

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ROBSON VITOR FREITAS REIS**

**Uma Análise Rawlsiana dos Contornos da Liberdade de Expressão**  
Breves Considerações acerca dos Discursos de Ódio

**Belo Horizonte**  
**2018**

**Robson Vitor Freitas Reis**

**Uma Análise Rawlsiana dos Contornos da Liberdade de Expressão**

Breves Considerações acerca dos Discursos de Ódio

**Monografia** apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito**.

**Linha de Pesquisa:** Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito. **Área de Estudo:** Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas

**Orientador:** Dr. Leandro Martins Zanitelli.

**Belo Horizonte**

**2018**

---

R375a Reis, Robson Vitor Freitas  
Uma análise rawlsiana dos contornos da liberdade de expressão:  
breves considerações acerca dos discursos de ódio / Robson Vitor Freitas  
Reis. – 2018.

Orientador: Leandro Martins Zanitelli.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Rawls, John, 1921-2002 3. Justiça – Teses  
4. Liberdade de expressão 5. Tolerância religiosa – Teses I.Título

CDU 340.12

---

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

**ROBSON VITOR FREITAS REIS**

**Uma Análise Rawlsiana dos Contornos da Liberdade de Expressão**

Breves Considerações acerca dos Discursos de Ódio

**Monografia** apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de **Mestre em Direito**.

**Linha de Pesquisa:** Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito. **Área de Estudo:** Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas.

**Orientador:** Dr. Leandro Martins Zanitelli.

Aprovado em \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (orientador)  
Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG

---

Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante  
Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG

---

Prof. Dr. Dr. Marcos Vinício Chein Feres  
Faculdade de Direito da UFJF

## AGRADECIMENTOS

Em uma dissertação, assim como em qualquer outro trabalho, agradecer tem uma importante função simbólica. Agradecer significa reconhecer que na Vida não somos quase nada sem a existência de amigos e companheiros a nos auxiliar em nossa caminhada. E que, muito provavelmente, não teríamos chegado aonde chegamos, eu não estaria aqui agora, se não fosse à ajuda de muitos. É o reconhecimento de nossa própria pequenez frente ao mundo, frente à existência. Assim, eu agradeço em primeiro lugar a Deus, agradeço pela minha vida, pelo Amor puro e constante a me acalantar sempre que necessário, já que nos momentos mais duros e solitários seu Amor e amparo é a única certeza que podemos ter e que nos permite sempre nos sentir especiais, pois, apesar de toda nossa insignificância frente à Vida, de toda nossa imperfeição, Ele nos ama de maneira incondicional. Eu agradeço em segundo lugar aos meus pais, Lane Andrade de Freitas Reis e José Robson Reis, por me acolher na presente existência dedicando seu tempo, seu carinho e seu amor para me criar, formando meu caráter, ajudando a fazer de mim a pessoa que sou hoje. Em terceiro lugar aos meus irmãos Nágila Analy Freitas Reis e Ruy Freitas Reis (e sua esposa Juliana) pelo companheirismo e amor nas lutas desta vida e de quem sabe quantas outras, dividindo comigo as batalhas sempre que necessário; a minha Tia Myriam pelo seu carinho; e ao meu amigo de longa data Rogério Jerônimo Barbosa e sua esposa Hellen por comungar comigo de um mesmo amor acadêmico. Agradeço aos meus colegas de trabalho no Campus de Varginha da Universidade Federal de Alfenas: aos Diretores Paulo Roberto e Leandro Rivelli, por possibilitarem à todos os servidores técnico-administrativos uma melhor capacitação e qualificação, fazendo do Campus de Varginha um lugar com alto índice de qualificação também entre os profissionais que trabalham na parte administrativa; à todos os servidores técnicos, mas em especial Djanira (minha substituta oficial) Iêda, Rúbia, Fernando, Cris, Nayron, Edna, Silvia e Michele, pelos cafés inesquecíveis; à todos os servidores docentes, e em especial a Juliana Guedes, companheira de trabalho e de estudos jurídicos. Agradeço aos professores responsáveis por minha formação, de Juiz de Fora, ao professor Marcos Vinício Chein Feres, ex-orientador e amigo e que me transmitiu sua paixão pelo Direito e pela Pesquisa; de Belo Horizonte, agradeço ao meu orientador professor Leandro Martins Zanitelli, por conduzir minha pesquisa, ao professor Thomas da Rosa de Bustamante, por seu contagiante amor ao Direito, aos

professores Francisco de Castilho Prates, Maria Fernanda Salcedo Repolês Onofre Alves Batista Júnior, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau e Marcelo Campos Galuppo pelas preciosas lições dadas durante o correr de meu mestrado. Aos meus colegas liberais igualitários Lorena, Yago, Franklin e João Leonardo pelo companheirismo e auxílio nessa dura caminhada que é o mestrado; à Clarissa Gross pelos debates, ajudas prestadas e por muito gentilmente ter me enviado sua tese de doutoramento para auxiliar-me na pesquisa; a cantora e compositora Flavia Wenceslau pela amizade e por, com seu trabalho, deixar minhas viagens para Belo Horizonte mais coloridas, acalentando minha alma; e por fim, mas não menos importante, à Milena Ferreira, por me ajudar a digerir os sentimentos resultantes de todo esse processo. Enfim, a todos que de alguma forma, direta ou indiretamente, contribuíram para que eu possa estar aqui hoje. Muito Obrigado!

“Essa vida é um barco forte que nunca aporta nem para de seguir. Não se atraca em águas passadas, mas abraça o que há de vir. Essa vida é assim feito os dias onde a luz da manhã não se esquece de vir, e em noites de melancolia já nos viu chorar só pra fazer sorrir. A vida é a casa do tempo e o tempo é da gente viver. A vida é esta criança que no tempo ensina e é tão doce aprender. A vida vale todo tempo e o tempo é o milagre de ser, de ser assim maior que a vida e a ela de amor se render. A vida é assim feito o vento que nada poderá fender. A vida é assim feito a rocha que quando quer pode ceder. A vida de nossas histórias, de fé, de coragem pra ver. Ver que a vida é a grande vitória de quem decidir por viver. E eu canto, eu canto, eu canto a vida só ela quem pode saber a hora de cada partida pra o novo de novo nascer. Vida, vida me permita pra sempre eu cantar pra você. Vida, oh vida infinita nos ensina a te amar pra valer, essa vida”.

**Eternamente – Flávia Wenceslau**

## RESUMO

No presente trabalho pretendemos fazer uma análise do direito de liberdade de expressão a partir de uma ótica rawlsiana. Em especial iremos analisar os limites, contornos, desse importante direito tendo em vistas os problemas que tem surgido com os chamados discursos de ódio. Para cumprir este objetivo dividimos nossa dissertação em quatro capítulos. No primeiro capítulo tratamos de alguns conceitos mais gerais em Rawls, dando especial enfoque para o princípio que trata das liberdades básicas e para a questão do valor equitativo das liberdades políticas. No segundo capítulo explicamos porque para Rawls a liberdade deve ser distribuída igualmente, destacando que para um utilitarista isso não necessariamente ocorreria; bem como falamos da liberdade de expressão em termos gerais e da liberdade de expressão em Rawls, com um enfoque para o problema dos discursos de ódio. No terceiro capítulo fizemos um contraponto, em termos de regulação de discursos intolerantes, entre sociedades ideais bem-ordenadas e as sociedades reais. E tal contraponto teve como fundamento a divisão entre teorias ideais e não ideais de justiça. Por fim, no quarto e último capítulo desenvolvemos um pequeno estudo de casos onde tratamos da misoginia e da tolerância religiosa tentando, a partir da análise de alguns casos mais difíceis, estabelecer contornos mais concretos a nossa pretensão de justificação de regulação de discurso de ódio.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de expressão, discurso de ódio, teoria ideal e não ideal de justiça, misoginia e tolerância religiosa.

## **ABSTRACT**

In the present study we intend to make an analysis of the right of free speech from a Rawlsian perspective. In particular we are going to analyze the limits, contours, of this important right in view of the problems that have arisen with the so-called hate speeches. To accomplish this goal we will divide our dissertation into four chapters. In the first chapter we deal with some more general concepts in Rawls giving special focus to the principle that deals with the basic liberties and the maintaining the fair value of political liberties. In the second chapter we explain why, for Rawls, liberty must be fair distributed, emphasizing that for a utilitarian this would not necessarily occur; as well as talk of free speech in general terms and free speech in Rawls, with a focus on the problem of hate speech. In the third chapter we have made a counterpoint in terms of the regulation of intolerant speech in ideal society well-ordered and real societies. And this counterpoint is based on the division between ideal and nonideal theories of justice. Finally, in the fourth and last chapter we have developed a small study of cases in which we deal with misogyny and religious tolerance trying, from the analysis of some more hard cases, to establish more concrete contours our pretension of justification of regulation of hate speech.

**KEYWORDS:** Free speech, hate speech, ideal and nonideal theory of justice, misogyny and religious tolerance.

## **LISTA DE TABELAS**

Quadro 1 – Quadro de Simmons.....	79 e 101
-----------------------------------	----------

# Sumário

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1. O PRINCÍPIO DAS LIBERDADES .....</b>	<b>15</b>
1.1 ALGUNS CONCEITOS BÁSICOS EM RAWLS .....	15
1.2 OS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA RAWLSIANOS.....	21
1.3 O CONCEITO DE LIBERDADE .....	23
1.4 AS LIBERDADES BÁSICAS .....	25
1.5 A REVISÃO DO PRINCÍPIO DAS LIBERDADES .....	28
1.5.1 <i>A Primeira Lacuna e a Justificativa da Prioridade das Liberdades.....</i>	<i>28</i>
1.5.2 <i>A Segunda Lacuna e a Necessidade de um Sistema Plenamente Adequado de Liberdades Fundamentais .....</i>	<i>34</i>
1.5.3 <i>O Valor Equitativo das Liberdades Políticas .....</i>	<i>35</i>
<b>2. A IGUAL LIBERDADE, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS DISCURSOS DE ÓDIO.....</b>	<b>40</b>
2.1 A IGUAL LIBERDADE EM RAWLS.....	40
2.1.1 <i>A Igual Liberdade de Consciência.....</i>	<i>40</i>
2.1.2 <i>A Tolerância e o Interesse Comum.....</i>	<i>41</i>
2.1.3 <i>A Tolerância para com os Intolerantes .....</i>	<i>43</i>
2.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PROBLEMA DOS DISCURSOS DE ÓDIO EM RAWLS .....	45
2.2.1 <i>Aspectos Gerais da Liberdade de Expressão.....</i>	<i>45</i>
2.2.1.1 Os Fundamentos da Liberdade de Expressão.....	45
2.2.1.2 A Censura .....	49
2.2.1.3 O Valor e a Neutralidade do Discurso .....	54
2.2.2 <i>O Que São os Discursos de Ódio?.....</i>	<i>57</i>
2.2.3 <i>O Que Rawls Pensava(ria) Acerca dos Discursos de Ódio? .....</i>	<i>61</i>
<b>3 OS DISCURSOS DE ÓDIO EM SOCIEDADES BEM-ORDENADAS E EM SOCIEDADES REAIS.....</b>	<b>76</b>
3.1 TEORIAS IDEAIS E NÃO IDEAIS DE JUSTIÇA .....	76
3.2 A APARÊNCIA DO ÓDIO E A SOCIEDADE BEM-ORDENADA RAWLSIANA.....	86
3.3 UMA JUSTIFICATIVA PARA RESTRIÇÕES AOS DISCURSOS DE ÓDIO .....	96
3.3.1 <i>Os Argumentos de Robert Taylor .....</i>	<i>96</i>
3.3.2 <i>Uma Parcial Resposta aos Argumentos de Robert Taylor e uma Proposta Rawlsiana de Restrição aos Discursos de Ódio.....</i>	<i>99</i>
3.3.3 <i>O Dano dos Discursos de Ódio .....</i>	<i>105</i>
3.3.4 <i>Prioridade do Justo .....</i>	<i>117</i>
<b>4. ALGUMAS DELIMITAÇÕES .....</b>	<b>123</b>
4.1 A MISOGINIA .....	123
4.1.1 <i>Argumentos de MacKinnon .....</i>	<i>123</i>
4.1.2 <i>A Pornografia em uma Sociedade Ideal e em uma Sociedade Real: uma análise da proposta de MacKinnon.....</i>	<i>127</i>
4.2 A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA .....	134
4.2.1 <i>Tolerância Religiosa da Perspectiva Externa para a Interna .....</i>	<i>137</i>
4.2.2 <i>Tolerância Religiosa da Perspectiva Interna para a Externa .....</i>	<i>142</i>

4.3 OBSERVAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO .....	150
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>155</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>158</b>

## Introdução

A presente dissertação tem como objetivo analisar os discursos de ódio à luz da Teoria da Justiça como Equidade do filósofo político americano John Rawls. É preciso deixar claro que não é o escopo do trabalho chegar a uma possível opinião pessoal do autor sobre a matéria, até mesmo porque ele, apesar de discorrer sobre vários assuntos envolvendo a ideia de liberdade de expressão, não chega a abordar diretamente a problemática dos discursos de ódio (MACLEOD, 2015; WALDRON, 2012). Assim, o que almejamos é, tão somente, a partir dos pressupostos objetivos de sua teoria de justiça, tentar estabelecer alguns possíveis contornos ao direito de liberdade de expressão no tocante aos chamados *hate speeches*<sup>1</sup>; possíveis limitações desse direito frente a outras liberdades básicas. E, para alcançar nosso propósito, dividiremos essa dissertação em quatro capítulos.

No primeiro capítulo falaremos de alguns conceitos mais básicos em Rawls, dando um especial enfoque para o princípio que trata das liberdades. Este princípio estabelece um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos. Assim, o que Rawls entende por liberdade? Quais seriam as chamadas liberdades básicas? Onde estariam inseridas, neste contexto, as liberdades políticas e por quê? Sendo essas apenas algumas das questões que tentaremos esclarecer neste primeiro capítulo do trabalho.

No segundo capítulo abordamos três temas inter-relacionados: igual liberdade, liberdade de expressão e discurso de ódio. Quando tratarmos do direito a igual liberdade, falaremos dos seguintes itens. Em primeiro lugar da justificativa dada para a igualdade da liberdade por Rawls a partir da perspectiva da liberdade de consciência. A partir daí, em segundo lugar, abordaremos a questão liberdade vs. interesse comum, e começaremos a falar de possíveis fundamentos para, a partir da posição original, se justificar uma restrição à liberdade. Por fim, em terceiro lugar, falaremos da tolerância para com os intolerantes onde já começaremos a introduzir a questão de como

---

<sup>1</sup> É importante diferenciar a opinião pessoal do autor acerca de determinada matéria daquilo que pode ser fundamentado por sua teoria. Rawls construiu, ao longo de sua vida acadêmica, uma robusta teoria da justiça, e essa teoria vai para além do próprio autor. Ela possui pressupostos objetivos que devem ser respeitados. E, como base nessa teoria, até mesmo Rawls, caso queira afirmar algo deve fundamentar. Assim sendo, gostaríamos com o presente trabalho e a partir destes pressupostos encontrar possíveis contornos do direito de liberdade de expressão, no tocante aos chamados discursos de ódio e tendo em vista a possíveis conflitos com outras liberdades básicas.

democraticamente lidar com o problema da intolerância. Superada a questão da igual liberdade passaremos a falar da liberdade de expressão. Para isso, inicialmente faremos alguns esclarecimentos de cunho mais geral, introduzindo de maneira crítica importantes conceitos que devem ser compreendidos por aqueles que almejam fazer uma reflexão sobre o tema. E, superado esse ponto, já adentraremos diretamente na temática dos discursos de ódio, primeiramente também de forma conceitual, e posteriormente tentando identificar o que de mais próximo Rawls falou sobre o assunto.

Já o terceiro capítulo, que talvez possa ser considerado o ponto central da dissertação, tem como objetivo expor nossa reflexão acerca da regulação dos discursos de ódio em uma sociedade ideal e em uma sociedade real. Para cumprirmos com esse nosso propósito, inicialmente faremos uma explicação sobre as diferenças existentes entre as teorias ideais e não ideais de justiça, focando em pontos que acreditamos serem mais significativos para o nosso objeto de análise. E, feito isso, passaremos a especular como seria a aparência de uma sociedade dita bem-ordenada, em termos de discursos intolerantes para, assim, avaliarmos uma possível justificativa a regulações ou, até mesmo, restrições a esses discursos. O tópico onde faremos a justificativa será subdividido em quatro partes. Na primeira exporemos os argumentos desenvolvidos por Robert Taylor (2012) para a questão, argumentos esses que são contrários a regulação. Na segunda parte passaremos a desenvolver uma resposta parcial aos argumentos trabalhados por Taylor para, só então, iniciarmos a construção de uma justificativa que acreditamos, a partir da ótica rawlsiana, ser plausível para fundamentar esta regulação. Na terceira parte, tentaremos deixar mais claro ainda quais bens políticos e jurídicos são afetados através desse tipo de discurso intolerante, ou seja, quais seriam os danos dos discursos de ódio. Por fim, na quarta parte, tentaremos esclarecer melhor nossos critérios e falaremos de quando, para Rawls, o justo deve prevalecer sobre o bem, e por quê.

No quarto capítulo, capítulo final e talvez o mais polêmico deste nosso estudo, tentaremos dar alguns contornos mais precisos aos chamados discursos de ódio e, para isso, faremos um pequeno estudo de casos onde falaremos da misoginia e da tolerância religiosa. Este último capítulo será subdividido em três partes. Na primeira parte, adentraremos na temática da misoginia, inicialmente trazendo algumas colocações feitas por Catharine MacKinnon sobre pornografia e outras questões do gênero e, posteriormente respondendo a essas colocações de MacKinnon. Ou seja, tentando

estabelecer o que, a partir da ótica liberal rawlsiana, faria ou não sentido afirmar. E, uma vez superada a questão da misoginia, na segunda parte, falaremos sobre o problema da tolerância religiosa, problema que há tempos assola a sociedade e que foi a raiz de várias lutas políticas enfrentados na Europa. Para tratarmos desta questão a subdividiremos em duas perspectivas. De um lado falaremos de um estado de respeito que as pessoas em geral devem tentar manter para com os membros de qualquer ordem religiosa, o que denominaremos de tolerância da perspectiva externa para a interna; e, de outro, do respeito e tolerância que os membros de uma determinada seita religiosa devem ter para, ou com quem dela não participa, ou com quem tem dela tem uma interpretação diferente da sua, o que denominaremos de tolerância da perspectiva interna para a externa. Por fim, na terceira parte, tendo em vista a dificuldade dos casos abordados no correr do capítulo, achamos ser oportuno falar do perigo do slippery slope, o perigo de se cair em um ativismo ou moralismo judicial, ao optar por tentar se regular discurso de ódio.

# 1. O Princípio das Liberdades

## 1.1 Alguns Conceitos Básicos em Rawls

Segundo Rawls (1999, 2001) uma das ideias mais fundamentais em sua concepção de justiça, ou seja, em sua proposta de justiça como equidade, seria a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação social que se perpetua de uma geração para outra. E esta ideia central é estruturada de forma conjunto com outras duas ideias igualmente importantes, e com ela diretamente relacionada: a ideia de cidadãos que cooperam como pessoas livres e iguais e a ideia de sociedade bem ordenada.

É importante esclarecer que, para Rawls, uma sociedade democrática deve ser interpretada como um sistema de cooperação social pelo fato de que seus cidadãos não a consideram sua ordem social como sendo uma ordem natural fixa, ou uma estrutura institucional justificada através de doutrinas religiosas ou princípios hierárquicos que expressam valores aristocráticos.

Deve-se esclarecer ainda que esta ideia organizadora central de cooperação social é composta por pelo menos três aspectos fundamentais. O primeiro é que cooperação social deve ser concebida como algo diverso de uma mera atividade coordenada. Nesse diapasão um comando militar com uma autoridade central absoluta pode ser interpretado como uma atividade coordenada, mas jamais como atividade de cooperação social, já que para se enquadrar no conceito de cooperação social é preciso algo mais, é preciso guiar-se por normas publicamente reconhecidas em que aqueles que cooperam legitimam como adequadas para orientar suas condutas. O segundo aspecto fundamental é que, para Rawls, está subentendido na ideia de cooperação a ideia de termos equitativos de cooperação. Ou seja, a cooperação social inclui a ideia de reciprocidade, de mutualidade. Isto é, todos aqueles que cooperam devem, de alguma forma se beneficiar com essa atividade. Portanto, essa atividade coordenada estruturada sob a forma de cooperação social deve estabelecer normas regulando publicamente esses termos equitativos de cooperação. Por fim, o terceiro aspecto da cooperação social é que ela também contém a ideia de vantagem ou bem racional de cada participante, e este aspecto está umbilicalmente ligado ao anterior. Assim, aqueles que cooperam e se estruturam por regras equitativas de cooperação, procuram com essa atividade em

cooperação atingir seus objetivos. Ou seja, a atividade é realizada em pró daqueles que cooperam.

E, nestes termos, a função dos princípios da justiça que mais a frente serão especificados será justamente a de definir os termos equitativos de cooperação social. Esses princípios devem ser interpretados como a base a partir da qual se estruturam os direitos e deveres básicos garantidos pelas instituições políticas, bem como a base pela qual se regulam a divisão dos benefícios provenientes da cooperação social e se distribuem seus encargos. E é por meio dessas especificações que os princípios da justiça darão uma resposta para aquilo que Rawls considera como a questão fundamental da filosofia política no que diz respeito a um regime democrático constitucional:

[...] qual é a concepção política de justiça mais apropriada para especificar os termos equitativos de cooperação entre cidadãos vistos como livres e iguais e a um só tempo razoáveis e racionais, e (adicionamos) como membros normais e plenamente cooperativos da sociedade ao longo de toda vida, geração após geração<sup>2</sup> (RAWLS, 2001, p. 7-8 – tradução nossa).

Superada a questão da sociedade como um sistema equitativo de cooperação social, passemos agora a explicar um pouco sobre o conceito de pessoas livres e iguais para Rawls.

Em uma sociedade regulada pelo ideal de Justiça como Equidade os cidadãos estão envolvidos, como dissemos, em um sistema de cooperação social e, devido a isso, parte-se do pressuposto fático e normativo que os cidadãos dessa sociedade são capazes disso e assim devem ser tratados. As pessoas assim consideradas tem o que Rawls denomina como as duas faculdades morais. E o seu respeito é algo fundamental qualquer um que se autointitule liberal.

A primeira dessas faculdades é a capacidade de ter um senso de justiça, é a capacidade de compreender e efetivamente colocar em prática os princípios de justiça política que estabelecem os termos equitativos de cooperação. Já a segunda é a capacidade para uma concepção de bem, ou seja, é a capacidade para estruturar, revisar se achar necessário, e de buscar atingir de modo racional uma concepção de bem, um objetivo de vida, um fim a ser almejado e buscado durante o seu viver. E, segundo

---

<sup>2</sup> No original: what is the most acceptable political conception of justice for specifying the fair terms of cooperation between citizen regarded as free and equal and as both reasonable and rational , and (we add) as normal and fully cooperating members of society over a complete life, from one generation to the next.

Rawls, os elementos dessa concepção são normalmente encontrados e interpretados pelas doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes. Tais correntes de pensamento, devido a sua abrangência, visam regular a vida das pessoas não apenas nos aspectos públicos, políticos, mas vão para além disso, atuando igualmente no âmbito que alguns poderia denominar como privado. Sendo nesse ponto importante esclarecer que a Justiça como Equidade é uma concepção política de justiça e, enquanto tal, não pretende ser uma doutrina moral abrangente, ou seja, ela visa atuar apenas regulando normativamente a estrutura básica da sociedade em seus aspectos públicos.

E, compreendido essas faculdades morais, em qual sentido podemos afirmar que as pessoas são iguais e em qual sentido podemos afirmar que elas são livres?

Começemos pela igualdade, afirma-se que as pessoas são iguais na medida em que se considera que todos têm, pelo menos no tocante a um grau mínimo essencial, os atributos dessas faculdades para envolver-se em um sistema de cooperação social, e assim devem ser tratados. Devendo o Estado atuar para que elas sejam desenvolvidas de modo adequado.

Já no tocante a liberdade, podemos afirmar que a Justiça como Equidade almeja garantir a liberdade em dois sentidos.

No primeiro sentido, que em parte se relaciona com o ponto anterior, determina que os cidadãos são livres ao considerar a si próprios, e os seus demais concidadãos, como detentores da faculdade para uma concepção de bem. E, quando fazemos tal afirmação, queremos afirmar adicionalmente, como pressuposto implícito, a necessidade, caso sejam razoáveis<sup>3</sup>, de um respeito a cada uma dessas concepções de bem existentes. Além disso, afirmamos ainda o direito de ser tratados igualmente independentemente de qualquer concepção de bem que possuam ou que possam vir a possuir, eles são livres para escolher aquelas que melhor lhes aprazerem e o fato de terem optando por uma ou outra não pode interferir na forma que irão ser tratados como cidadãos. Tanto é assim que nenhuma relevância deve ter perante o Estado o fato de um determinado cidadão, por exemplo, optar por mudar de religião ou mudar de orientação filosófica, tal mudança deve ser tratada como irrelevante no tocante a forma como a estrutura básica da sociedade irá trata-lo como cidadão. Ele continuará fazendo *jus* ao

---

<sup>3</sup> Como razoáveis, na concepção de Rawls, entenda que não sejam contrários às consequências normativas substantivas de se adotar os princípios de justiça por ele elencados, já que, para ele, no tocante aos pressupostos democráticos mínimos estabelecidos por seus princípios, o justo deve ter prevalência sobre o bem.

mesmo rol de direitos em abstrato. Assim sendo, portanto, cada cidadão deve ter a liberdade para construir sua própria orientação filosófica, moral ou religiosa e, caso queiram, transitar entre essas orientações.

Em um segundo sentido a Justiça como Equidade determina que cada cidadão deve ser tratado como livre para pleitear reivindicações perante o Estado. Ou seja, são autorizados para “fazer reivindicações para as suas instituições para promover a suas concepções de bem (desde que essas concepções se incluam entre as admitidas pela concepção pública de justiça)”<sup>4</sup> (RAWLS, 2001, p. 23 – tradução nossa). Desse modo, para Rawls, somente é razoável tratar essas reivindicações com seriedade, quando essas reivindicações sejam compatíveis com a concepção pública de justiça. E, dentro dos limites e possibilidades do primeiro princípio, e que mais a frente será abordado, o Estado deve fornecer a estrutura necessária para que cada um consiga alcançar seus fins, seus objetivos de vida.

Quanto ao conceito de sociedade bem-ordenada, é preciso esclarecer que dizer que uma sociedade é bem-ordenada para Rawls possui três importantes significados. Em primeiro lugar está implícita a ideia de uma concepção pública de justiça, ou seja, é uma sociedade em que cada cidadão aceita, e sabe que os demais igualmente aceitam, a mesma concepção política de justiça, que, em Rawls, se concretiza em seus princípios de justiça. Em segundo lugar, está também implícito que a estrutura básica da sociedade (suas principais instituições políticas e sociais e a forma como elas se relacionam com o sistema em cooperação) respeita esses princípios de justiça. Por fim, em terceiro lugar, é também um pressuposto de uma sociedade bem-ordenada que seus cidadãos possuam um senso efetivo de justiça, isto é, um senso que lhes possibilitem compreender e aplicar esses princípios de justiça publicamente reconhecidos, agindo de acordo com eles. Em resumo, existe uma concepção pública de justiça, esta concepção é garantida pela estrutura básica dessa sociedade e as pessoas que fazem parte dela possuem um senso de justiça que lhes permitem compreender e guiar-se por essas normas.

É importante destacar ainda que a cultura política de uma sociedade democrática, e uma sociedade bem-ordenada é uma sociedade democrática, caracteriza-se por três fatos gerais.

---

<sup>4</sup> No original “to make claims on their institutions so as to advance their conceptions of the good (provided these conceptions fall within the range permitted by the public conception of justice)”.

O primeiro deles é que, para Rawls (1993), o pluralismo, enquanto diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes e razoáveis não é uma simples condição histórica passageira, mas uma característica permanente da cultura pública de uma democracia.

O segundo fato, que em alguma medida é uma decorrência natural do primeiro, estabelece que caso se pretenda uma união para algo mais que uma concepção política de justiça, ou seja, caso se pretenda uma união por meio de uma concepção moral abrangente tal união somente se manteria através do uso opressivo do poder estatal. Assim, na Idade Média a Europa, mais ou menos unida em torno do catolicismo, a inquisição não foi um acidente, e a supressão opressiva da “heresia” foi um recurso necessário para preservar aquela fé religiosa compartilhada. E isso absolutamente não é o que Rawls almeja, ele visa uma democracia, daí não quer, a partir de sua teoria, a construção de uma doutrina moral abrangente, mas apenas uma concepção política de justiça.

Por fim, o terceiro fato geral é que um regime democrático duradouro e seguro, não dividido (ou pelo menos minimamente não dividido) por doutrinas conflitantes ou classes sociais hostis deve ser apoiado, voluntária e livremente, por uma maioria substancial de seus membros politicamente ativos. O que faz com que concluamos que as doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes e razoáveis devem, ao menos, concordar no tocante a uma concepção política de justiça, que no caso do Rawls se concretiza através de sua proposta de Justiça como Equidade. Rawls utiliza o termo consenso sobreposto para afirmar que deve existir um consenso que se sobreponha as mais diversas doutrinas abrangentes, um consenso sobre os aspectos políticos essenciais. .

Como esclarecemos acima, Rawls parte da ideia organizadora central de sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais. O que faz com que surja a questão de saber como estabelecer esses termos equitativos de cooperação. Seriam eles ditados por algum poder alheio às pessoas que cooperam, algum poder superior como, por exemplo, algum poder que se fundamenta no conhecimento absoluto de alguma divindade? Teriam como fundamento uma ordem moral de valores estabelecida, por exemplo, por uma intuição racional ou por uma lei natural? Ou eles seriam estabelecidos através de um acordo entre esses cidadãos livres e iguais unidos pela cooperação, tendo em vista o que eles consideram ser suas vantagens

recíprocas ou seu bem? (RAWLS, 2001). E, tendo em vista essas três possibilidades, Rawls opta por um variante da terceira, ou seja, os termos equitativos de cooperação provem de um acordo celebrado entre aqueles que cooperam entre si.

Nós dizemos variante, pois Rawls bem percebe que em circunstâncias concretas as pessoas podem ser coagidas e influenciadas pelo meio. E, devido a isso, desenvolve a ideia de véu da ignorância visando evitar, pelo menos em termos ideais norteadores, as influências negativas desse meio, almejando assim resguardar a equidade dos termos. Nesse diapasão esclarece que, para realização do acordo, devem ficar excluídas coações, ameaças e fraudes em geral, o que seria algo de se esperar de qualquer acordo. Contudo, para a celebração deste acordo Rawls vai além, afirma que as partes que celebrarão o acordo devem, para tanto, ignorar as posições sociais e as doutrinas abrangentes das pessoas que representam; bem como não podem ter conhecimento do grupo étnico, do sexo, da força, da inteligência etc. deste grupo. Assim, Rawls expressa de modo figurativo esses limites ao dizer que as pessoas estariam cobertas por um véu da ignorância. Para Rawls condições históricas contingentes e influências acidentais do passado não devem afetar o acordo acerca de princípios que irão reger uma sociedade. A posição original, portanto, deve ser compreendida como uma situação equitativa entre as partes tidas como livres e iguais, devidamente informadas e racionais.

Rawls argumenta que o acordo deve ser visto como um acordo hipotético e ahistórico. Ele é hipotético, pois nos perguntamos em abstrato o que as partes (exercício heurístico e hermenêutico), conforme foram descritas, poderiam acordar ou acordariam. Ele é ahistórico, pois não se supõe que ele tenha sido de fato realizado alguma vez ou venha a ser celebrado no futuro, e, mesmo que fosse, isso não faria diferença para esse exercício cognitivo.

A posição original com esses dois pressupostos é talvez, como o próprio autor admite, uma das ideias mais controversas de sua proposta. Mas no tocante a essas críticas ele faz alguns esclarecimentos que, a despeito de não sanar todos os problemas da proposta, a deixa bem mais palatável. Rawls esclarece que a importância da posição original está no fato de ser um procedimento de representação ou um experimento mental para fins de esclarecimento público. Servem de modelo para, em primeiro lugar, as condições equitativas sob as quais os representantes dos cidadãos (compreendidos como pessoas livres e iguais) devem concordar para estabelecer os termos equitativos que irão reger a vida em sociedade; e, em segundo lugar, é um modelo para as restrições

aceitáveis à razão<sup>5</sup> que as partes devem assentir para, com isso, dispor com mais propriedades acerca dos princípios que regerão a estrutura básica de sua sociedade.

Em resumo, a posição original deve ser entendida como um procedimento de representação. Enquanto tal, ele modela nossas convicções refletidas de pessoas razoáveis ao descrever as partes (cada qual responsável pelos interesses fundamentais de um cidadão livre e igual) como situadas de forma equitativa e como buscando chegar a um acordo sujeito a restrições adequadas sobre os motivos de favorecer os princípios da justiça política<sup>6</sup> (RAWLS, 2001, p. 18 – tradução nossa).

Por fim, antes de tratarmos diretamente dos princípios da justiça elaborado por Rawls, um último ponto deve ser explicado. É necessário falarmos um pouco da estrutura básica da sociedade. Para Rawls (1999; 2001), a estrutura básica da sociedade pode ser entendida como a forma na qual suas principais instituições políticas e sociais se interagem formando todo esse sistema de cooperação social que acabamos de explicar, a maneira como distribuem os direitos e deveres básicos, bem como as vantagens provenientes deste trabalho coletivo. Assim, a estrutura básica da sociedade forma o sistema institucional de fundo onde as atividades das mais diversas associações e dos indivíduos acontecem. E, usando uma expressão do próprio autor, ela seria a *background justice*. Valendo destacar que, como já foi dito, esta estrutura deve refletir seus dois princípios da justiça, e que, sem mais delongas, agora passaremos a tratar.

## 1.2 Os Princípios de Justiça Rawlsianos

Levando-se em consideração todas as colocações acima, chega-se na seguinte indagação: quais princípios poderiam estruturar uma concepção política e pública de justiça para regular a estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada, um sistema equitativo de cooperação entre pessoas consideradas livres e iguais? Quais princípios seriam mais apropriados para determinar os direitos e liberdades básicos e para regular

---

<sup>5</sup> Para entender o que seriam essas restrições aceitáveis a razão pense na seguinte ilustração: se ocupamos uma determinada posição social, esse fato não seria razoável, por si só, para que os demais membros da sociedade aceitem uma estrutura que favoreça as pessoas nessa posição.

<sup>6</sup> No original: In short, the original position is to be understood as a device of representation. As such it models our considered convictions as reasonable persons by describing the parties (each of whom is responsible for the fundamental interests of a free and equal citizen) as fairly situated and as reaching an agreement subject to appropriate restrictions on reasons for favoring principles of political justice.

as desigualdades sociais e econômicas da perspectiva de vida do cidadão nesta sociedade?

