação, de oferecimento, de promessa, de ordem etc., num determinado contexto” (BRAIDA, 2013, p. 136).

(III) Os atos perlocucionários dizem respeito aos efeitos e sentimentos que o ato de fala pronunciado gera nas pessoas afetadas, ou seja, como foi recebido o enunciado pelos ouvintes do discurso. Segundo Austin, os efeitos perlocucionários retratam as

“[...] consequências do ato em relação aos sentimentos, pensamentos e ações da audiência, ou do falante, ou de outras pessoas, e pode ter sido realizado com o objetivo, intenção ou propósito de gerar essas consequências” (AUSTIN, 1990).

Resumidamente, Austin assim os diferencia:

Em primeiro lugar distinguimos um conjunto de coisas que fazemos ao dizer algo, que sintetizamos dizendo que realizamos um ato locucionário, o que equivale, a grosso modo, a proferir determinada sentença com determinado sentido e referência, o que, por sua vez, equivale, a grosso modo, a ‘significado’ no sentido tradicional do termo.

Em segundo lugar, dissemos que também realizamos atos ilocucionários tais como informar, ordenar, prevenir, avisar, comprometer-se, etc., isto é, proferimentos que têm certa força (convencional). Em terceiro lugar, também podemos realizar atos perlocucionários, os quais produzimos porque dizemos algo, tais como convencer, persuadir, impedir ou, mesmo surpreender ou confundir. Aqui temos três sentidos ou dimensões diferentes, senão mais até, da frase ‘o uso de uma sentença’ ou ‘o uso da linguagem’ (e, naturalmente, há outras também). Todas essas três classes de ‘ações’ estão sujeitas, simplesmente por serem ações, às dificuldades e reservas costumeiras que consistem em distinguir uma tentativa de um ato consumado, um ato intencional de um não-intencional, e coisas semelhantes. (AUSTIN, 1990, p. 95).

Esses dois autores, Wittgenstein e J. L. Austin, são nomes tradicionais na filosofia da linguagem pragmática e com eles já nos é possível estabelecer a crítica ao paradigma adotado pela Suprema Corte norte-americana, endossado também por Dworkin, quanto à liberdade de expressão. Outro nome, entretanto, ganha relevo ao tratar do pragmatismo, mas que não se confunde com o neopragmatismo, antiteórico e antissistêmico, de Richard Rorty: é o de Robert Brandom (DECAT, 2015, p. 232).

Segundo Brandom, o termo pragmatismo pode abarcar várias “escolas de pensamento” que variam entre autores conhecidos como Kant, Dewey, Wittgenstein, Quine, Rorty e Putnam. Em sentido amplo, quer designar “dar um lugar privilegiado às práticas e ao prático nas explicações filosóficas”, significando a prioridade da teorização pragmática sobre a teorização semântica (BRANDOM, 2011, p. 58 *apud* DECAT, 2015, p. 237). Diante dessa concepção geral do pragmatismo, Brandom distingue outros quatro compromissos do pragmatismo em sentido amplo, mas para os fins deste trabalho mencionar-se-á apenas os três compromissos assumidos pelo pragmatismo em sentido amplo, relevantes para a discussão em questão.

O *pragmatismo metodológico* consiste em “[...] entender a teorização semântica como subordinada à pragmática ao tomar esta como seu alvo explicativo. Isto implica aferir o sucesso de uma teoria semântica de acordo com critérios de adequação pragmáticos” (DECAT, 2015, p. 238). O *pragmatismo semântico*, por sua vez, sustenta a “[...] visão de que é o modo como os participantes de uma prática usam as expressões que faz com que elas signifiquem o que elas significam” (BRANDOM, 2011, p. 61 *apud* DECAT, 2015, p. 239). O *pragmatismo fundamental* exige o compromisso com a prioridade do “saber como” (*know how*) sobre o “saber que” (*know that*). Isso significa que a assunção de crenças teóricas explícitas necessita da existência de um pano de fundo de habilidades práticas implícitas (DECAT, 2015, p. 239).

A *pragmática normativa*, segundo Brandom, é caracterizada pela especificação das práticas linguísticas como algum tipo de status normativo na teoria pragmática. Isto é, ser racional pressupõe a assunção de comprometimentos que normativamente envolvem as atividades de juízos e ações dos seres humanos. Brandom compreende que a primeira assunção

dessa ideia é feita por Kant, ao considerar que julgar e agir são atividades discursivas consistentes na aplicação de conceitos e que, como são atividades que podem ser desempenhadas e avaliadas como corretas e incorretas, isso envolve necessariamente a assunção de comprometimentos. O Wittgenstein tardio, das *Investigações Filosóficas*, também adotou essa perspectiva, quando considerou que “[...] tomar uma performance linguística como possuindo certo significado é comprometer-se com a correção e incorreção de alguns usos da expressão” (DECAT, 2015, p. 243). Em suma, “[...] apreender um conceito ou intenção é comprometer-se com normas implícitas a prática que definem o uso correto do primeiro e a realização do segundo” (DECAT, 2015, p. 243).

Ambas as caracterizações do pragmatismo feitas por Robert Brandom exploram e densificam a concepção geral do pragmatismo como dar lugar à prática nas explicações filosóficas.

O que significa, entretanto, essa compreensão em contraposição ao paradigma adotado pela Suprema Corte no “*clear and present danger*” e “*Imminent Lawless action*” para resolver os problemas dos discursos de ódio?

Significa que esse paradigma se reveste de um solipsismo na linguagem ao estabelecer que as falas que não convocam à realização de danos físicos às pessoas, isto é, aquelas que devem ser toleradas pelos vitimados, são manifestações que não envolvem as outras pessoas, justamente por não haver danos. Por considerar a liberdade de expressão unicamente como um direito individual, que independe da aceitação de outras pessoas, a jurisprudência norte-americana nega que as falas sem possibilidade de causar danos aparentes, mesmo que sejam odiosas, consigam afetar as outras pessoas. O que, por outro lado, o pragmatismo expressado pelos autores acima identifica é que a prática toma a feição primordial na explicação da semântica, ou seja, não é possível haver comunicação, discurso e, conseqüentemente, conceitos se não houver uma prática linguística *entre os agentes*. Ao negar que houve afetação aos vitimados dos discursos de ódio, a jurisprudência nega que a existência de prática linguística envolvendo vítimas e discriminadores, bem como que as ações linguísticas caracterizadas como discursos de ódio têm conseqüências normativas que afetam as vítimas, o que é evidentemente falso.

As manifestações dos discriminadores são manifestações linguísticas que envolvem as outras pessoas. Elas não estão, como compreendido pela Suprema Corte norte-americana, em um solipsismo em que não afetam os vitimados. Ao contrário, a prática linguística reforça os significados, isto é, faz com que os significados cada vez mais sejam aquilo que eles se propõem, conforme o *pragmatismo semântico* apresentou; dessa forma, um enunciado de ódio

sempre vai reforçar o ódio, ao contrário do que a posição liberal sustenta (que o discurso de ódio se combate por mais discurso).

As manifestações também envolvem constitutivamente a responsabilização dos agentes uma vez que estão comprometidos normativamente com um conjunto de crenças que os fazem agir como agiram, o que veremos adiante. Dito de outra forma, os enunciados de ódio não estão alheios a uma prática linguística em que os vitimados são afetados pelos discursos, ao contrário, eles afetam as outras pessoas condicionando e reforçando os preconceitos.

Dialogando com J. L. Austin, o caráter *performativo* da linguagem faz com que as enunciações sejam o próprio ato de fazer, isto é, *dizer é fazer*. Também, o efeito perlocucionário da linguagem reforça a compreensão das pessoas daquilo que foi expressado. Portanto, a divisão feita pela Suprema Corte no paradigma criticado entre *discurso* e *ação* é ingênua, pois toda enunciação discursiva já é uma ação, e isso não é característica apenas da teoria de Austin, mas de toda tradição pragmática de reflexão sobre a linguagem.

Tanto em Wittgenstein como em Austin, ou nas caracterizações específicas do pragmatismo feitas por Brandom, pode-se perceber que a primazia da prática torna errônea a distinção entre *discurso* e *ação*. Aliás, a filosofia da linguagem é pragmática porque reforça seu caráter comissivo. Decat (2015), comentando a caracterização de Brandom do pragmatismo, vai dizer:

A assunção deste compromisso original implica, mesmo para filósofos anteriores à virada linguística, *o entendimento da linguagem como um tipo de fazer, como prática ou atividade*. O foco primário da explicação linguística está, neste contexto, *na atividade de dizer*, em oposição à manutenção do foco naquilo que é dito, no significado ou conteúdo (DECAT, 2015, p. 237, grifos acrescidos).

Desse modo, pode-se dizer que o paradigma adotado pela Suprema Corte norte-americana para dar solução à tensão entre liberdade de expressão e discurso de ódio é incompatível com um modelo pragmático de linguagem, pois este pressupõe que, na atividade discursiva, os agentes se envolvem mutuamente; para a Suprema Corte, por outro lado, determinados discursos não afetam as pessoas, por isso, podem ser livremente manifestos na esfera pública.

Isso significa que Dworkin também não está imune a esta crítica, por ser este o entendimento adotado por ele desde o primeiro livro – *Lavando os Direitos a Sério* (2010 [1977]) - até o último – *Religião sem Deus* (2019b [2013]) –, sem ressalvas ou críticas. Conforme visto, o paradigma se encaixa perfeitamente na compreensão de Dworkin sobre a liberdade de expressão e os discursos de ódio. Em nada Dworkin se distancia deste paradigma,

ao contrário, o assume explicitamente. Portanto, essa crítica acerca da performatividade e intersubjetividade da linguagem pode ser estendida também a Dworkin.

A relação de Dworkin com o pragmatismo filosófico, no entanto, é mais complexa do que essa negação do caráter de ação da fala, implícita nos pressupostos de sua teoria da liberdade de expressão, faz parecer. Há evidência textual para defender que, sob certos aspectos, é possível identificar alguma proximidade entre Dworkin e o pragmatismo filosófico. Isso é obscurecido pelo fato de que, ao contrário, no *Império do Direito* ele rejeita explicitamente o pragmatismo no direito. Embora alguns autores tentem aproximar Dworkin do pragmatismo jurídico, como Richard Rorty, compreendido esse pragmatismo como instrumentalista, o autor que melhor justifica a aproximação entre Dworkin e o pragmatismo filosófico é Thiago Decat, no livro *Racionalidade, Valor e Teorias do Direito* (2015), ao argumentar que o comprometimento do pragmatismo filosófico com o instrumentalismo é contingente, e não uma necessidade conceitual.

Recuperando as raízes do pragmatismo, com apoio em Robert Brandom, Decat sustenta a evidente aproximação de Dworkin ao pragmatismo, não o instrumentalista, mas aos mais sofisticados como os exemplificados acima, através do modelo de racionalidade histórico-expressivo e reconstutivo hegeliano para conferir a melhor justificativa da prática social, aproximando-o de um *pragmatismo normativista*:

Em suma, a racionalidade da aplicação de normas nas práticas sociais jurídicas tal como entendida por Dworkin, é instância do modelo de racionalidade histórico-expressivo e reconstutivo hegeliano, extraído da estrutura racional das dinâmicas de reconhecimento, cujo núcleo se encontra na negociação entre autoridades recíprocas, compreensíveis tanto em termos da relação particular/universal e passado/futuro. Tal modelo consiste em justificar a aplicação de conceitos, inclusive os jurídicos, como reconstrução histórica que explicita o que se encontrava implícito nas práticas, de modo a conferir a melhor justificação para a tradição constitutiva desta prática social. (...)

Ademais, esta concepção de racionalidade e sua instanciação jurídica dworkiana incorporam de modo fundamental o pragmatismo normativo e um modelo monista, pragmatista, que compreende a aplicação e instituição de normas - conceituais, em geral, e jurídicas, em particular - ou seja, seu uso e seu desenvolvimento, como processo unifásico e contínuo. Isso ocorre por oposição ao modelo bifásico, de tipo kantiano e carnapiiano, segundo o qual primeiro o significado dos conceitos é definido para que depois eles sejam aplicados, a exemplo do que faz o positivismo jurídico: primeiro se define o que é o direito - por referência a fontes sociais reconhecidas - e depois se o aplica (DECAT, 2015, p. 305 e 306).

Isso significa que a teoria de Dworkin em mais se assemelha ao pragmatismo sofisticado e tradicional do que àquele, autodenominado pragmatista, que Dworkin caracterizou no *Império do Direito*, o pragmatismo instrumentalista de Holmes e Posner. Para Decat, o pragmatismo instrumentalista se assemelha mais ao utilitarismo do que aos compromissos do pragmatismo exemplificado acima por R. Brandom (DECAT, 2015, p. 400).

Desse modo, é possível estender essa crítica realizada aos paradigmas do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*” à Dworkin, porque, em primeiro lugar, ele adere este paradigma em seus textos e, em segundo lugar, porque há em Dworkin compromissos com teses pragmatistas, o fazendo incoerente na adoção desses paradigmas para o tratamento da liberdade de expressão.

Sob outra ótica, esse paradigma se apoia em uma concepção restrita de danos. Ao se espelhar no modelo liberal de John Stuart Mill, considera os danos que os vitimados podem sofrer como abarcando somente aqueles relacionados à integridade física e ao patrimônio. A explicação que faz Mill adotar o *princípio do dano*, dispondo que eles se referem aos aspectos físicos, diz respeito a seu momento histórico. Conforme já assinalado em capítulos anteriores, Mill tem por intuito limitar a atuação do soberano que, no *ancien régime*, impunha obrigações injustas aos súditos. Com a passagem para a modernidade, essa torna-se uma das tarefas primordiais do Estado moderno, e ela deve ser realizada sem afetações à integridade física dos cidadãos. Por isso, o *princípio do dano* assevera que o Estado só deve interferir no curso de ação dos agentes quando ela assinalar para um prejuízo à integridade física e patrimônio das pessoas. Caso contrário, a abstenção deve ser a regra.

Entendida desse modo, a tradição jurisprudencial do *clear and present danger* e da *Imminent Lawless action* é incapaz de enxergar nas manifestações os “danos” imateriais ou intangíveis às pessoas. Os danos imateriais estão flagrantemente incorporados à ótica jurídica e isso não é objeto de dúvida. O dano moral, em nossa tradição, por exemplo, é garantido constitucionalmente. Além disso, a doutrina e legislação civilista apontam outros danos imateriais que aparecem nos casos. Por exemplo, o *dano social*, que segundo Azevedo “[...] são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida” (AZEVEDO, 2004, p. 376), era inimaginável na tradição brasileira pré-1988. Hoje, há ampla aceitação tanto pela doutrina (ver TARTUCE, 2020 e AZEVEDO, 2009) quanto na jurisprudência⁵⁵.

As configurações sociais e as práticas sociais fazem aparecer novas situações não abarcadas pela legislação positiva, e isso é um aprendizado deixado pela própria teoria dworkiniana. Considerar uma concepção de dano do século XIX como adequada às situações complexas da sociedade atual, como Dworkin e a jurisprudência norte-americana sustentam, é

55 Ver: TRT-2ª Região (processo 2007-2288) e no TJRS Recurso Cível 71001281054, DJ 18/07/2007.

ser convencionalista quanto ao fixado no passado, assemelhando-se a certas formas de originalismo. As “novas concepções de dano” são inteiramente aplicáveis à liberdade de expressão, isto é, devemos considerar que os vitimados, geralmente grupos minoritários, não estão em perigo somente quando há a possibilidade de danos físicos, mas principalmente pelos danos imateriais, que atuam na linguagem gerando condicionamento e exclusão, e produzindo riscos efetivos ao reconhecimento de membros desses grupos como merecedores de igual consideração e respeito.

Dentre os danos mais prováveis de serem causados às vítimas dos discursos de ódio, figura o dano *existencial*. Considero por *dano existencial* aquele em que, por um incidente relevante no curso existencial de certa pessoa, inibe, frustra e altera os projetos de vida de uma pessoa. A doutrina especializada diz:

Ocasionado por motivos diversos, tais como uma prisão (processual ou penal) arbitrária, um acidente (de trânsito ou de trabalho) que suscita incapacidade (geral ou parcial) para os atos da vida civil, a orfandade, o abandono parental, o assédio moral laboral, o dano existencial, de acordo com as peculiaridades de cada contexto, frustra a execução de metas, objetivos e ideais que dão sentido à vida da pessoa (dano ao projeto de vida) e, ao mesmo tempo, prejudica, consideravelmente, a convivência com seus pares, nos mais diversos campos da socialização humana (dano à vida de relações), tais quais as searas afetivo-familiares, sociais, profissionais, cívicas, políticas, recreativas, religiosas, intelectuais, educativas, científicas, artísticas e culturais). (FROTA; BIÃO, 2010, p. 43 e 44).

Nesse sentido, a vida do ser humano é plenamente afetada pelo dano existencial, pois ele inibe o agente de agir em sua melhor *performance*. Os fatos acontecidos, que podem variar, como apresentados na citação acima, produzem uma redução na capacidade de agir (*performance*) do indivíduo, que o distancia daquele projeto de vida mais audaz que exercia antes do dano ou que seria capaz de exercer na sua ausência. Os exemplos mais comuns desse tipo de dano se encontram nas relações trabalhistas e não é à toa que o tema é majoritariamente discutido na doutrina⁵⁶.

A socialização humana é afetada pelo *dano existencial* provocado, dado que a pessoa se considera incapaz de realizar aquilo que dela se espera, enquanto desperta o sentimento de angústia (FROTA; BIÃO, 2010, p. 55). Em algumas decisões do poder judiciário português foi assegurada a indenização para essa categoria de dano. Os casos envolvem acidentes de trânsito.

⁵⁶ Vide, dentre outros: PARMEGIANI, Daniele. *Dano existencial: Análise da jornada excessiva de trabalho e o teletrabalho sob a ótica da dignidade da pessoa humana*. 2021. FERNANDES, Artur Klemes; SOBOLL, Lis Andrea Pereira. *Dano existencial e Trabalho – Considerações sobre a (Im) possibilidades e as escolhas*. 2021. TUMA, Márcio Pinto Martins. *Ampliação do intervalo intrajornada: Um dano existencial*. 2016. BEBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações*. 2009.

A título de exemplo, ver esse caso: “Tribunal da Relação de Guimarães (TRG). Acórdão de 23 de maio de 2004 (Relator, Juiz Desembargador José M. C. Vieira e Cunha). Vislumbrou dano existencial e psíquico decorrente de sequelas de acidente de trânsito do qual adveio, para o jovem vitimado (à época estudante de curso politécnico, estudo que não pôde prosseguir depois do acidente viário), a incapacidade laboral permanente estimada em 50% (cinquenta por cento). Sob o prisma do dano existencial e psíquico, o TRG constatou a dificuldade de o autor da ação judicial enfrentar o fato de que, após o sinistro, adquiriu expressiva incapacidade para protagonizar todos os aspectos da sua vida” (FROTA, 2013). No entanto, o aspecto mais relevante para este trabalho é a sua capacidade de restringir injustamente as opções disponíveis em termos de projetos de vida, em razão do prejuízo que podem causar ao autorrespeito e à autoconfiança, amplamente dependentes das atitudes dos membros da comunidade em relação aos agentes.

A posição que sustento é que os discursos de ódio configuram uma redução na possibilidade de o agente alcançar seus objetivos em sua melhor *performance*, isto é, ele gera um *dano existencial* inibindo aquilo que as pessoas têm de potencial. As relações, oportunidades e convivência são afetadas pelo sentimento causado pelo discurso de ódio de incapacidade, humilhação, redução e inferioridade do agente vitimado. No mesmo sentido, os discursos de ódio também podem causar *danos sociais*, na medida em que há evidente rebaixamento da qualidade de vida da população no geral (MARTINS, 2018). Em consonância com Jeremy Waldron, o discurso de ódio gera um ambiente social indigno, reduzindo o campo de atuação autônoma e digna dos agentes. Portanto, suficiente para configuração de ilícito civil, podendo os *haters* serem responsabilizados por dano social e dano existencial.

Essas novas configurações de “dano” não estavam abarcadas sob a investigação de Mill, e nem poderiam estar, por ser aquela fruto de seu tempo. Mas pode-se esperar mais de Dworkin e da Suprema Corte norte-americana. É razoável esperar que ambos possam, ao menos, supor que o discurso de ódio pode gerar danos imateriais, e não somente físicos. Mas isso não foi por eles abordado. Por terem uma visão reducionista da concepção de “dano”, se limitam aos aspectos físicos (integridade física) e patrimoniais. Atualmente, novas configurações jurídicas de “dano” dão respostas ao problema do discurso de ódio e isso deve ser considerado. Por ter uma visão restrita de dano, esse paradigma é incapaz de admitir que danos imateriais possam ser reconhecidos em favor dos vitimados dos discursos de ódio que, repise, são, via de regra, grupos minoritários.

Ressalta-se que o que se considera aqui pode ser tratado no âmbito estritamente civil, isto é, não se trata da imposição de penas como a privação da liberdade para aquele que professa

ódio, mas de uma responsabilização pelos ilícitos civis causados, e isso é comum na prática forense. De fato, a via penal deve ser tratada como *ultima ratio*, condicionado e qualificado para atuar pelo insucesso ou inadequação dos outros ramos do direito. Embora vários autores sustentam a via penal para o caso, o que se propugna, nesse momento, é a responsabilização civil daqueles que professam ódio.

A própria legislação nacional, por exemplo, dispõe de vários mecanismos que podem auxiliar no compromisso em prol da recuperação dos danos às vítimas, vide, por exemplo, a Lei de Ação Civil Pública, 7.347/85, que dispõe acerca do pagamento decorrente de condenação às instituições que promovem a igualdade étnica para que continuem atuando na promoção da igualdade racial (art. 12, §2º, L. 7.347/85). Assim, considero haver elementos para aplicar no Brasil *responsabilização, a posteriori*, daqueles que causam danos, não somente os físicos, mas também imateriais em razão do proferimento de discursos de ódio.

Pode-se, agora, sintetizar a argumentação desenvolvida neste capítulo. Inicialmente, buscou-se apresentar o pano de fundo em que Dworkin se apoia para defender a liberdade de expressão ampla. Basicamente, o paradigma do “*clear and present danger*” e da “*imminent Lawless action*” ganha relevo, pois Dworkin os adota no decorrer de toda sua extensa obra. O paradigma sustenta que somente em caso de ameaças reais à integridade física e patrimônio das pessoas é que o governo está autorizado a atuar para restringir os membros da sociedade em seus proferimentos e formas de expressão. Em crítica a essa tradição, estendidas também a Dworkin, sustentou-se que este paradigma é solipsista e reducionista.