Em seu livro *Uma Teoria da Justiça* o filósofo elenca dois princípios básicos para regular as instituições de uma sociedade:

Primeiro Princípio: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo Princípio: As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

- (a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo as restrições do princípio da poupança justa, e;
- (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades<sup>7</sup> (RAWLS, 1999, p. 266 – tradução nossa).

Tais princípios são reformulados passando a ter a seguinte redação no *Liberalismo Político*:

a. Todas as pessoas têm igual direito a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais para todos, esquema este compatível com todos os demais; e, nesse esquema, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.

b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.<sup>8</sup> (RAWLS, 1993, p. 5-6 – tradução nossa).

E mantidos na *Justiça como Equidade*:

(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e

(b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar,

<sup>7</sup> No original: FIRST PRINCIPLE: Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. SECOND PRINCIPLE: Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: (a) to the greatest benefit of the least advantaged, consistent with the just savings principle, and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity.

<sup>8</sup> No original: a. Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value. b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society.

têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença)<sup>9</sup> (RAWLS, 2001, p. 42-43 – tradução nossa).

Valendo destacar que esses dois princípios devem ser interpretados levando em consideração algumas regras de prioridade. Assim, neste contexto, o primeiro princípio tem prioridade sobre o segundo, ou seja, uma liberdade apenas pode ser restringida tendo em vista uma outra liberdade, ficando excluídos *trade-offs* entre os direitos e liberdades básicas elencadas pelo primeiro princípio e as vantagens sociais e econômicas reguladas pelo segundo. E, no âmbito do segundo princípio, a igualdade equitativa de oportunidade tem preferência sobre o princípio da diferença.

O que faz com que concluamos que a estrutura básica da sociedade deve ser estruturada de modo a garantir em primeiro lugar um adequado e equitativo esquema de liberdades básicas. Em segundo lugar que os cargos e posições nessa sociedade sejam acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. E, por fim, em terceiro lugar, as diferenças sociais e econômicas existentes a despeito da garantia das liberdades básicas e da igualdade equitativa de oportunidade, ou seja, as que mesmo assim ainda subsistirem, devem ser estruturadas de modo a beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos desta sociedade.

E, no tocante a esses princípios, devido ao objeto de nossa pesquisa, iremos nos limitar a tratar prioritariamente do primeiro, só abordando as questões que envolvem o segundo, quando estritamente necessário.

### 1.3 O Conceito de Liberdade

Segundo Rawls qualquer liberdade pode ser explicada mediante referência a três itens: “os agentes que são livres, as restrições ou limitações de que eles estão livres e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer”<sup>10</sup> (RAWLS, 1999, p. 177 – tradução nossa). Esclarecendo que as restrições podem ser tanto legais, quanto influências coercitivas infligidas pela opinião pública e pela pressão social.

---

<sup>9</sup> No original: (a) Each person has the same in defeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all; and (b) Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle).

<sup>10</sup> No original: the agents who are free, the restrictions or limitations which they are free from, and what it is that they are free to do or not to do.

Tendo esta ideia geral como pano de fundo, uma pessoa é livre quando não existe nenhuma restrição ou imposição que o leve a fazer algo que não queira ou não fazer algo que queira. Neste contexto, uma liberdade de consciência garantiria a cada cidadão a liberdade para perseguir seus próprios interesses morais, filosóficos ou religiosos sem nenhuma imposição legal ou de terceiros lhe ditando determinado caminho ou orientação. Ou seja, além de uma permissão geral para o indivíduo agir como determina sua consciência, existe ainda uma proibição para terceiros (o governo ou qualquer outro agente) criar obstáculos.

Neste tópico Rawls coloca ainda três notas de esclarecimento. A primeira delas determina que as liberdades básicas devem ser analisadas como um todo, ou seja, o valor de cada liberdade depende em grande medida da especificação das demais. Já a segunda estabelece que, em um contexto adequado e partindo do pressuposto que os princípios e suas correspondentes prioridades foram devidamente acatados, é possível que cada uma das liberdades básicas tenha o seu núcleo essencial resguardado frente às demais. Ou seja, pelo menos em seu núcleo essencial, seria possível garantir uma harmonia entre elas. Por fim, a terceira nota pressupõe que na maioria dos casos é possível distinguir entre uma lei que apenas regula e uma lei que restringe uma liberdade básica.

Feitos esses esclarecimentos o autor explica melhor a ideia de restrição à liberdade. Com esse intuito, inicialmente coloca que o primeiro princípio pode ser descumprido de duas maneiras: quando uma pessoa detém maior liberdade que outra e quando detém uma fração de liberdade menos extensiva do que deveria possuir. Para entender melhor essa ideia que a primeira vista pode parecer um pouco confusa, é preciso levar em consideração que para Rawls uma liberdade pode ser mais ou menos importante conforme o contexto em que ela está inserida, conforme ela se torne mais ou menos apta a garantir ao indivíduo um mais adequado desenvolvimento de suas capacidades morais.

Outro ponto importante no que tange a questão de restrição da liberdade é a diferenciação que Rawls faz entre liberdade e o valor liberdade. Sendo esta questão uma grande fonte de dúvidas e contendas em sua teoria da justiça. Para compreendê-la melhor é preciso entender claramente que o fundamento da diferenciação entre os dois princípios da justiça não está no fato que o primeiro exprima valores de cunho mais político e o segundo não. Ambos os princípios possuem um forte viés político. Para

entender melhor distinção entre esses dois princípios é preciso vislumbrar que a estrutura básica da sociedade possuem duas funções coordenadas. Uma primeira função seria a garantia das liberdades básicas iguais a todos os cidadãos, o que a liga diretamente ao primeiro princípio. Já a segunda função diz respeito ao fato de que a estrutura básica de uma sociedade deve prover as suas instituições de fundo de uma adequada justiça social e econômica. Ou seja, o primeiro princípio se liga a distribuição da liberdade e o segundo, em termos gerais, a distribuição de cargos, posições sociais e riqueza. Sendo as questões pertinentes ao segundo princípio muitas mais delicadas. E, quando dizemos delicada, queremos dizer de difícil consenso, o que faz com que Rawls opte por deixá-las a cargo do legislador ordinário e não do constituinte.

Contudo, e voltando novamente à questão principal, qual seria a relação disso com a diferenciação entre os conceitos de liberdade e de valor da liberdade em Rawls. A relação está no fato de Rawls perceber que a ignorância, a pobreza e a falta de meios materiais em geral acabam por impedir que o cidadão de fato goze dessa liberdade, e a isso Rawls chama de valor da liberdade. Ou seja, a liberdade é um direito institucional, e que deve ser garantido constitucionalmente, de todos terem suas liberdades básicas respeitadas. Já o valor liberdade é um fim estatal que, por envolver a alocação de recursos, é regulado pelo segundo princípio e deve ser promovido via legislação ordinária. Contendo tal ideia duas exceções: primeiro no tocante a um mínimo que determine a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, “pelo menos na medida em que a sua satisfação é necessária para que os cidadãos compreendam e possam exercer de forma frutífera esses direitos e liberdades”<sup>11</sup> (RAWLS, 1993, p. 7 – tradução nossa); e segundo no que tange à liberdade política, que, devido a sua grande importância, deve ter seu valor equitativo resguardado<sup>12</sup> já no primeiro princípio. Neste ponto, talvez seja oportuno que esclareçamos que o pano de fundo da teoria de Rawls é o de uma sociedade democrática, e é importante que isso fique bem claro.

## 1.4 As Liberdades Básicas

---

<sup>11</sup> No original: at least insofar as their being met is necessary for citizens to understand and to be able fruitfully to exercise those rights and liberties.

<sup>12</sup> Em se tratando de liberdade política, o estado deve regular constitucionalmente o processo de modo que a todos sejam garantidos em equitativa igualdade de oportunidades participar e influenciar a produção da leis que irão regular a estrutura básica da sociedade.

Uma vez esclarecido quais são os princípios da justiça e a ideia geral de liberdade para Rawls, faz necessário agora que esclareçamos quais são as liberdades fundamentais ou básicas tão fortemente protegidas pelo primeiro princípio.

Em seu livro *Uma Teoria da Justiça* John Rawls faz a seguinte enumeração:

[...] liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito a propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de Estado de Direito<sup>13</sup> (RAWLS, 1999, p. 53 – tradução nossa).

No *Liberalismo Político*:

[...] a liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo Estado de Direito<sup>14</sup> (RAWLS, 1993, p. 291 – tradução nossa).

Na *Justiça como Equidade*:

[...] liberdade de pensamento e de consciência; liberdades políticas (por exemplo, o direito de votar e de participar da política) e liberdade de associação, bem como os direitos e liberdades especificados pela liberdade e integridade (física e psicológica) da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo estado de direito<sup>15</sup> (RAWLS, 2001, p. 44 – tradução nossa).

Assim, em resumo, podemos definir os seguintes grupos básicos de liberdades: liberdade de consciência e pensamento; liberdade política e de associação; liberdade pessoal (integridade psicológica e física); e as liberdades provenientes do Estado de Direito. Valendo destacar que Rawls conscientemente excluiu desse grupo o direito a

---

<sup>13</sup> No original: political liberty (the right to vote and to hold public office) and freedom of speech and assembly; liberty of conscience and freedom of thought; freedom of the person, which includes freedom from psychological oppression and physical assault and dismemberment (integrity of the person); the right to hold personal property and freedom from arbitrary arrest and seizure as defined by the concept of the rule of law.

<sup>14</sup> No original: freedom of thought and liberty of conscience; the political liberties and freedom of association, as well as the freedoms specified by the liberty and integrity of the person; and finally, the rights and liberties covered by the rule of law.

<sup>15</sup> No original: freedom of thought and liberty of conscience; political liberties (for example, the right to vote and to participate in politics) and freedom of association, as well as the rights and liberties specified by the liberty and integrity (physical and psychological) of the person; and finally, the rights and liberties covered by the rule of law.

alguns tipos de propriedade (os meio de produção), ou a liberdade contratual nos termos da doutrina do *laissez-faire*. Tais liberdades não fariam parte das liberdades básicas e, por consequência, não teriam a proteção forte destinada ao primeiro princípio.

E, uma vez que tais liberdades são delimitadas quando se chocam umas com as outras, elas devem ser ajustadas de modo a formarem um sistema único e igual para todos. E, com esse elenco, embora exista um pressuposto geral determinando que qualquer restrição à liberdade deva ser devidamente motivada, Rawls esclarece que não almeja criar uma prioridade da liberdade em si, como se o seu exercício fosse o fim último da justiça política e social.

Para elaboração desta lista de liberdades fundamentais Rawls coloca duas diferentes possibilidades. Uma primeira seria um levantamento histórico, ou seja, uma análise detalhada de diferentes regimes democráticos com a finalidade de reunir uma lista de direitos e liberdades que pareçam básicos e seguramente protegidos naqueles regimes mais bem sucedidos. Uma segunda opção seria a via analítica. Por meio desta via, que parece ser a seguida pelo autor, se busca avaliar quais liberdades fornecem as condições políticas e sociais essenciais para o adequado desenvolvimento e pleno exercício das duas faculdades morais. E, neste contexto, as liberdades políticas iguais e a liberdade de pensamento auxiliariam as pessoas a exercerem a faculdade de julgar a justiça da estrutura básica da sociedade e suas políticas sociais; a liberdade de consciência e liberdade de associação auxiliariam o cidadão a desenvolverem sua faculdade moral de formar e rever suas concepções do bem. E as liberdades que envolvem a integridade pessoal e a proteção do Estado de Direito atuam no âmbito de fomentar os desenvolvimentos de ambas as faculdades<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> “The proposed criterion is this: the basic liberties and their priority are to guarantee equally for all citizens the social conditions essential for the adequate development and the full and informed exercise of their two moral powers in what we have referred to as the two fundamental cases (§13.4). These two cases we now specify more fully. (a) The first fundamental case is connected with the capacity for a sense of justice and concerns the application of the principles of justice to the basic structure and its social policies. The equal political liberties and freedom of thought are to ensure the opportunity for the free and informed application of the principles of justice to that structure and to its policies by means of the full and effective exercise of citizens' sense of justice. All this is necessary to make possible the free use of public reason (§26). (b) The second fundamental case is connected with the capacity for a (complete) conception of the good (normally associated with a comprehensive religious, philosophical, or moral doctrine), and concerns the exercise of citizens' powers of practical reason informing, revising, and rationally pursuing such a conception over a complete life. Liberty of conscience and freedom of association are to ensure the opportunity for the free and informed exercise of this capacity and its companion powers of practical reason and judgment. (c) The remaining and supporting basic liberties — the liberty and integrity (physical and psychological) of the person and the rights and liberties covered by the rule of law — can be connected with the two fundamental cases by noting that they are necessary if

## 1.5 A Revisão do Princípio das Liberdades

Primeiramente é preciso esclarecer que, em parte, as mudanças ocorridas na formulação do primeiro princípio se deram por influência de uma crítica elaborada pelo professor Hebert Lionel Adolphus Hart. Para Hart (1973), a interpretação das liberdades fundamentais e sua prioridade teriam pelo menos duas lacunas. A primeira lacuna seria que os fundamentos em relação aos quais as partes, na posição original, adotam as liberdades básicas e concordam com sua prioridade não estariam devidamente explicados. Já a segunda lacuna, diz respeito à falta de um critério satisfatório na maneira pela qual as liberdades fundamentais seriam mais especificadas e ajustadas umas às outras, no tocante a aplicação dos princípios da justiça nos estágios constitucional, legislativo e judicial (RAWLS, 1993). Em segundo lugar, além das mudanças que derivaram das críticas de Hart, a partir do Liberalismo Político Rawls percebe que a manutenção da equitativa igualdade de oportunidade para as liberdades políticas deve ser uma preocupação já do primeiro princípio de justiça e não do segundo.

### 1.5.1 A Primeira Lacuna e a Justificativa da Prioridade das Liberdades

Passaremos agora a analisar os argumentos de porque as partes na posição original adotam o princípio que garante as liberdades fundamentais e, além disso, dão prioridade a elas. Neste sentido, Rawls expressamente estabelece que o seu primeiro princípio da justiça, aquele que garante iguais liberdades básicas, deve ter prioridade lexical em relação ao segundo princípio que trata das desigualdades sociais e econômicas. Tal afirmação, contudo, devido a sua força e, porque não dizer, ousadia é ponto central de importantes discussões acerca de sua teoria.

Para justificar a prioridade da liberdade, Rawls elenca cinco argumentos. Sendo três deles explanados no seu livro *Uma Teoria da Justiça* e dois desenvolvidos posteriormente no *Liberalismo Político*, em parte como resposta ao professor Hart.

---

the other basic liberties are to be properly guaranteed. What distinguishes the two fundamental cases is, first, their connection with the realization of the fundamental interests of citizens regarded as free and equal as well as reasonable and rational. In addition, there is the broad scope and basic character of the institutions to which the principles of justice are applied in those two cases" (RAWLS, 2001, p. 102-103).

Em *Uma Teoria da Justiça*, em primeiro lugar Rawls defende a necessidade dessa prioridade por uma questão de garantir a cada cidadão autorrespeito, sendo igual cidadania um requisito para o autorrespeito. Rawls considera o autorrespeito como sendo, talvez, o bem primário mais importante. Na medida em que, sem ele, duvidamos do nosso próprio valor, do valor de nosso plano de vida e de nossa capacidade de realiza-lo. Está diretamente relacionado o *status* social de cada indivíduo, o que faz com que seja tão importante a garantia de uma igualdade política. Em segundo lugar coloca o argumento da igual liberdade de consciência. Neste ponto Rawls argumenta que a integridade de nossas crenças religiosas, morais e filosóficas é de tamanha importância que sua manutenção deve ter prioridade. E, para tal justificativa, Rawls utiliza sua ideia de posição original, afirmando que em tal situação, levando em consideração a absoluta ignorância acerca de quais crenças se professará futuramente, ninguém concordaria com nada menos que uma prioritária garantia de igual liberdade de consciência. Em terceiro lugar Rawls, tendo como pano de fundo uma perspectiva kantiana, defende o argumento hierárquico. Este argumento propõe que a prioridade lexical se justifica devido à prioridade do interesse de cada cidadão de escolher, por ele mesmo, seus próprios objetivos de vida (RAWLS, 1999; TAYLOR, 2003).

No *Liberalismo Político* ele desenvolve dois novos argumentos, ambos relacionados com a capacidade de ter um senso de justiça: o argumento da estabilidade e o argumento da sociedade bem-ordenada. O argumento da estabilidade tem como base dois pontos. O primeiro ponto diz respeito “a grande vantagem para a concepção do bem de qualquer pessoa que é um sistema estável de cooperação”<sup>17</sup> (RAWLS, 1993, p. 316 – tradução nossa). Já o segundo, trata da “tese de que a mais estável das concepções de justiça é aquela especificada pelos dois princípios de justiça, e esse é o caso em grande medida, em virtude das liberdades fundamentais e da prioridade atribuída a elas por esses princípios”<sup>18</sup> (RAWLS, 1993, p. 316 – tradução nossa). Esta estabilidade é gerada pelo conhecimento público de um senso de justiça compartilhado que deve ser cultivado pela sociedade. E tal sistema de estabilidade, através de um senso de justiça público e efetivo, mostra-se bem superior a um sistema que requer um aparato

---

<sup>17</sup> No original: the great advantage to everyone's conception of the good of a just and stable scheme of cooperation.

<sup>18</sup> No original: thesis that the most stable conception of justice is the one specified by the two principles of justice, and this is the case importantly because of the basic liberties and the priority assigned to them by these principles.

díspendioso e rigoroso de sanções penais, ainda mais se levarmos em conta que tal aparato pode ser um perigo para as próprias liberdades fundamentais em si.

Já o argumento da sociedade bem-ordenada parte da concepção Humboldtiana de sociedade bem-ordenada como união social das uniões sociais. Tal concepção se constrói em cima da ideia que todo ser humano pode desenvolver e trabalhar apenas uma faculdade por vez. Partindo desta premissa, o trabalho em conjunto se mostra imprescindível para o desenvolvimento da sociedade. Para entender melhor esta ideia Rawls a ilustra com o exemplo de uma orquestra que, para funcionar, requer que várias pessoas dediquem uma vida para aprender um único instrumento. Já que é pouco provável que uma única pessoa possa aprender de uma só vez todos esses instrumentos e, ainda que consiga tal proeza, não é possível que execute todos ao mesmo tempo. Ou seja, para o exercício de algumas atividades, o coletivo se faz imprescindível. E quando os princípios de justiça são realizados nas instituições sociais e respeitados pelos cidadãos e isso é publicamente reconhecido, as atividades de muitas uniões sociais podem ser combinadas em uma grande e única união, qual seja, a união social das uniões sociais. Nesse diapasão, o argumento que assegura a todos as liberdades básicas é o melhor caminho para estabelecer o bem integral da união social, bem como o senso de justiça efetiva que o torna possível (RAWLS, 1993; TAYLOR, 2003).

Contudo, a despeito da força desses cinco argumentos, Robert Taylor constrói uma severa crítica a quatro deles. Para Taylor (2003) os argumentos do autorrespeito, da liberdade de consciência, da estabilidade e da sociedade bem-ordenada seriam falaciosos, em especial pecariam pela falácia da inferência. Ou seja, para Taylor o autorrespeito, a liberdade de consciência, a estabilidade social e uma sociedade bem-ordenada são realmente valores importantes, mas o fato de serem valores importantes não faz com que se possa concluir automaticamente, e a partir daí, que mereçam uma prioridade lexical (do fato de ser importante não quer dizer que seja absoluto). Taylor não consegue enxergar na argumentação de Rawls nada que justifique algo para além de uma alta prioridade apenas, não justificando a necessidade de uma prioridade lexical.

Para Taylor o único argumento que realmente justifica a prioridade lexical exigida por Rawls seria o argumento hierárquico. Este sim seria realmente um argumento consistente, principalmente se enriquecido a luz do pensamento kantiano. E esta relação entre a teoria de Rawls e o pensamento kantiano é admitida pelo próprio autor. E, para entender essa relação entre Rawls e Kant, é preciso criar algumas pontes

conceituais. Nesse diapasão a posição original se relaciona ao conceito de nômemo. Nômemo está em oposição ao conceito de fenômeno. Os fenômenos se ligam ao universo empírico, ao universo dos sentidos, ou seja, os fenômenos são eventos naturais capitados pelos nossos sentidos. Já os nômemos são tudo aquilo que não podem ser experimentados, mas apenas compreendidos. Designando a realidade considerada em si mesma. Nesse sentido, Rawls coloca que:

[...] nós devemos pensar a posição original em muitos aspectos similar ao ponto de vista do qual o nômemo, por ele mesmo, vê o mundo. As partes, enquanto objeto de conhecimento intelectual puro (qua noumenal selves), tem completa liberdade para escolher quaisquer princípios que desejarem<sup>19</sup> (RAWLS, 1999, p. 225 – tradução nossa).

Continuando esse paralelo Taylor coloca os conceitos de racionalidade e razoabilidade como duas facetas da autonomia em Kant. Sendo a racionalidade a capacidade moral de ter uma concepção de bem perseguida através de um plano de vida, nós equilibramos nossos desejos de acordo com esse plano, ao invés de vivermos guiados apenas pelos impulsos, tal como fazem os animais irracionais. E já no que tange a razoabilidade, ou seja, a capacidade moral de ter senso de justiça, uma pessoa razoável limita sua busca por uma concepção de um bem em pró do respeito pelo direito e interesses de outras pessoas e de um desejo de cooperar com ela em termos justos. (TAYLOR, 2003)

Neste contexto, para justificar a prioridade lexical para as liberdades básica sobre outros bem primários, Taylor argumenta que as liberdades básicas são condições necessárias para o exercício da racionalidade e da razoabilidade, ou seja, para que se garanta a todos autonomia, no sentido kantiano do termo. (TAYLOR, 2003).

Em resposta a Taylor, Greg Whitfield (2009) nega a falácia da inferência para os demais argumentos, mas antes de entrarmos especificamente na argumentação de Whitfield, é necessário esclarecermos um ponto que anteriormente havíamos abordado apenas de forma superficial. No que tange ao argumento da liberdade de consciência, Taylor, na verdade, o recusa apenas parcialmente. Para Taylor a liberdade de consciência apenas justificaria a prioridade lexical no que diz respeito à liberdade de consciência religiosa, ou seja, tal prioridade não se justificaria no caso das convicções

---

<sup>19</sup> No original: we think of the original position as in important ways similar to the point of view from which noumenal selves see the world. The parties qua noumenal selves have complete freedom to choose whatever principles they wish.

morais e filosóficas. E, para fundamentar seu ponto, Taylor argumenta que historicamente poucas pessoas levaram suas convicções morais e filosóficas às últimas consequências (cintando o exemplo de Sócrates), diferentemente do que ocorre com as convicções religiosas, onde é mais comum este tipo de atitude. Assim, para Taylor, a prioridade máxima para liberdade de consciência se justificaria apenas no caso da liberdade religiosa.

Isto posto, passemos agora a avaliar os contra-argumentos de Whitfield. Para Whitfield, Taylor não compreendeu bem a ideia de véu da ignorância e posição original de Rawls. E, diante dessa incompreensão, peca “considerando circunstâncias não ideais em um argumento contra princípios ideais”<sup>20</sup> (WHITFIELD, 2009, p. 4). Alguém na posição original não teria acesso a dados históricos. Não podendo fazer uso de tais informações. E, mesmo que consideremos Sócrates alguém preferiu morrer a abdicar de suas convicções morais e filosóficas, então alguém na posição original e coberto pelo véu da ignorância tem que cogitar a possibilidade de, ao ser descoberto o véu, ocupar tal posição, o que faz com que se conclua pela necessidade de uma prioridade máxima também para as convicções de cunho morais e filosóficas.

Se admitirmos que Sócrates seja um exemplo de alguém que razoavelmente valoriza a verdade e a justiça na medida em que prefere morrer (ou deixar a sociedade) do que viver em um mundo onde ele não era livre para formar, manter e valorizar essas crenças, então nós devemos admitir que as crenças morais e filosóficas são da mesma importância que as crenças religiosas, e devem ser oferecidas as proteções da igual liberdade de consciência<sup>21</sup> (WHITFIELD, 2009, p. 5 – tradução nossa).

Outro ponto respondido por Whitfield foi o autorrespeito. No tocante a esta questão, levando em consideração a força que o autorrespeito tem no pensamento de Rawls, Whitfield igualmente acredita que apenas uma alta prioridade não seria suficiente para uma adequada proteção, justificando também aqui a necessidade da prioridade lexical. Como esclarecemos acima, para Rawls, o autorrespeito talvez seja o bem primário mais importante, já que, sem ele, duvidamos do nosso próprio valor, do valor de nosso plano de vida e de nossa capacidade de realiza-lo. Estando tal valor diretamente relacionado o *status* social de cada indivíduo. Assim, uma vez que Rawls

<sup>20</sup> No original: considering non-ideal circumstances in an argument against ideal principles.

<sup>21</sup> No original: If we admit that Socrates is an example of someone who reasonably values truth and justice to the degree that he would rather die (or leave society) than live in a world where he was not free to form, hold and value these beliefs, then we admit that moral and philosophical beliefs are of the same importance as religious beliefs, and must be afforded the protections of equal liberty of conscience.

garante a todos um igual *status* de cidadão, ao consentir mesmo que com pequenas trocas no tocante a esse bem, se estará maculando diretamente a igualdade política dos cidadãos, o que a longo prazo poderá atingir todo o equilíbrio do sistema. O que faz com que concluamos, também aqui, pela necessidade de uma prioridade lexical.

Então, dado o pleno conhecimento dos efeitos de apoiar um trade-off de liberdades básicas por vantagens socioeconômicas, os cidadãos que estariam no extremo inferior do benefício poderiam vetar a restrição de liberdade porque ela tem o potencial de resultar em uma distribuição desigual de autorrespeito, que ocorrerá, em primeiro lugar, pelo desbalanceamento da igualdade de cidadania e, em segundo lugar, pela substituição da cidadania totalmente igualitária pelas desigualdades socioeconômicas<sup>22</sup> (WHITFIELD, 2009, p. 8 – tradução nossa).

Por fim, Whitfield fala do argumento da força do compromisso, que se relaciona diretamente com a ideia de estabilidade e de uma sociedade bem-ordenado. Haja vista que uma sociedade bem-ordenada é o substrato necessário para que a estabilidade possa nascer.

Segundo Whitfield, a estabilidade em Rawls é um estado de cooperação social onde “1) as regras de cooperação social são regularmente cumpridas; e 2) os desvios à justiça são enfrentados por forças corretivas que tendem a evitar que ocorram desvios e a restaurar a justiça.”<sup>23</sup> (WHITFIELD, 2009, p. 10 – tradução nossa). Neste contexto a estabilidade seria uma condição para as partes na posição original que as obriga a optar por princípios que os indivíduos poderão e irão voluntariamente cumprir durante suas vidas, se relacionando com o argumento da força do compromisso, uma vez que as razões para a estabilidade se direcionam para o exercício amplo e o desenvolvimento adequado do poder moral de formar e agir a partir de uma concepção de justiça, e o interesse de ordem superior que temos em desenvolver esse poder moral está ligado ao nosso interesse pela estabilidade.

Assim, as partes, na posição original, são obrigadas a selecionar princípios que geram uma sociedade estável, porque a instabilidade indica um problema na

---

<sup>22</sup> No original: So, given full knowledge of the effects of supporting a trade-off of basic liberties for socioeconomic advantages, the citizens who would be on the lower end of the benefit might veto the restriction of liberty because it has the potential to result in an unequal distribution of self-respect, due first to unbalancing equal citizenship and second to replacing fully equal citizenship with socioeconomic inequalities.

<sup>23</sup> No original: 1) the rules of social cooperation are regularly complied with and generally acted upon; and 2) deviations away from justice are met by corrective forces which tend to keep further deviations from occurring and to restore justice.

razoabilidade, ou seja, no senso de justiça e, como tal, não respeita adequadamente nossa natureza como agentes razoáveis e racionais. É claro que mesmo em uma sociedade estável ainda se deve admitir que podem surgir problemas (pensemos, por exemplo, no surgimento, no seio de uma sociedade bem-ordenada qualquer, de um grupo de pessoas intolerantes). Neste contexto, a estabilidade deve ser tal que as pessoas não reajam com excessiva desconfiança ou perda de fé na cooperação; Rawls espera que o desejo de cooperar e de apoiar instituições que facilitam e promovam a cooperação seja suficientemente robusto para resistir aos choques inevitáveis, que os princípios selecionados na posição original sejam viáveis e duradouros. E, tendo estas colocações como base, igualmente aqui, não se pode concordar com nada aquém de uma prioridade lexical.

### **1.5.2 A Segunda Lacuna e a Necessidade de um Sistema Plenamente Adequado de Liberdades Fundamentais**

A mudança que agora passaremos a discutir, qual seja, substituição da expressão “mais abrangente sistema de liberdades básicas” pela “sistema plenamente adequado de liberdades básicas”, diz respeito a segunda das lacunas propostas por Hart (1973), qual seja, à falta de um critério satisfatório na maneira pela qual as liberdades fundamentais seriam mais especificadas e ajustadas umas às outras, no tocante a aplicação dos princípios da justiça nos estágios constitucional, legislativo e judicial.

Na *Teoria da Justiça* o critério apontado é o de que as liberdades fundamentais deveriam ser especificadas e ajustadas de modo que alcance o sistema mais abrangente possível dessas liberdades. Contudo, tal critério teria alguns problemas: 1) seria um critério puramente quantitativo; 2) não distinguiria o grau de importância de cada caso; 3) não se aplicaria em termos gerais; e 4) não seria respeitado sempre<sup>24</sup>. Um outro critério proposto na *Teoria da Justiça* seria o ponto de vista do cidadão igual representativo de modo a ajustar o sistema de liberdades à luz dos interesses racionais desse cidadão. Contudo, Hart também critica esse critério afirmando que o conteúdo desses interesses não foi devidamente desenvolvido com uma clareza adequada para que o conhecimento desse conteúdo possa servir de critério.

---

<sup>24</sup> Rawls detalha muito pouco acerca desses problemas.

Rawls percebe ser tentador pensar que o critério deve ajustar as liberdades fundamentais de forma ótima. O que nos faria pensar na maximização dessas liberdades. Contudo, como Hart percebe, existe uma falha aí, pois, o que se pretende na verdade é que essas liberdades e sua prioridade garantam a todos igualmente as condições sociais essenciais para o desenvolvimento adequado (nem mais nem menos) e o exercício pleno das capacidades morais nos dois casos fundamentais<sup>25</sup>.

Existem dois motivos pelos quais a ideia de máximo não se aplica. O primeiro deles é que não temos uma noção coerente do que deve ser maximizado. E não se pode maximizar ao mesmo tempo o desenvolvimento e o exercício dessas duas capacidades<sup>26</sup> (e como poderia ser feito em separado?). Além disso, não temos uma noção do que signifique um desenvolvimento máximo dessas capacidades.

O segundo motivo pelo qual a ideia de máximo não se aplica é que as duas capacidades morais não esgotam uma pessoa, haja vista que as pessoas possuem, para além das capacidades, uma concepção de bem em concreto. E não faria sentido maximizar as ações justas e racionais maximizando as ocasiões que as requerem. As pessoas devem agir de forma justa e racional quando a ocasião solicitar, nem mais nem menos.

Assim, nos estágios constitucional, legislativo e judiciário o critério deve ajustar as liberdades fundamentais de tal modo que se garanta o desenvolvimento adequado e o exercício pleno e bem informando das duas capacidades morais, nas circunstâncias em que os dois casos fundamentais se apresentem em uma sociedade bem ordenada, não fazendo sentido empregar a ideia de máximo aqui<sup>27</sup>.

### 1.5.3 O Valor Equitativo das Liberdades Políticas

Outra mudança na formulação do primeiro princípio diz respeito ao valor equitativo das liberdades políticas<sup>28</sup>. O cerne da questão referente ao valor equitativo

---

<sup>25</sup> O primeiro desses casos está ligado à capacidade de ter senso de justiça, e o segundo à capacidade de ter uma concepção de bem.

<sup>26</sup> Quanto a esse ponto, Rawls se limita a afirmar, não explicando bem os porquês disso.

<sup>27</sup> Não faz sentido algum tentar fazer com que tais situações aconteçam na vida do indivíduo para poderem ser maximizadas, as situações simplesmente acontecem e diante delas deve ser ajustadas de forma adequada.

<sup>28</sup> Tal questão já é tratada em Uma Teoria da Justiça, no seu §36, mas, a partir do Liberalismo Político, essa ideia fica muito mais clara. O que faz com que Rawls opte por colocar expressamente no enunciado do

dessas liberdades diz respeito “à familiar objeção, frequentemente feita por democratas radicais e socialistas (e por Marx), de que as liberdades iguais num estado democrático moderno são, na prática, meramente formais”<sup>29</sup> (RAWLS, 2001, p. 148 – tradução nossa). Tal objeção deriva do fato de que as desigualdades sociais e econômicas na sociedade por vezes são tamanhas, que aqueles que detêm maior riqueza ou melhores posições sociais possuem, por consequência, um maior domínio da esfera política elaborando leis que visam prioritariamente aos seus interesses. Quem possui um maior acesso aos bens primários polivalentes, como a riqueza, consegue com isso um melhor acesso a educação de qualidade, a saúde de qualidade e uma série de outros fatores que irão propiciar um usufruto mais efetivo de suas liberdades. Pensemos, por exemplo, na liberdade de expressão. Quem terá, em abstrato, melhores condições de fazer um gozo efetivo deste importante direito: alguém que mal sabe ler e escrever, que mal sabe se expressar, ou alguém com uma formação acadêmica. Não que isso seja uma condição necessária, mas com certeza é um fator que terá grande influência em um exercício mais substancial da liberdade.

Diante desta questão, tal como já esclarecido anteriormente, Rawls diferencia os conceitos de “liberdade” com o de “valor da liberdade”. A liberdade seria a garantia institucional do direito as liberdades básicas iguais. Ou seja, qualquer Estado que se diz democrático deve, pelo menos, garantir em sua constituição, a liberdade de consciência e pensamento; liberdade política e de associação; liberdade pessoal (integridade psicológica e física); e as liberdades provenientes do Estado de Direito. Sendo isto um pressuposto básico prioritário. Contudo, e não obstante a isso, é preciso diferenciar essa garantia institucional do valor da liberdade que se liga a possibilidade de, de uma forma mais efetiva, substancial, fazer uso de todas essas garantias.

Rawls percebe, porém, que, com tal diferenciação, a despeito de fazer com que consigamos enxergar com maior clareza a situação, ela não soluciona o problema, não resolve a crítica. E, para solucionar a questão da garantia do valor da liberdade, o autor coloca que este valor, por se ligar mais a demandas sociais e econômicas estaria, regra geral, para além das possibilidades do primeiro princípio, se vinculando mais propriamente no âmbito de garantia do segundo princípio da justiça. São questões

---

primeiro princípio. Ou seja, não que antes ele pensasse diferente, não é isso, mas no Liberalismo, para reforçar seu posicionamento ele coloca expresso e desenvolve melhor a ideia.