É solipsista, pois desconsidera o efeito pragmático da linguagem consistente no fato de que *falar é agir*. Aquela tradição divide as falas entre aquelas com possibilidade de converter-se em *ação* e mero *discurso*, sendo que este jamais deveria ser restringido, enquanto aquelas, se gerarem danos (restritos) às vítimas, poderiam ser objeto de regulamentação e restrição pelo Estado. Apoiado em Wittgenstein, Austin e R. Brandom, o trabalho sustenta que a tradição pragmática da linguagem mostra que não há separação entre discurso e ação, pois o estudo da linguagem depende da prática discursiva, em outros termos, só há a semântica se houver uma prática linguística constituída. Todo discurso já é uma ação. Dessa maneira, toda fala expressada pelos *haters* é capaz de gerar efeitos nos ouvintes e nos grupos vitimados que ultrapassa o mero desconforto e tem sentido normativo. Pelo efeito perlocucionário, eles condicionam e efetivamente criam a realidade que objetivam quando professam ódio, ou seja, eles modificam o ambiente em prol da exclusão.

Mostrou-se ainda que essa tradição pragmática não está distante de muitas das considerações de Dworkin. Embora este não assumisse expressamente e, ao contrário, rejeite o

pragmatismo jurídico em *Império do Direito*, Decat (2015) demonstrou que as bases do pragmatismo clássico, trazendo a classificação de Robert Brandom, em mais se assemelham ao *Direito como integridade* do que ao realismo jurídico e aos pragmatistas instrumentalistas. Os instrumentalistas seriam mais utilitaristas do que pragmáticos. Nesse sentido, ao aproximar Dworkin do racionalismo histórico-expressivo, com bases hegelianas pragmatistas, há fortes razões para atribuir a Dworkin uma visão pragmatista (filosófica). Por isso, é razoável concluir que, pelos compromissos teóricos pragmatistas implícitos no pensamento de Dworkin, ele deveria rejeitar este paradigma solipsista.

Segundo o paradigma, as falas que não convocam outras pessoas a causarem danos físicos e patrimoniais não são capazes de afetar os ouvintes, por isso devem ser aceitas. Assim, a contribuição de Austin, ao expor que toda fala é perlocucionária, isto é, que o agente quando fala não apenas constata algo, mas sempre realiza uma ação e potencialmente cria uma realidade, é suficiente para mostrar que mesmo as falas consideradas “inofensivas” pelo paradigma tradicional são capazes de gerar danos. Adota-se aqui, portanto, uma concepção ampla de dano que reconhece que os discursos de ódio podem gerar, ao menos, dois tipos de danos: os danos existenciais e os danos sociais, o que não é aceito pelo paradigma em questão.

Os danos existenciais são danos imateriais em perspectiva, isto é, eles afetam a melhor *performance* na tomada de decisões e ações do agente no decorrer de sua vida e sua capacidade de se autodeterminar. Eles geram não apenas angústia às pessoas por não corresponderem àquilo que se espera delas, mas limitações à sua possibilidade de escolha de formas de vida. O rebaixamento causado pelo discurso de ódio gera o condicionamento e uma proibição na busca de uma vida autêntica e independente. Sobre este ponto, exploro o tema em mais detalhes no capítulo acerca da *independência ética* onde, de uma forma geral, considero que os discursos de ódio violam mais fortemente a *independência ética* do indivíduo, gerando danos existenciais, sendo um risco maior à *independência ética* do que o risco causado se a liberdade de expressão for negada nesses casos.

Os danos sociais também são possíveis quando há discursos de ódio. Em consonância com Jeremy Waldron, quando os discursos de ódio são proferidos há uma conseqüente redução de um ambiente moralmente respeitável exigido por todos aqueles que nele se inserem. Waldron demonstra como os *outdoors* com conteúdo de ódio afetam a qualidade de vida da população, principalmente, obviamente, das minorias afetadas. Com isso, há uma redução no nível de *dignidade como status de nobreza* que cada indivíduo deve ter e exigir. Desse modo, esses *danos sociais* também são danos imateriais gerados pelos discursos de ódio, mas negados pela Suprema Corte norte-americana no precedente e, conseqüentemente, por Dworkin. Apresentei

também que na legislação positiva brasileira há instrumentos suficientes para uma política de desincentivo aos discursos de ódio. Na Lei da Ação Civil Pública, 7.347/85, há a possibilidade de o ressarcimento desses danos sociais serem revertidos às instituições cujo escopo é defender os direitos dos grupos vitimados.

Com essas conclusões, sendo o paradigma solipsista e reducionista, a aceitação de Ronald Dworkin a ele é o foco pelo qual se deve atentar. Por ser um paradigma solipsista, já assinala que os compromissos do pragmatismo clássico, expostos por Brandom, se amolda ao *Direito como integridade*, em que seria incongruente para Dworkin sustentar um paradigma solipsista, que analisa a linguagem somente sob uma perspectiva do falante, tendo compromissos com o pragmatismo.

Noutro sentido, também aparenta ser incongruente a postura de Dworkin consistente em acreditar que somente os danos físicos e patrimoniais são suficientes para requerer uma postura intervencionista do Estado, isto é, que somente tais danos afetam de tal maneira os vitimados do discurso. Parte da relevância do *Direito como integridade* é sua capacidade de reconhecer que determinados direitos e obrigações, mesmo não presentes na legislação positiva, podem ser imputados aos agentes, pois eles não são constitutivamente reconhecidos por uma fonte social autorizativa, mas advém da reconstrução histórico expressiva da moralidade implícita nas práticas sociais jurídicas e na história institucional da comunidade. Isso significa que, mesmo em casos em que não se consegue identificar nenhuma regra determinando como deve o juiz agir, há de se buscar nos princípios assumidos pela comunidade as razões para justificar a decisão.

Os casos de discursos de ódio se encontram justamente nessa situação, pois mesmo não havendo nenhuma lei disciplinando o reconhecimento de danos imateriais causados às vítimas, isto é, mesmo que somente existam precedentes reconhecendo unicamente os danos físicos como capazes de autorizar a interferência estatal, é possível, buscando nos compromissos de *igual e consideração e respeito* que o Estado deve ter com seus agentes, condenar os *haters* por danos imateriais. Aliás, esse é o mesmo pano de fundo metodológico e normativo a partir do qual Dworkin discute o método de Hércules no caso da Sra. Mc Laughlin, no *Império do Direito*, no qual considerou ser possível os danos morais mesmo se as pessoas não estão pessoalmente presentes no local do acidente⁵⁷. Não há nenhuma incongruência em Hércules,

⁵⁷ O caso *McLoughlin v. O'Brian* (1983) envolve os limites da responsabilidade civil em acidente automobilístico. Em 1973, a Sra. McLoughlin recebeu um telefonema informando que seu marido e seus três filhos tinham sido vítimas de um acidente. Duas horas depois do acidente, ao se dirigir ao hospital, sofre um ataque de nervos ao ver que seu esposo e filhos foram gravemente feridos. Decorrendo disso, processou o causador do acidente pelos

por exemplo, reconhecer que as vítimas do discurso de ódio podem receber ressarcimento por dano existencial e a coletividade por danos sociais. Mas há incongruência se Hércules assumir o paradigma do “*clear and present danger*”, pois nele há uma descrição inadequada do que os direitos representam, isto é, representam algo além dos danos à integridade física.

O intuito desta dissertação é apresentar como Ronald Dworkin é inconsistente com seus próprios termos ao defender o direito à *liberdade de expressão ampla*. Neste capítulo, apresentou-se uma dessas inconsistências: o paradigma do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*”, é incompatível com a descrição de um Dworkin pragmatista (filosófico), em concordância com Decat (2015), e com um Dworkin do *Direito como integridade*, que reconhece direitos e obrigações jurídicas mesmo quando nenhuma regra positiva que predetermina o que deve ser feito possa ser encontrada, embora a coerência de princípios subjacentes à prática aponte na direção do reconhecimento de violações a direitos por danos imateriais, existencial e social, aos vitimados dos discursos.

No próximo capítulo, o trabalho analisará a concepção *moral* que Dworkin abraça em *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]) e como ela é incompatível com a defesa da *liberdade de expressão ampla*. Além disso, se buscará mostrar que quando se trata de liberdade de expressão, há aproximações maiores com a *moral* do que com a *ética*, posição que Dworkin adotou para fundamentar o direito à *liberdade de expressão ampla*.

danos psicológicos sofridos. Por não estar presencialmente no acidente, o caso dividiu os especialistas quanto à obtenção de indenização pela Sra. McLoughlin. Dworkin, ao comentar o caso, acredita que a Sra. McLoughlin merece a indenização mesmo não havendo precedente jurisprudencial que se direciona à essa posição. Para mais detalhes, ver DWORKIN, 2014b [1986], p. 286 e seguintes (Capítulo VII – Integridade no Direito); ou MACEDO JÚNIOR, 2018a, p. 152 e seguintes.

Capítulo 7 - Moral: uma abordagem Kantiana

No capítulo 2, foi feita uma breve introdução acerca da compreensão de Dworkin sobre moral e ética. Naquela oportunidade, o intuito era demonstrar, passo a passo, o raciocínio até a exposição da concepção almejada, a *independência ética*. Neste capítulo, recorrerei apenas lateralmente à apresentação lá realizada, para contextualizar a crítica que será exposta a seguir. Em linhas gerais, sustento que o enfoque dworkiniano dado ao caráter ético da liberdade de expressão (o viver bem implica em uma abstenção estatal), expressado pela *independência ética*, negligencia o caráter moral da liberdade de expressão (devemos agir com o outro da mesma maneira que agimos com respeito por nós mesmos).

Dworkin inicia *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]) afirmando que a raposa sabe muitas coisas, mas o ouriço somente uma, mas muito importante. O valor é uma coisa muito importante. A ética e a moral são concepções que, segundo Dworkin, devem se reforçar mutuamente. Por isso, o autor expõe o seu projeto no livro da seguinte forma: “Vou tentar ilustrar pelo menos a unidade dos valores éticos e morais: apresento uma teoria do bem viver e do que precisamos fazer para as outras pessoas e do que não podemos fazer com elas se quisermos viver bem” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 3).

A distinção entre ética e moral no pensamento de Dworkin já foi apresentada nesse trabalho: a ética é o estudo sobre como viver bem; a moral, o estudo sobre como devemos tratar as outras pessoas. A grande contribuição de Dworkin sobre o assunto foi reconhecer que ética e moral estão unidos pelo valor da *dignidade humana*. Apesar do uso insistente e raso pelos juristas dessa concepção, a dignidade humana, Dworkin assinala, é um importante valor e precisa ser considerado em reflexões sobre o raciocínio prático. A *dignidade* é a noção que nos guia para o bem viver, isto é, a ética pressupõe que devemos ter responsabilidade em transformar nossa vida em algo de valor, e só podemos transformá-la se prezamos pela nossa dignidade, ao mesmo tempo em que temos respeito por nós mesmos, que levamos o fato de viver a sério.

A *dignidade* é constituída por duas dimensões, a do *respeito por si mesmo* e da *autenticidade*. Esses dois princípios, na visão de Dworkin, “[...] enunciam exigências fundamentais do bem viver” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 311). O primeiro assinala que cada pessoa deve levar a sério a sua própria vida. O segundo, que devemos ter a responsabilidade em identificar os critérios de sucesso da própria vida. Da *autenticidade*, portanto, decorre a *independência ética*, que salienta a necessidade de resistência às influências da comunidade decorrentes da pretensão de impor o modo como devemos viver. A comunidade não pode dispor

de instrumentos para proibir alguém de viver autenticamente, com independência em busca da realização de seu projeto ético, apenas por considerá-lo desprezível, mas deve garantir 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, 2014a [2011], p. 324).

Segundo Dworkin, essa *independência ética* tem implicações políticas evidentes, exploradas por ele em situações nas quais o Estado nega aos agentes a possibilidade de tomarem suas próprias decisões acerca de questões éticas fundamentais, exemplificadas como escolhas referentes à religião, aos compromissos pessoais íntimos e aos ideais éticos, morais e políticos (DWORKIN, 2014a [2011], p. 564). As leis que limitam a liberdade de expressão são manifestações do Estado que, segundo Dworkin, violam a *independência ética*:

Embora o Estado possa, de diversas maneiras, promover aquilo que a coletividade considera intrinsecamente valioso em matéria de literatura, música e artes visuais, ele não pode proibir seus membros de ler, ouvir, e contemplar o que bem lhes aprouver – não pode proibi-los apresentando como única justificativa o fato de certas opiniões acerca do que vale a pena desfrutar serem ofensivas em si mesmas e poderem ser contagiosas (DWORKIN, 2014a [2011], p. 570).

Dessa maneira, conforme já antecipado no capítulo 2, a *independência ética* funciona como argumento que Dworkin elabora e aplica de modo a justificar a *liberdade de expressão ampla*, isto é, liberdade que admite os discursos de ódio. O caminho percorrido por Dworkin para chegar a tal conclusão é, portanto, ético, uma vez que do compromisso do agente em fazer de sua vida uma boa vida, se extrai a *independência ética* que afastaria restrições à liberdade de expressão. Em outras palavras, o compromisso com a vida boa (ética) autorizaria o agente, inclusive, a realizar discursos de ódio, dado que tal expressão pode integrar a vida que ele considera boa, negando-se ao Estado a possibilidade de violá-la.

A *moral*, por outro lado, em Dworkin corresponde àquilo que devemos aos outros, sendo necessário, de acordo com a concepção do autor sobre o raciocínio prático, integrá-la à ética. Atente-se que um dos grandes desafios do autor em *Justiça para ouriços* (2012a [2011]) é integrar *moral* e *ética* de modo que façam sentido mutuamente. O pano de fundo que Dworkin toma para sua concepção *moral* é a concepção de Kant. Ele assevera: “[...] me apoio principalmente na tese de Immanuel Kant de que não podemos respeitar nossa humanidade sem respeitar a humanidade nos outros” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 24).

Dworkin argumenta que o *respeito por si mesmo*, primeiro princípio da dignidade humana, é um construto kantiano, de modo que “[...] o adequado respeito por si mesmo acarreta um idêntico respeito pela vida de todos os seres humanos” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 389). No entanto, Dworkin considera que essa ideia tem alguns limites.

Na explicitação da exigência do *respeito por si mesmo*, o primeiro princípio da dignidade, Dworkin dá destaque à importância objetiva que o agente deve dar à sua vida. Assim, ele questiona: a importância objetiva de sua vida, que deve ser levada a sério, reflete uma qualidade especial de determinada pessoa ou uma importância que todas as vidas têm? A importância objetiva é uma importância universal – simplesmente por ter uma vida humana – ou especial – por alguma dotação especial que outros não possuem? (DWORKIN, 2014a [2011], p. 390).

Para Dworkin, muitos adotam a concepção universal, como as concepções religiosas. Para elas, um ser supremo fez os seres humanos à sua imagem e semelhança e tem igual consideração por todos. Humanistas sagrados, segundo Dworkin, também advogam que a vida humana é sagrada e qualquer fracasso é um desperdício para o cosmo (DWORKIN, 2014a [2011], p. 391). Dworkin necessita, por outro lado, de um argumento para apoiar a tese da importância objetiva especial, e ele não pode fazê-la a partir de um ponto de apoio metafísico.

Dworkin aponta que Nietzsche, crítico da concepção universalista, vai ao encontro de suas percepções, quando insiste na importância do bem viver em face das concepções morais que inibem a potência, natural e aguilhão da motivação das grandes vidas. Por outro lado, Nietzsche recebe críticas do autor pois, apesar de se opor ao universalismo, “[...] ele não objeta a que os valores de determinada pessoa sejam vistos como universalmente válidos quando a pessoa os considera essenciais para qualquer manifestação da grandeza do ser humano” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 395).

Dworkin parte para uma reformulação do *respeito por si próprio* que evidencie o valor objetivo de qualquer vida humana, chamado por ele de princípio de Kant:

A razão que você tem para pensar que o desenrolar de sua vida é objetivamente importante também é uma razão para pensar que o desenrolar da vida de qualquer pessoa é importante: a importância objetiva da sua vida reflete na importância objetiva da vida de cada um (DWORKIN, 2014a [2011], p. 397).

Essa concepção tem consequências diretas para a questão de como devemos tratar as pessoas. Em uma análise superficial, pode-se chegar à conclusão de que o respeito objetivo pelo outro exige uma abordagem utilitarista, que visa melhorar a situação de todos. Por outro lado, alguns sustentam que isso significa que devemos abdicar de bens pessoais em prol de uma distribuição aos desfavorecidos para realizar o princípio. Trata-se da aparente contradição entre os princípios da dignidade, respeito por si e autenticidade. Dworkin não adota uma posição radical para tratar o conflito, mas cita a proposta de Thomas Nagel, afirmando que o equilíbrio é a estratégia para conciliar perspectivas pessoais e impessoais, pois “[...] busca princípios que

todos considerariam razoáveis caso estivessem motivados pelo desejo de definir um padrão único” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 399 e 400). Dworkin também não acredita que um ponto de equilíbrio seja a estratégia correta para lidar com a situação, visto que os princípios são por demais fundamentais e importantes para serem comprometidos. As condições necessárias para o *respeito próprio* e a *autenticidade* são inegociáveis (DWORKIN, 2014a [2011], p. 401).

Desse modo, Dworkin pensa que a solução requer encontrar interpretações atraentes dos dois princípios da dignidade, de modo que se reforcem mutuamente. A teoria de Kant, segundo o autor, pode ser vista a partir de um enfoque interpretativista. Para Dworkin, as noções kantianas são relativamente fracas, mas podem ser lidas em consonância com os métodos do seu livro (*Justiça para Ouriços*). Nesses termos, o princípio da humanidade em Kant possui o mesmo sentido do primeiro princípio da *dignidade*, isto é, que devemos valorizar nós mesmos e nossos objetivos, considerar que eles têm importância objetiva. A conclusão, então, segue a tese de Dworkin, ancorada em Kant:

A conclusão adequada é aquilo que chamei de princípio de Kant: para que o valor que você encontra em sua vida seja verdadeiramente objetivo, ele deve ser o valor da própria humanidade. Você deve encontrar o mesmo valor objetivo na vida de todas as outras pessoas. Deve tratar a si próprio como um fim em si mesmo e, portanto, pelo respeito por si próprio, deve também tratar todas as outras pessoas como fins em si mesmas. O respeito por si mesmo também exige que você se considere autônomo em um sentido específico dessa palavra: você deve assinar embaixo dos valores que estruturam a sua vida. Essa exigência equipara-se ao nosso segundo princípio: você deve julgar por si mesmo qual é o modo correto de viver e resistir a toda coerção que vise usurpar-lhe essa autoridade (DWORKIN, 2014a [2011], p. 405).

No entanto, em conformidade com esta interpretação, Kant não propõe uma solução para reconciliar a *autonomia* e o *respeito pelos outros* com imparcialidade. Ele propõe, segundo Dworkin, um tipo diferente de universalismo: “[...] temos de agir de modo tal que nos permita querer que o princípio da nossa ação seja aceito e seguido por todos” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 406 e 407). Para Kant, é a capacidade de suas máximas serem universais que assegura às pessoas o status de fins em si mesmas.

Essa construção kantiana permite a Dworkin ligar uma teoria moral à ética quando ambas são lidas interpretativamente, porque o modo de agir conforme a lei moral possibilita que o agente viva bem, harmonizando os princípios da autonomia e respeito próprio:

Essa reconstrução dos argumentos de Kant os aproxima dos argumentos deste livro, talvez - espero que não - além do devido. Meu objetivo é demonstrar que as teses de Kant são mais persuasivas quando são entendidas como uma teoria interpretativa que liga a ética e a moral. Cada elemento dessa estrutura de ideias éticas e morais contribui para a defesa dos outros elementos. Quer nosso ponto de partida seja a lei moral, quer seja a ética do respeito por si mesmo, acabamos por gerar a mesma estrutura. É certo que Kant não supunha que o hábito de agir por causa da lei moral produzisse necessariamente, ou mesmo na maioria dos casos, uma vida boa. Mas concebia-o como um meio para vivermos bem, com pleno respeito por nós mesmos e plena

autonomia. O sistema kantiano, assim entendido, é um exemplo impressionante de holismo ativo (DWORKIN, 2014a [2011], p. 407 e 408).

A integração entre ética e moral proposta por Dworkin implica reconhecer que não é possível pensar em uma vida boa sem a concomitante relação com as outras pessoas. Isto é, o modo como devo viver se relaciona com o modo que ajo em relação aos outros participantes da comunidade: “Uma pessoa vive bem quando encontra e adota uma vida boa para si mesma e quando o faz com dignidade, com respeito pela importância das vidas das outras pessoas e pela responsabilidade ética tanto dos outros como da sua própria” (DWORKIN, 2012, p. 427). E isso representa uma influência do pensamento kantiano, que não é negada por Dworkin.

Segundo Motta, trata-se de princípios desdobrados de uma leitura particular do conhecido princípio kantiano (MOTTA, 2021, p. 217). Para Saulo Matos e Lorena Costa, a leitura de Kant feita por Dworkin é a melhor reconstrução da autonomia kantiana (moral) interligada com a ética:

O valor do ser humano passa a ser não mais somente a autonomia enquanto uma das formulações do imperativo categórico, mas a autonomia enquanto liberdade. Assim, o valor de cada um de acordo com o princípio kantiano não se liga mais necessariamente à lei moral, e sim, ao projeto que cada indivíduo possui para a sua vida, bem como à responsabilidade ética em cada um (MATOS; COSTA, 2018, p. 84).

Desse modo, a *dignidade* implica em reconhecer o valor objetivo dado a nossa vida enquanto reconhecemos esse mesmo valor objetivo no outro (DWORKIN, 2014a [2011]). A compreensão do valor objetivo *no outro*, proposto por Dworkin com base em Kant, assinala um pressuposto de consideração da alteridade, isto é, o que *devo aos outros* deve ser considerado para futura responsabilização. Aliás, é precisamente da autenticidade que decorre a responsabilização (MATOS, COSTA, 2018, p. 80).

Dada esta construção interpretativa, considero que Dworkin, ao defender a possibilidade de discursos de ódio, desconsidere a integração entre ética e moral, entendida nos moldes de Kant, para sustentar que a questão da disciplina jurídica dos discursos de ódio se trata somente de uma questão ética, pois, ao Estado, caberá apenas se abster de impor qualquer restrição quando se tratar de assuntos éticos. Há uma verdadeira incongruência em sustentar uma integração entre ética e moral a partir da noção de dignidade, compreendida com contornos kantianos, ao mesmo tempo em que se aceita uma concepção da liberdade de expressão de significado exclusivamente ético. O pressuposto básico de Kant, como interpretado por Dworkin, exige o reconhecimento de que as vidas humanas não são apenas meios para consecução de fins. Os discursos de ódio claramente evidenciam que as pessoas vitimadas são

instrumentalizadas para fins de outros. É importante ressaltar que tais considerações não são feitas desde um ponto de vista exterior à obra de Dworkin, como no caso da objeção de Waldron fundada em um conceito talvez idiossincrático de dignidade, mas aponta uma inconsistência no pensamento do autor que é *interna* a ele. A concepção “moral” adotada por Dworkin é ao mesmo tempo derivada da responsabilidade ética e notoriamente kantiana, e isso implica reconhecer que *o outro* é dotado de valor objetivo, de modo que devemos levar este valor a sério do mesmo modo que devemos levar a nossa vida a sério. Portanto, a incongruência de Dworkin é em seus próprios termos: os discursos de ódio expressados pelos agentes não são aceitáveis do ponto de vista de uma concepção kantiana de autonomia e dworkiniana de dignidade.

Os discursos de ódio vulgarizam e desprezam o ser humano, pois não os consideram com seu tratamento como fins em si mesmos. Quando Brandenburg, no exemplo do capítulo anterior, professa ódio contra os judeus e negros, ele desconsidera que qualquer uma das vítimas tenha uma importância objetiva como ele reconhece para si. Ao contrário, nenhuma das vítimas têm importância objetiva e, nesse caso, é melhor *para ele* que elas sejam instrumentalizadas de modo a concretizar seu desejo de vê-las longe de si. A alteridade exigida pela moral é desconsiderada por Dworkin quando ele disserta sobre liberdade de expressão. E não somente isso, vimos no capítulo anterior que Dworkin nega uma perspectiva relacional do discurso de ódio e foca em um aspecto ético individual. Quanto à moral, é a mesma coisa.

Dworkin desloca a discussão acerca da liberdade de expressão para um campo liberal individualista restrito para justificar suas posições, negando a perspectiva intersubjetiva dos discursos de ódio. Aliás, este é também um ponto de divergência entre Waldron e Dworkin. Enquanto Waldron reconhece os efeitos que o discurso de ódio tem no ambiente social, gerando um espaço com reduzido reconhecimento da *dignidade como status de nobreza*, Dworkin tem uma percepção eminentemente ética, segundo a qual proibir determinadas falas importa em atentar contra a mera possibilidade dos agentes de terem contato com posições acerca do que é uma vida boa. Enquanto um adota uma perspectiva relacional, intersubjetiva, o outro tem uma perspectiva individualista, solipsista.

Desse modo, reconhecer a normatividade da ética, entendida sob um aspecto individual, como uma questão do que devemos fazer para viver bem, como integrada à normatividade da moral, entendida sob um aspecto relacional, como uma questão sobre o que devemos aos outros, torna a adoção de uma concepção unicamente individualista da liberdade de expressão uma incongruência em seus próprios termos. Na sua análise da liberdade de expressão, Dworkin deveria reconhecer que, ao integrar moral e ética, por meio de uma concepção kantiana de

dignidade, a alteridade exigida pela moral deve ser considerada para que os valores façam sentido mutuamente. É difícil compreender, do ponto de vista das concepções teóricas mais amplas de Dworkin, como os discursos de ódio são compatíveis com uma moral que determina que devemos reconhecer valor objetivo no outro.

Ao destacar a “independência ética” como ponto de partida do seu entendimento da liberdade de expressão, Dworkin desconsidera a perspectiva de alteridade da moral nos discursos de ódio, o que deveria exercer uma pressão racional no sentido da consideração da relação entre pessoas, não de seu isolamento em relação a elas. Afinal, se trata de uma questão de discurso, que envolve e coloca em relação falantes e ouvintes. Pela perspectiva de Dworkin, os discursos proferidos, quando analisados da perspectiva da liberdade de expressão, são praticamente desprovidos de ouvintes, visto que estes são desconsiderados.

Em síntese, a contradição, portanto, consiste em defender a permissibilidade dos discursos de ódio e ter por base simultaneamente, ao integrar ética e moral, uma perspectiva kantiana na qual se age com *dignidade* quando se reconhece o valor objetivo no outro do mesmo modo que se reconhece o próprio valor objetivo. A noção kantiana de dignidade, que dispõe que não devemos instrumentalizar as pessoas para a consecução dos nossos fins, é nitidamente contraditória com os discursos de ódio.

As críticas esboçadas nesta dissertação estão todas interligadas. Por ter uma concepção acerca da liberdade de expressão que a concebe somente sob o aspecto ético e individualista, Dworkin anui com um paradigma jurisprudencial – do *clear and present danger* e da *Imminent Lawless action* - também solipsista. Reconhecer que o discurso de ódio é discurso, ou seja, atua entre falantes e ouvintes, autoriza que sejam restringidos pela legislação, visto que envolvem também a perspectiva das *outras pessoas*. Mas o caminho de Dworkin é inverso, é privado e individualista, e sua adoção impõe um grande fardo: apoiar discursos discriminatórios.

O que torna o problema mais grave, entretanto, é sustentar discursos discriminatórios dispondo de uma teoria sofisticada que parece exigir exatamente o contrário. Se concordarmos com Dworkin em reconhecer a correção da integração entre ética e moral a partir de uma importância objetiva nas pessoas, não podemos concordar com o Dworkin que expressa que “devemos tolerar os racistas, e este é o preço da liberdade”. Dworkin, sob essa perspectiva, demonstra ser contraditório: ele abraça Kant e os *haters* ao mesmo tempo.

Até aqui sustentei que Dworkin se apoia em uma jurisprudência solipsista e restritiva quanto ao conceito de dano e que uma concepção *moral* entendida como exigência de reconhecimento da importância do outro da mesma maneira que estimamos a nós mesmos, é incompatível com uma defesa do direito a proferir discursos de ódio. Disso decorre que

Dworkin negligencia um aspecto de *alteridade* exigido na análise da liberdade de expressão. Cattoni *et. al.* (2021) captou o sentido relacional da liberdade de expressão ao afirmar que os discursos de ódio envolvem uma compreensão de *historicidade* (CATTONI; REPOLÊS; PRATES, 2021). Em Waldron também se vê essa perspectiva crítica, pois uma análise do meio ambiente social saudável pressupõe um ambiente em que vivem pessoas dignas. O que se pode inferir de tudo isso é que o âmbito de aplicação do direito à liberdade de expressão difere daquele de outros direitos reconhecidos.

No âmbito do direito constitucional e dos direitos humanos, há um verdadeiro consenso entre os especialistas acerca das três primeiras gerações de direitos humanos (ou fundamentais). Karel Vasak inicialmente estabeleceu três, mas atualmente há várias outras. Há ainda críticas quanto ao termo “gerações”, pois sinaliza para alternância entre os direitos, o que não houve. Alguns sustentam o termo “dimensão” (RAMOS, 2021). Essas dimensões estabelecem determinados modelos de organização da sociedade e do direito, o que Cattoni (2014) e Menelick (2020) denominam *paradigma*.

Na primeira dimensão, estão os direitos individuais e políticos, caracterizados por serem tipicamente de defesa, isto é, se contrapõem a determinado interesse do Estado; são característicos de um Estado Liberal, por isso, denominados “direitos de liberdade”. Na segunda dimensão estão os direitos sociais, que envolvem educação, saúde e trabalho; são característicos de um Estado Social prestacional, por isso, denominados “direitos de igualdade”. Na terceira, estão os direitos difusos, como meio ambiente e consumidor; são característicos de um Estado Democrático de Direito, por isso, denominados “direitos de fraternidade” (RAMOS, 2021).

A liberdade de expressão é historicamente concebida como um direito de primeira geração, isto é, foi conceitualizado em uma quadra histórica marcada pelo nascimento do Estado liberal/de direito, em que os súditos, opondo-se ao Estado monárquico intervencionista, exigem dele uma postura passiva, de contenção. O Estado de Direito moderno é caracterizado pela atribuição de direitos fundamentais às pessoas e pela separação dos poderes (RAMOS, 2021).

Nesse sentido, a liberdade de expressão, como um direito de primeira geração, é concebida em uma perspectiva estritamente individual. Afinal, todos os direitos de primeira geração têm por característica serem individuais, de modo que não têm relação com *o outro*. Uma perspectiva relacional dos direitos, entretanto, só foi concebida no Estado Social, em que os direitos envolvem a sociedade e os menos favorecidos.

O exercício desses direitos individuais de primeira geração geralmente é entendido como correspondendo, realmente, a uma perspectiva individualista. Os direitos políticos são

exemplos disso: considera-se que o direito à participação na esfera política do Estado com o voto ou com a candidatura diz respeito a uma prerrogativa, sendo a oportunidade de seu exercício única e exclusivamente deliberado pelo agente cidadão. O mesmo ocorre com o direito à liberdade religiosa: decidir qual ordem transcendental devo seguir é visto uma decisão que, realmente, afeta somente ao agente religioso. Com o direito à vida privada e à intimidade, da mesma maneira. Entretanto, parece claro que, inobstante a correção ou não da manutenção desse entendimento geral dos direitos de primeira geração em face de sua acomodação a paradigmas pós-liberais, ou seja, independentemente da questão de se eles têm seu sentido, justificação ou fundamento alterado com a emergência de novos paradigmas, outros direitos de primeira geração não estão sob um enfoque estritamente individualista, embora sua conceitualização inicial assim os tivessem concebido.

O direito à propriedade é um ótimo exemplo. À primeira vista, pode-se parecer que este direito diz respeito a uma situação garantida ao indivíduo que dispõe de bens. Esta situação, possibilita ao agente detentor as faculdades de gozar, dispor, usar e reaver determinado bem do seu patrimônio. No entanto, esse direito carrega uma compreensão a mais, ele assegura que a coletividade deve se abster de atentar contra a propriedade de quem a detém, tendo eficácia *erga omnes*, contra todos, garantindo o direito de sequela, mesmo em sua formulação liberal. No mesmo sentido, o direito de propriedade requer que seja exercido em consonância com a função social, isto é, não é atribuída ao proprietário a faculdade de realizar “qualquer coisa”.

Isso significa que mesmo os direitos de primeira geração que, numa conceitualização inicial possuem por característica a individualidade, há um aspecto de *alteridade*, de *socialidade* (no caso do direito à propriedade, por exemplo, um dos princípios norteadores do Código Civil de 2002 é a socialidade). Ou seja, para que o direito individual seja reconhecido entre os pares, é necessário que esse direito considere os próprios pares em seu exercício. Ter o direito à propriedade em desconformidade com a coletividade que o reconhece, isto é, sem nenhum desempenho de função social, autoriza que ações estatais em seu desfavor sejam tomadas. Pode-se afirmar que o mesmo ocorre com a liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é um direito de primeira geração que garante ao agente a possibilidade de se expressar e falar o que deseja sem embargos. Mas ela também tem um aspecto de *alteridade* e *socialidade*, pois o que se fala deve estar em consonância com uma exigência análoga à “função social”, consistente na consideração dos outros membros da comunidade como pessoas dotadas de valor em si mesmas. Só se reconhece o direito à liberdade de expressão aos membros da comunidade, revelando sua característica de *erga omnes*, se esse direito atuar conforme a consideração de importância objetiva aos próprios membros dessa

comunidade (moral). Se assim não for, assim como o direito à propriedade pode ser objeto de intervenção pelo Estado por desprezar a função social, o direito à liberdade de expressão também pode ser objeto de intervenção pelo Estado e gerar responsabilização aos agentes.

Por mais que se tente desvencilhar os direitos de primeira geração de sua dimensão social, é necessário reconhecer que direitos, quaisquer que sejam, num contexto democrático, só são direitos enquanto são reconhecidos pela comunidade como tal. Os que advogam pela *liberdade de expressão ampla*, incluindo Dworkin, sustentam apenas sua característica de defesa ou, na linguagem dworkiniana, seu aspecto de *trunfos*. Seria como sustentar que o direito à propriedade é exercido sem nenhuma limitação, e isso é uma postura claramente libertária. Uma postura igualitarista dworkiniana exige que os direitos correspondam a uma dimensão social, pois em sua própria teoria da justiça, os bens distribuídos adquirem essa dimensão social ao serem escolhidos. Não significa que uma vez escolhido esse bem ele possa ser usado absolutamente. Ao contrário, Dworkin se apoia na possibilidade de tributação dos bens, diferentemente dos libertários, pois reconhece uma função social que esses direitos/bens possuem (DWORKIN, 2011 [2000]).

Portanto, a tentativa de Dworkin de negar o caráter de *alteridade* do direito à liberdade de expressão, destinando atenção apenas ao falante, e não ao ouvinte, é difícil de conciliar com a sua própria teoria, visto que ao reconhecer a possibilidade de tributação, por exemplo, ele reconhece uma dimensão social/pública ao caso análogo do direito à propriedade. A “tributação” do direito à liberdade de expressão corresponderia à exigência do reconhecimento de valor objetivo aos membros da comunidade (moral). A imposição exigida pela liberdade de expressão, em sua dimensão relacional, requer reconhecer que os outros membros não podem ser tratados como meios para consecução de fins diversos, mas devem ser tratados como agentes autônomos que também têm respeito por si e autenticidade, ou seja, devem ser tratados com a mesma responsabilidade com que estabeleço uma vida boa para mim.

Em conclusão, sustenta-se aqui o entendimento segundo o qual a concepção da *moral*, como compreendida por Dworkin, não é compatível com sua defesa da liberdade de expressão como compatível com discursos de ódio. A moral exige um tratamento do outro orientado pelas mesmas exigências que a dignidade exige que reconheçamos em relação a nós mesmos, para podermos ter uma vida boa.

Propus que na análise dos direitos, mesmo os de primeira geração, como a liberdade de expressão, deve-se considerar sua dimensão de *alteridade* e *sociabilidade*, principalmente no caso da liberdade de expressão, que não deve ser compreendida por si, mas *relacionalmente*, entre pessoas, já que os discursos são inerentemente intersubjetivos. Compreendê-la

isoladamente desemboca em um entendimento do sentido deste direito que não reflete sua dimensão discursivamente comprometida com os participantes da comunidade.

Dessa análise acerca da integração entre ética e moral, esboçada por Dworkin em *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]), no que toca à liberdade de expressão, decorrem várias consequências, entre elas o reconhecimento da *responsabilidade*, exigida dos agentes em suas condutas. Agir responsabilmente é atuar sob princípios morais com integridade. Dessa maneira, a questão que pretendemos explorar na seção seguinte é sobre a *responsabilidade* imputada a quem profere discursos de ódio. Em outras palavras, como justificar responsabilmente, a partir de princípios morais, que denegar reconhecimento à dignidade dos outros é o melhor a ser feito? No nosso exemplo, como considerar Brandenburg um agente responsável em suas decisões se o que ele defende é incompatível com o reconhecimento de importância objetiva no outro? O trabalho se debruçará sobre esta questão na próxima seção.

Capítulo 8 – Responsabilidade: como justificar que defendo o ódio?

O propósito central de *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]) é demonstrar que todos os valores estão submetidos a uma unidade racional. Não é possível, na perspectiva de Dworkin, que se busque uma fundamentação isolada e metafísica de cada um deles, porque o que define seu sentido é sua relação como os demais (DWORKIN, 2014a [2011]). Reconhecer ou ser sensível à unidade do valor consiste em desenvolver os conceitos valorativos de modo que eles façam sentido mutuamente e isso é feito interpretativamente. A interpretação, por sua vez, leva à verdade e à objetividade de tipo adequado ao domínio dos valores. Mas o que assegura que determinada interpretação é correta ou melhor que outra? Por que há amplo desacordo entre participantes acerca do que dispõe determinado valor se partilhamos certas experiências e práticas?

Aqueles que refletem sobre objetos de formas de interpretação têm argumentado a favor de diferentes maneiras de interpretar. Um modelo bem comum é que concebe a interpretação como o resgate da intenção original do autor de uma obra de arte ou participante de uma prática social em termos da descoberta de um estado psicológico consciente (DWORKIN, 2014a [2011]). Compreende esse modelo que, para compreendermos o que determinada lei, por exemplo, significa, é necessário realizar um resgate dos motivos que levaram os legisladores a instituírem tal lei. Dworkin assinala que essa postura é coerente em determinados casos, mas falha em outros, porque nem sempre a descoberta de tal intenção é possível e plausível (DWORKIN, 2014a [2011], p. 13). Ele defende uma postura diferente: uma interpretação baseada nos valores.

A interpretação baseada nos valores é bem conhecida na obra de Dworkin, visto que em trabalhos anteriores à *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]) já era discutida. Em seu primeiro livro, *Levando os Direitos a Sério* (2010 [1977]), tal modelo de interpretação foi esboçado, embora com pouca relevância. Ficou conhecido, entretanto, no texto *De que maneira o Direito se assemelha a Literatura*, do livro *Uma questão de princípio* (2019c [1985]). Esse modelo de interpretação consiste em empregar ou pressupor a melhor teoria dos valores da interpretação de algo de modo a demonstrar seu valor sob essa luz (DWORKIN, 2014a [2011], p. 13). Deve-se olhar para o objeto a ser interpretado munido da atitude de enxergar nele a concretização ou instanciação dos valores importantes para aquele determinado gênero em que o objeto se insere. Consequentemente, interpretar esse objeto à luz desses valores é compreendê-lo como um objeto que satisfaz à melhor exigência do gênero a que pertence.

A verdade é alcançada com a interpretação, compreendida como aquela baseada nos valores, pois ela capta o sentido do objeto à luz daquilo que ele pretende ser, seu propósito. As verdades na dimensão do valor são objetivas, portanto, e isso é alcançado interpretativamente. Por isso, Dworkin assinala que a objetividade dos valores é alcançada pela interpretação dos próprios valores: não há um ponto metafísico onde o intérprete pode se apoiar para determinar que algo é verdadeiro ou falso. Essa descoberta é feita no próprio âmbito da moral, interpretando esses valores na sua melhor luz. No entanto, por ser uma interpretação inteiramente moral dos fenômenos, pode haver discordâncias acerca do que determinado objeto de interpretação exige, do que o torna valoroso. Justamente por não haver um ponto metafísico onde se apoiam as diferentes ideias sobre igual consideração, liberdade, igualdade ou democracia, é ínsita a discordância acerca do que é certo ou errado, bom ou ruim (DWORKIN, 2014a [2011]).

Sob essa perspectiva é que a compreensão de *responsabilidade* toma sua feição na obra de Dworkin. Segundo o autor, não se pode exigir a concordância entre os concidadãos, mas pode-se exigir deles a responsabilidade moral de agir com base em uma teoria geral dos valores que se complementam e apoiam mutuamente para justificar uma determinada posição:

Embora não possamos contar com a concordância de nossos concidadãos, podemos ao menos exigir deles a responsabilidade. Temos, portanto, de desenvolver uma teoria da responsabilidade que tenha força suficiente para nos permitir dizer às pessoas: “Discordo de você, mas reconheço a integridade do seu argumento. Reconheço sua responsabilidade moral”. Ou dizer-lhes: “Concordo com você, mas você não formou sua opinião de modo responsável. Você tirou cara ou coroa ou acreditou no que ouviu num noticiário parcial de televisão. É só por acidente que chegou à verdade” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 20).

A única maneira pela qual podemos chegar à verdade de um argumento moral é por meio de argumentos internos à própria moral e, com isso, não se pode demonstrar, de fato, que determinada posição moral é verdadeira, mas pode-se, segundo Dworkin, convencer os demais acerca de certa posição, ao apresentar argumentos consistentes. Isso, portanto, é realizado pelo agente que age responsavelmente, isto é, que desenvolve suas opiniões de modo íntegro e atua com base nelas (DWORKIN, 2014a [2011], p. 151).

Dworkin distingue entre *precisão* e *responsabilidade*. *Precisão* significa que o agente atuou com base em valores irrefletidos, como tirar cara ou coroa, e mesmo assim chegou a um raciocínio correto, verificado como racional posteriormente. *Responsabilidade* implica na atividade de chegar a um resultado, mesmo que este seja considerado como equivocado por alguns, desenvolvendo o raciocínio com base em integridade interpretativa.

Dessa maneira, um sujeito responsável atua para justificar suas posições com base em princípios e convicções morais deliberadas nas quais todos os valores em questão estão entrelaçados em um sentido único, alcançando a integridade. Somente podemos afirmar o exercício da responsabilidade por parte dos agentes quando eles sustentam os valores com integridade:

Isso significa que a interpretação entrelaça e une os valores entre si. Somos moralmente responsáveis 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).

Para Dworkin, a palavra *responsabilidade* é usada de determinadas maneiras, o que pode gerar confusão entre as pessoas. Num primeiro sentido, diz respeito a ser responsável em um sentido de virtude, de acordo com o qual alguém agiu com responsabilidade ao fazer o que fez em tal ocasião. No segundo, diz respeito a ser responsável em um sentido de relação entre as pessoas e acontecimentos, quando tal pessoa é responsável pelo fato da empresa começar a dar dinheiro, por exemplo (DWORKIN, 2014a [2011], p. 154).

Há vários tipos de responsabilidades e de desempenhos satisfatórios e insatisfatórios destas responsabilidades: A *intelectual*, do cientista que não confere os dados; a *prática*, do escritor que não faz backup dos seus arquivos; a *ética*, da pessoa que vive sem rumo; a *moral*, do cidadão que vota em uma candidata por sua beleza. Pode também ocorrer de um ato configurar mais de uma delas: quando, por exemplo, um político negacionista mergulha o país na guerra por informações falsas sem nenhuma preocupação com as consequências de suas ações. O que interessa nesta seção, contudo, é a *responsabilidade moral*: “[...] as pessoas moralmente responsáveis agem com base em princípios; agem por causa de suas convicções, e não apesar delas” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 156).

Dworkin discorre, então, acerca das situações nas quais se considera um agente como não responsável. Sob quais modos alguém pode deixar de agir com base nos princípios que professa e quando o sujeito será irresponsável, nesse sentido moral? Para Dworkin, uma forma óbvia é a insinceridade, que se manifesta quando o agente falta com a verdade sobre o que o motiva, sendo irresponsável por não agir com base nos princípios que professa. No entanto, é preciso distinguir este caso da racionalização, que é um fenômeno e mais complexo, marcado pelo fato de que “[...] a pessoa que racionaliza acredita sinceramente que sua conduta é regida por princípios que, na realidade, não desempenham nenhum papel eficaz na explicação daquilo que ela decide fazer” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 157).