<sup>29</sup> No original: the familiar objection, often made by radical democrats and socialists (and by Marx), that the equal liberties in a modern democratic state are in practice merely formal.

complexas e de difícil consenso, que deverão ser trabalhadas através uma legislação infraconstitucional consciente de uma necessidade de garantia de posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades e um maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

Todavia, Rawls coloca uma significativa e importante exceção a essa regra. Tal exceção diz respeito ao as liberdades políticas, que, segundo ele, deveriam ter seu equitativo acesso já resguardado no primeiro princípio, por meio de normas constitucionais que regulem o processo político. E o que Rawls quer garantir, por se enquadrar no seu conceito de equitativa igualdade de oportunidade, é algo efetivamente robusto, não se tratando de um acesso simplesmente mais substancial das liberdades políticas, mas sim de um efetivo e igualitário acesso de todos à esfera pública independentemente de sua classe social, aqui, bem mais que a liberdade em si, o valor liberdade deve ser protegido. E, quanto a isso, apesar de não fazer uma análise minuciosa de como seria a melhor maneira de concretiza tal proposta, afirma que existiriam sim modos institucionais viáveis de realizá-la, fazendo inclusive algumas sugestões como o financiamento público de campanhas (ou pelo menos alguma regulamentação aos financiamentos privados), garantia de um acesso equitativo aos meios de comunicação, e algumas restrições à liberdade de expressão e imprensa, que não afete o seu conteúdo<sup>30</sup>.

Perceba que, nesta tentativa de promover uma equitativa igualdade de oportunidade na esfera política, podem surgir fortes conflitos com outras liberdades fundamentais, como, por exemplo, com a liberdade de expressão e imprensa, mas, sem a garantia “do valor equitativo das liberdades políticas, aqueles que dispõem de mais meios poderiam se juntar e excluir aqueles com menos meios. Presume-se que o princípio da diferença não seja suficiente para impedir isso”<sup>31</sup> (RAWLS, 2001 p. 150 – tradução nossa). E, como base nisso, Rawls expressamente critica a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Buckley v. Valeo*, onde ela declarou inconstitucional vários limites de despesas de campanha proposto pela *Election Act Amendment* de 1974<sup>32</sup>. Rawls afirma de maneira enfática que, impedir a grande influência do poder econômico

---

<sup>30</sup> No tocante a esta questão de conteúdo, mais a frente mostraremos que, conforme o pano de fundo que a colocamos ela pode ser tornar relativa.

<sup>31</sup> No original: of the fair value of the political liberties, those with greater means can combine together and exclude those who have less. The difference principle is presumably not sufficient to prevent this.

<sup>32</sup> Nesse diapasão imaginamos que, se vivo fosse, igualmente teria duras críticas a fazer no caso *Citizens United vs. FEC* julgado pela Suprema Corte em 2010.

na esfera política, para além de poder evitar a corrupção, irá garantir um processo político efetivamente justo e equânime. Sendo fundamental a garantia de um processo que assegure voz a todos, uma igual oportunidade de participação em um sistema equitativo de representação, pois uma futura e adequada proteção dos direitos fundamentais irá depender diretamente disso. E, fazendo uma interessante comparação afirma:

A primeira emenda não impõe um sistema de representação de acordo com a influência efetivamente exercida na livre competição política entre desiguais, assim com o a décima quarta emenda igualmente não impõe um sistema de liberdade de contrato e de livre competição entre desiguais na economia, como a Corte pensava na era Lochner<sup>33</sup> (RAWLS, 1993, p. 362 – tradução nossa).

Contudo, a despeito das críticas, Rawls nega a garantia do valor equitativo para outras liberdades básicas além da liberdade política. Para o autor a garantia do segundo princípio e a garantia do valor equitativo para as liberdades políticas já seriam medidas suficientes. E uma tentativa de garantir o valor equitativo para as demais seria “irracional, ou supérflua, ou fonte de conflitos sociais”<sup>34</sup> (RAWLS, 2001, p. 151 – tradução nossa) pelas seguintes razões:

(a) Se a garantia significa que renda e riqueza devem ser distribuídas de forma igualitária, ela é irracional: não permite que a sociedade satisfaça às exigências de organização social e eficiência. Se significa que um certo nível de renda e riqueza tem ser garantido para todos a fim de expressar o ideal de valor igual das liberdades básicas, é supérflua, já que temos o segundo princípio.

(b) Se a garantia mais ampla significa que a renda e a riqueza devem ser distribuídas de acordo com o conteúdo de certos interesses considerados centrais para projetos de vida do cidadão, por exemplo, interesses religiosos, então será fonte de conflitos sociais<sup>35</sup> (RAWLS, 2001, p. 151 – tradução nossa).

---

<sup>33</sup> No original: The First Amendment no more enjoins a system of representation according to influence effectively exerted in free political rivalry between unequals than the Fourteenth Amendment enjoins a system of liberty of contract and free competition between unequals in the economy, as the Court thought in the Lochner era.

<sup>34</sup> No original: irrational, or superfluous, or socially divisive.

<sup>35</sup> No original: (a) If that guarantee means that income and wealth are to be distributed equally, it is irrational: it does not allow society to meet the requirements of social organization and efficiency. If it means that a certain level of income and wealth is to be assured to everyone in order to express the ideal of the equal worth of the basic liberties, it is superfluous, given the difference principle. (b) If the wider guarantee means that income and wealth are to be distributed according to the content of certain interests regarded as central to citizens' plans of life, for example, the religious interest, then it is socially divisive.

Contudo, a despeito de negar o valor equitativo para as demais liberdades, ele admite que para a garantia das liberdades básicas faz-se necessário um mínimo. Neste diapasão expressamente diz que o primeiro princípio, que garante as liberdades fundamentais, deve ser precedido de um princípio lexicalmente anterior que determine a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, “pelo menos na medida em que a sua satisfação é necessária para que os cidadãos compreendam e possam exercer de forma frutífera esses direitos e liberdades”<sup>36</sup> (RAWLS, 1993, p. 7 – tradução nossa). Pressupondo inclusive um Estado que seja capaz de resguardar esse mínimo. E, qualquer coisa para além desse mínimo, seria função do segundo princípio da justiça garantir através de uma política adequada e uma legislação infraconstitucional consistente e consciente de sua função.

---

<sup>36</sup> No original: at least insofar as their being met is necessary for citizens to understand and to be able fruitfully to exercise those rights and liberties.

## **2. A Igual Liberdade, a Liberdade de Expressão e os Discursos de Ódio**

### **2.1 A Igual Liberdade em Rawls**

#### **2.1.1 A Igual Liberdade de Consciência**

A partir do exemplo da liberdade de consciência é que Rawls tenta demonstrar o argumento em pró da igual liberdade, pois segundo ele, no âmbito da liberdade de consciência, seu argumento ficaria mais perceptível.

Parte-se do pressuposto que as pessoas na posição original não devem ver a si mesmas de forma isolada, ou seja, presume-se que têm interesses que vão para além de si mesmos e que precisam ser protegidos, além de possíveis vínculos familiares com membros da geração seguinte. As pessoas na posição original também não sabem quais serão suas convicções morais e religiosas, bem como, e por consequência, o conteúdo específico das práticas que devem assumir, ou seja, o produto pessoal da interpretação dessas normas. Não sabem nem mesmo como essa prática será encarada socialmente. Será uma prática majoritária? Será minoritária? Não sabem dizer. Assim, diante desses pressupostos, precisam decidir qual princípio deve ser adotado para regular a liberdade dos cidadãos no tocante aos seus interesses de natureza moral, filosófica e religiosa. E a resposta para tal questão, segundo Rawls, é o princípio da igual liberdade. “Eles não podem correr riscos envolvendo sua liberdade, permitindo que a doutrina moral ou religiosa dominante persiga ou elimine outras doutrinas se assim pretender”<sup>37</sup> (RAWLS, 1999, p. 181 – tradução nossa).

Rawls nesse ponto tece ainda algumas críticas ao princípio da utilidade. Haja vista que, por esse princípio, a liberdade poderia ficar sujeita a cálculos de interesses sociais e, por consequência, vir a sofrer restrições a partir desse cálculo. E ele – Rawls – não vê razão suficiente para aceitar nada menos do que igual liberdade. Acredita que, somente em uma situação de coerção alguém poderia consentir com menos que isso.

---

<sup>37</sup> No original: They cannot take chances with their liberty by permitting the dominant religious or moral doctrine to persecute or to suppress others if it wishes.

A despeito das críticas, ele faz alguns elogios a Mill. O homem em Mill (2016) é um ser em progresso, e adota um critério de valor baseando na escolha, pois, para Mill, um determinado caminho ou atividade deve ser considerado melhor que outro se, e somente se, este for o caminho escolhido por aquele que tem a possibilidade de optar por qualquer um deles em um contexto livre.

Tendo esse pressuposto como base, Mill coloca três fundamentos para as instituições livres. Em primeiro lugar, a necessidade de aprimoramento pessoal. Em segundo lugar, tal aprimoramento é importante para abastecer o indivíduo com experiências. A experiência de vida que irá amadurecê-lo aprimorando suas decisões, suas escolhas. Em terceiro lugar, e por fim, Mill coloca um argumento de natureza dizendo que historicamente os seres humanos preferem a liberdade. Assim, para o utilitarismo de Mill, a liberdade possui um importante valor, e existe um bom argumento aí, na medida em que consegue demonstrar que a liberdade é uma condição necessária de uma busca racional de valores. Contudo, não obstante a esse mérito, as colocações de Mill, segundo Rawls, não são suficientes para justificar uma liberdade igual a todos, ele justifica o fundamento da liberdade, mas não é tão consistente na sua justa medida. Não se garantindo que alguém, tendo em vista um benefício geral social, não teria sua liberdade individual gravemente maculada.

Sempre que a sociedade decide maximizar a soma dos valores intrínsecos ou o saldo líquido de satisfação dos interesses, corre-se o risco de se descobrir que a negação da liberdade de alguns se justifica em nome desse objetivo único<sup>38</sup> (RAWLS, 1999, p. 185 – tradução nossa).

### **2.1.2 A Tolerância e o Interesse Comum**

Assim, tendo em vista o tópico anterior e o valor da igual liberdade de consciência, não é difícil de, a partir daí, rejeitar a ideia de um Estado confessional. Ou seja, qualquer Estado que queira afirmar seriamente que respeita o princípio da igual liberdade deveria estabelecer a laicidade em suas normas fundamentais.

Contudo, a despeito disso e como igualmente pode ser deduzindo por reflexões desenvolvidas em tópicos anteriores, a liberdade de consciência, enquanto liberdade que

---

<sup>38</sup> No original: Whenever a society sets out to maximize the sum of intrinsic value or the net balance of the satisfaction of interests, it is liable to find that the denial of liberty for some is justified in the name of this single end.

é, pode sofrer adequações frente às outras liberdades. E, para além dessas adequações frente às outras liberdades, Rawls percebe que é possível derivar da posição original uma “restrição”<sup>39</sup> de cunho mais geral, qual seja, o respeito a segurança e a ordem pública. Haja vista que, nesta posição, pode-se perceber que uma quebra na ordem pública geraria um perigo a liberdade de todos, já que é necessária para que cada um possa atingir seus objetivos particulares de vida, “quaisquer que sejam (desde que se situem dentro de certos limites)”<sup>40</sup> (RAWLS, 1999, p. 187 – tradução nossa).

Segundo Rawls, quando partimos de um pressuposto que uma norma pode ser estabelecida e reconhecida por todos a partir de um contexto da posição original, essa norma se funda ela mesma nos princípios da justiça, e “isso não implica especificamente nenhuma doutrina metafísica ou teoria do conhecimento”<sup>41</sup> (RAWLS, 1999, p. 187 – tradução nossa). Veja que a partir desse argumento o valor tolerância<sup>42</sup> não tem sua origem em uma razão específica de Estado, mas sim em uma concepção de justiça, algo mais abstrato.

E neste ponto Rawls percebe que a partir do entendimento da necessidade de tolerância, é possível identificar falhas em muitas orientações normativas do passado. Cita o exemplo de São Tomas de Aquino e de sua defesa da pena de morte aos hereges, tendo como base a gravidade do ato de corromper a alma de alguém. Contudo, a despeito disso, e com muita precisão, diferencia essa situação com o repúdio que Rousseau tinha dos católicos. Pois nesse caso, o pressuposto de Rousseau não era um dogma religioso, tal como ocorre com Tomas de Aquino. No caso de Rousseau, o que ocorre é que ele não queria tolerar religiões que pregassem que fora da igreja não há salvação, e isso se dava não por motivos religiosos, mas sim porque isso poderia ser desastroso para fins de convivência social. Rawls argumenta que, no caso de Rousseau, o que ocorreria seria apenas uma divergência acerca dos limites da tolerância. E é preciso estabelecer um marco para se distinguir até onde precisamos tolerar os intolerantes, até que ponto a intolerância, em concreto, não corrompe a segurança e a ordem pública.

---

<sup>39</sup> Colocamos o termo entre aspas, pois acreditamos que isso não seria bem uma restrição em si, mas sim a garantia de um pressuposto da liberdade.

<sup>40</sup> No original: whatever they are (provided they lie within certain limits).

<sup>41</sup> No original: It implies no particular metaphysical doctrine or theory of knowledge.

<sup>42</sup> No caso em análise tratamos de tolerância religiosa, mas o argumento pode ser expandido a outros casos de tolerância.

### 2.1.3 A Tolerância para com os Intolerantes

Neste item será discutida a questão de se a justiça como equidade exigiria a tolerância com os intolerantes, e, em caso afirmativo, em quais circunstâncias. Antes de dar início a questão, porém, é importante esclarecer que as discussões aqui abordadas terão uma conotação mais geral, ou seja, não nos voltaremos para situações mais específicas que poderão exigir um tratamento diferenciado<sup>43</sup>. Além disso, é preciso esclarecer ainda que a análise aqui construída tem como pano de fundo o direito de liberdade de consciência, e, não se pode deixar de considerar que circunstâncias diversas podem gerar a necessidade de algum tratamento diferenciado.

Feitas essas considerações, sigamos para as indagações propostas por Rawls. “Primeiro, existe a questão de saber se uma facção intolerante tem algum direito de se queixar se não for tolerada”<sup>44</sup> (RAWLS, 1999, p. 190 – tradução nossa). A esta indagação Rawls responde negativamente. E, para fundamentar sua opção, utiliza-se da máxima de que ninguém tem o direito de criar barreiras à conduta que esteja de acordo com o posicionamento que ela própria teria em circunstâncias similares. Assim, uma pessoa intolerante não teria, por esse critério e em abstrato, o direito de exigir tolerância.

Superada esta primeira indagação, passemos às outras. “Segundo, sob quais condições as facções tolerantes tem o direito de não tolerar as intolerantes, e, finalmente, quando tal direito existe, para qual fim ele deve ser exercido”<sup>45</sup> (RAWLS, 1999, p. 190 – tradução nossa). No tocante a estas outras questões levantadas, é importante perceber que não se pode, a partir da premissa que “intolerante não tem o direito de exigir tolerância” concluir que o tolerante tem necessariamente, e apenas por isso, o direito de não tolerar o intolerante em toda e qualquer situação, já que, se assim procedesse, ele estaria, em termos morais, se igualando ao intolerante. Contudo, se o fato de se saber que aquela outra pessoa, estando eles em posições invertidas, não teria a

---

<sup>43</sup> No tocante a essa questão é válido destacar que, regra geral, o Rawls não faz diferenciação entre ilícito de natureza penal e ilícito de natureza civil ou administrativa. E quando dizemos que ele não faz essa diferenciação, não queremos dizer com isso que ele conscientemente creia que não há necessidade de diferenciar, não é isso, o que ocorre é que ele, regra geral, não entra nessas minúcias.

<sup>44</sup> No original: First, there is the question whether an intolerant sect has any title to complain if it is not tolerated.

<sup>45</sup> No original: Second, under what conditions tolerant sects have a right not to tolerate those which are intolerant and last, when they have the right not to tolerate them, for what ends it should be exercised.

mesma paciência que ele está exigindo não é uma razão suficiente, então, qual razão seria? Em qual circunstância alguém tolerante pode não tolerar um intolerante?

Para ser coerente, o tolerante, o justo, aquele que age segundo os ditames da justiça como equidade, apenas tem esse direito quando os seus próprios pressupostos de justiça assim determinarem, e não pelas razões da intolerância em si. As suas ações devem ser decididas e mensuradas por ele mesmo e não pelo outro. E nesse diapasão, qual seria o limite da justiça como equidade, quando seus ditames autorizariam uma contenção à intolerância. E, para responder a tal questão, Rawls volta mais uma vez à ideia de posição original afirmando que a manutenção da segurança do indivíduo talvez possa ser um critério interessante. Ou seja, acredita que alguém na posição original não teria dificuldade de concordar com um direito de autopreservação. “A justiça não exige que os homens permaneçam inertes, enquanto outros destroem os fundamentos da sua existência”<sup>46</sup> (RAWLS, 1999, p. 192 – tradução nossa). Assim, você não tem o direito de agredir ninguém, mas quando alguém lhe agride você tem o direito de se defender, não por raiva ou retribuição ao que está sendo feito, mas para preservar sua integridade.

Agora pensemos em um surgimento inesperado, em meio a uma sociedade bem-ordenada e que aceite os princípios da justiça rawlsianos, um grupo de pessoas que pregam valores intolerantes dentro de seu âmbito de consciência. Poderíamos com isso e só por isso determinar a exclusão do grupo do seio da sociedade? Não é difícil de concluir, a partir do que foi dito, que essa exclusão *a priori* não faria sentido. Diante de uma situação como esta Rawls coloca que é importante as pessoas terem em mente a estabilidade de suas instituições, pois caberá a elas servir como contrapeso. Rawls se lembra do princípio psicológico que determina que aqueles que têm sua liberdade protegida e se beneficiam de uma constituição justa, irão, com o passar do tempo, e em circunstâncias iguais a que passaram onde tiveram sua liberdade protegida, adquirir lealdade a essa constituição<sup>47</sup>. Assim, caso surja no seio de uma sociedade justa um grupo de pessoas com uma filosofia intolerante, se esta sociedade possuir uma estrutura institucional estável e forte, para Rawls, com o passar do tempo esse grupo irá se esvaír. Contudo, Rawls estabelece algumas ressalvas a esta questão, que se relaciona a uma

---

<sup>46</sup> No original: Justice does not require that men must stand idly by while others destroy the basis of their existence.

<sup>47</sup> Rawls coloca nos seguintes termos: “that those whose liberties are protected by and who benefit from a just constitution will, other things equal, acquire an allegiance to it over a period of time” (RAWLS, 1999, p.192).

possível falta de força ou estabilidade das instituições sociais. Nesse diapasão, o grupo não pode ser tão forte a ponto de poder impor sua vontade de forma imediata, nem crescer a uma velocidade que as estruturas sociais não consigam conter<sup>48</sup>.

Assim, as instituições de uma sociedade bem-ordenada devem agir sempre no sentido de, a despeito das forças contrárias, tentar preservar a igual liberdade de seus cidadãos, agindo não pelo revide, mas motivada por princípios, tomando sempre cautela com os possíveis excessos.

## **2.2 A Liberdade de Expressão e o Problema dos Discursos de Ódio em Rawls**

No presente tópico adentraremos em assuntos que o professor Rawls não abordou diretamente, ou, quando o fez, fez apenas superficialmente. Portanto, por vezes, se fará necessário trazermos complementos de alguns outros autores visando conceituar ou desenvolver algumas ideias que, a despeito de sua importância, não foram trabalhadas ou devidamente trabalhadas por Rawls<sup>49</sup>. Todavia, quando assim procedermos, realizaremos sempre a devida reflexão acerca de tais ideias e institutos a luz da teoria rawlsiana. Sendo importante esclarecer que, como aqui nos aprofundaremos em algumas de suas ideias gerais acerca da liberdade de expressão, acabaremos por, possivelmente, nos depararmos com algumas exceções, mas, caso isso ocorra, faremos sempre a devida justificação.

### **2.2.1 Aspectos Gerais da Liberdade de Expressão**

#### 2.2.1.1 Os Fundamentos da Liberdade de Expressão

---

<sup>48</sup> Mais a frente nos falaremos sobre o conceito de “crise constitucional do tipo necessária” que, no nosso entendimento, se relaciona diretamente com esse ponto.

<sup>49</sup> Ao falarmos assim, não queremos criticar Rawls afirmando que ele não desenvolveu ideias que seriam importantes. Não é esse nosso objetivo. Tais ideias, apesar de serem essenciais para a nossa reflexão, não são para a reflexão de Rawls, que almejava a construção uma Teoria Geral de Justiça e não uma reflexão específica acerca da liberdade de expressão e seus contornos.

Em termos básicos, e sem a intenção de termos a última palavra sobre a questão<sup>50</sup>, podemos dividir os fundamentos da liberdade de expressão em dois grandes núcleos: aquele que vê a liberdade de expressão<sup>51</sup> como um fim em si mesma e aquele que vê a liberdade de expressão como um instrumento para a democracia.

Para o primeiro núcleo a liberdade de expressão teria um valor por si e em si, se ligando diretamente ao conceito de liberdade de consciência e pensamento. Sob essa ótica nós seres humanos temos uma necessidade natural de nos expressarmos, de colocarmos para fora nossos pensamentos, emoções e sentimentos. Para além dos seus fins políticos, aqui, o direito de se expressar remete ao direito da pessoa ser um contínuo construir-se e afirmar-se enquanto indivíduo através de um somatório de *personas* que o formam enquanto um todo. E, sob esta perspectiva, uma afronta ao direito de liberdade de expressão irá causar não um dano à construção da democracia de um país, mas um dano à construção do indivíduo que cada um é ou que poderá vir a ser. Nesse sentido, lembremos, por um instante, de dois curtos trechos da obra Cadernos de João, do dramaturgo brasileiro Aníbal Monteiro Machado:

O Autor apenas se reserva o direito de administrar o seu próprio caos e de impor-lhe certa ordem na tranquilidade formal das palavras (MACHADO, 2002, p. 7).

Não somente andamos por várias regiões e atmosferas, como também, dentro de cada um somos muitos a fazê-lo. Depois é que damos a palavra a um de nós, que passa a exprimir-se em nome de todos e que, usando a mesma sede corporal, os resume e dirige formando nossa personalidade (MACHADO, 2002, p. 154).

Assim, não é difícil de perceber a forte ligação entre este fundamento da liberdade de expressão e a segunda capacidade moral em Rawls, isto é, a capacidade para uma concepção de bem, a capacidade para formar, revisar e procurar realizar racionalmente sua concepção de vida, seus objetivos de vida<sup>52</sup>.

Já para o segundo núcleo, o fundamento da liberdade de expressão não estaria nela em si, mas sim em sua contribuição para o desenvolvimento da democracia. E esta contribuição pode ocorrer de duas formas.

<sup>50</sup> Nossa intenção aqui é apenas desenvolver algumas explicações mais de cunho geral, não com o fim de esgotar ou ter a última palavra sobre a matéria, mas apenas no intuito de estabelecermos alguns pressupostos para as ideias que iremos desenvolver posteriormente.

<sup>51</sup> Estamos empregando aqui o termo liberdade de expressão em seu sentido *lato*, ou seja, nos referimos não apenas a liberdade de expressão em si, mas também a alguns conceitos correlatos como, por exemplo, a liberdade de imprensa.

<sup>52</sup> Tal relação será melhor explicada em tópico posterior.

A primeira forma que a liberdade de expressão pode contribuir para a efetivação de um Estado Democrático seria através da busca pela verdade por meio do famoso mercado livre de ideias. E argumentando por essa via podemos mencionar importantes nomes como John Stuart Mill, Oliver Wendel Homes Jr, Louis Dembitz Brandeis, Alexander Meiklejohn entre outros.

O filósofo político John Stuart Mill, no capítulo II de sua obra *Sobre a Liberdade* (2016), argumenta que é na confrontação pública de diferentes ideias, crenças e opiniões que podemos chegar a algo mais próximo da verdade. A defesa da liberdade de expressão para Mill tem este importante aspecto: sua crença no mercado competitivo de ideias, encarando a discussão pública de ideias como um processo para a busca da verdade. E, tendo isso em mente, defende que restringir essa liberdade ao argumento de uma suposta falsidade das ideias seria uma atitude imprudente por pelo menos três razões. O primeiro, e mais óbvio dos motivos, é que você pode estar errado, ou seja, a ideia pode ser verdadeira. Em segundo lugar as verdades são complexas, isto é, nada é completamente falso ou verdadeiro. Por fim, e em terceiro lugar, mesmo que se pense que uma ideia é completamente falsa, para Mill, ainda assim, essa ideia não deve ser suprimida da esfera pública. E, para defender tal ponto de vista, Mill faz uso do conceito de *dogma morto* que, nada mais é, que uma verdade cujo fundamento ou razão de ser foi, com o passar do tempo, sendo esquecido. E, por isso, permitir um discurso amplo e irrestrito ajudaria a sociedade a não se esquecer dos seus erros do passado. (MILL, 2016 e SCHAUER, 1995)

Igualmente elucidando a importância da liberdade de expressão para o sistema democrático dentro desse contexto do mercado de ideias, destaco um pequeno trecho do voto do juiz<sup>53</sup> Oliver Wendel Homes Junior, na Suprema Corte Americana, voto em que ele foi dissidente da maioria dos membros da Corte, sendo acompanhado apenas pelo juiz Brandeis:

Mas quando os homens compreendem que o tempo perturba muitas crenças combativas, podem chegar a acreditar nos próprios fundamentos de sua própria conduta ainda mais do que acreditam, que o bem supremo desejado é melhor alcançado pelo livre comércio de ideias - que o melhor teste da verdade é o poder do pensamento de se fazer aceitar na competição do mercado e que a verdade é o único fundamento sobre o qual seus desejos

---

<sup>53</sup> No inglês o termo é *justice*, lá eles não empregam a palavra *minister* para os membros da Suprema Corte.

podem ser realizados com segurança<sup>54</sup> (ABRAMS v. UNITED STATES, 1919, 250 U.S. 616 – tradução nossa).

E, dentro deste contexto é importante lembrar as colocações feitas por Ronald Dworkin (2010) ao analisar a decisão da Suprema Corte Americana no caso *Citizens United vs. FEC*<sup>55</sup>. Ao analisar o caso, Dworkin bem percebe que situações de monopólio, ou quase monopólio, são tão destrutivos para o mercado financeiro quanto para o mercado de ideias. Dworkin coloca, por exemplo, que o debate público acerca dos perigos das alterações climáticas não iria contribuir para uma justa compreensão da questão se os tempos de fala fossem leiloados de modo que as empresas de energia, por seu poder econômico, pudessem adquirir um espaço bem maior que os cientistas acadêmicos. E, devido a isso, critica severamente a decisão da suprema corte no caso, ao permitir que as corporações e os sindicatos gastem o quanto desejarem em comerciais de TV de cunho eleitoral. Sendo esta crítica consonante com as colocações feitas por Rawls em *Buckley vs. Valeo*, onde a mesma corte declarou inconstitucional várias limitações de despesas de campanha propostas pela *Election Act Amendment* de 1974. Já que para Rawls faz-se imprescindível, no âmbito da liberdade política, a necessidade de garantia de uma equitativa igualdade de oportunidade.

Já a segunda forma que a liberdade de expressão pode contribuir para a efetivação de um Estado Democrático seria através da fiscalização dos atos do governo<sup>56</sup>. A liberdade de expressão seria sob este viés uma espécie de quarto poder, ajudando a garantir um maior equilíbrio à administração pública ao promover maior transparência. Já que, ao tornar público para a população em geral o que antes era decidido apenas entre quatro paredes e com poucas pessoas para opinar e julgar, esta publicidade permite que uma maior gama de pessoas pense e opine sobre qualquer questão, permitindo, com isso, reações populares de aprovação ou rejeição, e, por consequência, uma maior probidade dos atos administrativos. Neste sentido, como

---

<sup>54</sup> No original: But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.

<sup>55</sup> Em janeiro de 2010, em uma decisão dividida (5x4), os juízes conservadores da Suprema Corte Americana, por iniciativa própria, ou seja, sem pedido das partes, declararam que as corporações e os sindicatos tem o direito de gastarem o quanto desejarem em comerciais de TV de cunho eleitoral. Decisão esta que, inclusive, foi publicamente criticada pelo presidente Barack Obama.

<sup>56</sup> Para cumprir esta função fiscalizadora a liberdade de expressão atua conjuntamente com a liberdade de imprensa.

Stephen Holmes bem coloca, ao “ameaçar despertar o público sonolento, o jornal pode restringir a ambição dos governantes e evitar os piores excessos de poder arbitrário”<sup>57</sup> (HOLMES, 1990. p. 28 - tradução nossa).

E neste contexto se inserem as principais críticas de censura governamental da imprensa, que, em outras épocas, por meio deste famigerado instrumento de controle, impediu a população de ter acesso a importantes questões de seu interesse. Sendo oportuno lembrar, quanto a esse ponto, o caso *New York Times Co. v. Sullivan*, (1964, 376 U.S. 254) caso que talvez seja o mais paradigmático julgamento da Suprema Corte Norte-americana neste aspecto. Nesta decisão, a corte julgou uma ação de difamação impetrada por Lester Bruce Sullivan, um dos três comissários da cidade de Montgomery, Alabama. E, com o intuito de garantir a sociedade uma efetiva fiscalização dos atos do poder público, a Suprema Corte entendeu que um funcionário público, para lograr êxito em uma ação como esta, tem o ônus de provar que a declaração foi feita com malícia efetiva por parte de seu autor. Ou seja, não basta provar que a informação não era verdadeira, necessário se faz prova que o autor da declaração em questão sabia que ela era falsa ou que agiu com negligência na apuração desta informação. E, tendo em vista ao grande peso deste ônus probatório, tais reivindicações feitas por figuras públicas raramente prevalecem.

#### 2.2.1.2 A Censura

Antes de adentrarmos em considerações mais substanciais no tocante a este espinhoso ponto, é muito importante, para uma melhor compreensão do instituto, entendermos um pouco acerca de sua origem histórica.

Na Inglaterra, do surgimento da imprensa até a Revolução Gloriosa (1688), nenhum texto podia ser publicado sem que antes ele tivesse seu conteúdo avaliado por um oficial do Estado chamado *Imprimeur*. O mesmo ocorrendo na França, com a diferença de que lá o oficial do governo era chamado de censor. Com a revolução, porém, o cargo de *Imprimeur* foi abolido e os textos passaram a poder ser impressos diretamente sem ter que ter seu conteúdo previamente avaliado por um agente do governo. A partir daí a imprensa passa a ser livre, ou seja, aí nasce a Liberdade de

---

<sup>57</sup> No original: by threatening to bugle awake a drowsy public, newspaper can curb the ambition of rulers and prevent the worst excesses of arbitrary power.

Imprensa<sup>58</sup>. Contudo, não obstante essa liberdade prévia para dizer o que bem entender, nada impede que o autor possa ser posteriormente responsabilizado por danos que vier a causar com sua mensagem<sup>59</sup> (LIMA, 2012).

Feitos esses esclarecimentos, não se pode deixar de considerar para uma mais adequada compreensão da famigerada ideia de censura, que muita coisa mudou da invenção da imprensa em 1455 pelo alemão Johannes Gutemberg até os dias de hoje. Onde antes eram pequenos jornais com, muitas vezes, circulação local, agora são grandes empresas com um forte poder econômico e político. A liberdade de imprensa não tem hoje o mesmo significado que tinha na Inglaterra do século XVII “onde ‘the press’ era apenas a tipografia onde indivíduos livres para imprimir e divulgar suas ideias estariam mais preparados para o autogoverno” (LIMA, 2012, p. 219-220). Ou seja, seria ingenuidade ou má-fé não perceber ou considerar que, hoje, os principais jornais do mundo se tornaram grandes empresas onde a finalidade do lucro muitas vezes supera sua finalidade informativa. E, corroborando com esse nosso entendimento, interessantes são as colocações do professor Venício (2012) ao analisar o voto dos ministros da nossa Suprema Corte na ADPF 130 e no RE 511961, que tratou, respectivamente, da recepção da Lei 5.250/1967 (Lei de Imprensa) e da necessidade de um diploma de nível superior para o exercício da profissão de jornalista<sup>60</sup>. Para Venício nestas decisões o STF:

---

<sup>58</sup> É importante aqui diferenciarmos a ideia de liberdade de expressão da ideia de liberdade de imprensa. Em termos sucintos podemos dizer que a liberdade de expressão tem como objeto a emissão de opiniões e crenças, se ligando melhor a ideia de um juízo de valor a cerca de algo, ou seja, uma afirmação deontica. Já a liberdade de imprensa tem como objeto a difusão de fatos e notícias e, por isso, se ligaria mais adequadamente ao mundo empírico, ou seja, ao universo ontológico. E, como consequência disso, podemos deduzir que a liberdade de imprensa se encontraria suscetível à comprovação da verdade, o que, em tese, não ocorreria com a liberdade de expressão. Feito esse esclarecimento, é importante elucidar ainda que, para alguns, o termo liberdade de imprensa já estaria ultrapassado, haja vista que a comunicação social hoje vai para muito além da imprensa escrita. O que faz com que esses prefiram optar pelo termo liberdade de comunicação. Contudo, a despeito da grande importância desta discussão não iremos entrar nessas minúcias conceituais, pois foge muito do escopo de nossa pesquisa, e optaremos pelo termo liberdade de imprensa, não por acreditarmos ser ele mais adequado, mas simplesmente por ser um termo mais consagrado, o que nos evitará possíveis confusões conceituais. E tendo essas considerações em vista, é imprescindível esclarecer que não é pelo fato de estarmos diante de um jornal escrito que estamos no âmbito da liberdade de imprensa ou, no mesmo sentido, não é pelo fato do jornal ser oral que a liberdade em questão seja a liberdade de expressão. Como exemplo disso podemos citar o jornal Sensacionalista que é escrito e tem uma finalidade mais opinativa e lúdica, bem como o Jornal Nacional que a despeito de ter suas notícias veiculadas oralmente, possui (ou pelo menos deveria possuir) uma finalidade mais informativa, descritiva.

<sup>59</sup> E *mutatis mutandis*, com uma semelhante *ratio decidendi*, está a decisão da Suprema Corte brasileira no caso da publicação de biografias não autorizadas, onde decidiu-se que não é necessário uma autorização prévia para a sua publicação, mas isso não impediria possíveis ações posteriores pleiteando uma indenização por abusos do biógrafo.

<sup>60</sup> É importante esclarecer que aqui não pretendemos analisar o mérito destas decisões, apenas as mencionamos para trazer a tona o modo ingênuo que nossa corte tem tratado algumas importantes

- (1) supõe uma inexistente “autonomia” profissional que confunde o exercício individual da profissão de jornalista com o poder da “imprensa”, isto é, com o poder dos grupos empresariais que contratam e empregam os jornalistas, vale dizer, que são os seus patrões;
- (2) supõe que o jornalista é senhor das pautas, vale dizer, daquilo que efetivamente é veiculado na mídia impressa ou eletrônica, ignorando que os jornalistas trabalham numa estrutura empresarial vertical e hierarquizada onde aqueles em posição de decisão editorial, lá estão porque são, eles próprios, os proprietários da empresa ou porque estão a eles “alinhados”;
- (3) ignora que a atividade de jornalista não pode ser considerada uma extensão, sem mais, da liberdade de expressão simplesmente porque seu objeto não é a opinião mas, em tese, a notícia que deve ser isenta, imparcial e equilibrada. Aqueles que profissionalmente emitem opiniões na mídia - editorialistas, colunistas, articulistas, comentaristas, analistas - em sua maioria, nem sequer são jornalistas; e
- (4) continua a considerar o Estado como a única ameaça à liberdade de expressão individual e à liberdade de imprensa, ignorando o poder de censura e controle dos próprios grupos de mídia privada, mesmo quando fundamenta o argumento jurídico em premissas que claramente conduzem a conclusões distintas** (LIMA, 2012, p. 215-216 – grifo acrescido).