Neste caso, a pessoa que acredita estar agindo racionalmente por determinados princípios os aplica somente em determinadas situações, mas quando outros fatos impõem a necessidade de aplicação desses mesmos princípios adotados ela os rejeita, isto é, ela os usa somente quando atendem a seus interesses. Para Dworkin, uma pessoa que assim age tem um raciocínio arbitrário e flutuante, e é moralmente irresponsável. Age assim uma pessoa que acredita que os membros mais abastados da comunidade devem conservar suas riquezas, ao mesmo tempo em que acredita no dever desses membros de ajudar os mais necessitados. Isso implica em um raciocínio esquizofrênico, segundo Dworkin (DWORKIN, 2014a [2011], p. 158).

Pouca gente, contudo, age dessa maneira esquizofrênica, mas muitos se contradizem pela compartimentalização moral. Isso significa que acerca dos mais variados temas, como aborto, pena de morte, imparcialidade do poder judiciário, patriotismo, dentre outros, temos certas convicções e elas podem ser eficazes e sinceras. Mas, segundo Dworkin, em muitos casos essa convicção é apenas pontual, pois não há integridade entre os princípios, isto é, os que “[...] regem um compartimento conflitam ou não têm ligação com os que regem outro” (DWORKIN, 2014a [2011], p. 159). Para Dworkin, a *responsabilidade* funciona como um filtro maximizante e eficaz, na perspectiva de que nossas convicções serão tão fortes (racionalmente) quando fizerem sentido dentro de nossa história considerada como um todo:

Precisamos, para tanto, buscar uma cabal coerência de valores entre nossas convicções. Precisamos também buscar a autenticidade nas convicções assim coeridas: temos de encontrar convicções fortes o suficiente para desempenhar o papel de filtros quando somos pressionados por motivações concorrentes que também defluem da nossa história pessoal (DWORKIN, 2014a [2011], p. 163).

Entretanto, a *responsabilidade* entendida dessa maneira é impossível de ser realizada plenamente, segundo Dworkin. Ela é, no entanto, muito importante pois, enquanto indivíduos, fazemos questão de agir como se deve e temos o objetivo de agir coerentemente com princípios. Ela é importante, pois queremos que as pessoas ajam adequadamente. Dworkin exemplifica com a contraposição entre um governante que age por princípios e outro que não. A responsabilidade é importante, pois o governo deve ter a *responsabilidade* de atuar com igual consideração por todos (DWORKIN, 2014a [2011]).

Agir com responsabilidade, às vezes, não implica chegar à verdade, mas todos que são responsáveis a buscam. A *responsabilidade* busca a coerência e integração, mesmo que alguns filósofos considerem que a verdade na moral é cheia de conflitos. Por isso, um enunciado moral pode ser tomado como verdadeiro se proferido com *responsabilidade*. A verdade ou objetividade *moral*, explica Dworkin, não é como as das ciências sobre o mundo físico, pois as

afirmações ou juízos nesses domínios são independentemente verdadeiros (quando o são). Os juízos morais não são independentemente verdadeiros, a verdade deles pressupõe argumentos em favor de proposições. A verdade dos conteúdos morais, portanto, se dá por *argumentos*, e uma afirmação de valor não é independentemente verdadeira, como aquelas que integram as ciências físicas.

Seguindo o princípio de Hume, aquele segundo o qual não se pode derivar o dever ser a partir do ser, Dworkin acredita que a verdade dos juízos morais não pode ser determinada externamente ao domínio que estes integram, mas apenas por argumentos também morais. Eles não são independentemente verdadeiros, mas são verdadeiros porque outros argumentos morais os apoiam. O raciocínio acerca da verdade nos argumentos de valor é o seguinte:

Só podem ser verdadeiros se houver novos argumentos que corroborem cada um deles, e esses novos argumentos se ramificam num sem-número de outros juízos sobre o direito e a culpa, juízos esses que tampouco podem ser independentemente verdadeiros e que, portanto, precisam de ainda outros argumentos que demonstrem que sejam verdadeiros, caso o sejam de fato (DWORKIN, 2014a [2011], p. 176).

Até que ponto esse raciocínio pode chegar, dado que é necessário sempre outro argumento moral para justificar o anterior? Dworkin considera que, de fato, a argumentação poderia prosseguir *ad infinitum*, mas que ele é justificado quando todas as partes são integradas no todo, isto é, todas as partes são justificadas por uma linha coerente de raciocínio com base em princípios. A verdade assim entendida não pressupõe um relativismo, mas um método que podemos exigir das pessoas quando professam conteúdos valorativos. A responsabilidade está no emprego do método, não no resultado (DWORKIN, 2014a [2011]).

O que nos importa, portanto, é analisar se um sujeito age *com responsabilidade* ao proferir enunciados que contenham discursos de ódio. Os discursos de ódio têm o intuito de rebaixar, humilhar e neutralizar a ação de determinados grupos minoritários, não lhes conferindo um mesmo tratamento dispensado ao resto da comunidade. Os casos de discursos de ódio nos Estados Unidos, como explorado por Waldron e já exposto nessa dissertação, envolvem muitas vezes a não aceitação de membros dos grupos alvejados em determinados ambientes, onde a comunidade em geral exerce suas atividades rotineiras. Mas há outros tipos de discursos de ódio que não explicitamente se dirigem a privar determinadas pessoas de acesso a este ou aquele ambiente, mas que implicam na exposição de teorias claramente inverídicas que propugnam a exclusão e marginalização.

As ações realizadas por S. Ellwanger no Brasil, bem como o proferimento de discursos que resultam na proposta de que determinadas raças ou pessoas são inferiores simplesmente pela cor de sua pele, ou do lugar de onde veem, são exemplos desse discurso. Os discursos de

ódio, em geral, são baseados em premissas evidentemente falsas, sob qualquer perspectiva. Falsas não porque sejam avaliadas a partir de determinada concepção ou ideologia sobre esses assuntos, mas porque há concordância entre os especialistas sobre aqueles assuntos, com certa relevância prática. Os discursos de ódio, que geralmente envolvem a afirmação de que determinadas raças e pessoas são inferiores, são flagrantemente denunciados como falsos e sem base evidencial crível por especialistas (WALDRON, 2012a).

Neste sentido, assiste razão a Waldron quando expõe a (dis)função pública que os discursos de ódio que pregam a inferioridade de raças e demais grupos minoritários geram na sociedade. Não há nenhuma relevância pública em discutir tais temas. São discussões que eram recorrentes entre especialistas, mas no século XIX ou início do século XX.

Como exemplo, a criminologia positivista pregava a existência de um criminoso nato, que, por suas características físicas, estava predisposto a cometer crimes (SANTOS, 2021). Hoje em dia, sustentar essa tese entre os criminólogos é como defender que a terra seja plana entre cientistas. Não há, como dizem aqueles que defendem o discurso a qualquer custo, um comprometimento da cidadania do agente ao restringir tais discursos ou responsabilizar seu emissor, ou uma redução de sua possibilidade de manifestação pública. Ao contrário, não há nenhuma relevância pública em defender uma proposta já superada pela comunidade de especialistas e sabidamente desprovida de base evidencial.

Muitos daqueles que professam e defendem esse tipo de discurso de ódio estão imbuídos naquilo que Pierre Bourdieu denominou *ilusão naturalista*, sob a qual se classifica como um fenômeno biológico, natural, os efeitos contingentes de um fenômeno construído socialmente (BOURDIEU, 2019). Eles acreditam que determinadas raças são inferiores por uma série de fatores biológicos, como a cor da pele ou herança divina, em detrimento dos fenômenos construídos entre agentes na comunidade. A concepção que afirma que determinadas raças são inferiores pela cor da sua pele é biologicamente construída para ser possível fugir da responsabilização em explicar a razão de tratar tal grupo dessa maneira. É mais fácil imputar à uma herança natural do que aceitar que a exclusão se deu por determinado tipo de construção social e tentar justificá-la.

O que isso tudo tem a ver com a *responsabilidade*? É que esperamos dos sujeitos que eles atuem por princípios, justificando suas posições em uma rede integrada de valores. O único caminho que permite reconhecer uma coerência com a vida que determinada pessoa leva é reconhecer que ela agiu por princípios que considera verdadeiros e não agiu insinceramente, movida por interesses pessoais que não se dispõe a justificar com base naqueles princípios. Esse compromisso, por conseguinte, deve ser cobrado de todos, inclusive, e talvez especialmente,

daqueles que defendem e professam os discursos de ódio. Para reconhecê-los como agentes morais que objetivam “levar a verdade” para a comunidade, é necessário que justifiquem suas posições com integridade.

O sujeito que sustenta, com *responsabilidade*, uma posição de que determinadas raças são inferiores, simplesmente pela cor de sua pele, por exemplo, incorre na necessidade de justificar porque a cor da pele é um motivo determinante para justificar uma exclusão. O mesmo ocorre no caso daqueles que sustentam que, em determinados ambientes, os grupos vitimados não são bem-vindos. O que faz o grupo, raça, ideologia, gênero de tão censurável para negarem o seu reconhecimento objetivo exigido pela moral? A resposta não pode ser dada a não ser recorrendo a um puro preconceito irracional.

O agente, nessas condições, não consegue estabelecer, com integridade, uma razão que justifique a diferenciação entre aceitar uma religião, por exemplo, a cristã, e negar outras, por exemplo, as de matriz africana. O agente, nessa situação, age irresponsavelmente em relação a suas posições: ele é como o político irresponsável citado por Dworkin que leva o país à guerra por uma informação falsa. Ele usa o seu raciocínio apenas quando lhe convém; ele padece de uma esquizofrenia moral: aplica o princípio de reconhecimento objetivo àqueles que são seus amigos, mas aplica a exclusão e a discriminação para seus inimigos, sem demonstrar nenhum motivo relevante para tanto.

O agente que professa o ódio não busca justificar suas posições na busca da verdade, isto é, não se apoia em valores que devem ser aptos a justificar sua posição. Ao contrário, aplica determinados princípios a uns e nega esse mesmo princípio a outros. Não há nenhuma *responsabilidade moral* nas afirmações daqueles que professam ódio. Não há responsabilidade moral, pois o agente deve oferecer *argumentos*, dado que estamos no campo dos valores, que justificam a aplicação do princípio moral dworkiniano de importância objetiva a alguns, como aos seus filhos, cônjuge e parentes, e não a outros, os grupos alvejados por discursos excludentes.

Não há justificativas, portanto, que cheguem a sanar essa falta de integridade. Os argumentos que são geralmente levantados ou se limitam a enunciar um preconceito raso, como “é assim pela sua cor”, ou se valem de pretensas justificativas racionais, como os criminólogos positivistas do século XIX, impossíveis de sustentar nos dias atuais pelo menos em dois sentidos. Um, pela falta de relevância pública de tais argumentos, conforme Waldron nos informou. Dois, pela falta de reconhecimento por especialistas nos respectivos campos e de mínima verossimilhança empírica de tais argumentos.

A *responsabilidade moral*, como compreendida por Dworkin, exige que os agentes integrem suas posições com princípios que devem ser aplicados em todos os casos, e não apenas naqueles casos que lhes interessem. Disso decorre a incoerência de Dworkin ao aceitar que conteúdos de ódio sejam proferidos mesmo sabendo que o agente age *irresponsavelmente* ao fazê-lo. Dworkin está ciente que os *haters* não conseguem justificar suas posições com integridade, assim como o governante irresponsável do seu exemplo, mas abre exceção a eles, pois prefere a irresponsabilidade em vez da limitação.

Dworkin critica aqueles agentes que atuam sem responsabilidade ao assumir suas posições, pois a *responsabilidade* é a única coisa que podemos exigir das pessoas na dimensão do valor, mas silencia quanto aos enunciadores de discursos de ódio. Sua exigência de *responsabilidade moral* no agir é incompatível com a defesa dos discursos de ódio. Em Dworkin, as responsabilizações podem ser imputadas àqueles que agem irresponsavelmente, mas ele não reconhece essa responsabilidade para aqueles que professam discurso de ódio, pois seria uma limitação à *independência ética*. Se a todos os agentes a responsabilidade é necessária, sob pena de responsabilização, da mesma maneira deveria ocorrer com os que professam ódio. Não há justificativas para tratar os *haters* de modo diferente.

Devemos tratar aqueles que professam ódio como sujeitos autoconscientes para a imposição de responsabilidades em sua fala. Seguindo a leitura de Hegel feita por R. Brandom, tratar alguém como um *self*, um eu, é tomar uma atitude normativa em relação a ele. Isso significa que a capacidade de se sujeitar a compromentimentos, de ser responsável por algo, é o que lhe define como agente (DECAT, 2015, p. 273). Na visão de Brandom, esta ideia adotada por Hegel é retirada de Kant, para quem há um *self* quando a normatividade é entendida apenas por referência a algo ou além, ou por trás de nossa atividade empírica. Por outro lado, em Hegel, mas não em Kant, a normatividade como aspecto da personalidade é um tipo de *status social* (DECAT, 2015, p. 273 e 274).

Para R. Brandom, o *reconhecimento* em Hegel é a atribuição de status normativo ao agente, sendo este capaz de assumir compromissos e ser responsabilizado. Ele assim o define: “(...) ser um *self* – um *locus* de comprometimento e responsabilidade conceitual – é ser tomado ou tratado como tal por aqueles que se toma ou trata como tal: ser reconhecido por aqueles que se reconhece” (BRANDOM, 2002, p. 216 *apud* DECAT, 2015, p. 274). Em suma, “[...] alguém se torna um ser autoconsciente, um eu, quando assume, simultaneamente, os papéis de sujeito e objeto das atitudes normativas cognitivas” (DECAT, 2015, p. 274).

Nessa perspectiva, ser considerado um agente autoconsciente é assumir compromentimentos, que consistem na aplicação de juízos dotados de conteúdo conceitual, nos

quais o agente se vincula, havendo, portanto, a *responsabilidade*. Desse modo, é na prática de comunicação e reconhecimento que o agente se vincula pelo que fala, isto é, o emprego de conceitos requer que haja normas conceituais, e essas normas estabelecem os significados das expressões passíveis de avaliação, delas decorre o comprometimento no uso dos conceitos. No uso é que se manifesta a *responsabilidade*, dado que o agente está vinculado por normas.

Aquele que professa ódio é responsável pelo que fala simplesmente por estar submetido a uma lógica linguística em que o uso de seus conceitos pressupõe normas que o vinculam, e o uso que o falante delas faz já tem o sentido de uma autorização para que os ouvintes avaliem o desempenho de suas responsabilidades justificatórias, concluindo o processo reconhecimento recíproco dos agentes relativamente ao uso destas normas. Esta dinâmica cognitivo-racional caracteriza, para Brandom, o emprego de conceitos em geral, mas é notavelmente explícita no emprego de conceitos que ocorre nas práticas jurídicas. As normas jurídicas de responsabilização, portanto, consistem na recuperação da dimensão histórica do processo de negociação entre as autoridades recíprocas do passado e do futuro, ao mesmo tempo que a atividade judicante consiste na justificação de aplicação dos conceitos, os jurídicos, em casos futuros sob justificativa de haver aplicações passadas nas quais se pode discernir uma norma conceitual que justifica o sentido dos conceitos que fora atribuído. A semelhança dessa visão de responsabilização com o *Direito como integridade* de Dworkin é assinalada por Decat em *Racionalidade, Valor e teorias do Direito* (2015) conforme apresentado acima. Ou seja, o *Direito como integridade* pode ser visto sob um viés hegeliano pragmatista, inclusive quanto à responsabilização e compromissos do agente na prática discursiva.

O que nos interessa é a responsabilização do agente que professa conteúdo de ódio, pois ele atua sob conceitos estabelecidos socialmente que o vinculam. Sustentei acima que esses agentes atuam *irresponsavelmente* do ponto de vista da concepção de responsabilidade estabelecida por Dworkin. Isso significa que o emissor de discurso de ódio não integrou suas posições de modo que façam sentido umas em relação às outras. Agir irresponsavelmente implica a possibilidade de responsabilização por este fato por parte dos demais participantes da prática social. Em R. Brandom, como visto, a responsabilidade se estabelece no comprometimento dos falantes com as normas conceituais estabelecidas comunicativamente, e na autorização implícita da gestão desta responsabilização por outros agentes. Nessa perspectiva, quando Dworkin desconsidera a responsabilização dos que proferem ódio, agindo irresponsavelmente, ele atribui uma exceção à responsabilização na qual o agente não se responsabiliza pelo compromisso no uso dos conceitos compartilhados.

Diante disso, para defender a possibilidade dos discursos, Dworkin vai de encontro à sua lógica de responsabilização, bem como à concepção adotada pelo pragmatismo, não instrumentalista, de Brandom. Pragmatismo esse que é possível de ser sustentado em consonância com o *Direito como integridade*. Por isso, considero que ao sustentar a não responsabilização do sujeito que age irresponsavelmente, Dworkin contraria suas premissas sobre a *responsabilidade moral*.

Suas premissas sobre *responsabilidade moral* admitem a responsabilização dos *haters*, conforme sustentamos, tanto na esfera penal, quanto na esfera cível, a depender da situação. Demonstrei em capítulos anteriores que é possível encontrar mecanismos na legislação brasileira para tal responsabilização civil. A *responsabilidade* dos agentes proposta por Dworkin é compatível com os casos em que os discursos de ódio são proferidos pelos *haters*, tanto pela leitura pragmatista realizada do *Direito como Integridade*, quanto pelos danos, inclusive imateriais, causados às pessoas pelo fato dos agentes não se disporem a realizar um raciocínio integrativo, mas puramente discriminatório.

Capítulo 9 – Independência Ética

Na parte um desta dissertação foram estabelecidas as bases nas quais Ronald Dworkin se apoia para defender a *liberdade de expressão ampla*, aquela que confere proteção aos discursos de ódio. Os *direitos em sentido forte*, em conjunto com a *independência ética* e os *direitos especiais* (*special rights*), formam o núcleo do argumento que alega ser defeso ao Estado estabelecer quais são os discursos aceitáveis em uma comunidade. Em um modelo liberal de sociedade, tal interferência estatal é vista como manifestação de autoritarismo (DWORKIN, 2014a [2011]).

Dworkin tem um modelo liberal (igualitário) de sociedade, guiado pelo imperativo do *igual respeito e consideração*, isto é, um modelo que entende que o Estado deve tratar a cada indivíduo com igual respeito aos projetos éticos individuais, não os inibindo de perseguir aquilo que cada agente considera valioso. A igualdade, nessa sociedade liberal dworkiniana, é manifestada quando os bens e recursos da sociedade são distribuídos de forma justa a partir do interesse ético de cada um. Em contraposição a um modelo de bem-estar, no qual os bens e recursos são distribuídos a partir de uma lógica utilitarista, a igualdade de recursos atua sob a ideia de que é importante reconhecer que cada projeto ético deve ser levado em consideração e respeitado pelo Estado. O valor *responsabilidade* nessa situação é importante, pois cada agente tem o ônus de ser culpado pelo eventual fracasso de seu projeto, visto ter tido o bônus de escolher os bens que deseja no leilão imaginário proposto por Dworkin.

Diante dessa perspectiva, o elemento “independência ética” no projeto de Dworkin está implícito em todas as suas concepções e articulações: a compreensão liberal de que o Estado é o ente mais perigoso para a individualidade, podendo privar, limitar e banir direitos que são inerentemente atributos da dignidade humana, é a razão principal da adoção da concepção de direitos como *trunfos*. Nesse ínterim, o poder judiciário, por meio da atuação jurisdicional dos juízes, tem uma função contramajoritária de aplicar os direitos *stricto sensu* nas situações de violação, e a noção de *força gravitacional dos precedentes* (DWORKIN, 2010 [1977]), reforça o escudo protetivo do indivíduo ante a ameaça estatal; reforça que em determinadas esferas da vida é assegurada independência.

Dworkin entende a *independência ética* como uma garantia oferecida ao cidadão de que, em assuntos relacionados a seu projeto de vida, sobre como ter uma vida boa, por exemplo, o Estado está proibido de interferir. Essa interferência pode assumir várias feições, como a possibilidade de o Estado proibir diretamente um determinado modelo de vida, por exemplo, de um religioso que guarda o sábado; ou proibir que as pessoas tenham acesso a essas formas

de vida mais variadas possíveis, proibindo esse religioso de atrair novos membros. Neste caso, há uma dupla violação à *independência ética*: tanto a dos indivíduos que têm o direito de conhecer esses projetos de vida, como a do agente que não pode expor o que considera relevante aos potenciais futuros membros de sua congregação.

Nessa perspectiva é que a liberdade de expressão adquire centralidade, pois impedir os agentes de exporem os projetos de vida que consideram valiosos é um atentado à *independência ética* em um duplo aspecto. Atribuir ao Estado a prerrogativa de selecionar, entre os projetos expostos por meio do discurso, aquele que vai ser permitido na comunidade é padronizar, coercitivamente, o “modelo de vida” daquela sociedade, sob pena de punição, inclusive. Por isso, na perspectiva de Dworkin, um modelo liberal de sociedade satisfaz a exigência de “independência ética”, enquanto atribui ao agente autônomo a faculdade de escolher o projeto de vida que lhe apraz. A *independência ética* possibilita aos agentes a escolha, a liberdade, a faculdade, e conseqüentemente a responsabilidade, em adotar um determinado “modelo de vida”.

A *independência ética*, portanto, atua como garantia do estabelecimento de um projeto de vida autônomo das pessoas, sem interferência do Estado ou dos próprios membros da comunidade, satisfeito com a escolha dentre uma ampla gama de posições éticas disponíveis. Às pessoas, às instituições e principalmente ao Estado é defeso criar embaraços a essa escolha, que compete unicamente ao indivíduo. Por isso, argumenta Dworkin, mesmo os discursos que expressam ódio devem ser aceitos e não regulamentados ou censurados por qualquer instituição que tenha disponível o uso da força para limitar direitos. Devem ser aceitos pois, inibi-los é um atentado a quem escuta esses discursos, pois o proíbe de conhecer o conteúdo destes; mas é um atentado também ao próprio indivíduo, que não pode apresentar seu ponto de vista à comunidade a que pertence.

Imagine-se que no auge da guerra fria, em uma cidade no interior do bloco socialista, determinado cidadão apresente discursivamente um modelo de vida que se amolda às características típicas do modo de vida do bloco liberal/capitalista. Ele fala sobre liberdades, religião, expressão, comunicação, não privação à locomoção, dentre outras coisas. Ele propõe que o Estado deve tomar outras posturas, não aquelas adotadas pela União Soviética. Além disso, acredita que uma economia de mercado seja mais interessante para si e para seus concidadãos do que um modelo econômico planejado. Essa manifestação, pode se supor, seria rapidamente contida, visto não atentar aos interesses dos governantes à época. Seria provavelmente contida e reprimida em todas as suas perspectivas, inclusive com risco à integridade física desse cidadão. Em regimes autoritários, a liberdade de expressão é negada

justamente pelo poderio que ela exerce ao dar conhecimento aos cidadãos acerca de outros modelos de vida, de sociedade e de Estado que melhor atenda aos seus interesses. Isso pode resultar em um grave problema para os autoritários: uma revolta popular.

Sob essa perspectiva é que Dworkin acredita que o melhor modelo de sociedade é o liberal, em que os discursos são livremente aceitos, inclusive os discursos de ódio, pois esse é o preço que devemos pagar para que não se estabeleça um ambiente autoritário que impõe um modo planejado de pensar, mesmo que as pretensões e objetivos de longo prazo do Estado sejam bons, aceitáveis e até legítimos.

Por exemplo, o Estado tem ótimas razões para propugnar que um determinado discurso de ódio não seja proferido em seu território: seja pela necessidade de manutenção de um ambiente social de respeito entre os membros; seja pelo receio de que negócios comerciais não serão realizados por estarem em um ambiente inseguro, diminuindo a receita de impostos; seja pela redução de custos com agentes policiais e de segurança pública, aumentando a receita, podendo, inclusive, aplicar esses ganhos financeiros em áreas sociais de alta relevância. Mesmo nesses casos, em que há justificativas reais e plausíveis, ao Estado não é permitida tal política pública, pois esbarra em direitos em sentido forte dos indivíduos. Por isso, a liberdade de expressão deve ser fundamentada pelo *direito em sentido forte* e pela *independência ética*, dado que a sua restrição poderia ser benéfica à comunidade em muitos sentidos, ou seja, é possível vislumbrar benefícios em privilegiar uma *policy* (política) em detrimento de um *princípio*.

O receio dos liberais consiste na possibilidade de o Estado inibir determinados projetos de vida simplesmente por contrariar uma política de bem-estar social, mesmo que essa política seja relevante. A relevância ou não da política de bem-estar não é necessariamente o problema, mas a mera atribuição de poder de veto ao Estado pode configurar, gradualmente, uma prática rotineira, isto é, se os liberais cederem quanto à liberdade de expressão, possibilitando a limitação dos discursos pelo Estado, eles podem estar abrindo um precedente para que, aos poucos, em cada vez menos oportunidades seja possível sustentar uma posição autonomamente. Cada vez mais a liberdade de expressão será mitigada em razão da exceção aos discursos de ódio aceito pelos liberais. Nesse sentido, portanto, é que se deve entender a aceitação dos discursos de ódio pelos liberais, inclusive por Dworkin.

Esse receio dos liberais é compreensível, visto que as práticas autoritárias de governo por vezes contam com ampla aceitação social. Inclusive, as novas formas autoritárias de exercício do poder político se revestem de aparente respeito a princípios constitucionais para implodir o sistema democrático, conforme apontam Landau (2020), Bustamante e Meyer (2021b). Bustamante e Meyer (2021b) apontam, inclusive, para a tendência iliberal em

determinados governos que questionam os modelos tradicionais (liberais) de democracia representativa por suposições irracionais e fantasiosas.

A atitude de vigilância perante as ações do Estado sempre deve existir de modo a evitar que ele atente contra os direitos fundamentais dos cidadãos. Isso não implica necessariamente, contudo, uma aceitação geral dos discursos feita sem valoração alguma de seu conteúdo, ou seja, aceitar que todo e qualquer discurso sob o fundamento da liberdade de expressão, de forma a exigir sempre uma postura abstencionista do Estado. Isso porque os discursos de ódio também provocam danos à *independência ética*, na medida em que restringem uma atuação independente dos agentes na esfera social.

Atentar para os efeitos dos discursos de ódio implica reconhecer que existem possibilidades reais de danos à *independência ética* que são negados pela tradição liberal, especialmente por R. Dworkin, ao sustentar uma postura de tolerância não avaliativa dos discursos. Sustentou-se no capítulo 6 deste trabalho que Dworkin e a Suprema Corte norte-americana têm uma concepção restrita de dano, que aceitam somente os danos à integridade física e ao patrimônio como suficientes para uma restrição estatal da atividade discursiva. Ao contrário, argumentou-se que o discurso de ódio pode causar uma série de outros danos, reconhecidos pela doutrina civilista moderna, como os *existenciais* e *sociais*, negados e desconsiderados como possibilidades adequadas de restrição dos discursos. Em outras palavras, se o critério é “gerar danos”, há danos evidentes às vítimas que não são esboçados por essa tradição, como os à *independência ética*, os *existenciais* e *sociais*. Este capítulo, focará nos danos à *independência ética*.

Dworkin considera que os discursos de ódio são aceitáveis por não haver direitos, em sentido forte, que os contraponham, isto é, não há um princípio que assegure às pessoas um direito específico de não serem incomodadas pelos discursos. O autor acredita que a liberdade de expressão tem uma força tão grande, sendo inclusive um direito especial (*special right*), que não há, geralmente, um direito de mesmo nível dos vitimados que enseje sua restrição.

Dworkin não nega que possa haver um princípio, mas pensa que na maioria dos casos envolvendo liberdade de expressão eles não têm peso suficiente para contrapor o direito à liberdade de expressão. Quando há discriminação consistente na vedação da entrada de pessoas em determinados lugares, por exemplo, Dworkin considera que aí sim se viola um direito, a liberdade de locomoção, dos grupos vitimados, representando um “dano” a eles. Por outro lado, na simples manifestação racista, como no caso *Brandenburg vs. Ohio* (1969), não há violação a nenhum direito específico ou a liberdades que possa rivalizar com o direito à liberdade de expressão de modo a que ela não deva prevalecer.

O que nos interessa, portanto, neste capítulo, é articular que os discursos de ódio (I) violam a *independência ética*, sendo ela o direito também em sentido forte capaz de afastar a liberdade de expressão quando envolve discursos de ódio; e (II) restringem os projetos de vida das pessoas vitimadas dos discursos de ódio.

Começando pelo último (II), pode-se afirmar que os discursos de ódio violam a *independência ética* na medida em que limitam consideravelmente o campo de ação dos indivíduos. O poderio a que esses discursos de ódio sujeitam os grupos, geralmente minoritários, violados embaraçam a atuação autônoma de membros desses grupos na esfera pública. E isso tem enorme correlação com os *danos existenciais* apresentados no capítulo 6, isto é, a maneira como os discursos de ódio são proferidos impõe um óbice a uma melhor *performance* dos agentes violentados em um curso de ação escolhido. Além disso, podem reduzir as formas de vida e escolhas disponíveis quando comparadas àquelas que estão a disposição de quem não sofre com os discursos de ódio. Neste sentido, eles violam a *independência ética*, pois mesmo o curso de ação já não está orientado autonomamente, mas limitado e mediado pelos efeitos sociais dos discursos de ódio para os grupos vitimados.

Exemplifico: É muito comum discursos de ódio contra a comunidade LGBTQIA+, em que se assevera ser inadequada a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, fundamentando esta afirmação em uma posição transcendental de criação divina; ou discursos de ódio contra judeus ou muçulmanos, que condenam seus estilos de vida, práticas e costumes; ou mesmo discursos de ódio contra negros, usando pretensos fundamentos racionais para sustentar uma inferioridade. Esses discursos se dirigem a uma finalidade ínsita na sua natureza, na perspectiva de J. L. Austin, criar uma realidade com o ato de fala. No primeiro caso, negar aos membros dessa comunidade a oportunidade de casamento. No segundo caso, restringir o exercício de seu estilo de vida, ou mesmo estimular a retirada de tais grupos da sociedade. No terceiro caso, justificar uma condição de não acesso a postos de tomada de poder.

Por mais que os discursos, pelas especificidades dos distintos jogos de linguagem em que se inserem, não apresentem claramente suas finalidades ou os impactos produzidos, a tarefa científica crítica consiste em assinalar o que está implícito no aparente. E isso é apresentado por diversos autores que relatam os efeitos dos discursos de ódio⁵⁸. Dworkin, nesse caso, insistiria que não há nenhuma correlação entre os discursos proferidos e os danos sofridos; que a relação é distante demais para relacionar um discurso de ódio proferido com uma limitação

58 Por todos, vide: MACKINNON (1992); WALDRON (2012b).

substancial à possibilidade de fala dessa pessoa em um ambiente público, por exemplo. Mas esse raciocínio também pode ser questionado, por um argumento de mesmo tipo e sentido contrário: nada nos assegura que uma restrição à liberdade de expressão realizada em certos casos por um governo necessariamente implica em uma redução à possibilidade de escolha autônoma sobre uma melhor vida, uma redução na *independência ética*. Há fortes razões para sustentar que essa restrição governamental gera, sim, danos à independência ética, mas também há fortes razões para sustentar que os discursos de ódio também geram danos à *independência ética*.

Nos exemplos acima, há clara redução das possibilidades de atuação livre e autônoma dos membros dos grupos minoritários. Quando há discursos de ódio propugnando a impossibilidade de pessoas do mesmo sexo se casarem, por exemplo, o que o falante tem por intuito é a redução das possibilidades dessas pessoas atingirem seus objetivos autonomamente. Interferir no curso de ação das pessoas, manifestando expectativa de restrição ao exercício de determinados direitos civis ou políticos, ou qualquer outro, é também uma violação à *independência ética*. Se, conforme Dworkin, a *independência ética* é violada quando o agente é restringido, em suas opções éticas, pela influência coercitiva do meio, das pessoas ou do Estado, aqui há flagrantemente uma violação a ela. A simples manifestação de ódio impede que as vítimas tenham independência para seguir o curso de vida que consideram melhor.

A opção pelo casamento com pessoas do mesmo sexo e a adesão à prática dos costumes de determinada tradição, como os costumes religiosos dos judeus ou muçulmanos, por exemplo, são opções éticas que cabem somente ao agente. Dworkin tem razão quando propõe a abstenção do Estado em limitar, interferir ou proibir determinada escolha ética por um curso de ação ou forma de vida realizada pelo agente, e justamente por esse motivo deve compreender os discursos de ódio como um perigoso ataque a essa *independência ética*. Os discursos de ódio não são meras asserções irrelevantes, mas configuram um atentado às opções éticas do indivíduo.

Pode se argumentar, portanto, que os discursos de ódio representam uma ameaça muito maior à *independência ética* do que restrições à liberdade de expressão realizadas pelo Estado nos casos de discursos de ódio. Os liberais se contrapõem unicamente a uma atuação intervencionista do Estado ao limitar discursos, sob os termos de que isso contribua para uma sociedade eticamente planejada, mas se esquecem que os próprios agentes da sociedade, por meio de discursos de ódio, também atentam contra a individualidade, a independência, a singularidade e a particularidade dos indivíduos. Os discursos de ódio são atentados muito mais evidentes à *independência ética* do que a possível restrição estatal da liberdade de expressão.

É de se notar também que, no plano fático, há evidências muito mais fortes da existência de discursos de ódio que atentam contra a individualidade do que a evidências afirmando a pretensa suspeita de que o Estado, especialmente em sociedades democráticas, sempre almeja restringir as falas dos indivíduos (SUSTEIN, 2001). Atualmente, a configuração dos discursos de ódio afeta muito mais a *independência ética* do que a suposição de que o Estado vai infringir essa independência com leis antidiscriminatórias. Hoje, o Estado, atuando sob um modelo gerencial, toma ampla feição de “ente privado”, pois, o dever de prestação de contas, *accountability*, o habilita a ser mais democrático (MENDES, 2020). Os instrumentos de controle também são mais rígidos e consistentes (SARMENTO, 2012). Aliás, a contribuição de Dworkin em propor que a *integridade* nas ações de quem detêm a força é a virtude exigida pelos membros da comunidade em face do Estado, ao lado da justiça e devido processo, corrobora com esse entendimento. O Estado não atua sob uma discricionariedade, mas sob parâmetros construídos socialmente vistos à sua melhor luz.

Diferentemente ocorre entre atores privados. A exigência dos direitos e garantias que temos contra o Estado não é satisfatoriamente exercida entre pessoas, apesar da doutrina constitucional caminhar a cada dia para uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso se manifesta na origem histórica dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Nesse sentido, o “temor” dos liberais sinaliza para uma função vertical dos direitos fundamentais, como o da *independência ética*, ao invés da função horizontal dessa *independência ética*, que também exige respeito ao projeto de vida de cada um entre os membros da comunidade. Por isso, a *independência ética* é violada pelos membros da comunidade quando há o proferimento de discursos de ódio.

Dessa maneira, a *independência ética* daqueles grupos minoritários alvejados é reduzida, pois, a pessoa vitimada, que sofre os *danos existenciais*, é limitada na escolha dos projetos de vida que lhe aprazem. Interferências nas opções éticas do indivíduo representam um grave dano, de modo que sua melhor *performance* na sociedade é prejudicada, isto é, suas atitudes são realizadas com inibições a comportamentos que, sem os efeitos dos discursos de ódio, seriam realizados sob uma melhor perspectiva.

Disso decorre outro problema: o efeito de manutenção e reforço do *status quo*, e conseqüentemente das discriminações, para aqueles ouvintes dos discursos de ódio que não são os grupos alvejados. Este é um efeito do discurso de ódio que o precedente da Suprema Corte norte-americana ignora, pois esta está tomada por uma perspectiva solipsista. Os danos dos discursos de ódio às vítimas são inúmeros, apontamos aqui apenas alguns. Em terceiros, pessoas que não estão sob o ataque dos discursos, também há efeitos performativos que condicionam a

reprodução do *status quo*, isto é, o proferimento de discursos de ódio reafirma os preconceitos, condiciona os grupos inferiores ao silêncio e, pior, também viola a *independência ética*. É sob essa perspectiva que Waldron sustenta que os discursos de ódio violam um ambiente moralmente saudável, onde há amplo respeito à dignidade.

Por esses motivos, compreender a *independência ética* como um “direito”, isto é, no sentido proposto por Dworkin, atuando contra majoritariamente às políticas que privilegiam um raciocínio utilitarista, nos possibilita sustentar que este é o “direito” violado pelos discursos de ódio: o direito de estabelecer um projeto ético autônomo sem interferências e correções, que inibe interesses majoritários de impor uma agenda de desrespeito a essas prerrogativas. Esse direito admite que discursos de ódio que atentam contra essa garantia possam ser reprimidos pelo Estado por meio de leis antidiscriminatórias, ao mesmo tempo que permite a responsabilização civil e penal pelos danos provocados.

Em capítulos anteriores sustentou-se que os discursos de ódio podem representar ilícitos civis e que há instrumentos legais na dogmática brasileira para punir quem age com abuso do direito. Neste capítulo, analisa-se a questão de uma perspectiva penal, pois foi possível demonstrar o *direito em sentido estrito* (forte) violado pelos discursos de ódio. Sabe-se que o direito penal atua sob o princípio da *ultima ratio*, segundo o qual o insucesso ou inadequação das outras esferas de responsabilização o habilita punir agentes por certas condutas. Mas isso pode ocorrer simultaneamente à responsabilização civil, isto é, um mesmo fato, por ser grave e repugnante, pode representar, ao mesmo tempo, um ilícito civil e penal.

Em uma perspectiva liberal, na qual R. Dworkin se insere, uma violação à *independência ética* é um grave erro, pois priva o agente de perseguir seus objetivos autonomamente. Este é o pressuposto do liberalismo igualitário, da igualdade de recursos, de Dworkin, em que há um predomínio dos interesses do agente no contexto de uma distribuição equânime dos bens e recursos da sociedade. Por isso, a lei penal que assegure o respeito à *independência ética* é plenamente possível, pois assegura um valor importante das pessoas: a possibilidade de determinar o curso de sua vida independentemente.

A doutrina penal-constitucional moderna assevera que os bens jurídicos tutelados devem estar previstos constitucionalmente, de modo que o legislador infraconstitucional penal apenas estipula contornos mais concretos a esse bem protegido (MASSON, 2020). Nesse sentido, a Constituição de um país, pela sua força normativa e rigidez, apresenta verdadeiros “mandados de criminalização”, demonstrando que não está sob a faculdade do legislador ordinário a omissão quanto à criminalização desses bens jurídicos protegidos, mas impondo uma ação consistente em cominar penas a violações graves àqueles caros valores estabelecidos

pela Carta Magna. Nesse sentido, onde se pode encontrar fundamento constitucional no Brasil para a punição de atentados à *independência ética*? A Constituição Brasileira de 1988 determinou a criminalização para aqueles que atentem contra as diversas formas de estabelecer um melhor modelo de vida?

Em diversas oportunidades, a Constituição Federal de 1988 determinou especificamente condutas que deverão ser criminalizadas como a prática do racismo, terrorismo, tortura, atividades lesivas ao meio ambiente, dentre outras. De uma forma geral, houve mandamento para a punição de atos que atentem a direitos e liberdades, no Art. 5º, XLI, vide: “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Além disso, em diversas oportunidades assegurou, através de princípios, o respeito às pessoas independentemente da raça, religião, sexo ou cor (art. 3º, IV, CRFB/88).

Dessa forma, há amparo constitucional para que leis penais antidiscriminatórias, que têm por objetivo tutelar a *independência ética* dos grupos vitimados, possam ser efetivadas. Se considerarmos também que a *independência ética* deriva da dignidade, como proposto por Dworkin, a possibilidade de encontrar fundamento constitucional para a criminalização de condutas atentatórias a ela aumenta significativamente, visto que os Artigos 1º, III e o *caput* do Art. 5º protegem a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, respectivamente.

A própria compreensão do racismo em sua dimensão social, estabelecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADO 26, corrobora que o mandado de criminalização da Constituição, se lido à melhor luz, compreende atos e disposições que violem a *independência ética*. Por isso, na Lei 7.716/89 em seu Art. 20, com redação dada pela Lei 9.459/97, há abertura para que atos atentatórios à dignidade de grupos vitimados sejam punidos com reclusão. Se visto como um ato atentatório à *independência ética*, esse artigo pode ser (re)lido como garantia à vedação aos discursos de ódio.

Não há nenhuma incompatibilidade desse artigo que pune a discriminação odiosa com a teoria de Dworkin entendida de modo amplo, uma vez que ela sustenta a impossibilidade de violações a *independência ética*, e, lido esse artigo como dirigido a atitudes que atentem contra essa independência, ele é possível e aceitável pelos parâmetros da Teoria do Direito como Integridade. Não é esse, entretanto, o entendimento de alguns dworkinianos (por todos, vide Rosa, 2014). O ponto é que se o discurso de ódio for considerado atentatório à *independência ética*, quando inibe os grupos vitimados de perseguirem o projeto de vida que puderam escolher livremente e consideram ideal, uma lei penal nesse sentido não a violaria, ao contrário, a protegeria.

Uma lei penal nesse sentido protegeria as condições sociais para a escolha livre dos projetos éticos e ajudaria a garantir que sejam plenamente satisfeitos e não sejam inibidos por discursos que lhes atacam. Isso, no entanto, só é possível porque consideramos a *independência ética* como um princípio, nos moldes dworkinianos, violado pelos discursos de ódio, e esse princípio é esboçado na Constituição Federal que impõe a criminalização de atos atentatórios a ele. Entretanto, esse raciocínio é claramente negado por Dworkin. O autor não acredita que leis antidiscriminatórias sejam instrumentos adequados para o combate aos discursos ofensivos. Ele acredita que essas leis representam violação à própria *independência ética*, porque reduzem o campo de ação das pessoas. Novamente, Dworkin atua sob um solipsismo na leitura da liberdade de expressão e isso o impede de enxergar que os discursos de ódio também provocam danos à *independência ética* das vítimas, habilitando a possibilidade de serem punidos por leis penais.

Dessa forma, partindo da própria compreensão de Dworkin sobre a *independência ética*, é possível sustentar a legitimidade de leis antidiscriminatórias a partir de sua teoria. Dworkin, entretanto, tem uma compreensão enviesada da *independência ética*, tornando-o reticente a leis nesse sentido. Por isso, contrariamente, considero que dentro de sua teoria há mecanismos para o combate aos discursos de ódio, embora ele não reconheça, sendo, portanto, incongruente em assumir que discursos de ódio são manifestações da liberdade de expressão.

Portanto, se vista sob esse outro ângulo, a teoria Dworkiniana fornece instrumentos suficientes para a proteção daqueles grupos vitimados pelos discursos de ódio, isso porque focaliza os direitos dos indivíduos que são exigíveis contra interesses utilitaristas. Da mesma forma que as pessoas têm direito à liberdade de expressão, as vítimas também têm direito à *independência ética*, no caso, o direito de não lhes serem negada a persecução dos projetos de vida que consideram melhores. A *independência ética* como um “direito”, devidamente compreendida, inibe as vítimas de uma maioria odiosa que quer as impedir de perseguirem o seu bem viver, como aqueles que negam a possibilidade de casamento aos membros da comunidade LGBTQIA+; ou almejam a exclusão de judeus e muçulmanos de seu país.

Por isso, considero que Dworkin é incapaz de enxergar o “outro lado da moeda” quando se trata de liberdade de expressão. Ele está preocupado com o Estado, quando proíbe as falas dos indivíduos, mas esquece que o principal adversário do liberalismo nesses casos são os próprios agentes privados, que aspiram muitas vezes a construir com suas ações uma sociedade homogênea, isto é, sem *o diferente*. A maior dificuldade encontrada pela posição assumida por Dworkin em relação aos discursos de ódio é o fato de o autor aceitar os discursos de ódio

dispondo de uma teoria que parece apontar, em várias dimensões, uma resposta em sentido contrário a essa posição.

Neste capítulo argumentou-se que a *independência ética*, ao invés de ser o fundamento para a *liberdade de expressão ampla*, deve ser o fundamento para negá-la, porque a *liberdade de expressão ampla* abarca os discursos de ódio que violam este mesmo direito dos demais membros da comunidade. Argumentou-se, assim, que a *independência ética* é fundamento essencial para negar proteção jurídica aos discursos de ódio realizados pelos agentes na comunidade. Os discursos de ódio são violadores da *independência ética*.

Por dispor de uma teoria e de recursos teóricos que vão no sentido contrário do que ele próprio sustenta, considero Dworkin ser contraditório ao tratar a liberdade de expressão. Os elementos que justificam esta crítica foram encontrados não em um ponto de apoio externo, isto é, dispondo de categorias alheias ao pensamento de Dworkin, mas se vale das suas próprias categorias. A concepção de *responsabilidade* no capítulo anterior, a de *independência ética*, neste, são extraídas de sua teoria e isso comprova sua incongruência. O melhor entendimento das implicações concretas de sua teoria não fornece uma razão concludente para que o autor sustente uma posição tão forte acerca da liberdade de expressão. Como os outros princípios e direitos, ela deve ser congruente com uma leitura intersubjetiva dos direitos orientada pela integridade. Isso não implica dizer que a liberdade de expressão está condicionada ao coletivo, isto é, como uma forma utilitária, mas que seu uso deve se dar em *igual respeito e consideração* aos demais membros da sociedade. E esse igual respeito é proposto no sentido dworkiniano, no qual é errado privilegiar uns e negar outros projetos de vida: todos são importantes.