De todas estas colocações do professor Venício a mais importante (ou pelo menos a que nos é mais cara nesta presente análise) é a última. Com essa colocação ele percebe que o Estado hoje, diferentemente do que ocorria em sua origem, longe está de ser o único grande inimigo da liberdade de expressão e imprensa. Haja vista que hoje, devido ao forte poder das grandes empresas de comunicação, pode-se dizer que, pelo menos em parte, a censura foi privatizada, e o Estado é apenas um dos muitos atores tentando interferir no livre mercado de ideias, ou seja, tentando controlar seu poder fiscalizador e disseminador de pensamentos, opiniões e valores.

E, como exemplo deste fato, cito discurso feito por José Eugênio Soares (1987), ou simplesmente Jô Soares, como é conhecido, durante a entrega do Troféu Imprensa de 1987. Neste evento o apresentador acusa a Rede Globo de Televisão (a maior emissora do Brasil e uma das maiores do mundo) de criar, a época, uma lista negra de atores para aqueles que optarem por sair da empresa por vontade própria. Quem assim procedesse, como forma de punição, não teria mais seus comerciais veiculados na emissora, o que à época, devido ao grande poderio da emissora, equivalia a condenar o ator ou atriz a verdadeiro ostracismo. Neste discurso, Jô, visivelmente indignado com tal política chega inclusive a mencionar conversas particulares que teve com o senhor José

---

questões nesta ceara, o que se dá exatamente porque desconsideram essas significativas mudanças contextuais que nós estamos tentando enfatizar.

Bonifácio Brasil de Oliveira Sobrinho, popularmente conhecido como Boni, uma dos grandes diretores da Rede Globo de Televisão, onde ele, Jô, sofre ameaças diretas do diretor.

No tocante a essa mesma emissora, não se pode deixar de mencionar ainda, a decisiva influência que ela teve no resultado da primeira eleição direta para presidente realizada no Brasil após o fim da ditadura militar, eleição em que foi escolhido para presidente da república o Sr. Fernando Affonso Collor de Mello. Neste processo eleitoral, a citada emissora, no último grande debate entre os então candidatos a presidência da república, realizou uma questionada edição das imagens que iriam ao ar, fato que pode ter interferido significativamente nos resultados daquele processo eleitoral.

Ainda no tocante a temática da censura, um outro ponto que é necessário tratar diz respeito ao chamado efeito censorador que uma sentença judicial de indenização pode ter a partir da denominada responsabilidade ulterior do agente. Como foi dito acima, a censura em seu sentido mais estrito estaria somente ligada a ideia de uma prévia seleção de conteúdo, não impedindo a possibilidade das possíveis vítimas do discurso entrarem com ações judiciais posteriores pleiteando uma indenização no âmbito cível que, no Estados Unidos, com os chamados *punitive damages* podem chegar a valores astronômicos. O que, na prática e de forma indireta, pode levar ao chamado efeito censorador.

Neste diapasão, e visando impedir esse efeito, está a supramencionada decisão de sua Suprema Corte Norte-Americana em *New York Times Co. v. Sullivan*, (1964, 376 U.S. 254). Neste caso, como foi dito, no intuito de alcançar uma maior liberdade da imprensa em assuntos de interesses público, garantido assim que ela realize mais plenamente sua função fiscalizadora, sua função de “cão de guarda”, a Suprema Corte Norte-americana entendeu que em si tratando de um agente público, para este lograr êxito em uma ação como esta, ele teria que provar que a declaração foi feita com malícia efetiva. Prova que, como dissemos, é em concreto muito difícil de ser realizada.

Em uma aparente contradição com essa decisão do *New York Times v. Sullivan*, está a decisão *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC* (1969, 395 U.S. 367). Muito criticada por aqueles partidários de uma posição mais libertária na interpretação do direito de liberdade de expressão. Nesta decisão, a Corte julgou, por unanimidade, constitucional a Doutrina da Equidade (*Fairness Doctrine*) criada nos Estados Unidos

pela sua Comissão Federal de Comunicações (Federal Communications Commission, FCC). Contudo, como agora passaremos a explicar, tal contradição é apenas aparente, pois acreditamos que aqui os pressupostos sejam diferentes aos pressupostos da decisão anterior, como bem nos aclarou o professor Francisco de Castilho Prates<sup>61</sup>.

Como nos esclarece Daniel Sarmiento (2006), por meio da Doutrina da Equidade, a FCC exercia uma fiscalização sobre emissoras de rádio e canais de televisão (a imprensa escrita ficou fora da regulação). Através dela a Comissão podia impor uma cobertura mais equitativa no tocante a temas de interesse público, obrigando as emissoras a veicularem todos os pontos de vistas relevantes no âmbito de cada debate, quando ficasse evidenciado que existiu parcialidade na transmissão das informações. Além disso, essa regulação também permitia a FCC obrigar as emissoras a transmitir importantes questões de interesse público que tivessem sua cobertura negligenciada. Por fim, a Doutrina da Equidade também institui, no âmbito do direito norte-americano, “uma espécie de direito de resposta a favor de pessoas atacadas no curso de discussões relacionadas a questões de interesse público” (SARMENTO, 2006, p. 268). Sendo este último ponto o que mais aparenta conflitar com o caso *New York Times v. Sullivan*.

Os críticos dessa decisão argumentam, dentre outras coisas, que tal regulação proposta pela FCC afrontaria a primeira emenda da Constituição Norte-americana, norma que trata do direito de Liberdade de Expressão, haja vista que macularia a liberdade editorial das emissoras o que geraria verdadeiro efeito censuratório. Além disso, argumentam ainda que tal normatização poderia gerar um efeito de esfriamento (*chilling effect*) do debate, pois, segundo esses críticos, com a normatização as emissoras passariam a evitar abordar assuntos mais polêmicos.

Voltando novamente aos fundamentos da liberdade de expressão e imprensa, é importante destacar aqui que os fundamentos evocados para a estruturação da Doutrina da Equidade são diversos e não conflitam com os fundamentos invocados para a decisão do caso *New York Times v. Sullivan*. Como dissemos alhures em *Sullivan* a Corte pretendia proteger a função fiscalizadora da imprensa e aqui, ao decidir pela constitucionalidade da Doutrina da Equidade, ela almeja garantir um mercado de ideias mais plural. Ela percebe que o grande poder econômico e político de algumas emissoras em um mercado oligopolista, este sim, poderia gerar um efeito censurador, e, devido a

---

<sup>61</sup> Essa informação foi colhida através de interessante discussão promovida pelo referido professor em disciplina ministrada por ele, em parceria com a professora Maria Fernanda Salcedo Repolês, para o Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG.

isso, garante acesso a uma maior pluralidade de ideias, o que, no nosso entendimento, não iria de forma alguma tolher a imprensa de cumprir sua função fiscalizadora, muito pelo contrário, só iria garantir a sociedade um acesso mais substancial aos mais diversos argumentos para poder, de uma forma mais consciente, decidir o que acredita ser o melhor. Esta decisão também percebe que o Estado, para além de sua clássica função negativa frente ao direito individual de liberdade expressão e de liberdade de imprensa, devido as grandes mudanças que ocorrem no mercado de comunicação que é cada vez mais dominado por grandes e poderosas empresas, tem uma função positiva de fomentar normativamente um debate plural onde os mais diversos argumentos possam entrar em cena.

Sendo importante perceber que essas considerações se harmonizam plenamente a proposta rawlsiana acima desenvolvida da necessidade de equitativa igualdade de oportunidade no âmbito da liberdade política. Ou seja, a Doutrina da Equidade, nos moldes da Justiça como Equidade rawlsiana, visa garantir no âmbito político um acesso substancial e equânime dos mais diversos pontos de vistas e atores sociais. E, ao comentar a importância da garantia de um pluralismo na esfera política no âmbito da Doutrina como Equidade o professor Sarmiento, tal como Rawls, igualmente critica a decisão da Suprema Corte Norte-americana no caso *Buckley v. Valeo* (1976, 424 U.S. 1). Portanto, no nosso entendimento, ao contrário de esfriar o debate, a garantia de uma discussão mais plural com uma participação efetiva dos mais diversos atores políticos, irá, na verdade, esquentá-lo, garantindo assim um verdadeiro e livre mercados de ideias sem o domínio monopolizador das grandes empresas de comunicação que hoje em dia muito se diferem dos pequenos jornais e tipografias do século XVII e XVIII.

### 2.2.1.3 O Valor e a Neutralidade do Discurso

Segundo Cass Sunstein (1995) e Júlio Barroso (2015) a proteção constitucional ao direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos, que é considerado um dos países mais liberais<sup>62</sup> no tocante a questão, gira em torno dos seguintes eixos: valor da expressão e neutralidade da regulação.

---

<sup>62</sup> No decorrer de nossa argumentação questionaremos esta classificação, pois entendemos que os Estados Unidos, no tocante a liberdade de expressão e discurso de ódio, em grande medida seria melhor classificado como libertário e não como liberal.

Quanto ao valor da expressão, existem expressões de “alto valor”, que gozariam de uma proteção constitucional mais robusta, e expressões de “baixo valor”, que, por sua vez, possuiriam uma proteção bem mais débil.

Partindo desta linha divisória, em termos gerais, as expressões que gozam de maior proteção seriam as expressões políticas, que, por seu conteúdo, se alocariam no âmago do direito de liberdade de expressão. E, em se tratando de expressão de cunho político, os norte-americanos levam tal proteção às últimas consequências, protegendo até mesmo, por exemplo, na contramão do mundo e dos principais tratados internacionais de direitos humanos, “um discurso carregado de ódio racial feito por um membro da Klu Klux Klan, ou ainda [...] uma passeata neonazista em uma cidade repleta de sobreviventes dos campos de concentração [...]” (SILVA, 2015, p. 38-39).

E, como exemplo de expressão de menor valor, pode-se citar a expressão comercial, fato que permite aqui uma regulação mais severa visando coibir a propaganda enganosa. E, neste mesmo grupo, estaria ainda a expressão de crítica a pessoas privadas, em contraposição as figuras públicas que, na esteira da decisão *New York Times vs Sullivan*, gozaria de uma proteção de mais alto grau. Em outras palavras, os discursos críticos aos agentes públicos, tendo em vista a função político fiscalizatória da liberdade de expressão e imprensa, seriam mais fortemente protegido.

Já no que tange a neutralidade da regulação, elas podem ser “neutra quanto ao conteúdo”, “baseadas no conteúdo” ou “baseadas no ponto de vista”. Sendo, nesta ordem, crescente o seu grau de proteção constitucional. Ou seja, regulações neutras quanto ao conteúdo são facilmente aceitas pela jurisprudência norte-americana, o que não ocorre com as regulações baseadas em um conteúdo e menos ainda com aquelas baseadas em um ponto de vista. As regulações neutras quanto ao conteúdo são aquelas mais contextuais, ou seja, que se limitam a tratar, por exemplo, de questões referentes ao momento ou ao lugar do discurso. E, como exemplo, pode-se citar a proibição de uso de alto-falantes nas proximidades hospitalares, ou de sons mais altos a partir de certa hora. Já as regulações baseadas no conteúdo são aquelas pensadas de maneira tal que não atinjam nenhum dos lados da discussão. O assunto fica proibido de ser tratado, não importando qual seja o seu posicionamento frente a ele. Por exemplo, proíbe-se a discussão de questões raciais, não importando se você é a favor ou contra. Por fim, existiriam as restrições baseadas no ponto de vista, ou seja, aqui você escolhe um dos lados da discussão e proíbe. Como exemplo, poderíamos citar a proibição de uma

passeata a favor do aborto ou a favor da legalização da maconha etc., ou seja, aqui apenas um dos lados estaria proibido de se manifestar o outro não.

E toda esta construção teórica normativa, a primeira vista, pode parecer muito sensata, pois, a final de contas, a ideia de um Estado moralista, principalmente no contexto de uma sociedade tão plural como a que vivemos, é claramente algo indesejável. Poucos conceberiam, e acreditamos que, a princípio, iria contra a teoria de um Estado nos termos rawlsianos, uma regulação do discurso que nos direcione para um determinado caminho, para uma determinada concepção de bem<sup>63</sup>. Para Rawls todos devem ser livres para buscar, estruturar e rever o sentido que queiram dar a sua vida. E não seria papel do Estado interferir nisso, ao Estado cabe apenas garantir a estrutura básica necessária que permita a todos buscar sua própria concepção de vida.

Contudo, é preciso destacar que constitui uma contradição performativa acreditar que, quando afirmamos isso, não estamos nos posicionando em algum ponto do universo normativo. Este tipo de neutralidade mais absoluta não existe. Utilizando uma metáfora dworkiniana<sup>64</sup> (2003) exigir neutralidade, pelo menos neste sentido mais abrangente do termo, seria como pedir a um homem no Polo Norte que vá para qualquer lugar, menos para o sul, pois, fatalmente, qualquer teoria que se diga completamente cética ou acabará por não afirmar nada em termos de justiça ou, em afirmando, cairia necessariamente em uma contradição. Assim, quando afirmamos que não é correto obrigar a alguém a ter determinado ponto de vista, ou a seguir determinado credo religioso essa afirmação é em si, pelo menos nesse sentido mais *lato*, é um juízo de valor e, enquanto tal, não é algo que pode ser verificado empiricamente. Possui uma pretensão regulativa, normativa, de que o ideal seria um Estado que garanta a cada um a liberdade necessária para conduzir sua vida.

Neste sentido, acreditamos que é preciso ter muita cautela no momento de classificar uma regulação do direito de liberdade de expressão como sendo uma regulamentação de conteúdo, já que um conteúdo que garanta o valor democrático necessariamente ela deverá ter, não se pode negar esse pano de fundo normativo. É preciso entender o contexto maior em que este argumento se insere. Quando se proíbe tal tipo de regulamentação, o que se pretende com isso é garantir a cada cidadão liberdade de expressar seu ideal de vida, bem como a garantia de um mercado de ideias

---

<sup>63</sup> Mais a frente explicaremos como isso pode ser relativizado.

<sup>64</sup> Apesar de Dworkin discordar de nossas conclusões mais específicas no tocante a liberdade de expressão e discurso de ódio.

amplo e plural. Contudo, na esteira do que foi dito no tópico anterior o Estado longe está de ser o único grande inimigo deste direito, e na medida que o ideal de Estado de Rawls longe está de ser um ideal libertário, necessário se faz uma regulamentação que vise proporcionar a estruturação de um justo mercado de ideias, impedindo possíveis distorções gerados por este mercado. Rawls é um liberal igualitário e o pressuposto de sua teoria é um Estado Democrático de Direito<sup>65</sup> e isso já delimita seu campo.

### 2.2.2 O Que São os Discursos de Ódio?

Antes de falarmos diretamente o que são os discursos de ódio, achamos importante diferenciar conceito e concepção. Tal distinção que normalmente é remetida a Dworkin também está presente em Rawls. No entanto talvez Dworkin a apresente de uma forma um pouco mais clara e direta.

Em *Uma Teoria da Justiça* Rawls coloca que:

Então, parece natural pensar no conceito de justiça como sendo distinto das várias concepções de justiça e como sendo especificado pelo papel que estes diferentes conjuntos de princípios, essas diferentes concepções, têm em comum. Desse modo, os que defendem outras concepções de justiça podem ainda assim concordar que as instituições são justas quando não se fazem distinções arbitrárias entre as pessoas na atribuição de direitos e deveres básicos e quando as regras determinam um equilíbrio adequado entre reivindicações concorrentes das vantagens da vida social<sup>66</sup> (RAWLS, 1999, p. 5 – tradução nossa)

Assim, quando afirmamos que determinada decisão judicial foi justa, as pessoas, em geral, entendem o que queremos dizer, bem como o que não queremos. Elas podem até não concordar conosco e pensar que não, que a decisão não foi acertada. Isso se dá, pois, apesar delas entenderem o conceito, sua concepção concreta de justiça pode não ser a mesma que a nossa. Partilham de um mesmo conceito, mas não de uma mesma concepção.

---

<sup>65</sup> "I begin with three basic points which review some matters discussed in Part I and introduce others we are about to examine. Recall first that justice as fairness is framed for a democratic society" (RAWLS, 2001, p. 39).

<sup>66</sup> No original: Thus it seems natural to think of the concept of justice as distinct from the various conceptions of justice and as being specified by the role which these different sets of principles, these different conceptions, have in common. Those who hold different conceptions of justice can, then, still agree that institutions are just when no arbitrary distinctions are made between persons in the assigning of basic rights and duties and when the rules determine a proper balance between competing claims to the advantages of social life.

Assim Dworkin, em tópico intitulado *Conceito e Concepção*, do seu livro *O Império do Direito* explica essa ideia da seguinte forma:

As pessoas em geral concordam sobre as proposições mais gerais e abstratas sobre a cortesia, que formam o tronco da árvore, mas discordam sobre refinamentos mais concretos ou subinterpretações dessas proposições abstratas, sobre os ramos da árvore. Por exemplo, em certo estágio no desenvolvimento da prática, todos concordam que a cortesia, descrita de maneira mais abstrata, é uma questão de respeito. Mas há uma divisão importante sobre a interpretação correta da ideia de respeito. Alguns consideram que o respeito, devidamente entendido, deve ser mostrado para as pessoas de um determinado posto ou grupo mais ou menos automaticamente, enquanto outros pensam que o respeito deve ser merecido individualmente<sup>67</sup> (DWORKIN, 1986, p. 70 – tradução nossa).

E tendo essa distinção em mente, separamos para fins de esclarecimento alguns conceitos dado ao termo discurso de ódio.

Segundo Robert S. Taylor, cientista político americano, os discursos de ódio seriam:

[...] um tipo de difamação de grupo: discurso (oral ou escrito) que defende a inferioridade mental, física e/ou ética de membros de grupos particularmente oprimidos historicamente (por exemplo, negros, mulheres, judeus e homossexuais) (TAYLOR, 2012, p. 353-354 – tradução nossa<sup>68</sup>).

Já Winfried Brugger, representante da doutrina alemã, faz a seguinte definição:

[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRUGGER, 2007, p. 118).

Daniel Sarmento (2006, p. 208) por sua vez, representante da doutrina brasileira, fala em manifestação de “desprezo ou intolerância contra determinados grupos motivados por

---

<sup>67</sup> No original: People by and large agree about the most general and abstract propositions about courtesy, which form the trunk of the tree, but they disagree about more concrete refinements or subinterpretations of these abstract propositions, about the branches of the tree. For example, at a certain stage in the development of the practice, everyone agrees that courtesy, described most abstractly, is a matter of respect. But there is a major division about the correct interpretation of the idea of respect. One party thinks respect, properly understood, should be shown to people of a certain rank or group more or less automatically, while the other thinks respect must be deserved person by person (DWORKIN, 1986, p. 70)

<sup>68</sup> No original: a type of group libel: speech (oral or written) that argues for the mental, physical, and/or ethical inferiority of members of particular historically-oppressed groups (e.g., blacks, women, Jews, and homosexuals).

preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”.

Poderíamos aqui enumerar vários outros conceitos<sup>69</sup>, mas acreditamos que isso não se mostra necessário, já que é possível perceber que todos esses conceitos, em termos gerais, podem ser resumidos da seguinte forma: expressão de ideias, ataques, normalmente contra grupos minoritários ou de alguma outra forma mais vulneráveis da sociedade, visando inferioriza-los em razão de sua religião, da cor de sua pele, do seu sexo biológico, de sua orientação e/ou identidade sexual, de sua nacionalidade etc<sup>70</sup>. Note que esses são apenas alguns conceitos e, por isso, partindo-se da distinção acima colocada entre conceito e concepção, ainda são muito vagos, fazendo-se necessário ainda alguns esclarecimentos adicionais para uma compreensão mais concreta. E, para isso, utilizaremos algumas considerações feitas por Jeremy Waldron em sua obra *The Harm in Hate Speech* (2014). É importante deixar claro desde já que não temos a pretensão de, a partir destas considerações, criar uma fórmula “matemática” onde será possível com precisão dizer sempre o que é e o que não é um discurso de ódio, isso foge ao escopo deste trabalho e acreditamos, inclusive, que fugiria ao escopo de qualquer trabalho minimamente sensato sobre o assunto. É inerente ao Direito a existência de casos difíceis, casos que terão sua margem de incerteza, subjetividade, abrandada somente com uma atuação conjunta entre os poderes do Estado. Isto é, com uma atuação conjunta entre aqueles que criam a lei e aqueles que interpretam e executam para, com o tempo, se criar e sedimentar uma cultura jurídica onde se garanta uma concepção de fato.

Isso posto, e visando uma melhor compreensão do conceito, traremos aqui duas interessantes colocações feitas por Waldron no tópico intitulado *Connotations of ‘Hate Speech’*, ou seja, conotações de discurso de ódio.

---

<sup>69</sup> Segundo a Enciclopédia Britânica: “Hate speech, speech or expression that denigrates a person or persons on the basis of (alleged) membership in a social group identified by attributes such as race, ethnicity, gender, sexual orientation, religion, age, physical or mental disability, and others” (CURTIS, 2018, s/p).

Segundo Robert Mark Simpson “‘Hate speech’ is a term of art in legal and political theory that is used to refer to verbal conduct – and other symbolic, communicative action – which willfully ‘expresses intense antipathy towards some group or towards an individual on the basis of membership in some group’, where the groups in question are usually those distinguished by ethnicity, religion, or sexual orientation” (SIMPSON, 2012, p. 701).

<sup>70</sup> Sabemos e percebemos que existem pequenas diferenças entre esses conceitos que apresentamos, mas no desenrolar dessas páginas conforme fomos aclarando mais o nosso conceito e, com isso, construindo os contornos de nossa concepção, o que concordamos e o que discordamos desses conceitos ficará mais claro.

Um primeiro ponto destacado pelo autor se refere ao termo “ódio” (*hate*). Para Waldron essa palavra pode confundir, sugerindo equivocadamente que o foco seria o sentimento ou emoção por trás do ato de fala, o que não é verdade. Já que se assim fosse estaríamos diante de um indesejado Estado supercontrolador almejando policiar os pensamento e sentimentos das pessoas.

Ainda no tocante a esse ponto, Waldron argumenta que essa confusão conceitual poderia fazer com que as pessoas equivocadamente associem as regulações aos chamados discursos de ódio com os crimes de ódio. E para entender melhor esse equívoco é preciso que esclareçamos o que seriam os crimes de ódio. Para Waldron os chamados crimes de ódio seriam os delitos penais que possuem o elemento psicológico-sentimental como um fator de agravamento penal. Observe que apesar de existir certa conexão entre a legislação que restringem os discursos de ódio e os crimes de ódio, eles, segundo Waldron, levantariam questões distintas. A ideia de crimes de ódio é uma ideia que definitivamente se concentra na motivação, ou seja, trata-se de escolher certas motivações em relação a um assalto ou assassinato, por exemplo, como um fator que irá agravar a pena do sujeito. Contudo, na maioria das leis de discurso de ódio, o ódio é relevante não como a motivação de certas ações, mas como um possível efeito de certas formas de fala. Assim, apesar de relacionadas, são questões distintas. Nesse sentido, apesar de possivelmente existir ódio no discurso do sujeito este não é, não deve ser, a preocupação do Estado. Nos chamados *hate speeches* a preocupação do Estado devem estar não no sentimento pouco nobre de seu emissor, mas sim nos efeitos desse discurso para a sociedade em que ele está inserido e principalmente para as suas vítimas.

O segundo ponto destacado pelo autor está no segundo termo da expressão, isto é, está no termo “discurso” (*speech*) que para ele também poderia gerar equívocos. Tal termo poderia fazer aparentar que com essa regulação o Estado passaria a policiar as conversas das pessoas. Assim, Waldron destaca que alguns oponentes da regulação do discurso de ódio argumentam que com essa regulação o Estado passaria a regular o que é, por exemplo, dito em uma mesa de bar, ou entre amigos. Contudo, para Waldron este não deve ser o escopo de tais regulações. A preocupação do Estado não deve ser com o efêmero, como o que, por exemplo, é dito no calor de uma discussão. Ele deve se preocupar com aquilo que é perene, ou seja, com “expressões que se tornam permanente ou semipermanente no ambiente visível em que as nossas vidas, e as vidas dos membros

de minorias vulneráveis, precisam ser vividas”<sup>71</sup> (WALDRON, 2014, p. 37). Nesse sentido ele preocupa principalmente com aquilo que é dito de forma refletida, escrito e publicado, ou de alguma outra forma expressa de maneira visível para sociedade<sup>72</sup>.

Veja que com esses breves esclarecimentos já começamos a densificar nossa concepção do que seriam ou o que deveriam ser os chamados discursos de ódio. Contudo, por hora, só demos apenas algumas leves pinceladas, mas pretendemos, no correr dos próximos tópicos e conforme desenvolvermos melhor a matéria, deixar nossa ideia ainda mais clara.

### 2.2.3 O Que Rawls Pensava(ria) Acerca dos Discursos de Ódio?

Como já foi dito anteriormente, John Rawls, apesar de ter tangenciado muito o tema da liberdade de expressão, não se pronunciou expressamente (ou pelo menos não de forma ostensiva) sobre os chamados discursos de ódio<sup>73</sup>. Assim, acreditamos não ser a melhor maneira de abortar a questão especularmos notas de rodapé de sua obra para saber se em algum momento ele, mesmo que *an passant* e sem uma justificativa robusta, disse um sim ou um não para as regulações dos discursos de ódio. Acreditamos que tais especulações não iriam contribuir de forma substancial para a análise da questão, pois, na melhor das hipóteses e caso achemos algo, o máximo que encontraríamos seriam opiniões irrefletidas e superficiais, já que ele não objetivava

---

<sup>71</sup> No original: expressions that become a permanent or semipermanent part of the visible environment in which our lives, and the lives of members of vulnerable minorities, have to be lived.

<sup>72</sup> “No doubt a speech can resonate long after the spoken word has died away [...]. But to my mind, it is the enduring presence of the published word or the posted image that is particularly worrying in this connection; and this is where the debate about ‘hate speech’ regulation should be focused” (WALDRON, 2014, p. 38).

<sup>73</sup> Nesse sentido Colin Macleod (2015): “**Some important controversies about the appropriate contours of free speech are not explicitly addressed by Rawls. He does not discuss obscenity, pornography, hate speech, the free speech rights of children and adolescents, or special issues raised by new technologies (e.g. the internet) that have radically changed the way in which information can be shared, stored, and accessed.** Given the subtlety of Rawls’s approach and the complex judgments about the relation between liberty and the moral powers on which it depends, it is not possible to sketch simple answers to how these matters should be resolved. But it is clear that Rawls’s theory has the resources to offer an analysis of such issues that differs significantly from other liberal approaches that either favor undifferentiated protection of speech or that appeal only to considerations of harm inflicting limits on free speech” (p. 303 – grifo acrescido); e Jeremy Waldron (2014): “I am not asking this Rawlsian question in order to get at John Rawls’s own views in the free speech / hate speech debate. What Rawls says about free speech is set out mainly in an essay entitled “The Basic Liberties and Their Priority” (the final chapter of Political Liberalism), but it is not particularly interesting for our purposes. **It does not address the specific issue of hate speech or group libel.** And it does not follow up on the implications of his own characterization of a well-ordered society in the way that I want to.” (p. 69-70 – grifo acrescido).

tratar do assunto. Diante disso, cremos que a melhor maneira de abordarmos esse nosso desafio de trabalhar os chamados *hate speeches* a luz a filosofia rawlsiana seja, não através de pequenas colocações pontuais, mas sim através um questionamento mais substancial acerca de qual interpretação do direito de liberdade de expressão melhor se adequa e seja mais coerente com os principais pilares da sua teoria da justiça, tal como já esclarecemos no início deste trabalho. Contudo, antes do adentrarmos mais diretamente no cerne desta nossa análise, tentaremos trazer a este trabalho, mesmo não sendo este, pelas razões supracitadas, o objetivo principal, um pouco do que de mais próximo e direto ele (Rawls) disse sobre o tema.

Assim, é necessário dizer inicialmente que Rawls tem como pano de fundo, ou seja, tem como seu marco epistemológico de seu trabalho, a construção de uma teoria ideal de justiça, tal como mais a frente explicaremos melhor. E, a partir deste pano de fundo, é válido lembrar que expressamente ele estabelece que o primeiro princípio, ou seja, o princípio que trata das liberdades básicas é hierarquicamente superior ao segundo, devendo ter prioridade sobre ele, ou seja, as liberdades básicas jamais podem ser restringidas tendo em vista ganhos sociais e econômicos. Esse tipo de troca não é permitido. Em uma sociedade ideal não é permitido que seus cidadãos negociem suas liberdades básicas (e a liberdade de expressão é uma delas) tendo como contrapartida um ganho, uma vantagem, em termos de relações sociais e econômicas. Para Rawls a regulação de uma liberdade básica apenas se justificaria tendo em vista um equilíbrio a ser construído entre as próprias liberdades, ou seja, apesar de uma liberdade básica não poder ser restringida tendo como fundamento um ganho econômico ou social a sua real delimitação ocorre tendo em vista um equilíbrio entre as liberdades. Nesse diapasão, e valendo-nos no momento de um exemplo um pouco mais caricato a fim de evitar quaisquer dúvidas ou divergências, uma pessoa em uma sociedade rawlsiana poderia ser impedida de agredir fisicamente outra tendo em vista a manutenção da integridade física desta outra pessoa, já que também esta integridade é uma das liberdades básicas elencadas por Rawls, tal como igualmente já foi explicitado em tópicos anteriores. E não conclua a partir disso que Rawls defenda um raciocínio utilitarista de maximização das liberdades. Como já também já foi falado Rawls nega esse tipo de maximização e chegou inclusive, por isso, a mudar a formulação do seu primeiro princípio de justiça. Com o lançamento da obra *O Liberalismo Político* o princípio deixou de conter a expressão “mais abrangente sistema de liberdades básicas” para conter “sistema

plenamente adequado de liberdades básicas”. Ou seja, o que ele almeja não é uma maximização utilitária das liberdades básicas, mas um equilíbrio dinâmico entre elas de modo que cada uma delas seja garantida de forma adequada<sup>74</sup>.

Assim, a grande pergunta talvez seja a seguinte: consideraria Rawls a proibição ao discurso de ódio uma regulação justificada à liberdade? Em outras palavras, consideraria ele que uma regulação como essa se justificaria tendo em vista uma necessidade de garantia de outra liberdade básica ou seria apenas ganhos em termos de relações sociais (ou nem isso)? Onde se alocaria esse tipo de regulação a liberdade de expressão?

E no tocante a essa questão em específico, apesar de que, como dissemos acima, ele não ter falado nada de forma expressa e direta, acreditamos que ele, caso fosse inquirido para dar uma resposta rápida sobre o tema, seria contra esse tipo de restrição a liberdade de expressão. Não obstante ao fato de não acreditarmos ser essa a posição mais coerente com sua teoria. Contudo, essa é apenas uma pequena especulação sobre o que ele teria dito de forma mais imediata tendo em vista as razões que agora esclareceremos<sup>75</sup>, pois de fato, pelo que nos consta, ele não se pronunciou a respeito.

---

<sup>74</sup> E ainda na Teoria da Justiça Rawls parece perceber isso quando diz: “Finally, it should be noted that even when the freedom of the intolerant is limited to safeguard a just constitution, **this is not done in the name of maximizing liberty. The liberties of some are not suppressed simply to make possible a greater liberty for others.** Justice forbids this sort of reasoning in connection with liberty as much as it does in regard to the sum of advantages. **It is only the liberty of the intolerant which is to be limited, and this is done for the sake of equal liberty under a just constitution the principles of which the intolerant themselves would acknowledge in the original position**” (RAWLS, 1999, p. 193 – grifo acrescido).

<sup>75</sup> No mesmo sentido Waldron (2014) coloca: “**There is some speculation in the Rawls literature about what his view on hate speech might have been, or what implications his other more abstract views might have for this issue. But that discussion is mostly inconclusive. The closest Rawls gets to the issues we are addressing in this book is in a discussion of seditious libel, where he insists — in line with American free-speech orthodoxy — that a well-ordered society will be one in which anything and everything may be published, even things which tend to question the basic principles of a given society. Subversive advocacy, he says, must be permitted.** But I am not sure whether Rawls thinks this should extend even to advocacy against the fundamentals of justice—for example, to attempts to advocate publicly for the exclusion or subordination of a given group, or their disenfranchisement, segregation, enslavement, concentration, deportation, or whatever. He does not discuss this; he does not consider the status of speech or publication that, in its content and tone, runs counter to the assurances that citizens are supposed to have of one another’s commitment to equality. **But I suspect Rawls would not have dissented from First Amendment**” (p. 70-71 – grifos acrescidos); “As I said in Chapter 1, my aim is not directly to advocate hate speech laws in the United States, but to understand the case for them in the societies that have them. And certainly whatever case I am making is not Rawlsian, really. **As I said, I imagine that Rawls, like many of his close friends, was opposed to laws of this kind.** But I have used a Rawlsian framework because I think that his abstract conception of a well-ordered society is very useful for deepening our understanding, in the American case, of what might be at stake on one side of the hate speech debate” (p. 103 – grifo acrescido).

Lembremos da parte que tratamos da tolerância e o interesse comum e da tolerância para com os intolerantes. No primeiro ponto (tolerância e o interesse comum) citamos uma passagem em que Rawls compara as posições de São Tomás de Aquino com a posição de Rousseau. Nesta parte da obra *A Theory of Justice* (1999, p. 186-190) Rawls percebe uma importante diferença entre o pensamento desses dois filósofos. Enquanto para Rawls a defesa de São Tomás de Aquino de morte aos hereges é completamente contrária à garantia da igual liberdade de consciência assegurada pelo seu primeiro princípio, a intolerância de Rousseau com os católicos não se mostrava tão contrária assim. Diferentemente de Aquino que tinha uma justificativa de cunho religioso para a questão, Rousseau argumentava de uma forma neutra e política. Rousseau não queria tolerar religiões que defendiam o brocado *fora da igreja não há salvação*, pois para ele esse tipo de defesa não seria bom para a ordem pública. Veja que o motivo apresentado por Rousseau não é a proteção de sua fé, mas sim a manutenção da ordem social. A discordância que Rawls tem com Rousseau não é em relação ao seu argumento em abstrato, mas em relação ao limite em concreto estabelecido por ele. Rawls não acredita que a simples defesa do brocado *fora da igreja não há salvação* seja suficientemente perigosa para romper com ordem pública dessa maneira. Para ele é necessário algo mais<sup>76</sup>. Ou seja, a diferença está nos limites da tolerância-intolerância, na linha divisória, e não na intolerância em si, pois Rawls acredita que devam existir limites.