Dessa maneira, não há nenhum motivo para Dworkin apresentar a liberdade de expressão como um *direito especial* (*special right*), como proposto em *Religião sem Deus* (2019b [2013]), apresentado no capítulo 3 desta dissertação. Pelo contrário, ela deve ser compreendida como um direito que possa ser contraposto e restringido quando atenta contra esse *igual respeito e consideração*. A mera asserção de que é um direito relevante para a comunidade, e que sua negação implica em consequências terríveis para o indivíduo, não a qualifica para assumir uma postura que exige uma justificativa cogente, nos moldes muito restritos expostos por Dworkin, para restringi-la. (DWORKIN, 2019, p. 111).

Dworkin parece estabelecer uma ordenação entre os direitos, de modo que um tem prevalência sobre o outro, mas não oferece nenhum argumento plausível para tanto. Afinal, todos os direitos são relevantes. Justamente por isso, nenhum toma prioridade *prima facie* em detrimento do outro. O sentido proposto por Dworkin leva à conclusão que todos os outros direitos estão subordinados à preferência desse *direito especial* à liberdade de expressão, mas

não apresenta argumentos convincentes para assegurar isso. Desse modo, pode-se questionar até mesmo o papel do juiz na interpretação, pois o exercício dos outros direitos estaria subordinado à uma preferência à liberdade de expressão. O juiz nesse caso atuaria mecanicamente.

Toda teoria exposta no *Império do Direito* é concebida de modo que o juiz, Hércules, não atue com discricionariedade, mas vinculado à cadeia do direito, pois deve considerar a legislação, as decisões judiciais e a constituição. Exige-se do intérprete um raciocínio árduo e íntegro, de modo que justifique todas as questões suscitadas por princípios. A atribuição da liberdade de expressão como um *supra princípio* sugere o contrário: que não é exigido de Hércules uma justificativa com integridade, mas que a liberdade de expressão prevalece em todos os cenários. A Hércules caberia uma posição mecânica de aplicar a liberdade de expressão em detrimento de qualquer outro valor.

A liberdade de expressão deve ser entendida, portanto, como princípio em sentido estrito, não como um *direito especial*, pois nada a habilita para que assim seja tratada. Ela está estritamente vinculada a uma dimensão pública de verdade e correção, assim como qualquer outro direito, isso porque os direitos materiais estão suscetíveis de restrições. Diferentemente é o que ocorre com direitos processuais, pois exigem do Estado, em todos os casos, um respeito e aplicação a qualquer custo. Dworkin entende o devido processo legal como *direito especial* (DWORKIN, 2019b [2013]). Nesse sentido, assiste razão ao autor, visto que é um princípio que, especialmente em matéria penal, não tem dimensão intersubjetiva pronunciada, mas relacionada prioritariamente um único agente: o que está sendo processado. A liberdade de expressão é o único direito material entendido por Dworkin como *direito especial*, todos os outros, devido processo e julgamento justo, são garantias processuais e não estão adstritas a uma dimensão intersubjetiva.

Como dito, isso não significa compreender os direitos em um raciocínio utilitarista, em que são justificados se sua existência contribui para a maximização das preferências dos membros da comunidade. Significa apresentar o ônus que os direitos têm, ou seja, que o seu uso está relacionado a uma conformação social, de modo que sua má utilização gera *responsabilização*. Nesse sentido, a teoria de Dworkin, se vista sob uma certa luz, dispõe de ferramentas para tais responsabilizações, tornando o enfoque desta dissertação peculiar, pois, na maioria das vezes, a análise crítica da rejeição de Dworkin da *responsabilização* dos *haters* e da aceitação dos discursos de ódio como exercício da liberdade de expressão vem de um ponto *externo*, isto é, os autores apresentam outras perspectivas teóricas para demonstrar as deficiências na posição de Dworkin. Nesta dissertação, o raciocínio é inverso, pois almeja

demonstrar, a partir das próprias concepções e elementos apresentados e sustentados por Dworkin, sua incongruência. Incongruência, porque se visto sob uma certa perspectiva, intersubjetiva, ou até mesmo pragmatista, conforme Decat (2015), o resultado sobre a discussão entre liberdade de expressão e discurso de ódio é diferente do que ele sustenta.

Em resumo do até aqui disposto, podemos concluir que, em conformidade com o primeiro argumento apresentado nesta parte dois, no capítulo 6 (seis), se compreendemos Dworkin como um pragmatista filosófico, não é possível sustentar o paradigma do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*” esboçado pela Suprema Corte norte-americana, conforme Dworkin sustenta. De acordo com o segundo argumento apresentado, no capítulo 7 (sete), uma concepção *moral* sustentada por Dworkin, que se apoia em Kant, conforme a qual devemos tratar os outros com a mesma importância objetiva que atribuímos a nós mesmos, não sustenta uma defesa à *liberdade de expressão ampla*, pois os discursos de ódio tratam as pessoas como meios para consecução de fins. É esse o motivo pelo qual Dworkin se apoia na *ética*, na *independência ética*, para justificar os discursos de ódio, e não na *moral*. A *moral*, compreendida dessa maneira, corrobora uma limitação dos discursos de ódio.

No capítulo 8 (oito), argumentou-se que um sujeito que professa ódio age irresponsavelmente, sendo a *responsabilidade* a única postura que podemos exigir dos sujeitos racionais em juízos e ações relacionados com questões de valor. Neste capítulo, acrescentamos a estes argumentos um arrazoado no sentido de buscar demonstrar que a *independência ética*, que é um dos fundamentos alegados para sustentar a *liberdade de expressão ampla*, é violada pelos discursos de ódio, de modo a justificar que sua ocorrência possa resultar em responsabilizações civis e penais.

No próximo e último capítulo, abordaremos o último aspecto do pensamento de Dworkin que parece se chocar com o tratamento dado pelo autor à liberdade de expressão e discursos de ódio. Trata-se de tema relevante pois é parte do fundamento sobre o qual se sustenta o empreendimento teórico do *Direito como integridade* e, uma vez abalado, pode chegar a inviabilizar todo esse modo de compreender o direito.

Até o momento, as concepções apresentadas por Dworkin como *moral*, *independência ética* e *responsabilidade*, aqui vistas sob uma melhor luz, estão tratadas em *Justiça para Ouriços* (2012a [2011]), livro que reúne uma síntese das posições que Dworkin sustenta no decorrer de sua carreira. A concepção de *obrigações associativas*, de que trataremos no próximo capítulo, no entanto, é abordada no *Império do Direito* (2014b [1986]), livro destinado, entre outras coisas a expor um conceito interpretativo de direito e superar as posturas convencionalistas e pragmatistas do direito. O *Direito como integridade* surge como uma

terceira via frente a esses dois modelos que capta, descreve e soluciona o problema dos desacordos teóricos no direito.

O *Direito como integridade* exige uma determinada postura dos membros da comunidade para que a justificativa estatal em aplicar a coerção seja satisfatória e moralmente correta. Aqui se encontram as *obrigações associativas*, na conexão entre os membros da comunidade política. Por isso, a concepção de *obrigações associativas* é de grande relevo para o *Direito como integridade*. Se for possível demonstrar que, em um modelo de sociedade na quais os discursos de ódio são aceitos, os laços de fraternidade entre os membros podem ser rompidos, a aceitação dos discursos de ódio inviabilizará por completo sua teoria do *Direito como integridade*. Esses contornos, entretanto, serão expostos no capítulo seguinte.

Capítulo 10 – Obrigações Associativas

Desde o início da carreira acadêmica de Dworkin, quando da publicação do texto Modelo de Regras I, ainda nos anos sessenta, seu foco inicial consistia em construir uma postura alternativa ao positivismo jurídico. No intento de adotar uma teoria que totalize o direito por uma teoria da legislação, da decisão judicial e da observância das leis, o autor atentou para o perigo que a versão positivista apresentava a uma visão liberal do direito (DWORKIN, 2010 [1977]). Entretanto, com a publicação do *Império do Direito* (2014b [1986]), de 1986, o foco parece mudar. A concepção que Dworkin apresenta como o maior desafio ao *direito como integridade* é a do *pragmatismo jurídico*. O convencionalismo, postura interpretativa do positivismo, tomou uma posição secundária e não forte o suficiente para contrapor ao *direito como integridade*.

No capítulo 5 do *Império do Direito* (2014b [1986]), Dworkin assinala que a concepção pragmatista do direito exige uma ampliação do debate de modo a incluir também de maneira expressa a filosofia política (DWORKIN, 2014b [1986], p. 118). O pragmatismo, segundo Dworkin, pode ser apresentado como uma

“[...] concepção do direito para a qual a justificativa da coerção estatal residiria na justiça ou na eficiência ou em alguma outra virtude da decisão coerciva ela mesma, a partir do momento em que essa coerção pudesse mostrar-se como mais apta e tornar melhor o futuro da comunidade, liberada do peso do passado e do fetiche da coerência pela coerência” (GOMES; ROSA, 2018, p. 97).

Dessa maneira, o pragmatismo nega o requisito da coerência com as decisões políticas do passado, de modo a aceitar qualquer justificação para o uso do poder coercivo do Estado.

Dworkin denomina o pragmatismo como uma visão cética do direito, porque o autor compreende que uma pessoa tem direitos jurídicos quando estes derivam de decisões políticas do passado de tipo apropriado, que não se restringem às decisões judiciais, mas ao próprio estabelecimento legal pelo legislativo. Ao negar essas decisões políticas do passado, o pragmatismo nega a própria existência dos direitos. Um juiz pragmatista, com vistas a uma melhor decisão, pode buscar a consistência no passado dando continuidade às decisões judiciais, sob um argumento de “como se” as pessoas tivessem direitos, mas isso não o impede de inovar em outro sentido, simplesmente por razões de estratégia, e isso define a dificuldade do desafio do pragmatismo.

O desafio do pragmatismo é real, pois ele é capaz de explicar como as práticas, que parecem óbvias para uma geração, se transformam e passam a ser questionadas por outras. Ou seja, o pragmatismo explica satisfatoriamente as mudanças momentâneas do direito. A questão

se complexifica quando o pragmatista adota a estratégia do “como se” houvesse respeito às decisões do passado para justificar uma decisão sem um caminho claro estabelecido pelas decisões passadas, seja por precedentes ou atos legislativos, determinando o curso de ação do juiz pragmatista. Em outras palavras, a estratégia do “como se” é suficiente para explicar apenas os casos em que há decisões passadas claras. No caso de decisões pouco claras, essa estratégia é insuficiente (DWORKIN, 2014b [1986], p. 195).

Dworkin inicia sua crítica ao pragmatismo apontando que essa situação, de decisões do passado pouco claras, são rotineiras na prática jurídica, e a incapacidade do pragmatismo de explicá-la satisfatoriamente já demarca uma diferença em relação a sua proposta. Um juiz pragmatista, em decisões não claras, com justificativas estratégicas, não se dedica à tarefa, mesmo nesses casos, de buscar consistência com as decisões do passado, embora possa chegar a um resultado parecido de um juiz não pragmatista (DWORKIN, 2014b [1986], p. 197 e 198).

Dworkin procura submeter o pragmatismo ao questionamento sobre se as suas justificativas são satisfatórias para explicar a nossa prática jurídica. Vale ressaltar que a busca do juiz do melhoramento da sociedade não encontra apoio em uma concepção uniforme acerca do que é esse melhoramento. Em outras palavras, os juízes têm concepções diferentes acerca do que eles podem oferecer para o melhoramento da sociedade. Disso poderia resultar, em tese, até mesmo um juiz pragmatista que adota como estratégia para o melhoramento da sociedade o respeito às decisões passadas, consoante com outros juízes não pragmatistas.

Nesse sentido, em casos difíceis, para aqueles que entendem que nenhuma orientação antecedente determina o curso da ação, o que inclui os juízes pragmatistas, não há uma uniformidade de entendimento sobre qual perspectiva, fins e meios a adotar para o melhoramento da sociedade. Juízes pragmatistas divergem e chegam a conclusões diversas acerca de quais caminhos são melhores para a comunidade, não dispondo de critérios e caminhos em comum.

Em certo sentido, pragmatismo e convencionalismo se assemelham dado que não explicam satisfatoriamente um fenômeno recorrente na prática jurídica: os casos difíceis. Portanto, a tarefa de se impor ao pragmatismo se estabelece:

[...] a resposta a esse desafio, isto é, a defesa de direitos jurídicos como pretensões que legitimamente podem ser deduzidas em juízo por derivarem de decisões políticas passadas, precisa, pois, dar conta de sustentar o argumento da consistência para além de sua redução a um mero fetichismo no trato do passado” (GOMES; ROSA, 2018, p. 106 e 107).

O apelo à *integridade* se manifesta como o argumento capaz de superar o desafio do pragmatismo jurídico e justificar os direitos jurídicos:

[...] é nesse ponto [...] que [...] começa a ser feita a passagem em direção ao argumento principal de todo o livro: é porque a sua concepção de direito – o “direito como integridade” – é capaz de superar o pragmatismo no quesito moralidade política que R. Dworkin se permite rejeitar uma teoria cética como o pragmatismo também em razão do seu fracasso na justificação do direito, e não apenas em razão de seu fracasso como uma interpretação adequada da prática do direito (GOMES; ROSA, 2018, p. 107).

A *integridade* se desenvolve como uma postura exigida na concepção ordinária da política, isto é, nos casos reais de como as pessoas agem. A concepção utópica assegura que em um estado ideal, os ideais de equidade, que se referem à busca por distribuir corretamente (igualmente) o poder político; justiça, que se refere à correção dos resultados das decisões tomadas pelas instituições públicas que envolvem distribuição de bens; e do devido processo, que se refere aos processos corretos no julgamento de cidadãos, já garantiriam o ideal de *integridade*. No entanto, na prática ordinária da política, a *integridade*, que exige que se “deve tratar de maneira igual casos iguais, o que corresponderia à exigência de que o governo no interior da política ordinária ‘tenha uma só voz’, atuando de modo coerente e fundado em princípio na relação com os cidadãos”, é a virtude capaz de superar o desafio do pragmatismo jurídico (GOMES; ROSA, 2018, p. 108).

A *integridade* se manifesta em correspondência à moralidade pessoal, isto é, aceita a divergência entre agentes, mas espera que essa divergência guarde uma coerência interna. O ideal de *responsabilidade* esboçado em capítulos acima assume essa função de exigir que as pessoas justifiquem suas posições em conformidade a uma coerência interna, aplicando os princípios em casos com cujo resultado do tratamento íntegro concorda e, também, nos que discorda. A *integridade* na comunidade atua da mesma forma:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos (DWORKIN, 2014b [1986], p. 202).

Para desenvolver uma concepção de integridade política da comunidade que possa ser exigível do mesmo modo que exigimos coerência das pessoas, Dworkin apresenta o argumento da personificação da comunidade. A personificação não se apoia em uma metafísica do Estado, mas consiste em uma atitude de tratar a comunidade política da mesma maneira que uma empresa ou corporação atua perante às suas responsabilidades, isto é, os danos advindos de uma corporação são compensados a partir de um fundo próprio e, mesmo que algum acionista sofra com tais indenizações, não há uma responsabilização exclusivamente pessoal de cada acionista, administrador ou empregado. Da mesma maneira, deve ser a comunidade política: o dever que

se impõe ao Estado, que atua em nome da comunidade, é o dever de oferecer alguma forma de proteção adequada a seus indivíduos (GOMES; ROSA, 2018, p. 112).

Dessa maneira, portanto, o pragmatismo deve ser rejeitado, pois, a *integridade* na legislação e na decisão judicial torna possível justificar a consistência com o passado, não necessitando recorrer a um argumento estratégico de “como se” estivesse seguindo as decisões passadas. A maneira pela qual Dworkin refuta o pragmatismo jurídico é externa, isto é, apresentando uma teoria rival que explica melhor a prática jurídica – *o direito como integridade*.

Ao conceber estrategicamente a atuação judicial, o pragmatismo não consegue explicar os casos difíceis, pois não há decisões estabelecidas no passado cuja dificuldade em fornecer orientações para o futuro justifique a atribuição do qualificativo de difíceis aos casos. A diferença entre as duas teorias se dá da seguinte maneira: enquanto uma – pragmatismo – justifica a posição do juiz por um argumento estratégico, a outra – direito como integridade – explica e justifica pela virtude da *integridade* manifesta nas decisões da comunidade personificada.

O desenvolvimento de uma concepção da comunidade política baseada no ideal de *integridade* é uma tarefa central no pensamento de Dworkin não apenas para estabelecer uma teoria geral da aplicação do direito (adjudicação), ou da legislação, mas para “[...] estabelecer as bases da legitimidade do poder político estatal” (BUSTAMANTE, 2018, p. 115). Isso porque Dworkin concebe como objetivo do direito justificar a coerção estatal, sendo isso unicamente possível em uma comunidade em que há obrigações recíprocas de cunho associativo entre seus membros.

A *integridade* pode se decompor em duas perspectivas: a do legislativo e da aplicação do direito (adjudicação). A do legislativo exige que os congressistas atuem para tornar o conjunto de leis moralmente coerente. A da aplicação (adjudicação) exige que a interpretação realizada pelo magistrado seja feita de modo moralmente coerente, e isto não significa uma coerência lógica, mas uma *coerência de princípios*. Essa é a forma pela qual Dworkin considera que o Estado possa justificar sua coerção, estabelecendo a legitimidade do poder político (BUSTAMANTE, 2018, p. 116).

O primeiro aspecto da interpretação do direito orientada pela *integridade* é sua *adequação (fit)* às nossas práticas jurídicas. Uma interpretação orientada pela integridade pode não se ajustar a todas as decisões do passado, mas deve fazê-lo em relação à maioria e suficientemente bem para que possa se apresentar como interpretação crível. Isso significa compreender que a integridade é um valor substancial somente na sociedade real, porque em

uma sociedade utópica, ela é dispensada, dado que todas as decisões políticas já seriam perfeitamente justas e equânimes. Portanto, ela só existe como valor independente em relação à justiça e equidade no mundo real, visto que pode entrar em conflito com esses valores. Dworkin quer assinalar que em um caso real é possível que a decisão a ser tomada privilegie os melhores resultados em prol da justiça distributiva ou que produza um procedimento mais igualitário e respeitoso, mas o valor da *integridade* insistiria, como uma terceira opção independente, que essas decisões sejam sacrificadas em nome dela. (BUSTAMANTE, 2018, p. 118).

As “normas padrão tabuleiro” (*checkerboard laws*) são repelidas pela *integridade* por apresentarem uma incoerência em termos de princípio, e se justificam apenas por posições morais de alocação equânime do poder político. Dworkin as exemplifica com uma norma hipotética, que regula a possibilidade de realizar abortos numa comunidade, e que dispõe que, para mulheres nascidas em dias pares é permitido realizar o ato para aquelas nascidas em dias ímpares, não. O autor então indaga por que uma assertiva nesse sentido conflita com nossas intuições? A resposta que Dworkin oferece é que a explicação dessas intuições não pode ser encontrada nem na justiça, nem na equidade, mas unicamente na *integridade*:

A única resposta possível parece ser, para Dworkin, o nosso comprometimento com o valor da integridade, que impõe sobre a nossa comunidade uma exigência particularmente forte de responsabilidade política sobre as decisões coletivas que concernem aos nossos direitos e deveres de cidadão. (BUSTAMANTE, 2018, p. 118).

Em comparação à astronomia, Dworkin considera o valor da integridade como a descoberta do planeta Netuno, pois, somente com a presença dele, ainda não conhecido, era possível explicar o funcionamento de outros dois planetas ao seu redor. Somente com a *integridade* é possível explicar coerentemente a repulsa pelas normas “padrão tabuleiro”. Mas de onde viria o fundamento desse valor tão importante, dado que uma boa filosofia política precisa explicá-lo? Dworkin está convencido de que ele vem da capacidade de fornecer uma explicação mais robusta para a legitimidade e para a obrigação política.

Dessa maneira, uma sociedade que aceita a *integridade* como valor político se transforma em uma forma especial de comunidade, pois atua com autoridade moral para exercer seu *mínus* de empregar o monopólio da força. Assim, avaliamos a coerência principiológica das decisões da comunidade exigindo que ela atue sob um esquema moral construído segundo uma ordem de princípios coerente e inteligível (BUSTAMANTE, 2018, p. 120). Por isso, Dworkin considera que a ideia de autogoverno é compatível com a *integridade*, pois os agentes

se compreendem como autores das decisões políticas dos nossos governos. A integridade, segundo Dworkin:

(...) insiste em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham e ampliam a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas. A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania (DWORKIN, 2014b [1986], p. 231).

A *integridade* também tem essa dimensão de cidadania, pois não somente impõe um dever ao cidadão de “obedecer às decisões políticas da comunidade”, mas uma “ideia protestante” de “[...] fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar (...) como o sistema da comunidade à qual pertence” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 231). Sem a *integridade*, seria difícil, segundo Dworkin, estabelecer a ideia de uma obrigação genuína de obedecer às decisões políticas que impõem obrigações aos cidadãos. Portanto, ao adotar a *integridade*, determinado Estado tem o melhor argumento para estabelecer a sua legitimidade do que aquele que não a adota (BUSTAMANTE, 2018, p. 121).

O *Direito como integridade*, diferentemente das outras concepções, se propõe a ser uma teoria jurídica, mas não exclusivamente, porque se propõe também a ser uma teoria política. Ou seja, diferentemente do convencionalismo, que se restringe a temas acerca dos fundamentos do direito, e silencia acerca de sua força moral, o *Direito como integridade* pretende estabelecer razões sobre se devemos ou não obedecer ao direito, isto é, a “[...] questão da força moral das obrigações jurídicas não está separada da questão de saber quais são essas obrigações”. Segundo Bustamante (2018), Dworkin, embora não explicitamente, procura oferecer resposta convincente ao anarquismo filosófico, proposta que sustenta a incompatibilidade entre autonomia e autoridade legítima. (BUSTAMANTE, 2018, p. 122).

Nesse intuito, Dworkin rejeita algumas propostas alternativas ao anarquismo, como aquela que justifica a autoridade estatal por uma espécie de consentimento oferecido pelos membros da comunidade, por meio de um contrato social tácito. Para Dworkin, essa proposta só seria legítima se garantisse alternativas mais genuínas àqueles membros que recusassem o consentimento. Rejeita, também, aquela postura que sustenta que a legitimidade do poder estatal deriva de uma espécie de “obrigação natural de dar suporte a instituições justas”, como a posição original de John Rawls. Para Dworkin, ela “[...] não estabelece uma ligação suficientemente estreita entre obrigações políticas e a comunidade específica a qual pertencem aqueles que têm a obrigação” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 234).

Por último, descarta a postura de atribuir a legitimidade do poder político por considerações de equidade, isto é, quando alguém aceita os benefícios do esquema de direito e regras desde que satisfaça aos dois princípios de Rawls, é dizer, que a instituição seja justa ou equânime. Para Dworkin, há um problema, pois “[...] pressupõe que as pessoas podem incorrer em obrigações simplesmente por receberem o que não buscavam e que rejeitariam se lhes fosse dada a oportunidade de fazê-lo. Isso não parece sensato” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 235).

Dessa forma, nenhuma dessas maneiras estabelece razões suficientes para atribuir a legitimidade ao poder coercitivo do Estado, ao passo que também não há perspectivas de sucesso em alternativas que buscam fundamentar a autoridade estatal em algum tipo de justificação instrumental (BUSTAMANTE, 2018, p. 124). Assim, Dworkin propõe que a legitimidade política seja fundada na noção de *obrigações associativas*. A *integridade* funde as dimensões morais e políticas dos cidadãos, na medida em que exige que a decisão política seja ancorada em uma concepção moral que os participantes compartilhem. E a legitimidade dessas decisões políticas está ancorada nas *obrigações associativas*.

As *obrigações associativas* são “[...] 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, 2014b [1986], p. 237). Em alusão a obrigações associativas que derivam da amizade, Dworkin assinala serem obrigações que assumimos em função da história que compartilhamos com nossos amigos, mas não a descrevemos como se estivéssemos “assumindo obrigações”. Elas não surgem de convenções, mas, nos tornamos conscientes delas quando determinada situação exige que honremos essas obrigações. Segundo Dworkin, elas se desenvolvem “[...] através de uma série de escolhas e eventos que nunca são percebidos, individualmente, como portadores de um compromisso desse tipo” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 239).

Essas obrigações são exigidas pelo simples “dever de honrar as nossas responsabilidades”, que surgem das *responsabilidades especiais* entre os membros da comunidade. Portanto, Dworkin afirma que devemos compreender as obrigações associativas diferentemente da noção comum que as pessoas têm sobre “obrigações”. Dessa forma, circunstâncias e condições concretas que dão suporte as obrigações são necessárias:

Temos o dever de honrar nossas responsabilidades na esfera das práticas sociais que definem grupos e atribuem responsabilidades especiais ao conjunto de seus membros, mas esse dever natural só se sustenta quando certas outras condições são satisfeitas ou mantidas. (DWORKIN, 2014b [1986], p. 240).

Dworkin destaca a condição de *reciprocidade*, exemplificando que tenho responsabilidade com meu irmão, em virtude da relação de parentesco, na medida em que ele também aceita tais responsabilidades em relação a mim. As obrigações associativas em geral necessitam da reciprocidade entre os agentes. A reciprocidade para as obrigações associativas, no entanto, deve ser entendida mais abstratamente, pois exige a aceitação do ideal de integridade na interpretação. Isso significa que mesmo que as pessoas compartilhem uma ideia geral e difusa dos direitos, isto é, sem compartilhar da mesma concepção sobre o que essas obrigações exigem no caso concreto, é necessário adotar certas atitudes entre os agentes para que possam ser obrigações fraternas:

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, 2014b [1986], p. 241).

Dworkin elenca quatro atitudes que cada membro deve ter em conformidade com as responsabilidades que eles têm uns em relação aos outros. De acordo com a primeira, os membros “devem considerar as obrigações do grupo como *especiais*, dotadas de um caráter distintivo no âmbito do grupo, e não como deveres gerais que seus membros devem, igualmente, a pessoas que não pertencem a ele” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 242). Devem também, de acordo com a segunda atitude, “admitir que essas responsabilidades são *pessoais*: que vão diretamente de um membro a outro, em vez de percorrerem o grupo todo em um sentido coletivo” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 242).

A terceira, requer que “[...] os membros podem ver 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, 2014b [1986], p. 242). Por fim, de acordo com a quarta, “[...] os membros devem pressupor que as práticas do grupo mostram não apenas interesse, mas um *igual* interesse por todos os membros. Nesse sentido, as associações fraternais são conceitualmente igualitárias” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 243).

Portanto, Dworkin sugere uma diferenciação entre uma comunidade “básica”, em que os laços genéticos, geográficos e históricos constituem uma comunidade, de uma “verdadeira” comunidade, que satisfaz as quatro condições identificadas acima. Isso não implica em negar as obrigações da comunidade básica, pois as comunidades “verdadeiras” também são comunidades básicas. No entanto, fatores externos que atuam como causas explicativas da existência de uma comunidade não satisfazem as condições de emergência de *obrigações associativas* entre membros de uma comunidade.

Assim, a melhor forma de explicar a legitimidade política encontrada por Dworkin, diferentemente dos filósofos clássicos, que a encontraram nos contratos ou dos deveres da justiça, encontra-se na fraternidade, comunidade e em suas obrigações (DWORKIN, 2014b [1986], p. 250). A *integridade*, portanto, é fundamentada nas *obrigações associativas*:

Podemos fundamentar o valor da integridade, portanto, nas responsabilidades que os membros da comunidade jurídica têm quando eles se enxergam segundo o valor da fraternidade e assumem como suas as obrigações associativas que derivam do vínculo comunitário com os seus concidadãos (BUSTAMANTE, 2018, p. 126).

A configuração de uma *comunidade de princípios* é o resultado de uma determinada imposição de integridade nas atividades legislativas e públicas, de modo que as obrigações resultantes dessas imposições se fundamentam em obrigações fraternais entre os agentes. A aceitação dos membros de que estão sendo governados por princípios comuns conduzem ao reconhecimento da correção da reivindicação de autoridade feita por uma comunidade associativa:

Uma comunidade política, para ser legítima, não pode ser nem uma mera associação “de facto” em que as pessoas se uniram por mero acidente da história e da geografia, sem qualquer sentimento de pertença, fraternidade e reciprocidade, e nem uma comunidade fundada no mero fato de que os indivíduos que a integram “aceitam um compromisso geral em obedecer às regras criadas de uma maneira que é própria a essa comunidade”. Pelo contrário, uma comunidade só pode aspirar legitimidade se ela se enquadrar em um modelo de comunidade denominado “comunidade de princípio”. Esse modelo supõe não apenas o compartilhamento de certas normas e convenções constitutivas, mas também, e em especial, uma atitude de “aceitação de que eles (os membros) estão governados por princípios comuns, e não apenas regras impostas em compromissos políticos” (BUSTAMANTE, 2018, p. 127).

O que Dworkin demonstra é que uma comunidade que atua por princípios justifica satisfatoriamente as obrigações entre os membros e cumpre a exigência da integridade na justificação da coerção estatal. Diferentemente da comunidade unida por laços *de facto*, onde as pessoas são unidas por mero acidente histórico ou geográfico, ou por *regras*, representando a versão de comunidade do convencionalismo, pois se esgota no aspecto manifesto das decisões estabelecidas no passado, a *comunidade de princípios* não se limita a essas decisões passadas, mas busca respostas em um sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam. Os membros da *comunidade de princípios* aceitam que as outras pessoas têm direitos e que eles têm deveres decorrentes desse sistema de princípios, embora muitos nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados (DWORKIN, 2014b [1986], p. 245 e 255).

A *comunidade de princípios* fornece a melhor justificativa para a legitimidade política, pois “[...] assimila as obrigações políticas à categoria geral das obrigações associativas, e defende-as dessa maneira” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 260). Nenhum outro modelo fornece,

portanto, um compromisso geral com a *integridade* que expresse o interesse de cada um por tudo que é “[...] suficientemente especial, pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias segundo as normas de obrigação comunitária que aceitamos em outros contextos” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 260).

Como conclusão, a necessidade de unir teoria moral e política, que antes eram tratadas separadamente pelos teóricos do direito, levou Dworkin às *obrigações associativas*, que justificam a legitimidade das decisões políticas baseadas na *integridade*. Obrigações associativas representam uma vinculação especial que une os membros da sociedade e que fornece razões ligadas ao igual respeito e consideração pelos membros da comunidade para que as decisões políticas sejam moralmente aceitas e legítimas. Estas pessoas se consideram, portanto, integrantes de uma comunidade que endossa *princípios*, não se concebendo como unidas meramente por convenção ou acidente geográfico. Corolário disso é que a concepção que melhor justifica a coerção estatal é a do *Direito como integridade*, pois exige um determinado tipo de comunidade, e essa comunidade é regida por *princípios*, dado que os membros se veem vinculados pelas *obrigações especiais*.

A incongruência que, nesse caso, considero presente no pensamento de Dworkin está em sustentar uma concepção de comunidade que exige dos seus membros uma obrigação especial para com os outros membros, ao mesmo tempo em que se defende a concepção de *liberdade de expressão ampla*, já exposta. Isso porque os discursos de ódio são mecanismos que acentuam as diferenças, de modo que determinado grupo discriminatório nega aos vitimados a condição de pertencimento como integrantes daquela comunidade.

Os discursos de ódio atuam opostamente às *obrigações associativas*, pois, enquanto estas acomodam as diferenças entre os membros e, mesmo assim, expressam nas “obrigações não deliberadas ou contratuais” que temos para com os concidadãos, uma atitude especial de tratar a todos com *igual consideração*, aquela reforça as diferenças e propugna pela exclusão daqueles vitimados.

As *obrigações associativas*, como assinalado, requerem dos membros quatro atitudes que expressam a responsabilidade que cada um tem em relação aos outros. A terceira aponta para uma responsabilidade geral que cada um tem pela consideração pelo bem-estar dos demais membros do grupo (BUSTAMANTE, 2018, p. 126). Dessa maneira, os discursos de ódio, que visam a negação da qualidade de ser humano, a exclusão e marginalização, atuam contrariamente às exigências das *obrigações associativas*.

Quando Brandenburg diz, no caso exposto em capítulos anteriores, que os grupos vitimados, especialmente os negros e judeus, devem retornar para seus países de origem, ele

não atua com a *responsabilidade* exigida pela comunidade de princípios, pois, em suas ações, deveria levar em consideração o bem-estar dos demais membros. Ao contrário, tenta por meio de seu discurso influenciar os outros membros a também violar essa *responsabilidade*, gerando um ambiente não sustentado por *obrigações associativas*. Aceitar discursos de ódio como esse, com o que Dworkin anui, leva à percepção de que os membros da sociedade não estão ligados por princípios comuns, mas por relações *de facto*. Ou seja, a asserção de que determinados membros não pertencem a comunidade conduz ao raciocínio de que essa comunidade não foi estabelecida por obrigações recíprocas, mas por algum acidente geográfico ou histórico, ou na melhor das hipóteses por convenção.

Desse modo, a relação entre os membros dessa comunidade foi estabelecida porque algum evento assim o proporcionou, mas nenhuma associação que seja verdadeira foi estabelecida. Conforme assinala o próprio Dworkin: “As pessoas que pensam em sua comunidade desse modo não tratarão os outros, necessariamente, apenas como instrumentos para atingirem seus próprios fins” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 252), entretanto, essa é atitude que prevalece nos discursos de ódio e nas comunidades estabelecidas por relações *de facto*. O que Dworkin quer dizer quando assevera que nessa comunidade *de facto* não necessariamente os membros tratam entre si como meios, é que há um acordo entre os participantes de modo que esse acordo é conveniente a ambos em algum sentido: “Podem chegar a uma forma de divisão do trabalho, e cada um vai manter o acordo enquanto achar que este lhe é benéfico, mas nada além desse ponto ou por nenhuma outra razão” (DWORKIN, 2014b [1986], p. 253).

Dessa forma, quando se leva em consideração a compatibilização dos discursos de ódio com os três tipos de “integração” comunitária propostos por Dworkin, percebe-se que a *liberdade de expressão ampla* se ajusta melhor às comunidades ligadas por circunstâncias *de facto e das regras*. Isso porque, nas asserções odiosas, e na atitude leniente em relação à sua enunciação, não há como identificar compromisso com a importância objetiva da vida das pessoas, e tampouco obrigações especiais decorrentes do interesse igual pelo bem estar de todos, resultando as obrigações entre os membros estabelecidas pela mera contingência geográfica ou histórica.

Os discursos de ódio se compatibilizam também com as comunidades que adotam o *modelo das regras*, aquelas nas quais os agentes se encontram vinculados simplesmente por aceitarem o compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas. Mas as obrigações entre os agentes se esgotam nessas regras acordadas. Nesse sentido, por não haver uma base em princípios, consideram que o conteúdo manifesto dessas regras determina e indica o curso da ação. Em casos claros de falta de regras, não há imposição sobre o agir das pessoas. Desse

modo, uma conduta que expressa conteúdos de ódio em uma comunidade que não esteja regulamentada por convenções estabelecidas no passado, isto é, sem uma regra proibitiva, não gera obrigações recíprocas para os membros.

Por isso, a *comunidade de princípios* é o modelo ideal capaz de sustentar a impossibilidade de discursos de ódio entre membros, porque ela exige uma unidade de concepção, e isso não exclui o pluralismo de visões, na medida em que cada um é considerado com *igual consideração e respeito*:

O modelo de princípios satisfaz todas as nossas condições, pelo menos tão bem quanto qualquer modelo poderia fazê-lo numa sociedade moralmente pluralista. Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total. O interesse que expressa não é superficial, como o falso interesse que encontramos no modelo de regras, mas verdadeiro e constante. (DWORKIN, 2014b [1986], p. 257).

Dessa maneira, uma sociedade em que os membros se orientam por princípios, em que se aceita a integridade como um valor importante, é incompatível com a aceitação dos discursos de ódio. Conforme Dworkin expõe no fragmento acima, não se pode sacrificar pessoas para o benefício de alguns e isso implica em reconhecer que ninguém nessa sociedade será excluído. A lógica dos discursos de ódio é abertamente contrária à lógica inclusiva da comunidade de princípios, pois se baseia na exclusão, segregação, intimidação e neutralização daquele considerado “inimigo”. O inimigo, entretanto, não é bélico, mas socialmente construído, por motivos de cor, raça, religião, procedência nacional, sexo, dentre outros.

É certo que, ao descrever a comunidade de princípios, Dworkin não se apoia em um modelo de comunidade, proposto por alguns filósofos, em que cada membro deve nutrir para com os demais uma emoção que se pode chamar de amor. Tampouco espera o autor que nesta comunidade os membros devam sentir em relação aos demais uma emoção tão profunda, como entre amigos, família ou amantes (DWORKIN, 2014b [1986], p. 259). No entanto, laços comunitários mínimos são necessários para formar a comunidade de princípios. Isso porque eles devem nutrir um em relação ao outro um sentimento de *igualdade*, ou seja, “[...] os membros devem supor que as práticas do grupo demonstram não apenas uma consideração, mas uma *igual consideração* por todos os seus membros” (DWORKIN, 1986, p. 199-200 *apud* BUSTAMANTE, 2018, p. 126).

Isso significa que cada projeto de vida deve ser respeitado e não pode ser impossibilitado por quem quer que seja. Essa é, no fundo, a garantia da *independência ética*, tão debatida neste trabalho: às vítimas do discurso de ódio é subtraída a possibilidade de estabelecerem um projeto de vida autônomo e consciente, porque os discursos geram um ambiente moralmente impróprio para que seus projetos sejam plenamente satisfeitos, e mesmo para que algumas opções abertas aos demais possam sequer ser percebidas como disponíveis. Nesse sentido, o discurso de ódio viola a *igual consideração* porque obsta o estabelecimento um projeto autônomo e autêntico de vida. Toda a lógica dworkiniana caminha na direção de que os discursos de ódio sejam negados em uma comunidade que se une por laços de fraternidade.

Dessa feita, os discursos de ódio inviabilizam a *integridade* em uma comunidade estabelecida pelo modelo de princípios, pois as obrigações fraternas são fundamentos para que os princípios possam ser elencados em um caso de conflito. Nesse caso, todo empreendimento de Dworkin, que tem por cerne as obrigações fraternas, pode estar comprometido se os discursos de ódio forem admitidos, isso porque eles atuam em uma lógica contrária às obrigações fraternas.

Essa é uma consequência real, porque todo o *Direito como integridade* pressupõe uma comunidade que se une por laços não contingentes. Do mesmo modo, necessita que os agentes concordem acerca do tratamento (atitudes) que devemos dar aos outros, isto é, que as relações com os concidadãos são *especiais, pessoais*, que se deve ter uma *consideração* pelo bem-estar de cada um e que se deve demonstrar *igual consideração* a todos os membros. Não é possível identificar essas atitudes naqueles que almejam excluir da comunidade seus parceiros, e uma regulamentação das liberdades que estimule, ou mesmo que não desestimule esta postura mais geral de inferiorização opera no sentido oposto das condições da integridade.

Não se trata, entretanto, de uma exigência de que não se pode haver discordância na comunidade. Eventualmente, há ampla divergência entre os membros da comunidade acerca de assuntos diversos. Mas a exigência aqui é profunda: os que proferem discursos de ódio não atuam sob uma lógica discursiva de dar e receber razões, isto é, eles não discutem temas relevantes para a sociedade, sobre os quais é possível adotar diferentes posições, mas propugnam pela exclusão de membros e projetos de vida da comunidade.

A discussão sobre a exclusão de membros da comunidade, tipicamente externada em discursos de ódio, não está no campo de debates sobre divergências legítimas, como o aborto, descriminalização ou criminalização de comportamentos, ou redução da maioria penal, por exemplo. Ao contrário, discorre sobre uma proposição ilegítima. Nenhuma discussão pública pode se dar sob bases de exclusão de outros membros da comunidade. Quem assim o faz, está

sob outro paradigma, não o político-discursivo. É uma pretensão ilegítima levantar discursos de ódio que pregam a exclusão de determinadas pessoas, porque não é essa a concepção de comunidade que adotamos, quando temos razões para aceitar a sua autoridade, e sim a de que mesmo com divergências, suportamos uns aos outros agindo em relação a eles com reconhecimento de que são dotados da mesma importância objetiva que atribuímos a nós mesmos.

Em nosso raciocínio, a assunção de que a aceitação dos discursos de ódio traz mais inconsistência do que solidez à teoria de Dworkin considerada como um todo, é um sinal de que é impossível sustentar essas duas coisas ao mesmo tempo. Na medida em que o autor se propõe a sustentar uma teoria do *Direito como integridade* com base em obrigações fraternas entre os agentes, Dworkin é incongruente em sustentar uma defesa da liberdade de expressão que inclui os discursos de ódio.

A opção mais viável é abdicar de um direito à liberdade de expressão que inclui os discursos de ódio em prol de um acréscimo da *integridade* na sua argumentação. Se devemos levar a sério a comunidade de princípios, não podemos aceitar atitudes que vão de encontro a *igual consideração* e a importância objetiva que devemos aos outros.

Dworkin deve levar a sério os compromissos decorrentes de assumir uma *liberdade de expressão ampla*, que podem inviabilizar a concepção do *Direito como integridade*. Acredito que o autor não estaria disposto a abdicar dessa concepção do direito. Entretanto, não parece haver alternativas: os discursos de ódio não são compatíveis com uma *comunidade de princípios*, com a *integridade*, com as obrigações fraternas; há um impasse e o caminho adiante é prescindir do direito à *liberdade de expressão ampla*. Isso porque ela já provocou impactos em temas sensíveis de sua teoria, como em sua concepção *moral*, na *independência ética*, na *responsabilidade* e agora nas *obrigações associativas*, núcleo de toda sua teoria do direito. Ademais, não se exclui a possibilidade de haver impactos relevantes a outros aspectos de sua teoria quando se propõe o direito ao discurso de ódio como manifestação da liberdade de expressão. Por ora, contudo, esses temas já são suficientes para demonstrar que há fortes indícios, pelo menos, que tal assunção não se coaduna com várias outras concepções elencadas no decorrer de sua obra.

Os tópicos levantados nessa dissertação ilustram a coerência interna das posições de Dworkin em muitas de suas perspectivas sobre o direito, a ética, a moral, a interpretação e as práticas sociais. É o que se poderia esperar, uma vez que o autor se propôs a ser um ouriço. Por outro lado, eles revelam também quão distante esse ajuste coerente de proposições teóricas está do Dworkin que considera permissíveis discursos de ódio como, por exemplo, marchas nazistas

na Alemanha. Em toda sua construção teórica está explícito ou implícito a ideia principal que resume sua trajetória teórica: a *igual consideração e respeito* pelos projetos de vida.

A necessidade de agir como membros de comunidades de princípios que se orientam por obrigações fraternas não se concilia com apoio a uma regulação que autoriza atitudes (e sim, discursos são ações) que desprezam, ignoram, humilham e exploram outros. O que há, ao que parece, são dois “Dworkins”, um que age com integridade e responsabilidade, incorporando todos os princípios que considera importantes, razão pela qual suas posições fazem sentido mutuamente, e outro que despreza essa integridade e se apoia em uma defesa da liberdade a qualquer custo, tudo isso por um medo utópico liberal de que a censura estatal irá se instalar onde não houver total ausência de impedimentos às performances linguísticas.

Todos esses aspectos da teoria enunciados na segunda parte da dissertação atuam em conjunto para apoiar o resultado oposto ao que Dworkin propõe quando do tratamento dos discursos de ódio pela liberdade de expressão. E isso sinaliza o caráter grandioso da obra de Dworkin, que, ao contrário do que ele sustenta dispõe de ferramentas e institutos valiosos e coerentes para sustentar a impossibilidade de discursos de ódio em uma comunidade estabelecida por laços de fraternidade. A obra de Dworkin está além de certas posições do próprio Dworkin!

Isso, entretanto, pode ser sustentado sem que o direito à liberdade de expressão, compreendido em sentido forte, seja violado ou suprimido. Não há uma defesa, nesta dissertação, que o direito à liberdade de expressão deva ser suprimido ou mesmo descaracterizado. Ao contrário, é um direito valioso e um instrumento democrático importante. Mas isso não implica em reconhecer que seu uso inadequado, como nos discursos de ódio nos vários exemplos assinalados, vai ao encontro desse valor democrático. Conforme aponta Waldron, não há nenhuma relevância pública dos discursos de ódio que hodiernamente estão sendo proferidos. Eles apelam às discussões de dois séculos atrás.