Já quando falamos da tolerância para com os intolerantes em Rawls (1999, p. 190-194), dissemos que apesar do intolerante não ter o direito de se queixar caso seja vítima de intolerância<sup>77</sup>, o tolerante só teria o direito de não tolerar a intolerância por si

---

<sup>76</sup> Nas palavras do autor: “There is, however, an important difference between Rousseau and Locke, who advocated a limited toleration, and Aquinas and the Protestant Reformers who did not. Locke and Rousseau limited liberty on the basis of what they supposed were clear and evident consequences for the public order. If Catholics and atheists were not to be tolerated it was because it seemed evident that such persons could not be relied upon to observe the bonds of civil society. Presumably a greater historical experience and a knowledge of the wider possibilities of political life would have convinced them that they were mistaken, or at least that their contentions were true only under special circumstances. But with Aquinas and the Protestant Reformers the grounds of intolerance are themselves a matter of faith, and this difference is more fundamental than the limits actually drawn to toleration. For when the denial of liberty is justified by an appeal to public order as evidenced by common sense, it is always possible to urge that the limits have been drawn incorrectly, that experience does not in fact justify the restriction. Where the suppression of liberty is based upon theological principles or matters of faith, no argument is possible. The one view recognizes the priority of principles which would be chosen in the original position whereas the other does not” (RAWLS, 1999, p. 190).

<sup>77</sup> Nas palavras do autor: “Beginning with the first question, it seems that an intolerant sect has no title to complain when it is denied an equal liberty. At least this follows if it is assumed that one has no title to

mesmo, por suas próprias razões, e não pelo outro, não pela intolerância em si. Ou seja, tolerante para tomar qualquer atitude deve se pautar em seus próprios princípios para isso. E o fato de outros não seguirem esses princípios não o exime de seu dever para com eles. E não seria, segundo os princípios rawlsianos, unicamente pelo fato de uma pessoa ser intolerante que ela deva ser censurada. Deve existir uma razão a mais para isso. Para Rawls, a liberdade dos intolerantes só deve ser restringida “quando os tolerantes, de forma sincera e com razão, acreditam que sua própria segurança e de suas instituições de liberdade estão em perigo”<sup>78</sup> (RAWLS, 1999, p. 193 – tradução nossa). Mas o que seria isso (?), abrangeria os discursos de ódio? Rawls não responde. Fala apenas na garantia do princípio da autopreservação, que determina que “a justiça não exige que os homens permaneçam inertes, enquanto outros destroem os fundamentos de sua existência”<sup>79</sup> (RAWLS, 1999, p. 192 – tradução nossa).

Tal ideia nos faz lembrar algumas considerações feitas por ele no livro *Political Liberalism* (1993) quando no tópico intitulado “As Liberdade Fundamentais e sua Prioridade” ele trata da expressão política livre e da regra do perigo claro e presente.

Ao tratar da expressão política livre Rawls (1993, p. 342) elenca três pontos que, segundo ele, são de extrema importância para uma democracia: 1) a não existência do crime de libelo sedicioso<sup>80</sup>; 2) a não existência de restrições prévias a imprensa; e 3) a proteção da defesa de doutrinas revolucionárias e subversivas.

É importante perceber que há um núcleo em comum entre esses três pontos, qual seja, uma grande desconfiança do poder estatal. Algo que, como analisamos alhures remete a épocas em que imprensa ainda não era tão forte e o grande inimigo da expressão política ainda era apenas o Estado<sup>81</sup>. Sob esta perspectiva, que remete principalmente ao século XIX e anteriores<sup>82</sup>, era inimaginável pensar o Estado como um instrumento da democracia e não como um antagonista. Lembrem-se agora das considerações que fizemos ao tratar das diferenças existentes entre os casos New York

---

object to the conduct of others that is in accordance with principles one would use in similar circumstances to justify one’s actions toward them. A person’s right to complain is limited to violations of principles he acknowledges himself” (RAWLS, 1999, p. 190).

<sup>78</sup> No original: “when the tolerant sincerely and with reason believe that their own security and that of the institutions of liberty are in danger”.

<sup>79</sup> No original: “justice does not require that men must stand idly by while others destroy the basis of their existence”.

<sup>80</sup> No âmbito norte-americano, o libelo sedicioso remete ao Ato de Sedição de 1798 que se criminalizavam declarações falsas contra o governo federal.

<sup>81</sup> O grande Leviatã apesar de já haver sido domesticado ainda era vista com muita desconfiança.

<sup>82</sup> Com algumas incidências na primeira metade do século vinte.

Times v. Sullivan e o caso Red Lion Broadcasting Co, Inc. v. FCC. Em Red Lion se garante a constitucionalidade da Doutrina da Equidade que permite o Estado intervir, não como uma entidade inimiga da democracia, mas, contrariamente a isso, visando à garantia de uma pluralidade maior do discurso e a um estímulo mais justo do mercado de ideias.

Assim, para evitar interpretações equivocadas, acreditamos que a melhor maneira de entender esses três pontos colocados por Rawls é enxergá-los aos olhos de uma sociedade que ainda vê o Estado como grande inimigo da liberdade de expressão e imprensa, sendo toda essa desconfiança produto de um passado onde a imprensa não tinha tanto poder e o Estado ainda exercia muito controle sobre ela.

Sob essa perspectiva podemos costurar esses três pontos. Ou seja, quer-se liberdade para criticar o Estado, seu sistema político e seus governantes. Analisando sobre essa perspectiva esses pontos fazem mais sentido. E, ao falar sobre eles, Rawls cita vários casos da jurisprudência norte-americana. O que nos clarifica melhor o que ele tinha em mente quando colocou esses pontos.

Explicamos em primeiro lugar o caso Schenck v. United States (1919, 249 U.S. 47). Durante a Primeira Guerra Mundial, o governo federal impôs o recrutamento para o serviço militar. Opondo-se ao projeto, o Comitê Executivo do Partido Socialista na Filadélfia autorizou o Secretário-Geral Charles Schenck a imprimir e distribuir 15 mil folhetos ao público. Os socialistas declararam que a proibição da Décima Terceira Emenda contra a servidão involuntária significava que o recrutamento era inconstitucional e não devia ser obedecido. Ocorre porém que, pouco antes o Congresso havia aprovando o Ato de Espionagem visando proibir condutas prejudiciais ao esforço de guerra. Sendo Schenck condenado por violar este ato. Contudo, não conformando com tal condenação, apelou sob o argumento de que o estatuto violaria a Primeira Emenda da Constituição. A Suprema Corte Americana, por sua vez, em uma decisão unânime discordou de sua argumentação e manteve a condenação. Nessa decisão o juiz Oliver Wendell Holmes, Jr. entendeu pela existência de um perigo claro e presente, tendo em vista que os Estados Unidos naquele momento se encontrava em guerra.

Outro caso importante de se mencionar, em especial pela mudança de posição por parte do Juiz Holmes, é o Abrams v. Estados Unidos (1919, 250 U.S. 616). Em 1918, os Estados Unidos participaram de uma operação militar em solo russo contra a Alemanha após a revolução russa derrubar o regime czarista. Os imigrantes russos nos

EUA interpretaram esse uso da força em seu país de origem como um esforço para minar o novo governo soviético. Diante disso, eles divulgaram panfletos com um pedido de greve geral nas fábricas de munição, o que prejudicaria o esforço de guerra dos Estados Unidos. E, devido a tal ato, Jacob Abrams também foi acusado de violar a Lei de Espionagem. E, apesar da dissidência do Juiz Holmes e do Juiz Brandeis, ele foi condenado pela Suprema Corte Americana. Holmes, aparentemente mudando de posição, escreveu em sua dissidência que, embora o panfleto exigisse a cessação da produção de armas, não tinha a intenção necessária de incapacitar ou prejudicar os Estados Unidos no processo da guerra contra a Alemanha. O réu apenas se opusera à intervenção dos Estados Unidos na guerra civil russa. Por conseguinte, eles não teriam, segundo Holmes, a intenção específica de cometer o crime de obstruir o esforço de guerra, pelo menos não no tocante a guerra que estava em andamento.

Alguns anos depois a Suprema Corte enfrenta *Gitlow v. New York* (1925, 268 U.S. 652) que tem como base e foi precedido pelos seguintes acontecimentos. Depois que o presidente William McKinley ter sido assassinado por um anarquista em Buffalo em 1901, o estado de Nova York aprovou a Lei da Anarquia Criminal. Anos depois (em 1919), um socialista chamado Benjamin Gitlow, e tendo como base esse ato normativo, foi acusado pela publicação de um ensaio no jornal denominado Manifesto da Esquerda. Isso ocorreu pouco depois da Revolução Bolchevique na Rússia, no momento em que os EUA estavam especialmente preocupados com o surgimento do socialismo e do comunismo internacional. E Gitlow foi condenado de acordo com esta lei, apesar de argumentar que o seu ensaio era mais uma discussão objetiva e geral das tendências históricas do que um apelo à ação atual. Sentenciado e condenado, ele cumpriu dois anos, antes de ser concedida a fiança como parte de sua moção para recorrer. No entanto, o tribunal de apelação de Nova York confirmou sua condenação. Quando seu processo chega à Suprema Corte ele é novamente condenado, mas igualmente aqui não existe unanimidade entre os membros da corte. Nesse caso, apesar da maioria da Corte ter novamente optado pela condenação, mais uma vez Holmes e Brandeis dissentiram em seus votos, argumentando que Gitlow não apresentava nenhum perigo grave e presente, já que apenas uma pequena minoria de pessoas compartilhava os pontos de vista apresentados no manifesto, e ele se referia um levante em algum tempo indefinido no futuro.

Para finalizar com algumas das citações feitas por Rawls, é não podemos deixar de mencionar o caso *Brandenburg v. Ohio*, (1969, 395 U.S. 444). Neste caso um líder da Ku Klux Klan em Ohio, Clarence Brandenburg, pediu a um repórter de Cincinnati para cobrir uma manifestação do grupo no condado de Hamilton. As filmagens capturaram pessoas que queimavam uma cruz (ato simbólico da Ku Klux Klan) e faziam discursos em suas habituais vestes brancas com capuz. Os discursos mencionaram uma vingança contra os afro-americanos e contra os judeus. Eles também criticaram o presidente, o Congresso e o Supremo Tribunal por supostamente conluíarem-se com os não brancos contra os brancos. Uma vez que esta filmagem se tornou pública, as autoridades de Ohio, tendo como base o *Criminal Syndicalism Statute*, acusaram Brandenburg (que havia feito um dos discursos) de instigar a violência. Valendo alertar que essa lei data da Primeira Guerra Mundial e respondeu às preocupações de então contra os movimentos sindicais anarquistas, socialistas e comunistas. Brandemburgo foi condenado e após vários recursos seu processo chegou a Suprema Corte que o absolveu declarando que o citado estatuto violaria a primeira emenda da constituição.

Veja que Brandemburgo é um caso que, em termos fáticos, poderíamos considerar estarmos diante de um discurso de ódio. Temos um membro da Klu Klux Klan, Clarence Brandenburg, proferindo ataques discursivos contra a população negra e a comunidade judaica dos Estados Unidos. Todavia, Rawls interpretou esse fato da seguinte maneira. Estamos diante de uma defesa de uma política revolucionária e subversiva e, assim sendo, bem agiu a Suprema Corte ao alocar tal discurso sob o manto de proteção da primeira emenda, ou seja, sob o amparo da liberdade de expressão. Sendo este talvez o ponto mais próximo que Rawls chega de uma defesa a uma não regulação dos discursos de ódio. Tal como percebido por Waldron ao falar que:

O mais próximo que Rawls chega dos problemas que abordamos neste livro está em uma discussão do libelo sedicioso, onde ele insiste - de acordo com a ortodoxia americana da liberdade de expressão - que uma sociedade bem-ordenada será aquela em que toda e qualquer coisa pode ser publicado, mesmo coisas que tendem a questionar os princípios básicos de uma determinada sociedade. A advocacia subversiva, diz ele, deve ser permitida<sup>83</sup> (WALDRON, 2014, p. 70 – tradução nossa).

<sup>83</sup> No original: The closest Rawls gets to the issues we are addressing in this book is in a discussion of seditious libel, where he insists — in line with American free-speech orthodoxy — that a well-ordered society will be one in which anything and everything may be published, even things which tend to question the basic principles of a given society. Subversive advocacy, he says, must be permitted.

Contudo, atente-se para o fato de que todos os casos que acabamos mencionar, de alguma forma e mesmo que indiretamente, possui uma relação com doutrinas socialistas, comunistas e anarquistas. No primeiro deles Charles Schenck estava panfletando em nome do Partido Socialista da Filadélfia. No caso Abrams a preocupação era que o movimento de tropas americanas no solo Russo pudesse interferir no desenrolar da Revolução Russa de 1917. No caso Gitlow, existiu, anos antes, a morte do presidente William McKinley por um anarquista, que influenciou a promulgação de uma lei contra a anarquia criminal, bem como não pode deixar de ser dito que o fato em si ocorreu pouco depois da Revolução Bolchevique, ou seja, no momento em que os EUA estavam especialmente preocupados com o surgimento do socialismo e do comunismo internacional. Por fim, no caso Brandenburg a condenação teve como base uma lei contra o sindicalismo criminoso. Que como bem observa Júlio Barroso a expressão sindicalismo criminoso “no contexto legal estadunidense, identifica(va) de modo eufemístico os instrumentos legais de repressão aos movimentos sindicais de inspiração socialista, comunista e anarquista” (SILVA, 2009, p. 103). Ou seja, como havia dito, em todos eles a figura do movimento socialista que tanto amedrontou e amedronta os norte-americanos de alguma forma aparece. E isso é algo importante de se notar. Porque se olharmos os casos sob esta perspectiva Rawls em sua defesa da livre expressão política está completamente certo. Ao analisar esses casos ele – Rawls – foi contra as condenações de Schenck, Abrams e Gitlow pela Suprema Corte e a favor da corte no caso Brandenburg quando ela decidiu absolvê-lo, ou seja, louvou sua mudança de posição. E realmente não poderíamos pensar uma democracia onde não seja possível manifestações políticas pró ou contra movimentos políticos de direita ou de esquerda. Em grande medida discussões como esta formam um dos principais pilares do direito de livre expressão política.

Ao explicar o *topoi* “perigo claro e presente”, termo muito mencionado na fundamentação destes casos, Rawls diz que para que tal regra se adeque com a prioridade da liberdade exigida por sua Teoria da Justiça ela deve ser interpretada da seguinte forma. É preciso separar o que ele Rawls (1993, p. 354) denominou “crise constitucional do tipo necessária” de uma emergência onde exista “uma ameaça presente e previsível de sérios danos políticos, econômicos e morais, ou até de destruição do Estado”.

O essencial é reconhecer a diferença entre o que chamarei de "uma crise constitucional do tipo necessária" e uma emergência onde existe uma ameaça presente ou previsível de graves danos políticos, econômicos e morais, ou mesmo de uma destruição do estado. Por exemplo, o fato de que o país está em guerra e tal emergência existe não implica que uma crise constitucional do tipo necessário também exista. A razão é que restringir ou suprimir o discurso político livre, inclusive advocacia subversiva, implica sempre pelo menos uma suspensão parcial da democracia. Uma doutrina constitucional que dá prioridade ao discurso político livre e a outras liberdades básicas deve garantir que a imposição de tal suspensão exige a existência de uma crise constitucional em que as instituições políticas livres não possam efetivamente operar ou tomar as medidas necessárias para se preservarem. Uma série de casos históricos ilustram que as instituições políticas democráticas livres operaram efetivamente para tomar as medidas necessárias em emergências graves sem resistir a um discurso político livre; e em alguns casos em que tais restrições foram impostas, eram desnecessárias e não contribuíam para atender a emergência. Não é suficiente que aqueles com autoridade digam que existe um grave perigo e que eles estão tomando medidas efetivas para preveni-lo. Um conceito bem projetado inclui procedimentos democráticos para lidar com emergências. Assim, como uma questão de doutrina constitucional, a prioridade da liberdade implica que o discurso político livre não pode ser restringido, a menos que possa ser argumentado de forma razoável e a partir da natureza específica da situação presente, que existe uma crise constitucional em que as instituições democráticas não podem funcionar efetivamente e seus procedimentos para lidar com emergências não podem ser operados. (RAWLS, 1993, p. 353-354 – tradução nossa)<sup>84</sup>.

Assim, em resumo e nos termos do trecho supracitado, apenas uma crise constitucional do tipo necessária que justificaria uma restrição a livre expressão política. Emergências ocasionais (guerras, desastres naturais, crises econômicas etc.) por mais graves que sejam, e contanto que as instituições políticas e jurídicas da sociedade estejam funcionando bem, não justificaria uma restrição da prioridade de livre manifestação política.

---

<sup>84</sup> No original: "The essential thing is to recognize the difference between what I shall call "a constitutional crisis of the requisite kind" and an emergency in which there is a present or foreseeable threat of serious injury, political, economic, and moral, or even of the destruction of the state. For example, the fact that the country is at war and such an emergency exists does not entail that a constitutional crisis of the requisite kind also exists. The reason is that to restrict or suppress free political speech, including subversive advocacy, always implies at least a partial suspension of democracy. A constitutional doctrine which gives priority to free political speech and other basic liberties must hold that to impose such a suspension requires the existence of a constitutional crisis in which free political institutions cannot effectively operate or take the required measures to preserve themselves. A number of historical cases illustrate that free democratic political institutions have operated effectively to take the necessary measures in serious emergencies without restricting free political speech; and in some cases where such restrictions have been imposed they were unnecessary and made no contribution whatever to meeting the emergency. It is not enough for those in authority to say that a grave danger exists and that they are taking effective steps to prevent it. A well-designed constitution includes democratic procedures for dealing with emergencies. Thus as a matter of constitutional doctrine the priority of liberty implies that free political speech cannot be restricted unless it can be reasonably argued from the specific nature of the present situation that there exists a constitutional crisis in which democratic institutions cannot work effectively and their procedures for dealing with emergencies cannot operate".

Dito isso, é preciso fazer algumas considerações sobre esse raciocínio estruturado por Rawls.

É possível que exista um ponto cego (ou pelo menos mal desenvolvido, mal explicado) na argumentação de Rawls, principalmente no tocante a parte final do seu raciocínio. No nosso entendimento, a melhor maneira de interpretar a sua colocação que somente uma crise constitucional do tipo necessária justificaria uma restrição a livre manifestação política, é que somente nesse contexto de crise onde a estrutura básica da sociedade não mais funcione como deveria, é que a prioridade das liberdades básicas pode ser revista. Ou seja, aqui ele não está falando de uma interpretação das liberdades básicas de modo adequado e afim de que uma se harmonize com a outra, ou seja, ele não está falando de regulação. Não é isso. A questão aqui não é em relação aos contornos das liberdades, mas em relação a sua negação. Em um contexto de crise das instituições democráticas onde um Estado (mesmo que momentaneamente) deixe de ser ideal e assim algumas das liberdades básicas poderiam ser restringidas. É a isso que ele se refere. Seria descabido exigir uma crise constitucional para uma simples compatibilização das liberdades básicas, pois esse tipo de coisa acontece todo tempo. A interpretação das liberdades em uma sociedade ideal é um processo constante e dinâmico. Na interpretação adequada não existe restrição no sentido de negação, o que existe é uma adequação, uma compatibilização de uma liberdade com outra, sem o rompimento de hierarquia existente entre os princípios. O que não pode acontecer em uma sociedade ideal é a sua negação, isso sim necessita de uma grave crise constitucional. E, do trecho que acabamos de citar, deem especial atenção ao seguinte ponto:

Assim, como uma questão de doutrina constitucional, **a prioridade da liberdade** implica que o discurso político livre não pode ser restringido, a menos que possa ser argumentado de forma razoável e a partir da natureza específica da situação presente, que existe uma crise constitucional em que as instituições democráticas não podem funcionar efetivamente e seus procedimentos para lidar com emergências não pode operar<sup>85</sup> (RAWLS, 1993, p. 353-354 – tradução nossa e grifo acrescido).

---

<sup>85</sup> No original: Thus as a matter of constitutional doctrine the priority of liberty implies that free political speech cannot be restricted unless it can be reasonably argued from the specific nature of the present situation that there exists a constitutional crisis in which democratic institutions cannot work effectively and their procedures for dealing with emergencies cannot operate.

Essa mudança de perspectiva na forma de encarar a questão (negação ↔ adequação) é de suma importância para a correta interpretação matéria. Sendo esse o pano de fundo, e voltando-nos novamente para a divergência existente entre Rousseau e Rawls: qual é o limite da liberdade de expressão tendo em vista sua adequação com as outras liberdades existentes (em especial podemos destacar a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física, ou seja, integridade da pessoa)<sup>86</sup>? Sendo essa talvez a principal questão do nosso trabalho.

Outro ponto da argumentação de Rawls que precisa ser refletido diz respeito ao caso *Brandenburg*. Não se pode deixar de dizer que este caso, devido as suas peculiaridades, deve ser analisado com bastante cautela, pois, apesar de seus fatos poderem ser facilmente enquadrados como um discurso de ódio, o estatuto normativo que deu base a condenação de Clarence não pode ser assim tão facilmente encarado como uma norma que tem os discursos de ódio como objeto. Ou seja, o objetivo dele não era regular a expressão ideias, contra grupos minoritários da sociedade, visando inferioriza-los em razão de sua religião, da cor de sua pele, do seu sexo biológico, de sua orientação e/ou identidade sexual etc. O seu nicho era outro, ele objetivava desmantelar o movimento sindical de esquerda, o que, como dissemos, é algo bastante questionável, pois não se pode tentar impedir a expressão de ideias políticas dessa maneira.

E, diante disso, não é possível concluir que todos aqueles que elogiam e defendem a decisão da Suprema Corte Norte-americana no caso *Brandenburg v. Ohio* são, só por isso, contra a regulação ou restrição dos *hate speeches*. É perfeitamente possível alguém concordar com a decisão da corte (mesmo sendo contra esse tipo de discurso e torcer pela sua regulamentação), sob o argumento que a lei sob a qual Clarence era imputado, por razões outras, era inconstitucional. Em grande medida essa posição nos parece ser bastante razoável.

Por fim, para finalizar esse tópico é válido dizer que, apesar de Rawls não ter se posicionado expressamente sobre o assunto, alguns interpretes dele o fizeram. Nesse

---

<sup>86</sup> Nos termos do autor: political liberty (the right to vote and to hold public office) and freedom of speech and assembly; liberty of conscience and freedom of thought; freedom of the person, which includes freedom from psychological oppression and physical assault and dismemberment (integrity of the person); the right to hold personal property and freedom from arbitrary arrest and seizure as defined by the concept of the rule of law (RAWLS, 1999, p. 53).

sentido está Samuel Freeman que ao falar da prioridade da liberdade no capítulo dois de seu livro *Rawls* assim coloca:

Que tipos de restrições às liberdades básicas são permitidas pela prioridade da liberdade? Sob a liberdade de pensamento e expressão, considere o exemplo do juiz Holmes de falsamente gritar-se fogo em um teatro escuro e cheio de gente que pode ser interpretado como uma forma ilegal de fala, pois seus efeitos põem em perigo a vida das pessoas. Melhores exemplos seriam restrições ao discurso incitando as pessoas ao tumulto ou retaliação violência, ou criando medo de danos corporais. As conspirações para cometer crimes podem ser restritas, assim como ameaças violentas para os indivíduos, pois comprometem a liberdade e a integridade da pessoa. **O chamado "discurso de ódio" é diferente, uma vez que, embora ofensivo, não põe em perigo as liberdades básicas**<sup>87</sup> (FREEMAN, 2007, p.37 – grifo acrescido e tradução nossa).

No mesmo sentido esta Robert S. Taylor em artigo intitulado *Hate Speech, the Priority of Liberty, and the Temptations of Nonideal Theory*:

A liberdade de expressão, como condição necessária para a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento, certamente é uma dessas liberdades básicas mais essenciais, e a história do pensamento liberal assume sua centralidade: pensadores liberais que vão desde **John Stuart Mill até Rawls e Thomas Scanlon, pelo menos em relação à liberdade de expressão, adotaram o "extremismo em defesa da liberdade", e seus argumentos a seu favor protegeriam o discurso do ódio tal como eu o definisse acima. Portanto, assumirei para o restante deste artigo que os liberais de todas as espécies são ou devem ser libertários civis em relação à fala, incluindo o discurso de ódio**<sup>88</sup> (TAYLOR, 2012, p. 355 – tradução nossa e grifo acrescido).

Assim, terminamos o presente tópico mais uma vez reafirmando que, apesar de não existir nada completamente conclusivo, a nossa sugestão é que caso Rawls fosse inquerido a uma resposta rápida acerca de uma regulamentação da liberdade de expressão que vise a uma restrição dos discursos de ódio, ele seria contra tal tipo de

<sup>87</sup> No original: What kinds of restrictions on basic liberties are permitted by the priority of liberty? Under freedom of thought and expression, consider Justice Holmes's example that falsely shouting fire in a dark crowded theater can be made an illegal form of speech, since its effects endanger people's lives. Better examples would be restrictions on speech inciting people to riot or retaliatory violence, or creating fear of bodily harm. Conspiracies to commit crimes can be restricted, as can violent threats to individuals, for they jeopardize freedom and integrity of the person. So-called "hate speech" is different, since, though offensive, it does not immediately endanger basic liberties.

<sup>88</sup> No original: "Freedom of speech, as a requisite enabling condition for both liberty of conscience and freedom of thought, is surely one of these more essential basic liberties, however, and the history of liberal thought bears out its centrality: liberal thinkers ranging from John Stuart Mill to Rawls and Thomas Scanlon have adopted 'extremism in defense of liberty' with respect to free speech, at least, and their arguments in its favor would protect hate speech as I defined it above. I will therefore assume for the remainder of this paper that liberals of all stripes either are or should be civil libertarians with respect to speech, including hate speech".

regulamentação. Não obstante, como explicaremos melhor no próximo tópico, não cremos ser esta a posição mais coerente com sua Teoria da Justiça.

Como vimos, existem várias maneiras de se encarar a questão. Se pensarmos em uma restrição à liberdade de expressão pura e simples, sem termos como pano de fundo um equilíbrio entre as liberdades básicas existentes, então Rawls deixar claro que precisaríamos de uma justificativa forte para tanto. O pressuposto fático que justificaria um tipo de restrição como esta à liberdade de expressão seria, e usando a expressão do próprio autor, “uma crise constitucional do tipo necessária”. E uma sociedade com uma crise como esta, no nosso entendimento, já não pode ser mais considerada como sendo uma sociedade bem-ordenada, ou pelo menos poderíamos afirmar que estaria com esta boa ordenação temporariamente comprometida, algo atrapalha a estrutura dessa sociedade de modo a comprometer seus pressupostos. Como já foi dito, para uma sociedade ser considerada bem-ordenada ela deve possuir três características: 1) uma concepção pública de justiça (que no caso do Rawls são seus princípios); 2) uma estrutura básica que respeita e promove esta concepção; e 3) cidadãos que possuam um senso de justiça que lhes permitam compreender e aplicar essa concepção. Já para uma crise constitucional do tipo necessária é preciso, nas palavras do autor, que “as instituições políticas livres não possam efetivamente operar ou tomar as medidas necessárias para se preservarem” (RAWLS, 1993, p. 354 – tradução nossa)<sup>89</sup>. Aqui, por alguma razão que ele não especifica, parte da estrutura básica da sociedade não está conseguindo fazer-se valer o que, segundo ele, poderia justificar uma quebra da prioridade das liberdades básicas<sup>90</sup>.

Uma outra possibilidade de encarar a questão é a de que uma proibição dos discursos de ódio não seria uma negação pura e simples da liberdade de expressão, uma negação do primeiro princípio, mas sim a sua devida aplicação, ou seja, seria apenas uma regulação e não uma restrição. Contrariando ao proposto por Freeman no trecho supracitado, poderíamos pensar que os chamados *hate speeches* colocariam sim em

---

<sup>89</sup> No original: “free political institutions cannot effectively operate or take the required measures to preserve themselves”.

<sup>90</sup> Lembrem-se de quando, ao tratarmos da tolerância para com os intolerantes, afirmamos com base em Rawls, que, caso surja no seio de uma sociedade um grupo com uma ideologia intolerante este grupo não poderia ser tão forte a ponto de poder impor sua vontade de forma imediata, nem crescer a uma velocidade que as estruturas sociais não consigam conter. Nessa situação, como podemos ver a partir dessas novas informações que agora colocamos, estaríamos diante de uma crise constitucional, onde as instituições democráticas não são capazes agir a tempo, o que justificaria a restrição da liberdade em si, uma quebra da sua prioridade.

perigo as liberdades básicas e um esquema plenamente adequado justificaria sim a restrição desse tipo de discurso.

Assim, a partir do próximo tópico, passaremos a analisar cada uma dessas possibilidades explicando melhor o porquê e o contexto onde uma regulação a liberdade de expressão com uma possível restrição aos discursos de ódio não se mostraria incompatível com a Teoria da Justiça de rawlsiana.

## 3 Os Discursos de Ódio em Sociedades Bem-Ordenadas e em Sociedades Reais

### 3.1 Teorias Ideais e Não Ideais de Justiça

Existe uma grande diferença entre se discutir acerca dos discursos de ódio em uma sociedade bem-ordenada, nos termos propostos por Rawls, e se discutir sobre esses mesmos discursos em uma sociedade real, e essa diferença será o reflexo das diferenças existentes entre as chamadas teorias ideais (ou transcendentais) e teorias não ideais de justiça. Assim sendo, antes de iniciar nossa discussão sobre a regulação dos chamados discursos de ódio em sociedades reais e em sociedades bem-ordenadas, faremos uma breve explicação sobre as diferenças existentes (e as respectivas consequências disso) entre as teorias ideais e não ideais de justiça. Esclarecendo que não almejamos nessas curtas explanações trazer a tona todas as possíveis questões atinentes a essa dicotomia, mas tão somente algumas colocações que podem ser úteis para uma melhor análise do nosso objeto de estudo.

Uma teoria ideal de justiça inquirir acerca de quais princípios de justiça regulariam uma sociedade perfeitamente (ou quase perfeitamente) justa. Enquanto uma teoria não ideal de justiça se preocuparia com quais princípios se adotar sob condições menos felizes (*less happy conditions*) (RAWLS, 1999, p. 216 e STEMPOWSKA; SWIFT, 2014, p. 112).

Segundo Zofia Stemplowska e Adam Swift (2014) a teoria ideal de Rawls remeteria a três premissas idealizadoras. Em primeiro lugar Rawls (2001, p. 13) parte do pressuposto de uma aquiescência, conformidade estrita (*strict compliance*), isto é, para Rawls quase todos os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada aquiescem com os princípios da justiça estabelecidos. E, sob esse pressuposto, os cidadãos compartilham uma mesma concepção de justiça e são motivados a cumpri-la. Em segundo lugar, outra idealização feita por Rawls diz respeito ao que podemos denominar como circunstâncias favoráveis (RAWLS, 1999, p. 216 e RAWLS, 2001, p. 101). Ou seja, são condições (econômicas, tecnológicas e educacionais) que com vontade política tornariam um

regime constitucional possível<sup>91</sup>. Aqui, neste ponto, ele não está analisando a vontade política que, com certeza, faz-se necessária a qualquer regime democrático, mas tão somente as condições históricas, econômicas e sociais. Por fim, em terceiro lugar, a última idealização feita por Rawls diz respeito às contingências derivadas de limitações naturais ou acidentais da vida humana como, por exemplo, a falta de plenas capacidades provenientes ou da idade ou originada por alguma deficiência mental. Sendo essa terceira idealização fortemente criticada Zofia Stemplowska e Adam Swift, haja vista que, mesmo sociedades idealmente perfeitas provavelmente não deixariam de ter crianças ou pessoas com algum tipo de deficiência.

Um outro ponto que devemos destacar da proposta ideal de Rawls é o fato de que, a despeito de todas as suas idealizações, ele ainda almeja o que poderia denominar-se como sendo uma utopia realista (RAWLS, 2001B, p. 12 e SIMMONS, 2010, p. 7). Ele almeja algo que seja mais factível em termos práticos, em oposição, por exemplo, a Cohen (2008) que, com esclarece Hamlin e Stemplowska (2012), almejaria discutir a justiça de uma forma mais “pura”<sup>92</sup>, podendo, por isso, alcançar alguns limites bem extremos. Assim, a questão para Rawls é o que poderia surgir como resultado de nossas escolhas, dados os limites estabelecidos pela nossa natureza moral e psicológica e sobre questões atinentes aos limites das instituições sociais e como os seres humanos podem viver sob elas. Portanto, a teoria ideal rawlsiana examina os limites da possibilidade política praticável. Por óbvio que em alguma medida nós teremos que confiar em conjecturas e especulações, na nossa determinação do que é de fato possível em termos práticos. E o que se considera possível pode ser, em certos aspectos, historicamente relativo. Mas o objetivo de Rawls é, pelo menos em abstrato, fazer em sua teoria ideal apenas suposições realistas<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> A título de ilustração ele afirma que a Alemanha de 1870 a 1945 teria essas condições faltando apenas vontade política

<sup>92</sup> “Indeed, notice that even if we accept, as most political theorists probably do, that the value of justice is constrained by what is feasible – so that a truly unfeasible requirement cannot be a requirement of justice (Miller, 2008) – it would still not follow that in specifying the ideal of justice we must not venture beyond what is feasible. This is because to understand the ideal of justice fully it may be important to ask what justice would require in the absence of the relevant feasibility constraint (Cohen, 2008, pp. 252–4; Mason, 2004).<sup>16</sup> It matters, that is, to our understanding of justice whether some requirement is not a requirement of justice merely because satisfying it is not feasible, or because it would not be required by justice anyway. For example, it may well not be feasible for all parents to give up their children happily. But we do not understand parental justice fully unless we ask whether justice would require this of parents if it became feasible” (HAMLIN; STEMPOWSKA 2012, p. 55).

<sup>93</sup> “Rawls at one point suggests that a realistic utopia concerns the ‘practically possible here and now,’ meaning what is practically possible in the ‘historical conditions of our age.’ The conditions of our specific age include ‘reasonable pluralism’ (with in liberal democracies) and diversity of culture and

Passemos agora as teorias não ideais. Elas, por negação do que dissemos acima acerca das teorias ideais, são aquelas teorias que lidam com uma conformidade apenas parcial ou simplesmente não conformidade<sup>94</sup> em relação aos princípios de justiça e desfrutam de uma sociedade em circunstâncias nem sempre tão favoráveis. Assim, por exemplo, o que fazer caso surja no seio de uma sociedade inicialmente bem-ordenada uma grande grupo de pessoas intolerantes que não partilham dos mesmos ideais de justiça<sup>95</sup>; ou o que fazer quando instituições de uma sociedade promulguem uma lei injusta? Como lidar com as injustiças? Valendo destacar que no primeiro caso, das pessoas intolerantes, a conformidade parcial advém dos cidadãos e no segundo, da lei injusta, a própria estrutura básica da sociedade parece não estar conforme os ditames dos princípios da justiça.