O que se demonstrou nessa dissertação é a incongruência na postura de Dworkin que, mesmo dispondo de instrumentos para asseverar o contrário, concorreu para uma defesa da liberdade de expressão que inclui os discursos de ódio. Não é uma análise *externa*, por mais que em algum momento isso tenha sido requerido, mas *interna* à sua obra. Foi em sua própria obra que encontramos elementos que sustentam a possibilidade de restringir os discursos de ódio em uma comunidade que se une por laços de fraternidade.

Isso nos remete a outro ponto importante: a recepção entre juristas brasileiros dos argumentos de Dworkin sobre a *liberdade de expressão ampla*. Conforme demonstrado no último capítulo da parte um, no Brasil há concordâncias e discordâncias acerca da posição de

Dworkin. Os que discordam, justificam sua oposição com elementos exteriores à própria teoria de Dworkin, buscando amparo em teorias democráticas, do discurso ou filosofia política. Os que concordam, assim como o próprio Dworkin, não fazem uma leitura dos discursos de ódio conjugando (integrando) o tema com os vários elementos da teoria de Dworkin que se contrapõem a essa forma de regulação do discurso.

O que proponho é um caminho alternativo: negar os discursos de ódio como manifestação da liberdade de expressão com elementos próprios da teoria de Dworkin, interpretando-o à sua melhor luz. Não há necessidade de buscarmos elementos exteriores à sua obra para podermos sustentar uma disciplina mais restritiva de tais manifestações. Da mesma forma, (re)ler Dworkin à sua melhor luz implica em realizar um equivalente funcional de uma “mutação constitucional” de seus textos, isto é, por mais que explicitamente e textualmente esteja dizendo algo, uma interpretação integrativa e conglobante do seu conjunto teórico nos faz optar por um caminho diverso: o caminho da *igual consideração e respeito* por todos os projetos de vida.

Dessa forma, acreditamos que a argumentação desenvolvida nesta dissertação ajuda a alargar uma nova seara para a Teoria do Direito brasileira, já trilhada em alguma medida por Ommati e Cattoni, Repolês e Prates. Além disso, se insere no projeto mais amplo de auxiliar a fornecer alternativas à Jurisprudência pátria, em casos de liberdade de expressão, que conforme Ronaldo Porto Macedo Jr., vem se limitando a resolver os casos pelo método da proporcionalidade alexyana. O caminho dworkiniano é mais rico e filosoficamente refinado, embora o resultado a que Dworkin chega sobre assunto assuste e afaste os magistrados brasileiros, devido ao entendimento majoritário da jurisprudência brasileira no sentido de proibir discursos ofensivos, conforme visto em páginas anteriores. Por isso, outro caminho proposto aqui é possível: sustentar a impossibilidade de discursos de ódio a partir de elementos da teoria dworkiniana, analisando-a sob uma melhor luz. E desse modo, justificar coerentemente as diversas críticas que as decisões judiciais vêm sofrendo de ambos os lados.

A apresentação do *status quo* do cenário atual acerca da liberdade de expressão, tanto na jurisprudência, quanto na academia, na parte um desta dissertação, traduz a existência de posições distribuídas em dois polos, sem uma concepção intermediária. O que essa dissertação propõe, no fim, é afastar-se de ambos os polos, mas retendo o que de razoável eles oferecem, de modo a unir os polos em torno de uma concepção filosoficamente rebuscada, com Dworkin, para apresentar caminhos àqueles que acreditam que os discursos de ódio devem ser restringidos.

Conclusão

Ronald Dworkin é internacionalmente conhecido por sua crítica ao positivismo jurídico, especificamente de Herbert Hart, estendida também ao pragmatismo jurídico no *Império do Direito*, porque ambas as teorias não conseguem explicar o fenômeno dos desacordos teóricos no direito. Entretanto, Dworkin também é conhecido por sua defesa incisiva da liberdade de expressão, propugnando que mesmo os discursos de ódio, que visam a exclusão e discriminação das pessoas, devem ser admitidos em uma sociedade democrática. Ele defende esta posição apresentando um rico raciocínio filosófico. De modo geral, o autor acredita que o Estado não pode determinar o que os agentes professam e escutam, sendo tal interferência um atentado à *dignidade*.

Nesta dissertação expus, na primeira parte, como Dworkin fundamenta esse direito à *liberdade de expressão ampla*, nomenclatura que atribuo ao direito à liberdade de expressão que inclui autorização de proferimento de discursos de ódio. O fundamento consiste em três principais características que esse direito à liberdade de expressão instancia: ser um *princípio em sentido forte*; exigir a independência do agente em assuntos éticos (independência ética) e ser um *direito especial (special right)* em comparação aos outros. Por meio desses três principais argumentos, Dworkin confere posição privilegiada à liberdade de expressão, isto é, acredita que ela se sobrepõe a princípios como o da igualdade e da dignidade, mesmo quando o conteúdo proferido é discriminatório ou de ódio.

Dessa forma, esta dissertação se propôs a analisar essa posição de Dworkin sob uma perspectiva *interna*, isto é, partindo da indagação sobre se os demais valores e concepções elencados por Dworkin no decorrer de sua carreira se contrapõem à essa *liberdade de expressão ampla*. O intuito foi analisar se Dworkin é coerente quando propõe o direito à liberdade de expressão que inclui discursos de ódio apresentando, por outro lado, concepções inclusivas e igualitárias como, por exemplo, uma *moral* entendida aos moldes kantianos, isto é, que exige dos agentes uma postura de reconhecimento objetivo as demais pessoas.

Mais que isso, Dworkin se apoia no modelo consagrado da jurisprudência norte-americana quando o assunto são os discursos de ódio, do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*”. Esta dissertação buscou demonstrar que esse entendimento é incompatível com uma leitura pragmático-linguística das afirmações de Dworkin, que exige uma postura intersubjetiva quanto à liberdade de expressão.

Esta dissertação também se propôs a analisar o contexto brasileiro da liberdade de expressão, demonstrando como o método da proporcionalidade é insuficiente para resolver

casos complexos. Dessa forma, argumentou-se que o amparo em um determinado tipo de interpretação da teoria dworkiniana pode levar a jurisprudência à negação dos discursos de ódio, mas, ao contrário da proporcionalidade, justificada por um raciocínio filosoficamente rico, garantindo a estabilidade das decisões judiciais. Um resumo dessas conclusões pode ser assim enunciado:

Na segunda parte, expus a perspectiva de que se pode ler Dworkin sob um enfoque pragmático, em consonância com Decat (2015), o que enseja um tratamento *relacional* da liberdade de expressão. Isso é, a liberdade de expressão não deve ser vista essencialmente do ponto de vista do falante, mas do ponto de vista intersubjetivo. A partir disso, demonstrou-se que, se compreendermos Dworkin dessa maneira, o paradigma do “*clear and present danger*” e da “*Imminent Lawless action*”, por ele endossado, em conformidade com a Suprema Corte norte-americana, se mostra inadequado a essa leitura pragmática, pois pressupõe uma concepção solipsista. No mesmo sentido, uma concepção restrita de dano o impede de compreender a dinâmica da sociedade atual acerca das mais variadas “formas de danos”. Por se apegar a uma concepção Milliana do século XIX, o autor obscurece a existência de novas formas de direitos e responsabilidades.

Além disso, a defesa da *liberdade de expressão ampla* não se encaixa com várias das teses sustentadas por Dworkin em seu livro último, como sua compreensão da *moral, independência ética e responsabilidade*. Neste último capítulo, assinalei a incongruência com as *obrigações associativas*, e como uma sociedade que aceita os discursos de ódio se ajusta mais à comunidade *de fato e de regras* ao invés da comunidade *de princípios*. A *comunidade por princípios* exige um tipo de obrigação especial entre os agentes, as obrigações associativas ou fraternas. Tal como compreendida, elas são incompatíveis com os discursos de ódio excludentes. Em um grupo em que a regulação do discurso autoriza discursos de ódio, não há como identificar a existência de obrigações fraternas em relação aos membros dos grupos vitimados. Tais discursos estão fora do campo da divergência, comum nas sociedades democráticas. Dessa maneira, a concepção do *Direito como integridade* pode ser abalada se nessa comunidade não há obrigações fraternas entre os agentes. A integridade requer obrigações fraternas, e os discursos de ódio atuam em sentido contrário a elas.

Ao admitir os discursos de ódio, Dworkin corre o risco de ter sua construção teórica do *Direito como integridade* erodida, porque o direito de uma comunidade que admite discursos de ódio reflete atitudes que não atendem às exigências um modelo de sociedade que requer a *integridade*. Aliás, os que professam ódio de modo algum admitem a integridade, pois atuam *irresponsavelmente*, isto é, não integram suas posições discriminatórias, até porque isso exige

um esforço intelectual incapaz de ser bem-sucedido sem a integração da independência ética à dimensão moral.

Dessa forma, podemos concluir assinalando que Dworkin é contraditório ao sustentar as duas posições, inconciliáveis, ao mesmo tempo. Isso porque o elemento que destoa de toda sua construção teórica é a defesa da *liberdade de expressão ampla*, aquela que aceita os discursos de ódio. Ela destoa, pois, todos os outros elementos fazem sentido mutuamente, mas com ela, com a permissão dos discursos de ódio, esses elementos se entrecrocaram de modo que um não mais sustenta o outro.

O mais interessante é que esses elementos não admitem uma defesa da permissibilidade dos discursos de ódio. Se vistos sob uma melhor luz, são justificações coerentes para que tais discursos sejam proibidos em uma sociedade democrática. Exemplo disso é a *independência ética*: os grupos vitimados são impedidos de estabelecerem um projeto ético autônomo quando há discursos de ódio que afetam seus interesses mais elementares. Essa é uma leitura da *independência ética* não realizada por Dworkin, que se preocupa apenas com a independência ética daquele que discursa.

Disso decorre que essa melhor luz em que esperamos ter interpretado os elementos teóricos da teoria de Dworkin nos proporcionou recursos para uma defesa consistente da restrição ao proferimento dos discursos de ódio, o que pode refletir nas discussões nacionais sobre este assunto, uma vez que na sua maioria se resumem a concordar ou discordar sobre o posicionamento de Ronald Dworkin. De modo análogo, a dissertação espera ter contribuído com a jurisprudência brasileira ao disponibilizar elementos da teoria do próprio Dworkin para sustentar uma posição de defesa da liberdade de expressão, mas contrária aos discursos de ódio, que seja alternativa ao modelo exaustivamente utilizado da ponderação alexyana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDRT, Hannah. *Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARTIGO 19. *Lei Geral das Olimpíadas é um retrocesso para a Democracia que ainda pode ser barrado*. Postado em 03 de Maio de 2016. Disponível em: <<https://artigo19.org/2016/05/03/lei-geral-das-olimpiadas-e-um-retrocesso-para-a-democracia-que-ainda-pode-ser-barrado/>>. Acesso em: 05 de novembro de 2021.

AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: Palavras e Ações*. Trad. Danilo Marcondes. Porto Alegre: Artes Médicas. 1990.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARRETO, Gustavo Augusto Ferreira. *Um limite absoluto para o direito? O princípio do dano e o problema da coação ilegítima*. Dissertação (Mestrado) - UERJ. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

BEBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações*. 2009.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2019.

BRAIDA, Celso. *Filosofia e Linguagem*. Florianópolis: Rocca Brayde. 2013.

Brandenburg vs. Ohio, 395 U.S. 444 (1969). Disponível em: www.oyez.org/cases/1968/492. Acesso em: 18 de agosto de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4451/DF. REQTE(s): Ação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT). Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 21 de Junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF. REQTE(s): Associação Nacional dos Editores de Livros - ANEL. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 10 de Junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5136/DF. REQTE(s): Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 01 de Julho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26. REQTE(s): Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de Junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187/DF (Informativo 631). REQTE(s): Procurador-Geral da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 15 de Junho de 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A integridade política e os fundamentos da comunidade política*. In: COELHO, André Luis Sousa. MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs.). *Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A triste história do juiz que acreditava ser Hércules*. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coordenado por). *Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021a.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MEYER, Emílio Peluso Neder. *Legislative resistance to illiberalism in a system of coalitional presidentialism: will it work in Brazil?*. Disponível em: <<https://www.illiberalism.org/thomas-bustamante-and-emilio-peluso-neder-meyer-legislative-resistance-to-illiberalism-in-a-system-of-coalitional-presidentialism-will-it-work-in-brazil/>>. 2021b.

CAMPOS, Ricardo org; JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo; LOPES, José Reinaldo de Lima coordenadores. *Crítica da Ponderação: método constitucional entre a dogmática e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (orgs.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *O discurso de ódio na jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira: Uma análise à luz da filosofia política*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UNB. 2014.

COELHO, André Luis Sousa. MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs.). *Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott; HIMMA, Kenneth Einar. *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2012.

CONSTITUTION OF THE UNITED STATES. U.S. Senate. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#:~:text=Written%20in%201787%2C%20ratified%20in,exists%20to%20serve%20its%20citizens.

DECAT, Thiago Lopes. *Racionalidade, Valor e Teorias do Direito*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

DISSENSO. Dissenso.org, 2021. Disponível em: <https://dissenso.org/sobre/>. Acesso em 01 de novembro de 2021.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco espinho: Justiça e Valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014a.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. 2ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Editora Almedina, 2012a.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. London/Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: The Belknap Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. 1ª edição. 1986. Massachusetts London: Harvard University.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 2ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019a.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014b.

DWORKIN, Ronald. *Religião sem Deus*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019b.

DWORKIN, Ronald. *Reply to Jeremy Waldron*. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. Cambridge University Press, 2012b.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª Edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019c.

FERNANDES, Artur Klemes; SOBOLL, Lis Andrea Pereira. *Dano existencial e Trabalho – Considerações sobre a (Im) possibilidades e as escolhas*. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

FISH, Stanley. *Doing What Comes Naturally Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Cap. 4, 5 e 16 (Workin on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature; Wrong Again e Still Wrong After All These Years). Duke University Press, 1989.

FROTA, Hidemberg Alves da; BIÃO, Fernanda Leite. *O fundamento filosófico do dano existencial*. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 12 | 24 | Jul./Dez.2010.

FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Curitiba, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013.

GOMES, David Francisco Lopes; ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *O maior desafio: Pragmatismo e Personificação*. In: COELHO, André Luis Sousa. MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs.). *Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

GOMES, Luiz Flávio, et al. (coord.). *Nova Lei de Drogas Comentada*. São Paulo: RT, 2006.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Elsevier. 2010.

GROSS, Clarissa Piterman. *Pode dizer ou não? Discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. São Paulo, 2017.

HABERMAS, J. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Motta. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. *Extreme Speech and Democracy*. Oxford University Press, 2009.

HART, Herbert L. A. *Essays of Jurisprudence and Philosophy*. Oxford UP, 1983.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert L. A. *Positivism and the separation of Law and Morals*. Harvard Law Review, Cambridge, 1958.

HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. Cambridge University Press, 2012.

HEYWOOD, Andrew. *Political Ideologies: An introduction*. Palgrave Macmillan. 3ª edição, 2003.

HIMMA, Kenneth E. *Inclusive Legal Positivism*. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford University Press, 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, 252 páginas.

JUNG, Luã Nogueira. *O espinho do Ouriço: Verdade e Valor em Ronald Dworkin*. 2017. Dissertação (Dissertação em Filosofia) - PUC RS. Porto Alegre, 174 p.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

LANDAU, David. *Constitucionalismo Abusivo*. Tradução de Ulisses Levy Silvério dos Reis e Rafael Lamera Giesta Cabral. REJUR - Revista Jurídica da UFERSA. Mossoró, v. 4, n. 7, jan./jun. 2020, p. 17-71.

LANGTON, Rae; HORNSBY, Jennifer. *Free Speech and Illocution*. In: *Legal Theory*. USA, Cambridge University. Vol. 4, p. 21-37 (1352-3252, 1998).

LANGTON, Rae. *Speech acts and unspeakable acts* In *Philosophy and Public Affair*. Vol. 22 (4), p. 293-330, 1993.

LEPOUTRE, Maxime. *Hate Speech in Public Discourse: A Pessimistic Defense of Conterspeech*. *Social Theory and Practice*. Vol. 43, nº 4 (Outubro 2017).

LIMA, Rafael Lucas de. *John Stuart Mill e o cultivo da individualidade*. Natal, RN: EDUFRN, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Sávio Barreto Lacerda. *Liberdade de Expressão: a concepção integrada de Dworkin*. Dissertação (Dissertação em Direito) - UFPA. Belém, 140 f., 2015.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *A integridade no Direito e os Protocolos de Hercules: Comentário a Integridade no Direito (Império do Direito-Capítulo VII*. In: COELHO, André Luis Sousa. MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs.). *Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018a.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Liberdade de expressão como direito humano e a autonomia acadêmica: Dois casos recentes*. Dissenso, 2018b. Disponível em: <https://dissenso.org/liberdade-de-expressao-como-direito-humano-e-autonomia-academica-dois-casos-recentes/>. Acesso em 01 de novembro de 2021.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Liberdade de expressão e preconceito contra homossexuais. Dois episódios e muita confusão*. Dissenso, 2017. Disponível em:

<https://dissenso.org/liberdade-de-expressao-e-preconceito-contrahomossexuais-dois-episodios-e-muita-confusao/>. Acesso em 01 de novembro de 2021.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Liberdade de expressão: que lições devemos aprender da experiência americana?*. Revista Direito GV, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 274-302, mai. 2017. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68919>>. Acesso em: 18 Mar. 2020.

MADEIRA, Pedro. *A Filosofia Política de Mill*. In: MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MAGALHÃES, Breno Baía. *A teoria do direito revisitada: Dworkin e os diversos conceitos de direito*. In: COELHO, André Luis Sousa. MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (Orgs.). *Interpretando o Império do Direito: ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

MARCONDES, Danilo. *Textos Básicos de Linguagem: De Platão a Foucault*. Rio de Janeiro: Zahar. 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Discurso de ódio e tutela jurídica dos sentimentos no direito privado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-10/direito-civil-atual-discurso-odio-tutela-juridica-sentimentos-direito-privado>> . Acesso em 20 de dezembro de 2021.

MASSON, Cléber. *Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 14 ed. São Paulo: Método, 2020.

MATOS, Saulo Monteiro Martinho de; COSTA, Lorena da Silva Bulhões. *Conceito de sujeito kantiano e o projeto de Dworkin no Justiça para Ouriços*. Rev. de Teorias e Filosofias do Estado | e-ISSN: 2525-9652 | Porto Alegre | v. 4 | n. 2 | p. 69 – 89 | Jul/Dez. 2018.

MACKINNON, Catharine. *Pornography: Women, Violence, and Civil Liberties, A Radical View*. Oxford University Press, 1992.

MACLEOD, Christopher. *Mill on the Liberty of Thought and Discussion*. In: SCHAUER, Frederick; STONE, Adrienne. *The Oxford Handbook of Freedom Speech*. New York: Oxford University Press, 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 15º Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MILLER, Alexander. *Filosofia da Linguagem*. Tradução Evaldo Luís Gomes. 2ª edição. São Paulo: Paulos, 2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A Lei da Copa e a Liberdade de Expressão*. Publicado em Setembro de 2014. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/31729/a-lei-da-copa-e-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 05 de Novembro de 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. *Dworkin e a decisão jurídica democrática: a leitura moral da Constituição e o novo Código de Processo Civil*. In *Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro*. OMMATI (coordenador) 2ª Edição. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. *Dworkin e a objetividade da moral: Uma crítica ao naturalismo de Brian Leiter*. Revista Científica Internacional. Nº 30, volume IX, artigo nº 8, Julho/Setembro 2014.

NETTO, Menelick de Carvalho. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional: Escritos Seleccionados Vol. I*. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2020.

NIGRO, Rachel Barros. *Desconstrução Linguagem Política*. Dissertação em Direito - PUC RJ, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo; PRATES, Francisco de Castilho. *Com, contra e além de Dworkin: diálogos sobre a liberdade de expressão, discursos de ódio e os “custos” da democracia*. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Coordenado por). *Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da Constituição*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Initia Via Editora, 2014.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 5ª Edição. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021a.

OMMATI, José Emílio Medauar (Coordenado por). *Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021b.

PARMEGIANI, Daniele. *Dano existencial: Análise da jornada excessiva de trabalho e o teletrabalho sob a ótica da dignidade da pessoa humana*. 2021.

PARKER, Richard. *Clear and Present Danger Test*. Disponível em: <<https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/898/clear-and-present-danger-test>>. 2009.

RAMALHO, Ana Luiza Nuñez. *Igual consideração e respeito, independência ética, e liberdade de expressão em Dworkin: Uma reconciliação entre igualdade e liberdade e a possibilidade do discurso do ódio em um ordenamento coerente de princípios*. 2016. 184p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, 1983.

- RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford University Press, 1986.
- RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 1997.
- ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *O Liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: O caso da Liberdade de Expressão*. Dissertação (Dissertação em Direito) - USP. São Paulo, 254 p., 2014.
- ROSA, Leonardo Gomes Penteado. *Ronald Dworkin e a liberdade de religião: uma crítica*. 42º Encontro Anual da Anpocs, 2018.
- SAMPAIO, Evaldo. *A virada linguística e os dados imediatos da consciência*. Revista Trans/Form/Ação, Marília, v. 40, n. 2, p. 47-70, Abr./Jun., 2017.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. 1ª edição. Tirant lo Blanch, 2021.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SCHAUER, Frederick; STONE, Adrienne. *The Oxford Handbook of Freedom Speech*. New York: Oxford University Press, 2021.
- SEGATTO, Antonio Ianni. *Transformação pragmática da filosofia kantiana: Habermas, leitor de Humboldt*. Cadernos de Filosofia Alemã nº 15 – p. 59-79 – jan.-jun. 2010.
- SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798 p. 23-50, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo Andrade; PRATES, Francisco de Castilho. *Pode escrever "direitos humanos são esterco" no Enem? Não!*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-21/opiniao-escrever-direitos-humanos-sao-esterco-enem-nao>>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.
- SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the problem of free speech*. Harvard Journal of Law & Technology. Princeton, NJ: Princeton University Press, vol. 14, n 2, 2001. DOI: 10.1007/BF02680544
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 10 ed. São Paulo: Método, 2020.
- TUMA, Márcio Pinto Martins. *Ampliação do intervalo intrajornada: Um dano existencial*. 2016.
- United States vs. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965).

WALDRON, Jeremy. *Hate Speech and Political Legitimacy*. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. *The content and context of hate speech: rethinking regulation and responses*. Cambridge University Press, 2012a.

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

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural LTDA, 1999.