Para entender melhor todas essas possíveis situações a serem enfrentadas pelas teorias não ideais de justiça, haja vista que Rawls não é muito sistemático, organizado, ao tratar do assunto, julgamos ser muito esclarecedor e digno de nota um quadro elaborado por Simmons (2010, p. 17 – tradução nossa) onde ele sistematiza todas as possíveis situações não ideais, suas causas e possíveis soluções:

---

tradition between nations (LOP, pp. 11–12), although neither of these ‘conditions’ seems exactly to concern either human nature or the nature of political and legal institutions. This, of course, reflects Rawls’s concern that his account of social stability in *A Theory of Justice* failed to take adequate note of the ineliminable pluralism of our age—pluralism both within liberal democratic societies and between the nations of the world (Political Liberalism [New York: Columbia University Press, 1993] [here after PL], pp. xv–xviii). And an institutional scheme that is unstable is not ‘practically possible’ (in Rawls’s sense of that idea). As a result, Rawls’s conception of domestic justice is recast in Political Liberalism as a conception that could be accepted by proponents of all of the reasonable ‘comprehensive conceptions of the good’ that are likely to flourish in a liberal society, while his ‘law of peoples’ is similarly fashioned in order to be acceptable to all reasonable nations (or peoples) in the world. Oddly, however, Rawls appears to suggest as well (in the middle of *The Law of Peoples*) that although ‘the specific conditions of our world at any time’ affect the appropriate conclusions of nonideal theory, they should not influence ideal theory (LOP, p. 90)” (SIMMONS, 2010, p. 8).

<sup>94</sup> Em *A Lei dos Povos*, em invés de conformidade parcial, Rawls simplesmente diz não conformidade. (RAWLS, 2001B, p. 90 e SIMMONS, 2010, p. 12).

<sup>95</sup> “Several of the preceding examples involve a less extensive liberty: the regulation of liberty of conscience and freedom of thought in ways consistent with public order, and the limitation on the scope of majority rule belong to this category (§§34, 37) These constraints arise from the permanent conditions of human life and therefore these cases belong to that part of nonideal theory which deals with natural limitations. **The two examples of curbing the liberties of the intolerant and of restraining the violence of contending sects, since they involve injustice, belong to the partial compliance part of nonideal theory.** In each of these four cases, however, the argument proceeds from the viewpoint of the representative citizen. Following the idea of the lexical ordering, the limitations upon the extent of liberty are for the sake of liberty itself and result in a lesser but still equal freedom” (RAWLS, 1999, p. 217-grifo acrescido).

Quadro 1<sup>96</sup>

Teoria Ideal	Teoria Não Ideal
1. Estruturas Básicas	a) Não cumprimento deliberado (injustiça institucional): desobediência civil etc.
	b) Não cumprimento infortuno (pobreza, cultura): a concepção geral.
2. Individuais	a) Não cumprimento deliberado (erros repreensíveis e crimes): punição/reparação.
	b) Não cumprimento infortuno (insanidade, imaturidade): paternalismo.
3. Nações	a) Não cumprimento deliberado (estados fora da lei): guerra justa, intervenção.
	b) Não cumprimento infortuno (sociedades sobrecarregadas): assistência internacional.

Excluindo a questão das nações que se refere à justiça dos povos e que, por ser muito fora de nosso objeto de estudo, não iremos nos aprofundar, Simmons de maneira interessante divide as não idealidades em dois grandes grupos, isto é, aquelas provenientes da estrutura básica e aquelas provenientes dos indivíduos e, dentro de cada um desses grupos ele percebe que o não cumprimento (*noncompliance*) pode ser ou não deliberado, proposital<sup>97</sup>. Assim, no tocante ao primeiro grupo, ou seja, no tocante a

---

<sup>96</sup> No original:

Ideal Theory	Nonideal Theory
1. Basic Structures	a) Deliberate noncompliance (institutional injustice): civil disobedience, etcetera.
	b) Unfortunate noncompliance (poverty, culture): the general conception.
2. Individuals	a) Deliberate noncompliance (wrongs, crimes): punishment/reparation.
	b) Unfortunate noncompliance (insanity, immaturity): paternalism.
3. Nations	a) Deliberate noncompliance (outlaw states): just war, intervention.
	b) Unfortunate noncompliance (burdened societies): international assistance.

<sup>97</sup> E no tocante a esse quadro Simmons esclarece ainda: “There is a final complication, never directly addressed by Rawls. To precisely which agents, we might ask, are the various rules of nonideal theory addressed? Rawls’s comments on nonideal theory might be taken to suggest that the classes of agents who are directed by nonideal theory to respond in certain ways to unjust noncompliance divide as neatly as do the agents responsible for the injustice. Thus, we might take Rawls to be suggesting that where domestic institutions (or the officials occupying institutional positions) are unjust, the required response is from the citizens of that society. Where private individuals act unjustly, it is their domestic institutions that should respond according to the applicable nonideal principles. Where nations are unjust, it is other nations that should respond. But that picture is plainly too simple and just as plainly cannot be what

estrutura básica, se o não cumprimento for deliberado (pensemos, por exemplo, em uma lei injusta ou em uma conduta injusta de um funcionário público) tal ato, segundo Simmons, poderia justificar uma desobediência civil ou a alguma outra forma de resistência a esta determinação contrária aos princípios de justiça. Já se o não cumprimento não for deliberado, ou seja, for provenientes, por exemplo, da pobreza social ou de obstáculos culturais à justiça<sup>98</sup>, a solução proposta seria uma aplicação momentânea da Concepção Geral de Justiça<sup>99</sup>, onde as regras de prioridades podem ser temporariamente deixadas de lado<sup>100</sup>. No segundo grupo, ou seja, nas condutas individuais de não cumprimento as hipóteses são as seguintes. No caso de não

---

Rawls intends. For some kinds of domestic injustice—for instance, serious human rights violations—seem to call for action both by the citizens of the offending society (in the form of disobedience, say) and by other nations (in the form of intervention, say). Indeed, the nonideal theory governing such a case would presumably include as well special rules for the conduct of public officials in the unjust society, and possibly even rules for the conduct of foreign private citizens. So while we have identified six kinds of noncompliance and six corresponding branches of nonideal theory, each of those branches may contain complex sets of principles separately governing the actions of a variety of different classes of agents, including private citizens (and their voluntary associations), public officials, and nations (SIMMONS, 2010, p. 17-18).

<sup>98</sup> Pensemos por exemplo naquele caso em que a estrutura básica da sociedade não consegue prover seus cidadãos de suas mais básicas necessidades tal como colocado por Rawls no seguinte trecho do *Political Liberalism*: “Finally, as one might expect, important aspects of the principles are left out in the brief statement as given. In particular, the first principle covering the equal basic rights and liberties may easily be preceded by a lexically prior principle requiring that citizens’ basic needs be met, at least insofar as their being met is necessary for citizens to understand and to be able fruitfully to exercise those rights and liberties. Certainly any such principle must be assumed in applying the first principle. But I do not pursue these and other matters here (RAWLS, 1993, p. 7).

<sup>99</sup> **The general conception does not give priority to the basic liberties over the fair distribution of other primary social goods.** The primary social goods, once again, are the resources which Rawls’s principle of justice are designed to distribute: rights and liberties, powers and opportunities, income and wealth, and the bases of self-respect (TJ, 62/54 rev.). Rawls in Theory describes these as all-purpose social means that any rational person should want whatever else he or she wants (TJ, 92/79 rev.), and of which it is rational to prefer more rather than less (TJ, 397/349 rev.). Their derivation will be discussed later. The general conception of justice regards all the primary goods as of equal significance and distributes them to benefit everyone equally, allowing for an inequality only if it is to the greater benefit of those who end up with the least. **The general conception applies to the non-ideal case in conditions unfavorable to liberalism and democracy; once a society is able to sustain a liberal constitution the “special conception of justice” applies, giving priority to the equality of basic liberties over other social values, and equality of fair opportunity over the difference principle.** Each society has a duty to seek to establish conditions in which the special conception of justice applies. As Rawls says, “The equal liberties can be denied only when it is necessary to change the quality of civilization so that in due course everyone can enjoy these freedoms” (TJ, 475 rev.). Rawls also thinks that giving priority (or primacy) to the basic equal liberties does not presuppose a high level of income and wealth in society (JF, 47n.). Relatively poor countries, such as India and Costa Rica, can sustain successful democratic governments and societies (FREEMAN, 2007, p. 65 – grifo acrescido).

<sup>100</sup> Nos termos de Simmons: So nonideal theory for the basic structure will deal both with deliberate or avoidable institutional injustice (including unjust conduct by public officials in their application of institutional rules) and with unfortunate noncompliance (due to societal poverty or cultural obstacles to justice), recommending civil disobedience and conscientious refusal (and, in more extreme cases, violent resistance) , recommending civil disobedience and conscientious refusal (and, in more extreme cases, violent resistance) in the former case and temporary institutional adjustments guided by the general conception of justice in the latter (SIMMONS, 2010, 16-17).

cumprimento deliberado, como ocorre, por exemplo, com o cometimento de algum delito ou outros ilícitos<sup>101</sup>, a solução seria a aplicação de punições e a reparação do dano. E, se o não cumprimento ocorrer por razões alheias a uma vontade consciente do indivíduo, como pode ocorrer, por exemplo, com as pessoas durante sua infância e adolescência, já que nessas idades elas não possuem suas capacidades plenamente desenvolvidas, a solução apresentada seria a criação de uma estrutura paternalista onde sua capacidade ou possibilidade de governar seus atos é restringida. O mesmo ocorrendo igualmente com outras pessoas que por algum outro motivo, transitório ou permanente, tenham suas capacidades reduzidas.

Ainda no tocante as diferenciações existentes entre as teorias ideais e não ideais de justiça, outro ponto que merece ser destacado e melhor compreendido é a dicotomia existente entre o que pode ser chamado de teorias de estado final e teorias de transição. Sob essa perspectiva a teoria ideal seria o objetivo final de longo prazo enquanto a teoria não ideal inquiriria como esse objetivo final poderia ser alcançado através de passos graduais. Pela argumentação rawlsiana a teoria ideal faz-se imprescindível na medida em que sem a ciência de um norte, não saberíamos para qual direção seguirmos.

A teoria não ideal pergunta como este objetivo de longo prazo pode, geralmente através passos graduais, ser alcançado ou trabalhado. Ela procura políticas e cursos de ação que sejam moralmente permitidos e politicamente possíveis, bem como de provável efetividade. Assim concebida, a teoria não ideal supõe que a teoria ideal já esteja disponível. Isso porque até que o ideal seja identificado, ao menos em seus traços gerais (e isso é tudo o que devemos esperar) a teoria não ideal não teria um objetivo, um propósito, com referência ao qual as suas questões possam ser respondidas (RAWLS, 2001B, p. 89-90 – tradução nossa<sup>102</sup>).

<sup>101</sup> É preciso esclarecer que com essa afirmação não queremos dizer que uma sociedade ideal não exista crimes, não é isso, até mesmo porque, como já esclarecemos Rawls almeja à uma utopia realista. Assim sendo, mesmo que a criminalidade seja provavelmente muito baixa (talvez até inexistente por alguns períodos) é preciso leis coercitivas, leis que, em uma sociedade bem-ordenada poderão vir a cumprir por vezes apenas um papel simbólico mantendo a estabilidade social. Contudo, em uma sociedade não ideal, devido a existência de pessoas que não compartilham dos princípios de justiça, a quantidade de crimes poderá ser quantitativamente e qualitativamente mais significativa. Como Rawls destaca: “By enforcing a public system of penalties government removes the grounds for thinking that others are not complying with the rules. For this reason alone, a coercive sovereign is presumably always necessary, even though in a well-ordered society sanctions are not severe and may never need to be imposed. Rather, the existence of effective penal machinery serves as men’s security to one another. This proposition and the reasoning behind it we may think of as Hobbes’s thesis” (RAWLS, 1999, p. 211).

<sup>102</sup> No original: Nonideal theory asks how this long-term goal might be achieved, or worked toward, usually in gradual steps. It looks for policies and courses of action that are morally permissible and politically possible as well as likely to be effective. So conceived, nonideal theory presupposes that ideal theory is already on hand. For until the ideal is identified, at least in outline — and that is all we should expect — nonideal theory lacks an objective, an aim, by reference to which its queries can be answered.

E quanto a esta questão Amartya Sen (2006) faz algumas interessantes considerações. Para Sen a chamada teoria do estado final (por ele denominada transcendental) não seria uma condição nem necessária nem suficiente para uma teoria de transição<sup>103</sup>.

No tocante a suficiência, que como Zanitelli (2016) esclarece seria o ponto menos controverso, uma teoria transcendental por si só careceria de um critério para se mensurar o quanto um estado de coisas é ou não ideal. Como medir quão próximo uma situação está ou não de uma idealidade? E esta questão absolutamente não se mostra trivial, imaginemos a situação de distâncias qualitativamente diferentes, ou seja, como comparar duas situações não ideais e que assim se mostram por razões distintas. Imagine, por exemplo, duas sociedades: uma em que a riqueza esteja mal distribuída e outra em que uma minoria étnica seja vítima de discriminação. Como comparar essas situações, qual delas estaria mais próxima do ideal? Outra questão apontada por Zanitelli é a questão da dependência da trajetória (*path dependence*). Aqui o foco do problema está em qual dos possíveis caminhos em direção ao ideal escolher haja vista questões atinentes a probabilidade de percurso:

Para exemplificar, imagine que um estado A esteja mais próximo do ideal do que um estado B. B, no entanto, aumenta a probabilidade subsequente de um estado de coisas C, que está ainda mais próximo do ideal do que A. Ao comparar A e B segundo o critério da proximidade, devo considerar a

---

<sup>103</sup> É interessante observar, quanto a essas colocações de Sen, que alguns, como por exemplo Laura Valentini, parecem vê-la necessariamente como algo contraditório a argumentação de Rawls: “Let me now turn to the third and last understanding of the distinction between ideal and non-ideal theory. This understanding too can be found in the works of John Rawls, and corresponds to the dichotomy between what one might call ‘end-state’ and ‘transitional’ theory. On this account, ideal theory sets out a long-term goal for institutional reform. Non-ideal theory, on the other hand, ‘asks how this long-term goal might be achieved, or worked toward, usually in gradual steps’ (Rawls 1999b: 89). Rawls is also keen to emphasize that non-ideal theory so conceived presupposes ideal theory, ‘[f]or until the ideal is identified, at least in outline ... non-ideal theory lacks an objective, an aim, by reference to which its queries can be answered’ (Rawls 1999b: 90). This normative and logical priority of ‘end-state’ theorizing over transitional considerations **has been recently put into question**, most famously by Amartya Sen (2006 and 2009; see also Phillips 1985 and Wiens 2012). Sen has argued that, if the aim of theorizing about justice is to help us understand how to make the world more just, we should not invest much energy in scrutinizing what would make the world fully just. In other words, for Sen, end-state theory (what he calls ‘transcendental theorizing’) is neither necessary, nor sufficient for transitional theory (Sen 2006 and 2009)” (VALENTINI, 2012, p. 660-661 – grifo acrescido); enquanto outros, como Leandro Zanitelli, não enxergam uma contradição necessária entre a colocação de Rawls e a de Sen: “**Note que a afirmação de Sen é quanto à desnecessidade de uma teoria de estado final para a comparação de estados de coisas imperfeitos. Isso é complemente diferente de definir teoria ideal como teoria de estado final e teoria não ideal como teoria sobre como o estado final deve ou pode ser alcançado** (RAWLS, 1999b, p. 89). Entendida dessa maneira (isto é, como teoria transicional), é evidente que não pode haver teoria não ideal que não tenha uma teoria ideal como ponto de partida.” (ZANITELLI, 2016, p. 374).

propensão de B a dar lugar a C? Se sim, que peso devo atribuir a essa característica de B? (ZANITELLI, 2016, p. 373).

Ainda no tocante ao problema da suficiência, é preciso ainda falar da questão da defensabilidade. Será que esse ideal iria de fato ajudar em algo caso estejamos, por exemplo, diante de situações muito distantes desse ideal? O argumento aqui está ligado à ideia de que quanto mais distante uma situação esteja da ideal, mais difícil será a comparação. Podendo ocorrer a situação extrema de a distância ser tamanha que saber como se regula uma situação ideal gere pouco influência sobre como lidar com uma situação real.

Diante disso:

Os dois problemas recém-examinados confirmam a opinião de que uma teoria de estado final não é suficiente para a realização de comparações. No mínimo, é preciso adicionar a essa teoria um critério de proximidade com precisão suficiente para embasar comparações, bem como um argumento em defesa desse critério, como quer que seja precisado. **Nenhum desses requisitos é atendido por uma teoria de estado final como tal, já que, ao se ocupar exclusivamente com a descrição de um estado de coisas perfeitamente justo, tal teoria se vê liberada da questão acerca de como mensurar a proximidade de mundos imperfeitos em relação a si ou da defesa do critério da proximidade como base para comparações** (ZANITELLI, 2016, p. 373 – grifo acrescido).

Encerrada a questão da suficiência, passemos agora a questão da necessidade, ou seja, seria uma teoria ideal necessária para se trabalhar a justiça em situações não ideais?

Para Amartya Sen (2006) a resposta seria não. E o seu argumento é bastante simples, diz, através de uma analogia, que não é preciso saber qual é a maior das montanhas do mundo para podermos concluir qual, entre duas montanhas menores, é a maior. Ou seja, não seria preciso saber qual é a justiça em uma situação perfeita, para podermos avaliar a justiça em situações imperfeitas. E por esta segunda afirmação de Sen ter se mostrado bem mais controversa, passaremos agora a analisar a consistência de alguns dos contra argumentos que surgiram a partir dela.

Quanto à questão da necessidade Zanitelli analisa os argumentos elaborados por Martijn Boot (2012) e por Zofia Stemplowska (2008).

A argumentação desenvolvida por Boot tem como base a ideia de valor de cobertura (*covering value*). Através desta ideia o autor argumenta que para comparar duas coisas é necessário um critério ou valor em relação ao qual compará-los. Assim,

para comparar duas situações em termos de justiça é preciso clarificar o valor justiça. A justiça, porém, é um valor complexo que para ser construído pode envolver a aplicação de um ou mais princípios, e, no caso de uma pluralidade de princípios, “uma descrição acurada do valor de cobertura envolve não apenas os princípios em si, mas também as relações entre eles” (ZANITELLI, 2016 p. 375).

Contudo, é falacioso concluir a partir da necessidade de um valor de cobertura e da complexidade do ideal de justiça, que uma teoria do estado final é impreterivelmente necessária para se comparar duas situações não ideais. Ou seja, sim é preciso ter um critério, e o critério de justiça é sim provavelmente um critério complexo, mas não se segue daí que esse critério precisa ser um critério construído em uma situação ideal. É perfeitamente possível se pensar na construção de um complexo critério de justiça para regulamentar situações não ideais e, a partir desse critério, comparar essas situações.

A crítica desenvolvida por Zofia, por sua vez, afirma serem temerárias comparações que ignorem um estado de coisas ideal. E para compreender melhor essa ideia imagine a seguinte situação. Pense que temos que comparar duas situações não ideais de justiça: a situação “A” e a situação “B”. Nessa comparação poderia ocorrer que, embora “B” possa ser considerada uma situação mais justa em termos não ideais, “A” poderia ser preferida caso se conclua que ao seguir um caminho que leve a “A” nos encontraríamos em uma situação mais propícia de se chegar à situação ideal.

Contudo, como bem percebe Zanitelli:

Há uma diferença, entretanto, entre afirmar que uma teoria de estado final é condição necessária para a comparação entre as sociedades imperfeitas A e B e afirmar que essa comparação, uma vez realizada sem ter como base uma teoria de estado final, será uma fonte duvidosa de aconselhamento para reformas sociais (ZANITELLI, 2016, p. 376).

Ou seja, uma coisa é a pergunta qual de duas situações é mais justa tendo como pano de fundo uma situação não ideal de justiça e outra diferente é a pergunta qual desses dois caminhos é o melhor para se chegar a uma situação de justiça ideal. São duas questões distintas e que não devem ser confundidas<sup>104</sup>.

<sup>104</sup> “A crítica sob análise corresponde à segunda afirmação, não à primeira. Porém, como diz Swift (2008, p. 374), ‘as questões de comparar e guiar a ação são distintas’ (*the ‘comparative grading’ point is distinct from the ‘action guiding’ point*). Para que A e B sejam comparáveis sob o valor de cobertura da justiça, basta que haja um ou mais princípios de justiça de acordo com os quais seja o caso de dizer que A é melhor do que B; B é melhor do que A; ou ambos são exatamente iguais. Esses podem ser os princípios de justiça válidos para estados de coisas imperfeitos, os quais, tal como se argumentou acima, não são

Não obstante a isso Zanitelli ressalta o fato de que pode ser bastante incerta a troca entre uma justiça de curto prazo por uma justiça de longo prazo. Ou seja, será que uma justiça em longo prazo compensaria o grau de incerteza que uma ação em longo prazo requereria, haja vista que:

Nas circunstâncias de sociedades imperfeitas, pode ser difícil afirmar com muita margem de segurança qual de duas medidas é a mais propensa a conduzir a uma situação de perfeita justiça no futuro. É possível, pois, que, além de não ser necessária às comparações em termos de justiça, uma teoria de estado final tenha pouco peso nas deliberações sobre o que fazer em circunstâncias imperfeitas, em razão da incerteza sobre os efeitos mais remotos das medidas cogitadas (ZANITELLI, 2016, p. 377).

Portanto, em resumo, podemos afirmar que concordamos com Zanitelli ao concluir que Sen está certo ao falar que uma teoria do estado final não é nem suficiente nem necessária para comparações entre estados de coisas imperfeitos. Contudo, e isso pode parecer um pouco contraditório, igualmente concordamos com ele quando afirma que apesar de não ser nem suficiente nem necessário, as teorias transcendentais podem ser úteis para a avaliação de propostas de reforma. E agora passaremos a explicar melhor essa ideia.

Assim, em primeiro lugar, uma teoria de estado final pode ser útil ao permitir “dizer se (e, se não, por que) a sociedade em questão é perfeitamente justa” (ZANITELLI, 2016 p. 377). Ou seja, através dela podemos afirmar se a sociedade em questão, do jeito que se encontra, é ou não justa e, caso não seja, tal fato, por si só, já se mostraria como um argumento contrário à manutenção do *status quo*.

Em segundo lugar, uma teoria do estado final pode ser útil para fins de comparações:

[...] à medida que os princípios de justiça válidos para um estado de coisas perfeitamente justo também sejam válidos para as condições não ideais sob as quais as comparações têm lugar, ou se os princípios válidos para essas

---

necessariamente os mesmos princípios válidos para circunstâncias ideais. Robeyns tem razão em dizer, todavia, que, no que concerne à questão sobre o que deve ser feito (isto é, sobre as medidas a tomar para a reforma das instituições), uma comparação entre as opções A e B feita estritamente à base dos princípios de justiça válidos para estados de coisas imperfeitos pode ser desorientadora, já que corre o risco de deixar uma sociedade mais distante, em vez de mais próxima, do estado de coisas ideal. Isso não é muito diferente de afirmar que podemos querer ter um pouco menos de justiça agora para ter um pouco mais a longo prazo. Essa crítica ressalta, pois, a importância de um ideal mais ambicioso de justiça para a ação, mas é insuficiente no que respeita a negar a possibilidade de realizar comparações em termos de ‘justiça imperfeita’” (ZANITELLI, 2016, p. 376).

comparações podem ser ao menos em parte deduzidos dos princípios válidos para a situação ideal (ZANITELLI, 2016 p. 377).

Ou seja, se os princípios que regem uma sociedade em uma situação não ideal não são necessariamente os mesmos que a regem em uma situação ideal, este fato, por si só não constitui igualmente razão suficiente para descartá-los como objeto de reflexão. Isto é, nada impede que os princípios estabelecidos para uma situação ideal sirvam, por exemplo, como um marco inicial de reflexão que deverá ser adaptado, na medida do possível, para situações não ideais.

Uma estratégia seria tomarmos como ponto de partida os princípios característicos de sociedades perfeitamente justas para então tentar determinar se, e com que modificações necessárias, esses princípios seguem tendo validade em condições de injustiça. Em outro possível cenário, o sentido da investigação se inverte, isto é, parte-se dos princípios válidos para condições não ideais para então indagar quais deles permaneceriam válidos em condições ideais. Não há, à primeira vista, razão de ordem metodológica para rejeitar seja o movimento “de cima para baixo” (isto é, do ideal para o não ideal), seja o contrário, embora a predileção por teorias de estado final na filosofia contemporânea facilite seguir a primeira opção. O importante, em todo o caso, é que o fato de teorias de estado final não serem nem necessárias nem suficientes para a comparação de estados de coisas imperfeitos não é, por si só, razão para que essas teorias sejam consideradas irrelevantes para o julgamento de propostas de reforma em circunstâncias não ideais (ZANITELLI, 2016 p. 378).

### 3.2 A Aparência do Ódio e a Sociedade Bem-ordenada Rawlsiana

Como dissemos no tópico anterior uma primeira utilidade de uma teoria de estado final seria avaliar o *status quo*, ou seja, caso não se perceba diferença entre o ideal e o real, pode-se concluir-se que nenhuma mudança se faria necessária. Assim, no presente tópico tentaremos verificar qual a aparência de uma sociedade bem-ordenada quanto aos chamados discursos de ódio. E, para isso, novamente nos valeremos de algumas colocações feitas por Jeremy Waldron (2014 – p. 65-104) sobre o assunto.

Assim, qual seria a aparência de uma sociedade bem-ordenada? E não imediatamente respondendo a essa questão, é interessante analisar a seguinte consideração de Waldron:

Eu foco no aspecto visual de uma sociedade contaminada por cartazes ou publicações que depreciam a dignidade e a cidadania básica de uma certa classe de pessoas na sociedade. Quero contrastar a feia realidade visual de uma sociedade desfigurada por slogans racistas ou homofóbicos ou

islamofóbicos com o que esperamos ver em uma sociedade aberta às vidas, oportunidades e expectativas dos membros de cada grupo<sup>105</sup> (WALDRON, 2014, p. 65- tradução nossa).

É importante perceber que uma sociedade que permite esse tipo de publicação pode tomar uma aparência muito distinta de uma em que não permite. Suas ruas, por exemplo, podem estampar cartazes enaltecendo a supremacia branca; ou podem ainda existir proclamações de que os membros de determinada minoria são criminosos, pervertidos ou terroristas; ou panfletos dizendo que os seguidores de uma determinada religião são ameaças a pessoas decentes e deveriam ser deportados. Imagine um outdoor na entrada de um bairro qualquer com o seguinte dizer: - Negros não são bem vindos! E com um símbolo da suástica ao fundo. E “é assim que uma sociedade pode parecer quando a difamação de grupo é permitida”<sup>106</sup>. Diante disso, Waldron se questiona: “Seria essa a aparência de uma sociedade bem-ordenada”<sup>107</sup> (Waldron, 2014, p. 66 – tradução nossa)?

Ele justifica a importância deste questionamento, pois muitos constitucionalistas liberais, principalmente nos Estados Unidos que é considerada uma sociedade livre (e uma sociedade bem-ordenada deve ser interpretada como tal), advogam a ideia de que leis proibindo esse tipo de discurso iriam contra o direito de liberdade de expressão, que nos Estados Unidos é resguardado através da primeira emenda de sua constituição<sup>108</sup>. Eles reconhecem que o ambiente social resultante da tolerância aos discursos de ódio é desagradável, eles não gostam da aparência que essas mensagens geram, mas afirmam que exatamente por permitir esse tipo de expressão racista, por permitir “todo e qualquer tipo de expressão”<sup>109</sup> que ela deve ser considerada bem-ordenada, celebrando a diversidade de ideias e discursos no grande mercado de ideias da sociedade. Para eles, isso seria uma marca de uma sociedade bem-ordenada, mesmo que uma parte

---

<sup>105</sup> No original: “I take will focus on the visual aspect of a society contaminated by posters or publications that deprecate the dignity and basic citizenship of a certain class of people in society. I want to contrast the ugly visual reality of a society defaced by racist or homophobic or Islamophobic slogans with what we would hope to see in a society that was open to the lives, opportunities, and expectations of members of every group”.

<sup>106</sup> No original: “That is what a society may look like when group defamation is permitted”.

<sup>107</sup> No original: “Is that what a well-ordered society would look like?”.

<sup>108</sup> Em uma tradução livre a primeira emenda diz o seguinte: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”.

<sup>109</sup> Optamos por colocar entre aspas, pois acreditamos que toda essa bandeira liberal levantada por alguns é, em alguma medida, hipócrita.

vulnerável dessa sociedade possa ser taxada com um rótulo degradante e tenha, no mínimo e sendo eufêmico, dificuldade para concordar com esse ponto de vista.

É importante perceber que o interesse de Waldron, pelo menos inicialmente, não é o que faz uma sociedade bem-ordenada ou como ela é. Ele está interessado em como as coisas se parecem, em seu ambiente visível. O que devemos procurar em uma sociedade bem-ordenada? Um colorido e não regulado mercado de ideias, ou, um não tão colorido, mas em acordo ao compromisso fundamental com a justiça com a qual uma sociedade bem-ordenada deveria ser imbuída?

E mudando levemente a pergunta: Qual deve ser o som de uma sociedade bem-ordenada?<sup>110</sup>

Será que o som de uma sociedade bem-ordenada seria o (?):

[...] os pés marchantes e os cantos de neonazistas em Skokie, um discurso de um Grande Feiticeiro em um comício da Ku Klux Klan ou as incessantes transmissões de rádio anti-tutsi - “Vocês são baratas! Mataremos você!” - da *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTL) em Ruanda em 1994<sup>111</sup> (WALDRON, 2014, p. 71- tradução nossa)

E ainda, no mesmo sentido, Waldron também percebe que alguns símbolos, conforme o contexto, podem apresentar um significado bem mais profundo que o aparente. Assim, a suástica é bem mais que simplesmente um desenho geométrico qualquer, ela carrega um significado que se estende para mais além. Portanto, imaginemos como uma família de Judeus se sentiria se acordassem com os muros de sua casa pichados com várias suásticas. Ou imaginem ainda como se sentiria uma família de pessoas afrodescendentes se acordassem com uma cruz em chamas em seu quintal? Vocês acreditam que essas famílias, após esses acontecimentos, iriam se sentir tranquilos em andar pela vizinhança à noite? E exatamente por isso Waldron se questiona em como o Estado deve se posicionar frente a alguns desses acontecimentos. Assim:

Mas pense na aparência de homens mascarados em lençóis brancos e chapéus pontudos na Geórgia ou no Mississippi, e o efeito que isso tem nas vidas e na segurança dos membros da comunidade afro-americana daqueles estados. O

<sup>110</sup> “What should a well-ordered society look like? We might ask with equal sense: What should a well-ordered society sound like?” (WALDRON, 2014, p. 71).

<sup>111</sup> No original: the marching feet and the chants of neo- Nazis in Skokie, a Grand Wizard’s speech at a Ku Klux Klan rally, or the incessant anti-Tutsi radio broadcasts—“You are cockroaches! We will kill you!”—of Radio Télévision Libre des Mille Collines (RTL) in Rwanda in 1994.

Código Penal da Geórgia considera uma ofensa usar em público “uma máscara, capuz ou dispositivo pelo qual qualquer parte do rosto fique muito escondida, ou coberta para dissimular a identidade do usuário”, e vários outros estados americanos faz o mesmo. Os defensores da liberdade de expressão às vezes criticam essas leis como ataques à liberdade de expressão. O aspecto expressivo de usar capuzes e mantos Klan é inegável. Mas, como no discurso de ódio mais articulado com que estou preocupado, a questão é se a lei deve ser indiferente ao seu impacto sobre a nossa sociedade e o que é para os membros de certos grupos terem que tentar fazer uma vida em uma sociedade com essa aparência<sup>112</sup> (WALDRON, 2014, p. 77).

Diante disso, Waldron está interessado em saber se as regulações deste tipo de discurso se harmonizariam com a ideia que Rawls tem de uma sociedade bem-ordenada no tocante a um especial elemento dessa concepção. Como dissemos anteriormente Rawls estipula que, em uma sociedade bem-ordenada, cada um aceita, e sabe que os demais também aceitam, os mesmos princípios da justiça. Sendo essa uma ideia atraente para o Waldron, ou seja, lhe atrai a ideia de uma sociedade que carrega seus valores consigo, deixando claro para todos os princípios e liberdades fundamentais que ela abraça. E é exatamente nesse ponto que ele quer focar, isto é, na garantia de um compromisso geral com os fundamentos da justiça e da dignidade que uma sociedade bem-ordenada deve fornecer aos seus cidadãos como parte da sua cultura pública. É importante mensurar a força dessa garantia ao considerar, por exemplo, o quão confortável devemos estar com manifestações públicas e semipermanentes do ódio racial e étnico como aspectos visíveis do ambiente social.

Assim, como devemos interpretar a afirmação rawlsiana de que uma sociedade bem-ordenada necessariamente deve ser regida por um sistema democrático e que uma importante característica de qualquer democracia é o pluralismo. Já que, como acabamos de ver, esse mesmo pluralismo é usado por alguns como justificativa para um discurso “mais amplo”, onde se permitiria a expressão do ódio e do preconceito em geral.

E, para entender melhor a esta questão, voltemo-nos novamente à proposta de Rawls e em como ele estrutura esta ideia para uma sociedade bem-ordenada. As pessoas

---

<sup>112</sup> No original: But think about the appearance of masked men in white sheets and pointy hats in Georgia or Mississippi, and the effect that has on the lives and the security of members of the African American community in that state. The Georgia Criminal Code makes it an offense to wear in public “a mask, hood, or device by which any portion of the face is so hidden, concealed, or covered as to conceal the identity of the wearer,” and several other American states do as well. Free-speech advocates sometimes criticize such laws as attacks on free expression. The expressive aspect of wearing Klan hoods and robes is undeniable. But as with the more articulate hate speech that I am concerned with, the question is whether the law should be indifferent to its impact on what our society looks like and what it is for the members of certain groups to have to try and make a life in a society that looks like that.

no mundo contemporâneo, como dissemos, vivem imersas em um grande mar de ideologias e valores, em um grande mercado onde as mais diversas doutrinas religiosas, filosóficas ou morais abrangentes competem para tentar dar um sentido que preencha as suas vidas. Assim, para Rawls, com certeza uma sociedade bem-ordenada deve ser uma sociedade com uma diversidade cultural, religiosa, moral etc. E neste contexto, para conseguir garantir um mínimo de consenso que se sobreponha a todo esse oceano de valores e ideais, e sabendo que muitas delas são completamente incompatíveis entre si, Rawls constrói a ideia de pluralismo razoável<sup>113</sup>. Ou seja, ele sabe que “muitas doutrinas **são claramente incompatíveis com os valores da democracia**”<sup>114</sup> (RAWLS, 2001, p. 37 – tradução nossa e grifo acrescido). E, dentre aquelas concepções abrangentes de vida que sejam minimamente razoáveis e compatíveis com os valores democráticos ele irá tentar estruturar uma concepção política que se sobreponha a todas elas, garantindo, ao menos, um consenso sobre algumas questões essenciais. Valendo destacar que esta concepção não deve ser entendida simplesmente um mínimo múltiplo comum entre todas essas doutrinas, pois tal mínimo seria uma concepção política no sentido errado do termo, e Rawls almeja legitimidade, almeja, como dissemos, uma justificação pública de sua concepção. Ou seja, uma concepção de justiça que seja defensável por si mesma e que, ao mesmo tempo, dado o pressuposto de pessoas razoáveis, possa ser endossada, mesmo que por fundamentos distintos, pelos partidários das mais diversas concepções morais abrangentes razoáveis (RAWLS, 2001).

Nesse sentido é clarificador algumas colocações feitas por Habermas no artigo *Religious Tolerance: the pacemaker for cultural rights* (2004). Nesse artigo Habermas coloca:

A tolerância só pode ocorrer se houver justificativas legítimas para a rejeição de alegações de validade competitivas: **“Se alguém rejeitar pessoas cuja pele é negra, nós não devemos chamá-lo para ser ‘tolerante com pessoas que com uma aparência diferente’... Pois assim nós aceitaríamos seu preconceito como um julgamento ético semelhante à rejeição de uma religião diferente. Um racista não deve ser tolerante, ele deve simplesmente superar seu racismo**”. Nestes casos e em casos similares consideramos que uma crítica aos preconceitos e a luta contra a discriminação é a resposta apropriada - e não “mais tolerância”. **A questão da tolerância só surge depois que esses preconceitos foram eliminados**, o

<sup>113</sup> Esta questão ficará melhor esclarecida quando abordamos as situações que, para Rawls, o justo deve prevalecer ao bem.

<sup>114</sup> No original: “Many doctrines are plainly incompatible with the values of democracy”.

que levou à discriminação em primeiro lugar<sup>115</sup>. (HABERMAS, 2004, p. 10 – grifos acrescidos e tradução nossa).

Nesta colocação Habermas percebe que existe uma diferença qualitativa grande entre alguém dizer, por exemplo, que prefere os preceitos budistas aos católicos e alguém dizer que as pessoas brancas são moralmente superiores às negras. E é exatamente essa diferença que estamos tentando destacar aqui.

Outro ponto que precisa ser lembrado é que para Rawls as pessoas, os cidadãos de uma democracia, devem ser tratadas como livres e iguais. Ou seja, parte-se do pressuposto de que as pessoas, nessa vida em sociedade, nessa atividade coordenada e em meio a todo esse pluralismo em que vivem, são capazes de, por si mesmas, decidirem qual o sentido que queiram dar as suas vidas, qual o caminho que irão trilhar, são livres para isso. Devendo o Estado não interferir ou direcionar essas escolhas, proporcionando, não só a liberdade para a escolha, mas ainda um mínimo de substrato para que cada um possa efetivamente trilhar esses caminhos. O que faz com que nos questionemos em como o Estado deve agir quando o sentido da vida de um cidadão interferir diretamente e cabalmente no sentido da vida de outro? Poderíamos então afirmar que alguns desses sentidos não são razoáveis? Em um universo pluralista cremos que isso fatalmente irá acontecer e, em situações como esta, o Estado terá que se posicionar escolhendo qual dessas opções em conflito melhor se adequa com sua proposta de justiça. E nessas situações não existe neutralidade e até mesmo a omissão (o não tomar atitude) é, por si só, uma posição, uma que irá validar aquele grupo que tem maior poder de fato para impor o que pensa.

Portanto, se sopesarmos todas essas questões suscitadas, ou seja, se consideramos que uma sociedade bem-ordenada é uma sociedade onde todos os seus cidadãos reconhecem uma mesma concepção pública de justiça, garantindo que todos devem ser tratados como pessoas livres e iguais e que devem ter suas liberdades básicas protegidas, valendo lembrar que, dentre elas, Rawls coloca expressamente a garantia da integridade pessoal, cremos que a aparência de uma sociedade bem-ordenada não é a de

---

<sup>115</sup> No original: “Tolerance can only come to bear if there are legitimate justifications for the rejection of competing validity claims: ‘If someone rejects people whose skin is black we should not call on him to be “tolerant toward people who look different”... For then we would accept his prejudice as an ethical judgment similar to the rejection of a different religion. A racist should not be tolerant, he should quite simply overcome his racism.’ In this and similar cases, we consider a critique of the prejudices and the struggle against discrimination to be the appropriate response — and not ‘more tolerance’. The issue of tolerance only arises after those prejudices have been eliminated that led to discrimination in the first place.

uma onde existam mensagens públicas de ódio e discriminação contra grupos minoritários desta sociedade. Uma sociedade onde exista esse tipo de mensagem, para nós, parece conflitar com os pressupostos de uma sociedade bem-ordenada, tal como descrita por Rawls, em especial no que tange ideia de um pluralismo razoável<sup>116</sup>. Mas esta ideia ficará ainda mais clara à frente quando detalharmos mais acerca dos danos que esse tipo de discurso pode causar, do equilíbrio das liberdades básicas, bem como das situações (e do porque) o justo deve prevalecer sobre o bem.

Assim, em termos de estado final, uma sociedade bem-ordenada apesar de colorida, ou seja, apesar de pluralista, poderia apresentar apenas um “colorido moderado”<sup>117</sup> se preocupando com a situação de alguns grupos minoritários e de alguma forma administrando conflitos ou atritos entre os seus cidadãos, pois, tal como ficará mais claro posteriormente, em uma sociedade bem-ordenada o justo deverá preceder o bom, o razoável de alguma forma irá limitar o racional.

Como Waldron bem coloca:

A ideia de uma sociedade bem-ordenada é a ideia de uma sociedade ser plena e efetivamente governada por uma concepção de justiça. Em termos técnicos, é a teoria da total conformidade, e não a teoria da conformidade parcial. Por causa disso, a discussão de uma sociedade com rancor e divisão suficientes para gerar discursos de ódio não pode ser uma discussão de uma sociedade bem-ordenada (no sentido de John Rawls), pois tanto o ódio que essa fala expressa como o ódio incompatível com as atitudes cuja prevalência entre os cidadãos - de fato, cuja adoção universal - é supostamente definitiva de uma sociedade bem-ordenada. Nós não chamamos uma sociedade de "bem-ordenada" a menos que essas atitudes tenham desaparecido e sido substituídas por sentimentos de justiça<sup>118</sup> (WALDRON, 2014, p. 78).

<sup>116</sup> Como razoáveis, na concepção de Rawls, entenda que não sejam contrários às consequências normativas substantivas de se adotar os princípios de justiça e ao equilíbrio das liberdades básicas, já que, para ele, no tocante aos pressupostos democráticos mínimos estabelecidos por seus princípios, o justo deve ter prevalência sobre o bem, tal como mais a frente detalharemos.

<sup>117</sup> **Colocamos a expressão entre aspas, pois acreditamos que esse colorido inicialmente dito moderado por regular as manifestações de intolerância será, a médio e longo prazo, muito mais colorido, muito mais plural, que os presentes em sociedade liberais optantes por não realizar esse tipo de regulamentação. Acreditamos que essa regulação criará na sociedade um terreno fértil para que as diversidades minoritárias possam crescer com mais vigor e com isso garantir um ambiente verdadeiramente plural.**

<sup>118</sup> No original: The idea of a well-ordered society is the idea of a society being fully and effectively governed by a conception of justice. In technical terms, it is full-compliance theory rather than partial-compliance theory. On this account, discussion of a society with sufficient rancor and division to generate hate speech cannot be discussion of a well-ordered society (in John Rawls’s sense), since both the hatred this speech expresses and the hatred it is calculated to drum up are incompatible with the attitudes whose prevalence among the citizenry — indeed, whose universal adoption — is supposedly definitive of a well-ordered society. We don’t call a society “well-ordered” unless these attitudes have died out and been replaced by sentiments of justice.

Nesse sentido Rawls expressamente coloca, por exemplo, que religiões com doutrinas intolerantes ou deixarão de existir ou, se permanecerem em segmentos relativamente pequenos da sociedade<sup>119</sup>.

Nenhuma sociedade pode incluir dentro de si todas as formas de vida. Podemos, de fato, lamentar o espaço limitado, por assim dizer, dos mundos sociais e dos nossos em particular; e podemos nos arrepender de alguns dos inevitáveis efeitos de nossa cultura e estrutura social. Como Berlin há muito tempo mantém (é um dos seus temas fundamentais), não há mundo social sem perda: isto é, nenhum mundo social que não exclua alguns modos de vida que realizam de maneira especial certos valores fundamentais<sup>120</sup> (RAWLS, 1993, p. 197).

E constatado isso, surge uma outra questão: o que faz uma sociedade bem-ordenada nesse sentido? Será que ela seria naturalmente assim ou haveria necessidade de alguma normatividade punitiva, seriam as leis que regulam a liberdade de expressão necessárias em uma sociedade dita bem-ordenada? E em nossa sociedade real(?), (ou usando a expressão de Waldron, nossa sociedade muito menos que bem-ordenada [*much-less-than-well-ordered society*]), deveríamos estabelecer leis coercitivas ou deveríamos esperar que os discursos de ódio desapareçam naturalmente, ou seja, não por causa das leis, mas sim através de uma mudança na mentalidade?<sup>121</sup> E é importante observar que estamos diante de duas questões distintas: uma no âmbito da teoria ideal e outra no âmbito de uma teoria não ideal. No que tange a teoria ideal a questão é se uma sociedade bem-ordenada seria naturalmente assim ou havia necessidade de leis punitivas. Já no âmbito não ideal a questão seria qual é o melhor caminho de se chegar a essa idealidade, simplesmente pela via educativa ou haveria necessidade de alguma

<sup>119</sup> “Suppose that a particular religion, and the conception of the good belonging to it, can survive only if it controls the machinery of state and is able to practice effectively in tolerance. This religion **will cease to exist** in the well-ordered society of political liberalism. Let us assume there are such cases; and that some other comprehensive doctrines **may endure but always among relatively small segments of society**” (RAWLS, 1993, p. 196-197 – grifo acrescentado).

<sup>120</sup> No original: No society can include within itself all forms of life. We may indeed lament the limited space, as it were, of social worlds, and of ours in particular; and we may regret some of the inevitable effects of our culture and social structure. As Berlin has long maintained (it is one of his fundamental themes), there is no social world without loss: that is, no social world that does not exclude some ways of life that realize in special ways certain fundamental values.

<sup>121</sup> “Taking this response one step further, our well-ordered respondent may also say: even if it is true that Rawls’s ideal society would not be festooned with racial signage, Islamophobic leaflets, and ethnically prejudiced billboards, still nothing of interest follows from this for our debate about hate speech laws or group defamation laws. A well-ordered society would not need such laws, because there would be no impulse to do what they forbid. Maybe the lesson for us, in our much-less-than-well-ordered society, is that we must hope that hate speech dies out, just withers away, not because of coercive laws limiting free speech, but because of changes of heart brought about perhaps by public education and (not least) by effective answers to hate speech in the free marketplace of ideas” (WALDRON, 2014, p. 79).

punição. E, em grande medida, devido às relações existentes em teorias ideais e não ideais, a resposta de uma dessas questões poderá interferir na outra. Como dissemos acima teorias de estado final, apesar de não ser uma condição necessária para as comparações de justiça em âmbito não ideal, podem ser úteis para a avaliação de propostas de reforma de situações não ideais.

Elas podem ser úteis para, por exemplo, a avaliação do *status quo* (e, quanto a isso, já concluímos que uma sociedade poluída visualmente e sonoramente com o ódio não se coaduna com uma sociedade bem-ordenada nos termos rawlsianos); mas podem ser úteis ainda para fins comparação, de um marco inicial de reflexão. Nesse sentido, o pesquisador deve inquirir-se quais diferenças fáticas entre essas duas sociedades justificariam um tratamento diferenciado, ou seja, no que teríamos que adaptar? E neste aspecto, nos parece razoável, pelo menos de início, nos valeremos do argumento *a fortiori*, ou seja, se para uma sociedade ideal se faz necessário uma regulação (quicá punitiva) do discurso, em maior medida esse tipo de regulação se faria necessária para uma sociedade não ideal. E isso é apenas um argumento inicial, mais a frente nós detalharemos de maneira mais robusta a justificativa para ambas as situações mostrando a relação entre elas.

Feitos esses esclarecimentos, e voltando-nos agora inicialmente para a situação ideal. Como Rawls imagina a sua sociedade bem-ordenada? Para ele essa sociedade necessitaria, por exemplo, de um direito penal?

Waldron argumenta que quem afirma que as sociedades bem-ordenadas já estariam imunes aos chamados discursos de ódio não compreendeu bem o papel do direito em uma sociedade bem-ordenada. Nesse diapasão é preciso esclarecer que Rawls em seu livro *Uma Teoria da Justiça* (1999) expressamente coloca a necessidade de um Estado de Direito com atuação coercitiva para garantir a manutenção da estabilidade e da cooperação social:

Impondo um sistema público de penalidades, o governo afasta os motivos para se pensar que os outros não estão observando as regras. Por essa razão puro e simples, presume-se que um poder soberano e coercitivo seja sempre necessário, mesmo quando em um sociedade bem-ordenada as sanções não sejam severas e talvez nunca precisem ser impostas. Em vez disso, a existência de um aparelho penal funciona como uma garantia nas relações entre os homens. Essa proposição e seu raciocínio subjacente

**podem ser vistos como a tese de Hobbes**<sup>122</sup> (RAWLS, 1999, p. 211 – tradução nossa e grifo acrescido).

Tendo isso em vista Waldron expressamente coloca que não devemos pensar em uma sociedade bem-ordenada como sendo uma fantasia utópica, em que as leis não são mais necessárias, porque todas as atitudes de seus membros são absolutamente justas. Ninguém supõe que as leis com finalidade punitivas possam ser eliminadas da estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada, que podem deixar existir leis sobre assassinato ou assalto porque, por definição, ninguém em uma sociedade justa jamais seria motivado a se envolver com esses crimes. A sociedade de Rawls não é utópica nesse sentido fantasioso. Como já dissemos anteriormente Rawls se propõe a uma utopia realista, ou seja, preocupa-se com algo que seja factível.

E nesse sentido, também se posiciona Robert Taylor (2012)

A suposição não declarada nesse argumento, é claro, é que o cumprimento estrito é apenas isso: estrito, significando nenhum comportamento ilegal, seja na forma de erros civis ou criminais. Isso, entretanto, não pode estar certo. **Estrita observância deve ser consistente com algum nível de comportamento ilegal (como a discriminação ilícita); caso contrário, a teoria ideal seria utópica, já que algum crime é uma característica inevitável das sociedades humanas.** Como Rawls observa, “... precisamos de uma descrição das sanções penais, ainda que limitadas, mesmo para a teoria ideal. Dadas as condições normais da vida humana, tais arranjos são necessários<sup>123</sup>” (TAYLOR, 2012, 358 – grifo acrescido e tradução nossa).

Assim, em resumo, Rawls não nega a necessidade de um Estado, a despeito de sua sociedade bem-ordenada ser uma sociedade ideal, ela não é uma sociedade utópica, e mesmo que a criminalidade seja provavelmente muito baixa (talvez até inexistente por alguns períodos) é preciso leis coercitivas, leis que, em uma sociedade bem-ordenada poderão vir a cumprir, por vezes, apenas um papel simbólico mantendo a estabilidade social. E, ao mencionar a necessidade de um Estado com sanções, cita Hobbes, sendo

---

<sup>122</sup> No original: By enforcing a public system of penalties government removes the grounds for thinking that others are not complying with the rules. For this reason alone, a coercive sovereign is presumably always necessary, even though in a well-ordered society sanctions are not severe and may never need to be imposed. Rather, the existence of effective penal machinery serves as men’s security to one another. This proposition and the reasoning behind it we may think of as Hobbes’s thesis.

<sup>123</sup> No original: “The unstated assumption in this argument, of course, is that strict compliance is just that: strict, meaning no illegal behavior, whether in the form of civil or criminal wrongs. This cannot be right, however. Strict compliance must be consistent with some level of illegal behavior (like illicit discrimination); otherwise, ideal theory would be utopian, as some crime is an unavoidable feature of human societies. As Rawls notes, ‘...we need an account of penal sanctions, however limited, even for ideal theory. Given the normal conditions of human life such arrangements are necessary’”

possível, neste ponto, perceber nitidamente que ele – Rawls – sabe que devido as fraquezas humanas a ausência do Estado, a liberdade plena, não seria uma liberdade de fato, mas sim o domínio do mais forte, daquele que tem maior exército, maior força política, financeira etc.. Daí a necessidade do Estado para regular e estabelecer o domínio da razão e não da força. Regulação esta que, segundo Rawls, deverá estabelecer os justos termos de cooperação social e garantir a equidade.

### 3.3 Uma Justificativa para Restrições aos Discursos de Ódio

#### 3.3.1 Os Argumentos de Robert Taylor

Iniciaremos o presente tópico detalhando os argumentos levantados por Robert Taylor de que “liberais de todos os tipos/faixas são ou deveriam ser defensores da liberdade civil, incluindo discurso de ódio”<sup>124</sup> (TAYLOR, 2012, p. 355); e que liberais igualitários que fazem uso de uma argumentação em cima de teorias não ideais para justificar a regulação dos discursos de ódio não estariam de fato rompendo com dilema entre liberdade e igualdade, mas dando prevalência para o segundo frente ao primeiro, já que alguém que esteja de fato comprometido com a prioridade das liberdades básicas, tal como Rawls estabelece, não poderia consentir com tais regulações<sup>125</sup>.

Assim Taylor enumera três estratégias, com base em teorias não ideais, para se fugir ao dilema igualdade e liberdade.

A primeira estratégia parte do seguinte silogismo: 1) falantes defendem doutrinas radicais/fanáticas; 2) os ouvintes são motivados por eles a discriminar (consciente ou inconscientemente) grupos historicamente oprimidos; 3) e a

---

<sup>124</sup> No original: “liberals of all stripes either are or should be civil libertarians with respect to speech, including hate speech”.

<sup>125</sup> “Over the remainder of this paper, I will explore three variations on the nonideal-theory strategy for escaping the dilemma, each of which builds upon and strengthens the previous one. I hope to show that none of them is successful and that liberal egalitarians are therefore genuinely trapped in a dilemma, forced in effect to choose between their liberalism and their egalitarianism, between liberty and equality. More controversially, I will also suggest that the nonideal-theory strategy could only be attractive to those already predisposed to sacrifice their liberalism to their egalitarianism; in fact, by the time we reach the third and final variant of this strategy, we will see that it implicitly affirms an illiberal form of egalitarianism. I conclude the paper with a brief examination of its implications for other policy areas, including the possibility of markets in both human organs and women’s reproductive services” (TAYLOR, 2012, p. 358).

implementação da equitativa igualdade de oportunidade seria, desse modo, muito comprometida. E, diante disso, violar a prioridade da liberdade poderia promover a equitativa igualdade de oportunidade, o que, em termos ideais, não poderia ocorrer já que Rawls estabelece que o princípio das liberdades tenha prevalência frente ao que estabelece a equitativa igualdade de oportunidade. Contudo, para suprimir este impedimento, os partidários dessa estratégia argumentam que circunstâncias não ideais de *partial compliance* justificaria o acesso à concepção geral de justiça, na qual se justificaria *trade off* entre as liberdades do primeiro princípio com as oportunidades do segundo (caso isso seja bom para a promoção do interesse de todos).

Taylor contra-argumenta esta colocação esclarecendo, tal como já havíamos dito, ser um erro dizer que o cumprimento estrito (*strict compliance*) pressuponha a ausência de comportamentos ilegais: “estrita observância deve ser consistente com algum nível de comportamento ilegal [...]; caso contrário, a teoria ideal seria utópica, já que algum crime é uma característica inevitável das sociedades humanas<sup>126</sup>” (TAYLOR 2012, p. 358 – tradução nossa).

Deste modo Taylor conclui que, sob a circunstância de a criminalidade manter-se dentro da taxa de tolerância da *strict compliance*, o dilema não estaria superado e seria um erro realizar *trade off* entre a equitativa igualdade de oportunidade com as liberdades básicas.

A segunda estratégia, por sua vez, abarca a crítica de que a teoria ideal deve ser consistente com algum nível de criminalidade, mas nega, entretanto, “que a discriminação ilícita encorajada pelo discurso do ódio permaneça dentro dos limites da criminalidade da teoria ideal, dado o contexto em que ela opera”<sup>127</sup> (TAYLOR, 2012, p. 359 – tradução nossa). E para explicar melhor sobre este contexto cita Diana Meyers ao dizer que seriam “sistemas entrincheirados e transversais de dominação e subordinação que impõem a exclusão social e econômica baseada em grupo”<sup>128</sup> (MEYER, 1995, p. 203 – tradução nossa).

E, para Taylor, os acadêmicos que advogam esta afirmação costumam realizar outras duas afirmações adicionais que se interligam. Em primeiro lugar afirmam que em

<sup>126</sup> No original: “Strict compliance must be consistent with some level of illegal behavior [...]; otherwise, ideal theory would be utopian, as some crime is an unavoidable feature of human societies”.

<sup>127</sup> No original “that the illicit discrimination encouraged by hate speech remains within the bounds of ideal-theory criminality given the context within which it operates”.

<sup>128</sup> No original: “entrenched, cross-cutting systems of domination and subordination that enforce group-based social and economic exclusion”.

um mundo livre dessa opressão estrutural os discursos de ódio iriam perder todo (ou quase todo) seu poder e restrições a eles passariam a ser ociosas. Em segundo lugar, tal afirmação pressupõe que tal mundo seria possível e que, assim que tal estado ideal for atingido, não mais se fariam necessárias restrições aos discursos de ódio.

E a resposta que Taylor apresenta para esta segunda estratégia é a seguinte. Primeiramente, ele esclarece que sua resposta para esta questão não será tão conceitual quanto à primeira, e que, por isso, terá que fazer uso de algumas colocações empíricas controversas. Assim, ele traz a tona o fato de que até mesmos países nórdicos (Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia), que seriam as sociedades com maior igualdade de gênero no mundo em termos de participação e oportunidade econômica, realização educacional, empoderamento político, saúde e sobrevivência, teriam um considerável legado de sexíssimo com efeitos de longo prazo nas relações entre homens e mulheres. Legado esse que, segundo a argumentação do autor, poderia ser influenciado e influenciar os chamados discursos de ódio. E, partindo do pressuposto de que estas considerações sejam verdadeiras, conclui que nestes termos todas as sociedades existentes estariam em condições não ideais e, portanto, a prioridade da liberdade não poderia estar em vigor em nenhum lugar da Terra.

Como contra-argumento a essa estratégia ele esclarece que tal distinção ideal e não ideal não seria propriamente a distinção que foi construída por Rawls, haja vista que para Rawls tais condições estruturais estariam presentes, por exemplo, na sociedade norte-americana atual<sup>129</sup>. E ao dizer isso Rawls parece concluir que tais condições estariam presentes nos países desenvolvidos em termos gerais. Nestes termos, embora esse mundo ideal construído pelos partidários dessa segunda estratégia argumentativa não possa ser considerado de todo impossível, longe está de ser semelhante ao ideal rawlsiano (este seria muito mais tangível). Diante disso, tal como faz com a primeira estratégia argumentativa ao sugerir que uma sociedade bem-ordenada deveria estar

---

<sup>129</sup> “The last point about the priority of liberty is that this priority is not required under all conditions. For our purposes here, however I assume that it is required under what I shall call “reasonably favorable conditions,” that is, under social circumstances which, provided the political will exists, permit the effective establishment and the full exercise of these liberties. These conditions are determined by a society’s culture, its traditions and acquired skills in running institutions, and its level of economic advance (which need not be especially high), and no doubt by other things as well. I assume as sufficiently evident for our purposes, that in our country today reasonably favorable conditions do obtain, so that for us the priority of the basic liberties is required. Of course, whether the political will exists is a different question entirely. While this will exists by definition in a well-ordered society, in our society part of the political task is to help fashion it (RAWLS, 1993, p. 297).

aberta para alguma taxa de criminalidade, sugere aqui que esta mesma sociedade, mesmo sendo ideal, também deveria abarcar alguma quantidade de crimes discriminatórios condicionados à existência continuada de opressões estruturais baseadas em grupos e seus apetrechos simbólicos, pois, caso contrário, não estaria tendo um verdadeiro compromisso com liberalismo<sup>130</sup>.

Por fim, a terceira estratégia de argumentação tenta romper com o binarismo presente na popular dicotomia ideal-não ideal e transformá-la em um contínuo onde o ideal seria apenas um norte regulador que jamais seria plenamente atingido. E, como consequência direta disso, igualmente, a prioridade lexical da liberdade básicas jamais seria atingida completamente, seria também um norte intocável. Ou seja, conforme o mundo fosse se tornando mais próximo do ideal mais peso deveria ser dado às liberdades.

Contudo, como Taylor bem coloca, tal proposta claramente não se coaduna com a teoria de Rawls, pois tentaria transformar o que seria um vício do utopismo em uma virtude. Já que, sob esta perspectiva, jamais seria dado a devida prioridade as liberdades básicas exigida por Rawls e viveríamos eternamente sob o aparato da Concepção Geral de Justiça o que transformaria a hierarquia existente entre os dois princípios da justiça criada por Rawls em uma verdadeira ilusão.

### **3.3.2 Uma Parcial Resposta aos Argumentos de Robert Taylor e uma Proposta Rawlsiana de Restrição aos Discursos de Ódio.**

Em primeiro lugar, para iniciarmos uma resposta achamos importante dizer que Robert Taylor não se opõe a regulação das chamadas *fighting words*. Para ele sua limitação não ameaçaria o livre exercício da razão pública e poderia ajudar a proteger outras liberdades centrais como a segurança corporal. Assim, falemos um pouco das *fighting words*. A doutrina das *fighting words* ou palavras de luta, combate, foi estabelecida na jurisprudência norte-americana através do caso *Chaplinsky v. New*

---

<sup>130</sup> “I am suggesting that it is not enough for supporters of hate-speech restrictions simply to point out the ongoing existence of group-based structural oppressions and their symbolic appurtenances, as they must admit that these would exist to some degree even under ideal conditions; denial of this point would make them vulnerable to charges of utopianism, as argued above. They must instead indicate how much abatement of group-based structural oppression would be sufficient to bring about ideal conditions and thereby trigger priority for the basic liberties, especially free speech; additionally, they must demonstrate that this degree of abatement is possible either now or in the near future for some nonempty set of societies”. (TAYLOR, 2012, p. 362)

Hampshire, (1942, 315 U.S. 568), e constituiria uma exceção à primeira emenda, exceção essa ainda aceita por aquela Corte. Por essa exceção estaria protegido pela primeira emenda (*mutatis mutandis* seria a mesma coisa que gritar fogo em um teatro lotado, tal como colocado por Holmes) exclamar palavras provocativas em meio a uma circunstância de grande passionalidade. Ou, em uma definição dada pela própria corte no caso, seriam palavras que por sua própria elocução infligem dano ou tendem a incitar uma quebra imediata da paz. O que, no nosso particular entendimento, seria algo bastante vago, algo que muitas vezes se confundiria com os próprios *hate speeches*. Poderíamos tentar diferenciar afirmado que os discursos de ódio teriam uma conotação mais geral e abstrata seria algo mais próximo do que Waldron (2014) denomina como difamação de grupo (*group libel* ou *group difamation*), mas cremos que muitos seriam os casos limítrofes onde seria difícil afirmar com precisão se estaríamos diante de um ou outro. E esta é uma grande dificuldade enfrentada pelas próprias cortes norte-americanas.

Em segundo lugar é preciso dizer que Taylor se coloca como agnóstico quanto a possibilidade dos discursos de ódio serem restringidos, tal como agora pretendemos fazer, tendo em vista um equilíbrio entre as liberdades básicas. Não considera como sendo uma situação impossível de se acontecer, mas dá a entender que seriam apenas em raras exceções<sup>131</sup>.

Feitos esses esclarecimentos iniciais relembremos agora algumas importantes questões já colocadas. No final do tópico em que inquirimos o que Rawls pensava ou pensaria sobre os chamados discursos de ódio afirmamos que segundo os pressupostos rawlsianos existiriam duas maneiras de justificar uma regulação a esses discursos. Uma seria pela negação da própria liberdade em si (que seria uma restrição a liberdade de fato) e outra por uma via de adequação entre as liberdades básicas (o que entendemos

---

<sup>131</sup> “I also want to remain agnostic here about whether hate speech as I have defined it might be reasonably regulated for reasons internal to EL. I noted earlier that “fighting words” (such as racial epithets) might be so regulated, as their limitation does not threaten the free exercise of public reason and might help protect other central liberties, such as bodily security; liberties, in short, may have to be balanced against one another, and peripheral exercises of one liberty will reasonably give way to central exercises of another, equally important one. One can imagine rare situations—such as the calm delivery of a scholarly, epithet-free disquisition on the ethical and physical inferiority of Jews to an angry mob of anti-Semites gathered near Jewish businesses—in which even hate speech on my understanding of it might be reasonably regulated. Rather than focus on such cases, though, I want to concentrate instead on those whose curbs would genuinely qualify as restrictions and violations of the priority of liberty, not only because such cases have great prominence in the philosophical and legal literatures, including case law, but also because discussion of them will serve the larger aim of my paper, viz. examining the uses (and abuses) of nonideal theory”. (TAYLOR, 2012, p. 355).

ser apenas uma regulação das liberdades). E, como acabamos de ver, as hipóteses analisadas por Taylor diz respeito a primeira situação e ele se auto intitula agnóstico (o que remeteria a um certo grau de ceticismo) quanto a possibilidade de justificar esse tipo de regulação por uma adequação de liberdades.

Outro ponto que achamos importante relembrar é o quadro de situações não ideais desenhado por Simmons:

Quadro 1

Teoria Ideal	Teoria Não Ideal
1. Estruturas Básicas	a) Não cumprimento deliberado (injustiça institucional): desobediência civil etc.
	b) Não cumprimento infortuno (pobreza, cultura): a concepção geral.
2. Individuais	a) Não cumprimento deliberado (erros repreensíveis e crimes): punição/reparação.
	b) Não cumprimento infortuno (insanidade, imaturidade): paternalismo.
3. Nações	a) Não cumprimento deliberado (estados fora da lei): guerra justa, intervenção
	b) Não cumprimento infortuno (sociedades sobrecarregadas): assistência internacional.

Observe que por esse quadro não é toda a situação de não idealidade que justificaria a aplicação da Concepção Geral de Justiça, com o conseqüente rompimento da prioridade lexical entre os dois princípios e a possibilidade de fazer trocas entre as liberdades do primeiro princípio e as vantagens sociais e econômicas do segundo. Pelo quadro desenvolvido por Simmons, somente quando os não cumprimentos são derivados da estrutura básica e forem, simultaneamente, de um tipo não deliberado, ou seja, provenientes, por exemplo, da pobreza social ou de obstáculos culturais à justiça, que a solução proposta seria uma aplicação momentânea da concepção geral de justiça. Assim, por exemplo, naquela situação elencada por Taylor na primeira estratégia argumentativa, diferentemente do foi colocado, não se justifica a aplicação da concepção geral de justiça e a superação da prioridade das liberdades. A hipótese de crimes não conectados a questões societárias estruturais se liga ao não cumprimento deliberado individual e a solução para esse caso seria apenas a punição e a reparação do

dano. Ou seja, se o crime não está ligado uma condição estrutural da sociedade, não se faz necessário a aplicação da concepção geral de justiça.

Voltemos agora sobre o que falamos acerca da situação da negação da liberdade em si. Quando colocamos essa questão falamos que neste caso precisaríamos de uma justificativa forte para isso. O pressuposto fático que justificaria um tipo de restrição como esta à liberdade de expressão seria *uma crise constitucional do tipo necessária*. E, como observamos, uma sociedade com uma crise como esta já não seria mais considerada como sendo uma sociedade bem-ordenada, ou pelo menos poder-se-ia afirmar que estaria com esta boa ordenação temporariamente comprometida, algo estaria desestruturando essa sociedade de modo a comprometer seus pressupostos. Dissemos ainda que nessa sociedade parte de sua estrutura básica não estaria conseguindo fazer-se valer o que poderia justificar uma quebra da prioridade das liberdades básicas. Observe, portanto, que o que dissemos naquele momento se coaduna com a explicação dada por Simmons em seu quadro analítico.

Lembremos quando falamos que, segundo Zofia Stemplowska e Adam Swift (2014), a teoria ideal de Rawls remeteria a três premissas idealizadoras. Em especial lembremo-nos da segunda premissa que diz respeito ao que podemos denominar como circunstâncias favoráveis (RAWLS, 1999, p. 216 e RAWLS, 2001, p. 101), condições (econômicas, tecnológicas e educacionais) que com vontade política tornariam um regime constitucional possível. Ao tratarmos desta questão ressaltamos que aqui não se estaria analisando a vontade política que, com certeza, é necessária a qualquer regime democrático, mas tão somente as condições históricas, econômicas e sociais. Observe como isso se liga à situação tratada por Simmons de aplicação da concepção geral. E liguemos esta ideia à fala de Taylor sobre a segunda estratégia, onde somente circunstâncias não favoráveis justifica a quebra das prioridades. Portanto, e juntando tudo, mais uma vez é preciso ressaltar que não é toda e qualquer situação não ideal que justifica a aplicação da concepção geral, isso só se justifica quando circunstâncias um pouco mais extremas onde mesmo querendo a estrutura básica não consegue ser coerente aos princípios de justiça estabelecidos. Somente aqui poderia existir um rompimento da prioridade lexical das liberdades. E nós não descartamos a possibilidade de situações como essa existirem em alguns países subdesenvolvidos. Valendo destacar um pequeno trecho do Liberalismo Político onde Rawls coloca um ponto que precederia as próprias liberdades básicas:

Em particular, o primeiro princípio cobrindo os iguais direitos e liberdades básicas pode facilmente ser precedido por um princípio lexicalmente ainda mais prioritário requerendo que as necessidades básicas dos cidadãos devem ser satisfeitas, ao menos na medida em que sua satisfação é necessária para os cidadãos compreenderem e serem capazes de frutuosamente exercer esses direitos e liberdades. Certamente tal princípio deve ser assumido na aplicação do primeiro princípio<sup>132</sup> (RAWLS, 1993, p. 7).

Valendo relacionar este trecho com a um outro em que Rawls afirma que:

Assim, como uma questão de doutrina constitucional, **a prioridade da liberdade** implica que o discurso político livre não pode ser restringido, a menos que possa ser argumentado de forma razoável e a partir da natureza específica da situação presente, que existe uma crise constitucional em que as instituições democráticas não podem funcionar efetivamente e seus procedimentos para lidar com emergências não pode operar<sup>133</sup> (RAWLS, 1993, p. 353-354 – tradução nossa e grifo acrescentado).

Ou seja, são situações que faticamente gerariam uma crise constitucional, onde suas instituições, mesmo querendo, não conseguiriam garantir o mínimo, e se justificaria a aplicação da concepção geral de justiça.

Observe, como já dissemos, que essa situação se liga a segunda estratégia argumentativa. Em especial porque exige um contexto de crise estrutural. Contudo, diferentemente do argumentado dado para essa segunda situação não acreditamos que através dela se justificaria a restrição a discursos de ódio a países desenvolvidos e, ousamos afirmar, não se justificaria restrição nem mesmo em países em desenvolvimento (os ditos emergentes), ou seja, não achamos que, por exemplo, seja o caso da situação do Brasil. Não acreditamos que por meio desta hipótese possa ser justificada restrição a discursos de ódio para a realidade democrática brasileira, já que aqui estamos falando de uma restrição à liberdade de expressão por razões excepcionais e não de uma regulação por uma simples adequação das liberdades básicas.

Agora passemos então a tratar da situação ligada à adequação das liberdades básicas. A situação de adequação das liberdades básicas está ligada a situação ideal, mas

<sup>132</sup> No original: “In particular, the first principle covering the equal basic rights and liberties may easily be preceded by a lexically prior principle requiring that citizens' basic needs be met, at least insofar as their being met is necessary for citizens to understand and to be able fruitfully to exercise those rights and liberties. Certainly any such principle must be assumed in applying the first principle”.

<sup>133</sup> No original: Thus as a matter of constitutional doctrine the priority of liberty implies that free political speech cannot be restricted unless it can be reasonably argued from the specific nature of the present situation that there exists a constitutional crisis in which democratic institutions cannot work effectively and their procedures for dealing with emergencies cannot operate.

acreditamos que também possa estar a situação não ideal. Como dissemos, a não idealidade proveniente de uma conduta individual deliberada não justifica por si só a quebra da prioridade das liberdades básicas. Nesse caso o que tem que se fazer é punir aquele que se desviou da ação justa. Assim, qual seria a diferença entre essa situação real e a situação ideal? E como alguma criminalidade existirá até mesmo para uma sociedade ideal. Como então diferenciá-las?

Para uma sociedade ideal em termos de punição Rawls afirma que “em um sociedade bem-ordenada as sanções não sejam severas e talvez nunca precisem ser impostas”<sup>134</sup>. (RAWLS, 1999, p. 211). O que nos faria concluir que seriam sociedades com baixíssima criminalidade, podendo esta ser até mesmo ser inexistente em períodos limitados de tempo. Assim, não acreditamos que essa seja, por exemplo, a realidade da sociedade norte-americana, que possui a maior população carcerária do mundo. E muito menos da brasileira, onde alguns estados vivem situações de violência comparável a de nações em guerra. Talvez até pudéssemos considerar a situações de alguns países europeus de baixos índices de criminalidade, mas isso longe está ser uma realidade mundial. E até mesmo dentre os países ditos desenvolvidos, poucos seriam os que poderiam se enquadrar a essa realidade dita ideal em termos de criminalidade. Sendo importante observar que estamos tentando deixar o idealismo rawlsiano dentro do âmbito daquilo que consideramos ser o factível, já que esse era o objetivo do autor.

Contudo, se para essas situações de sociedade reais (que é mais violenta que a ideal) não é possível justificar o rompimento da prioridade das liberdades, qual seria a diferença em termos de tratamento (ideal-real) entre estes grupos onde o básico estrutural é atendido? A sugestão que fazemos é que essas sociedades, por possuírem históricos específicos de violência e injustiça devem, por isso, possuir uma personalizada adequação das liberdades básicas. Por exemplo, um país com um passado relativamente recente de escravidão, tal como é o caso da realidade brasileira e norte-americana, no momento de construir um sistema equilibrado de liberdades básicas deve levar isso em consideração. O nosso histórico de racismo é grande e isso deve ser considerado no momento de construirmos o equilíbrio entre o nosso conjunto de liberdades básicas.

O primeiro princípio, tal como colocado no primeiro capítulo deste trabalho, em sua versão elaborada no Liberalismo Político assim estabelece:

---

<sup>134</sup> No original: “in a well-ordered society sanctions are not severe and may never need to be imposed”.

a. Todas as pessoas têm igual direito a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais para todos, esquema este compatível com todos os demais; e, nesse esquema, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido<sup>135</sup> (RAWLS, 1993, p. 5 – tradução nossa).

Sendo as liberdades básicas as seguintes:

[...] a liberdade de pensamento e de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação, assim como as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades abarcados pelo Estado de Direito<sup>136</sup> (RAWLS, 1993, p. 291 – tradução nossa).

E, no tocante a esse primeiro princípio e em sua relação com os discursos de ódio, passaremos a tentar a argumentar a partir de agora que tais discursos irão, no nosso entendimento da doutrina rawlsiana, atingir diretamente a integridade das pessoas; bem como poderá desequilibrar o valor equitativo das liberdades políticas<sup>137</sup>. O que, em se tratando em uma sociedade real e não bem-ordenada, será ainda mais evidente, apesar de ainda não justificar necessariamente uma quebra da prioridade das liberdades básicas, mas apenas uma adequação mais específica a sua realidade histórica.

### 3.3.3 O Dano dos Discursos de Ódio

Um primeiro ponto que é preciso mencionar no tocante ao dano provocado pelos discursos de ódio diz respeito a forma que se constrói a relação entre esses discursos e as possíveis posteriores atitudes racistas, por vezes criminosa, que a eles se vinculariam. E para isso, lembremo-nos do silogismo elaborado por Taylor: 1) falantes defendem doutrinas radicais, fanáticas; 2) os ouvintes são motivados por eles a discriminar

<sup>135</sup> No original: a. Each person has an equal claim to a fully adequate scheme of equal basic rights and liberties, which scheme is compatible with the same scheme for all; and in this scheme the equal political liberties, and only those liberties, are to be guaranteed their fair value.

<sup>136</sup> No original: freedom of thought and liberty of conscience; the political liberties and freedom of association, as well as the freedoms specified by the liberty and integrity of the person; and finally, the rights and liberties covered by the rule of law.

<sup>137</sup> O próprio Taylor, em nota de rodapé, chega a mencionar essa hipótese: “Scholars have also argued for hate-speech regulations in order to maintain the fair value of political liberties and protect intellectual autonomy itself: e.g., see Brink (2001), Lawrence (1995, 116), Mann (1995, 260–261), Michelman (1995, 273), and Sunstein (1991,31–32)” (TAYLOR, 2012, p. 355).

(consciente ou inconscientemente) grupos historicamente oprimidos; 3) e a implementação da equitativa igualdade de oportunidade seria, desse modo, muito comprometida.

Veja que nesse silogismo a preocupação não é com o discurso em si, mas com possibilidade desse discurso vir a influenciar outras pessoas a discriminar. Todavia, tal relação estaria, no nosso entendimento, rompendo com o pressuposto de que as pessoas devem ser tratadas como tendo a capacidades de por si mesmas se orientarem através de seu senso de justiça. Acreditamos ser um erro para qualquer concepção liberal de Estado pressupor uma atitude paternalista de não reconhecer essa capacidade nas pessoas. É um ponto importante de se atentar, que quando se pune alguém que descumpriu uma norma, não o fazemos por que essa pessoa não teve capacidade de por si só escolher que atitude tomar, muito pelo contrário, punimos exatamente por pressupomos tal capacidade de se auto-orientar, ou seja, punimos porque pressupomos que ela estava consciente de suas ações e conseqüências. O quadro elaborado por Simmons coloca que uma atitude paternalista só se justificaria diante de atitudes individuais não voluntárias como por exemplo ocorre com o menor de idade ou com o maior que por alguma outra razão, permanente ou transitório, tem suas capacidades cognitivas afetadas de modo a prejudicar um adequado desenvolvimento de suas capacidades morais. E neste ponto ainda achamos interessante relembrar a crítica feita por Zofia Stemplowska e Adam Swift acerca da idealização provenientes de limitações naturais ou acidentais da vida humana, já que, como eles bem colocam, mesmo sociedades idealmente perfeitas provavelmente não deixarão de possuir crianças ou pessoas com algum tipo de deficiência que gere essa incapacidade.

Assim, o problema dos discursos de ódio para uma sociedade liberal não está na sua possível capacidade de influenciar pessoas a cometerem crimes, já que essas pessoas só são passíveis de serem convencidas, pois provavelmente já possuíam valores com tendências intolerantes. Neste caso, o discurso apenas serviu como mecanismo para trazer a tona esses valores que elas já possuíam e que não se coadunam com o ideal de sociedade bem-ordenada rawsianos. O erro está, portanto, nesses valores em si, e que estão declarados, explícitos, naqueles que proferem o discurso e subjacentes, implícitos, naqueles que podem ser influenciado por ele. Uma pessoa com esses valores não compartilham de um ideal de justiça rawlsiano, seus valores não fazem parte de um pluralismo razoável.

E, considerando tudo isso, em termos de danos provenientes dos *hate speeches*, são bastante pertinentes as colocações feitas por Waldron (2014) quando ele trata das *assurances*<sup>138</sup>:

O conteúdo das garantias (*assurances*) transmitidas dessa maneira pode variar. [...]. Mas no mundo real, quando as pessoas pedem o tipo de segurança (*assurance*) para o qual as leis de discurso de ódio podem contribuir, elas não o fazem com base nos detalhes controversos da concepção favorita de justiça de alguém, mas em alguns dos fundamentos da justiça: que todos são igualmente humanos, e tem a dignidade de humanidade, que todos tem um elementar direito à justiça, e que todos merecem proteção contra as formas mais flagrantes de violência, exclusão, indignidade e subordinação. Discurso de ódio ou difamação de grupo envolve a negação expressa destes fundamentos com respeito a algum grupo na sociedade. E parece-me que, se estamos imaginando uma sociedade no caminho de se tornar bem-ordenada, devemos imaginar maneiras pelas quais essas garantias básicas são dadas, mesmo que ainda não tenhamos condições de garantir um consenso mais detalhado sobre justiça<sup>139</sup> (WALDRON, 2014, p. 82-83 – tradução nossa).

Um dos principais pontos para Rawls no tocante a sua teoria da justiça é a estabilidade que ela pode gerar, sendo inclusive um dos fundamentos da própria prioridade lexical do princípio das liberdades. E, quanto à estabilidade, lembremo-nos das características que falamos que uma sociedade dita bem-ordenada deve possuir. Estaria implícita no conceito de sociedade bem-ordenada a ideia de uma concepção pública de justiça, ou seja, é uma sociedade em que cada cidadão aceita, e sabe que os demais igualmente aceitam, a mesma concepção política de justiça, que, em Rawls, se concretiza em seus princípios de justiça. Estaria também implícito neste conceito que a estrutura básica da sociedade (suas principais instituições políticas e sociais e a forma como elas se relacionam com o sistema em cooperação) respeita esses princípios de justiça. Por fim, seria um pressuposto de uma sociedade bem-ordenada que seus

<sup>138</sup> O termo *assurance* se refere a ideia de garantia, segurança, confiança. Contudo, a despeito da aparente simplicidade de uma possível tradução, excepcionalmente optaremos por não fazê-la, pois, ao ler a obra, percebemos que os contextos que o autor a utiliza são um pouco díspares e, por isso, optaremos por manter a expressão no original, tentando preservar seu contexto.

<sup>139</sup> No original: “The content of the assurances conveyed in this way might vary. [...]. But in the real world, when people call for the sort of assurance to which hate speech laws might make a contribution, they do so not on the controversial details of someone’s favorite conception of justice, but on some of the fundamentals of justice: that all are equally human, and have the dignity of humanity, that all have an elementary entitlement to justice, and that all deserve protection from the most egregious forms of violence, exclusion, indignity, and subordination. Hate speech or group defamation involves the expressed denial of these fundamentals with respect to some group in society. And it seems to me that if we are imagining a society on the way to becoming well-ordered, we must imagine ways in which these basic assurances are given, even if we are not yet in a position to secure a more detailed consensus on justice).

cidadãos possuam um senso efetivo de justiça, isto é, um senso que lhes possibilitam compreender e aplicar esses princípios de justiça publicamente reconhecidos, agindo de acordo com eles.

No tocante a essas três características, quanto a estabilidade, queremos destacar um ponto da primeira característica: *sabe que os demais igualmente aceitam a mesma concepção política de justiça*. E, levando em consideração o fato já aqui diversas vezes dito de que a sociedade em Rawls não é uma sociedade utópica em um sentido onírico do termo, alguma dose de irrealidade fática irá existir nesta afirmação, ou seja, no geral os cidadãos aceitam concepção política de justiça e sabem que os demais também fazem isso, mas existe um temor, mesmo que inconsciente, de que isso não seja bem verdade ou que algum dia isso deixe de ser, algo que deriva da consciência das limitações humanas, da fraqueza de suas vontades, e que poderia minar a tão almejada estabilidade social. E esse problema é ainda mais premente nas sociedades reais por possuírem uma realidade histórica específica que irá diretamente influenciar a forma como seus cidadãos leem a realidade. Diante disso, os discursos de ódio em si irão infligir um dano direto a essa sensação de segurança que esses pressupostos visam garantir. E, exatamente por isso, que dissemos que Rawls não dispensa a necessidade de um Estado com algum poder coercitivo. Como já esclarecemos acima, em um Estado democrático rawlsiano irão existir sanções que muitas vezes poderão ter unicamente um poder simbólico para garantir aos cidadãos que, mesmo nos momentos de fraqueza humana, haverá um Estado para protegê-los, uma estrutura que irá garantir e resguardar os justos termos da cooperação social. E, outro ponto que pode ser destacado no tocante as diferenças existentes entre uma sociedade ideal e uma real, é que, em uma ideal, as sanções normativas terão muito mais uma função simbólica do que uma atuação de fato, diferentemente do que ocorrerá em uma sociedade real.

E por isso que Waldron se preocupa tanto com a aparência que uma sociedade se apresenta. Seria ela cheia de mensagens preconceituosas e racistas? Essa aparência para Waldron possuiria bem mais que um valor estético, “é a transmissão de uma garantia a todos os cidadãos de que podem contar com um tratamento justo” (WALDRON, 2014, p. 85). Ou seja, uma sociedade poluída com esse tipo de discurso, uma em que sua estrutura básica não restringe ou regule esse tipo de coisa, não irá transmitir essa *assurance*. Lembremo-nos mais uma vez da situação em que uma família de afrodescendente acorde com uma cruz em chamas em seu quintal ou a de uma família

de judeus que acorde com uma suástica pichada no muro da frente de sua casa. Um ato como esse não visa simplesmente ofender, possui um simbolismo, uma afirmação implícita de que as pessoas daquela cor de pele ou daquela religião não são bem vindas ao bairro, à cidade ou à sociedade, visam minar sua segurança nas suas ações diárias, pois diante de tal ato é inegável que os membros daquela família pensarão duas, três, vezes antes de voltarem desacompanhados para casa, elas se sentirão inseguras em suas pequenas ações cotidianas, o que tornará sua estada ali muito difícil, e é precisamente isso que o autor da mensagem quer causar: medo, insegurança. Implicitamente ele está dizendo: - *Você acha que é igual a mim, mas você não é. Você acha que pode se sentir seguro, mas não. Tenha cuidado, pois aqui não tem ninguém para te proteger.* E isso irá estar diretamente ligado ao contexto histórico de cada sociedade. Por exemplo, uma suástica para a sociedade alemã indiscutivelmente possui um significado mais profundo; o mesmo ocorrendo no tocante aos símbolos da Ku Klux Klan perante a sociedade norte-americana. E para uma sociedade real tudo isso deve ser sopesado de modo a se encontrar uma regulação que lhe é própria, um equilíbrio individual, personalizado, de suas liberdades básicas.

Assim, sob esse viés, sendo o direito a *assurance* um direito básico de qualquer cidadão (ouso dizer de qualquer ser humano), podemos afirmar que tais discursos visam minar o *status* de igual cidadania de alguns membros da sociedade, *status* este que possui uma importância basilar no modelo de justiça proposto por Rawls, sendo, inclusive, também um dos fundamentos de seu primeiro princípio de justiça, de sua prioridade, tal como ocorre com a estabilidade. E um dano a essa condição seria o que Waldron denomina como dano objetivo a dignidade.

Isso nos ajuda a ver o que é a fala do ódio. O ponto das exposições intolerantes que queremos regular é que elas não são apenas auto-expressão autônoma. Eles não são simplesmente as opiniões dos racistas desabafando. **As exposições visam especificamente o senso social de segurança (*assurance*) em que os membros de minorias vulneráveis confiam. O ponto deles é negar a garantia (*assurance*) implícita que uma sociedade oferece aos membros de grupos vulneráveis - que eles são aceitos na sociedade, como de costume, junto com todos os outros; eles visam minar essa garantia (*assurance*), questioná-la e manchá-la com expressões visíveis de ódio, exclusão e desprezo. E assim começa: o que foi implicitamente assegurado está agora visivelmente desafiado,** de forma que há todo um novo conjunto de cálculos para um membro minoritário se engajar enquanto

ele se propõe a fazer negócios ou dê um passeio em público com sua família<sup>140</sup> (WALDRON, 2014, p. 88-89 – tradução nossa e grifo acrescido).

Outro ponto levantado por Waldron é o efeito que esse tipo de discurso pode ter em termos de sinal de alerta, de chamado: “uma manifestação pública de ódio por algumas pessoas para indicar aos outros que eles não estão sozinhos em seu racismo ou fanatismo”<sup>141</sup> (WALDRON, 2014, p. 95). Ou seja, através deles aqueles que compartilham valores de intolerância se reconhecem e a partir daí podem agir de forma coordenada.

Por vezes, objeta-se esse ponto de vista dizendo que as leis que proíbem os discursos de ódio não resolveriam de fato o problema, mas apenas o camuflariam. Ou seja, estas leis apenas conduziam o ódio para a clandestinidade. E este argumento está diretamente relacionado ao que diz que discurso intolerante se resolve apenas com mais discurso e não com sanção, punição, censura ou outra coisa do gênero. Esse é um argumento interessante, sendo importante realizamos algumas considerações.

Diante deste argumento, é preciso deixar claro o que se almeja com o tipo de regulação que estamos advogando; é preciso deixar claro que com uma regulação a este tipo de mensagem o foco da questão, pelo menos a curto prazo, não é o ofensor, ou seja, não objetiva-se através dela fazê-lo mudar sua maneira de pensar. Aqui o foco é outro, o foco é o ofendido, que é inúmeras vezes negligenciado nas decisões dos tribunais norte-americanos sobre a matéria. O objetivo dessas leis é levar ao ofendido uma sensação de proteção e amparo. Serve como uma mensagem institucional simbólica de que o Estado estará lá para garantir uma igual proteção a todos. É, portanto, um objetivo mais de curto prazo. E nesse objetivo é de suma importância o Estado tentar dismantlar uma

---

<sup>140</sup> No original: “This helps us to see what hate speech is about. The point of the bigoted displays that we want to regulate is that they are not just autonomous self-expression. They are not simply the views of racists letting off steam. The displays specifically target the social sense of assurance on which members of vulnerable minorities rely. Their point is to negate the implicit assurance that a society offers to the members of vulnerable groups — that they are accepted in society, as a matter of course, along with everyone else; they aim to undermine this assurance, call it in question, and taint it with visible expressions of hatred, exclusion, and contempt. And so it begins: what was implicitly assured is now visibly challenged, so that there is a whole new set of calculations for a minority member to engage in as he sets out to do business or take a walk in public with his family”.

<sup>141</sup> No original: “a public manifestation of hatred by some people to indicate to others that they are not alone in their racism or bigotry”. Sendo ainda interessante destacar: “Frank Collin, the leader of the Nazis who sought to march through Skokie, put it this way: **‘We want to reach the good people—get the fierce anti-Semites who have to live among the Jews to come out of the woodwork and stand up for themselves’.**” (WALDRON, 2014, p. 95)

possível ação coordenada de *haters*, pois tal ação iria, ainda mais, prejudicar a sensação de *assurance* que ele – Estado – deve tentar transmitir a seus cidadãos.

Uma mudança de pensamento por parte do ofensor já estaria ligado a um objetivo de mais longo prazo, o que não anula a necessidade de manutenção objetivos também de curto prazo, tendo em vista a importância de trabalhar a questão de forma integral (ofendido e ofensor). Quanto a isso, Rawls lembra do princípio psicológico que determina que aqueles que tem sua liberdade protegida e se beneficiam de uma constituição justa, irão, com o passar do tempo, e em circunstâncias iguais a que passaram onde tiveram sua liberdade protegida, adquirir lealdade a essa constituição<sup>142</sup>. Ou seja, para se adquirir essa consciência, é necessário tempo para que os intolerantes possam viver experiências que o façam romper com seus paradigmas. Por exemplo, pense em um membro da ku klux klan tendo sua vida salva por uma médica negra. Ou ainda, ele mesmo sendo vítima de intolerância ou por pertencer a um outro grupo minoritário ou pelo fato de, com o passar do tempo, as majorias e minorias sociais se inverterm. Nesta situação o mesmo Estado estará lá agora para lhe amparar o que lhe permitirá adquirir compreensão e lealdade a este Estado a esta constituição que garante a todos igual proteção e liberdade. E isso só ocorre, pois, no nosso entendimento, pode se justificar a partir da posição original a situação de proteção contra os discursos de ódio. Ou seja, cremos não ser difícil de concordar, a partir deste ponto de vista, sobre a necessidade de garantia dessa igual *assurance* tal como descrita por Waldron.

Na posição original, devido ao véu da ignorância, as partes não conhecem a posição social ou a doutrina abrangente específica das pessoas que representam. As partes também ignoram o grupo étnico, o sexo, a identidade sexual, a orientação sexual ou, até mesmo, dons naturais como força ou inteligência das pessoas. E isso se dá, pois as condições para um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais sobre os princípios de justiça têm de eliminar as posições vantajosas de negociação. E é nesta condição que lhes perguntamos se essas pessoas poderiam assumir o risco de viver em uma sociedade pertencendo a um grupo constantemente vítima de exclusão social através de manifestações de ódio e intolerância. Manifestações estas que, por exemplo, podem deixar essas pessoas constantemente sob alerta e com medo de possivelmente serem agredidos física ou verbalmente. Por não ter a mesma *assurance* que outros grupos

---

<sup>142</sup> Rawls coloca nos seguintes termos: that those whose liberties are protected by and who benefit from a just constitution will, other things equal, acquire an allegiance to it over a period of time (RAWLS, 1999, p.192).

aqueles pessoas vítimas de discursos de ódio, acabam por não poder praticar as mesmas ações cotidianas, como, por exemplo, beijar seu namorado ou sua namorada na praça. Em uma noite romântica um casal homossexual, sob pena de ser agredido verbalmente ou até mesmo fisicamente, não poderá praticar os mesmo atos de um casal heterossexual. E, pelo menos no tocante a *assurance*, cremos ser função do Estado minimamente resguardá-la garantindo a todos, independentemente do grupo que pertençam, a possibilidade praticar suas ações cotidianas. E acreditamos que isso poderia fazer com que as partes, tendo em vista um equilíbrio entre as liberdades básicas, aceitem regulações em sua liberdade de expressão restringindo ou de alguma outra forma desestimulando os chamados discursos de ódio.

Já no que tange ao dano infligido pelos discursos de ódio ao valor equitativo das liberdades políticas, que também está ligado a ideia de *status* de igual cidadania<sup>143</sup>, é interessante trazer esse trabalho as colocações feitas por Owen Fiss (1996B) quando ele fala sobre efeito silenciador que uma interpretação mais libertária do direito de liberdade da expressão pode causar. Tal como igualmente já havíamos pontuado, o argumento de Fiss não é de que o discurso convencerá os ouvintes a agir de certa maneira. Não é isso, a questão é que a sensação de insegurança gerada por eles tornará impossível para esses grupos desfavorecidos participar das discussões públicas, ou ao menos participar de forma adequada, ficando por isso sub-representado no mercado de ideias. Neste contexto, o remédio clássico de mais discurso soa vazio, aqueles que supostamente responderiam não podem fazê-lo. Temem exporem-se publicamente e ter que enfrentar situações ainda piores das que cotidianamente já tem que enfrentar. Os discursos de ódio minariam tanto a sensação de segurança quanto “o senso de valor próprio das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público”<sup>144</sup> (FISS, 1996B, p. 16 – tradução nossa). E é importante aqui pensar na força que o autorrespeito tem no pensamento de Rawls, ele

---

<sup>143</sup> Cidadania e liberdade política são dois conceitos umbilicalmente ligados, haja vista que só é possível falar em liberdade política quando a cidadania está resguardada. Nesse diapasão um dano à cidadania é também um dano à liberdade política e um dano a liberdade política é um dano a cidadania. Não se podendo deixar de lembrar que no âmbito das liberdades básicas Rawls dá a liberdade política um *status* privilegiado frente às outras liberdades, haja vista que, nos termos do primeiro princípio, à liberdade política já deverá ter seu valor equitativo já resguardado no primeiro princípio. No tocante a liberdade política ele quer uma implementação mais substancial de igualdade. Assim, é importante deixar claro que quando, de agora em diante, falarmos em cidadania estaremos, direta ou indiretamente, também nos referindo à liberdade política.

<sup>144</sup> No original: “the victims’ sense of worth, thus impeding their full participation in many of activities of civil society, including public debate.

é também um dos fundamentos da prioridade da liberdade e o pressuposto necessário para que cada pessoa tenha condições ao exercício adequado de sua racionalidade, à escolha e ao desenvolvimento de um fim último que queiram dar a sua vida. Como esclarecemos no primeiro capítulo, para Rawls, o autorrespeito talvez seja o bem primário mais importante, já que, sem ele, duvidamos do nosso próprio valor, do valor de nosso plano de vida e de nossa capacidade de realiza-lo. E os discursos de ódio poderá infligir um dano a isso. E, mesmo quando essas pessoas chegam a se expor suas vozes podem vir a não ter o mesmo peso que outras vozes. E quando dizemos mesmo peso, imagine, como metáfora, a situação de uma sala onde várias pessoas gritam uma informação X e uma única Y, porque outras têm o receio de se juntar ao coro de Y e ter que enfrentar uma vida ainda mais dura. Nesta situação o som de X cobrirá Y. Sendo esta só uma metáfora e imperfeita em muitos sentidos, mas pense na questão da publicidade, no conhecimento da ideia. A questão não é o fato de ser ou não convencido por, que seria uma questão de senso de justiça e juízo de valor e que poderia ser remetido a contracrítica de Dworkin de que não é possível e não é dever do Estado exigir aos seus cidadãos que não achem uma determinada opinião ruim ou ridícula (DWORKIN, 2006, p. 372), realmente não se pode exigir isso. A questão aqui é de fato ser ouvido, da possibilidade do argumento, da opinião, pelo menos chegar às pessoas e elas poderem analisar. Não se pode exigir respeito pela opinião, mas pode-se exigir respeito pela pessoa e equitativa igualdade de oportunidade no âmbito da liberdade política. E tudo isso é ainda mais grave em uma sociedade real (não ideal) que podem possuir contextos históricos específicos que devem ser levados em consideração.

Nessas situações quem ameaça o debate público, o mercado de ideias, não é o Estado. A intervenção estatal regulando esse tipo de discurso aqui visaria garantir, assegurar, que de fato todos tenham vozes. E destacamos que o que Rawls quer garantir quando fala em valor equitativo das liberdades políticas, por se enquadrar no seu conceito de equitativa igualdade de oportunidade, é algo efetivamente robusto, não se tratando de um acesso simplesmente mais substancial das liberdades políticas, mas sim de um efetivo e igualitário acesso de todos à esfera pública independentemente de sua classe social. Rawls coloca a liberdade política e a garantia de seu valor equitativo como uma necessidade a ser resguardada já no primeiro princípio e não pelo segundo. E alguns poderiam objetar dizendo “o que dá ao Estado o direito de escolher os direitos

discursivos de um grupo em detrimento do outro?”<sup>145</sup> (FISS, 1996B, p. 17 - tradução nossa). E a forma como iremos encarar este ponto irá depender da forma como concebemos os interesses políticos em jogo, estariam em conflito “concepções libertárias e democráticas da liberdade”<sup>146</sup> (FISS, 1996B, p. 17 - tradução nossa). Fiss coloca que neste caso o Estado não estaria tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, tão somente, tentando estabelecer precondições essenciais para o autogoverno, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse ser realizado simplesmente pelo fortalecimento dos grupos desfavorecidos, o objetivo do Estado seria alcançado. Mas Fiss expressamente coloca que experiência norte-americana com programas de ação afirmativa e outros similares ensinou que a questão não é tão simples. Por vezes é necessário ir além e “reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros”<sup>147</sup> (FISS, 1996B, p. 18 - tradução nossa). A preocupação aqui não é simplesmente com a posição social dos grupos que poderiam ser prejudicados pelo discurso cuja regulação é contemplada, preocupa-se ao revés com as postulações daqueles grupos no tocante a uma integral e isonômica oportunidade de participar do debate político.

Veja que agora o discurso aparece em ambos os lados da equação, como um valor ameaçado pela regulação e como o contra valor promovido por ela. Enquanto a estrutura tradicional de encarar a questão repousa na velha ideia libertária de que o Estado é o inimigo natural da liberdade, agora estamos sendo solicitados a imaginar o Estado como o amigo da liberdade, um instrumento através do qual ela é promovida.

E, diante destas questões, como devemos interpretar a afirmação de Rawls de que a manutenção do valor equitativo das liberdades política deve satisfazer a três condições: não haja restrições baseadas em conteúdo; não deve ser imposto nenhum ônus excessivo a nenhum grupo político da sociedade (todos deve ser afetados igualmente); a regulação da expressão política devem ser racionalmente definidas de modo a alcançar o seu valor equitativo (RAWLS, 1993, p. 357-358).

Em especial nos preocuparia a primeira das condições que determina que não podem existir restrições baseadas no conteúdo, pois as outras duas parecem se harmonizar plenamente com nossa proposta.

---

<sup>145</sup> No original: “ what gives the state the right to choose the speech rights of one group over the other?”

<sup>146</sup> No original: “libertarian and democratic conceptions of freedom”.

<sup>147</sup> No original: “lower the voices of some in order to hear the voice of others”.

Em primeiro lugar, para entender melhor essa restrição é importante lembrar que para Rawls existe a ideia de pluralismo razoável e, portanto, o conteúdo que não deve ser restringido deve igualmente estar dentro do espectro do razoável<sup>148</sup>.

Em segundo lugar, tal como Fiss coloca, a ideia de neutralidade de conteúdo não deve ser vista como sendo um fim em si mesma, não deve ser sacralizada. O princípio responde a uma preocupação subjacente que o Estado possa usar o seu poder para distorcer o debate com vistas a promover resultados particulares, e isto deve sempre ser levado em consideração. Contudo, entendemos que o princípio não deve ser tão literalmente estendido a situações como, por exemplo, o discurso de incitação ao ódio, ou gastos com publicidades política, onde a total desregulamentação poderia restringir o debate e a regulação estatal poderia estar na verdade tentando promovendo um debate livre e aberto. Nestes casos, o Estado pode estar desfavorecendo certos agentes discursivos fazendo julgamentos baseados em conteúdo, mas almejando apenas assegurar que todos os lados sejam ouvidos. Portanto, o Estado estaria simplesmente agindo como um imparcial mediador, devotado a fazer com que todos os pontos de vista sejam apresentados. Quando o Estado age como um mediador, seu propósito não é determinar o resultado, mas assegurar a robustez do debate público. E tal objetivo interfere na análise que devemos fazer da situação. O que defendemos aqui é que a alteração do resultado pelo fortalecimento do debate não deve ser visto como uma causa para preocupação. Não há nada de errado nisso. O que a democracia visa atingir não é simplesmente a escolha pública, mas a escolha pública feita com informações substanciais e sob condições adequadas, equitativas, de reflexão. “Da perspectiva da democracia, não deveríamos reclamar, mas aplaudir o fato de que o resultado foi afetado (e presumivelmente melhorado) pelo debate aberto e completo<sup>149</sup>” (FISS, 1996B, p. 23). E no que tange aos gastos públicos de campanha Rawls (1993, p. 358) inclusive expressamente coloca que a proibição de grandes contribuições de pessoas ou empresas a candidatos políticos não seria um ônus excessivo, pois uma proibição desse tipo pode ser necessária para que todos os cidadãos tenham um direito equivalente de

---

<sup>148</sup> E como razoável entenda não contrários as conseqüência políticas substantivas de se escolher os princípios rawlsianos como base da estrutura do Estado, mas essa ideia ficará ainda mais clara no próximo tópico quando falarmos de quando o justo deve se sobrepor ao bom, ao bem.

<sup>149</sup> No original: “From democracy’ perspective, we should not complain but rather applaud the fact that outcome was affect (and presumably improved) by full and open debate”.

influenciar a política do governo e de se chegar a postos de autoridade independentemente de sua classe econômica e social.

Por fim, em terceiro lugar, Waldron coloca que se no que tange ao mercado financeiro não é algo assombroso falar-se, até mesmo entre parte dos liberais, na necessidade de algum tipo de regulação, por que não aplicar o mesmo raciocínio para o mercado de ideias?

Os economistas entendem que os mercados econômicos são capazes de produzir algumas coisas boas e outras não; podem produzir eficiência, mas podem não produzir, ou podem minar a justiça distributiva. No caso do mercado de ideias, a verdade é o análogo da eficiência ou é o análogo da justiça distributiva? Nunca ouvi nenhum defensor do mercado de ideias responder a essa pergunta, principalmente porque tais proponentes admitem que, quando tentam descobrir como o mercado de ideias poderia produzir a verdade, eles não têm noção análoga aos entendimento economista de como os mercados produzem eficiência (e minam a justiça distributiva). Eles apenas ensinam seus alunos na faculdade de direito a soltar o mantra “o mercado de ideias” e não os lembram que, embora algumas regulamentações governamentais sejam geralmente consideradas importantes no mercado econômico, não desenvolvemos quaisquer análogos para “o mercado de ideias” que seria útil nos argumentos a favor ou contra a regulação do discurso do ódio<sup>150</sup> (WALDRON, 2014, p. 156 – tradução nossa).

Nesse sentido uma perspectiva liberal igualitária para o mercado de ideias poderia sim estabelecer algumas regulações aos discursos de ódio. Regulações essa que em sociedades reais teriam seus contornos definidos pela sua realidade histórica. A realidade de cada uma delas deverá dar ao equilíbrio das liberdades básicas traços específicos. E com isso absolutamente não estamos menosprezando a prioridade das liberdades, simplesmente não estamos nos cegado para, em termos ideais, Rawls não almejar nada onírico levando em consideração as limitações humanas e a necessidade de incentivos simbólicos; e, em termos reais (não ideais), os contextos históricos e culturais específicos agravarem ainda mais a questão. Valendo lembrar a seguinte

---

<sup>150</sup> No original: “Economists understand that economic markets are capable of producing some good things and not others; they may produce efficiency, but they may not produce, or they may undermine, distributive justice. In the case of the marketplace of ideas, is truth the analogue of efficiency or is it the analogue of distributive justice? I have never heard any proponent of marketplace-of-ideas imagery answer this question, mainly because such proponents admit that when they try to figure out how the marketplace of ideas might be expected to produce truth, they have no notion that is analogous to the economists’ understanding of how markets produce efficiency (and undermine distributive justice). They just teach their students in law school to spout the mantra “the marketplace of ideas,” and fail to remind them that, although some government regulation is generally thought important in the economic marketplace, we have not developed any analogues for “the marketplace of ideas” that would be useful in the arguments for or against hate speech regulation”.

citação que fizemos de Rawls quando tratamos do valor equitativo das liberdades políticas:

A primeira emenda não impõe um sistema de representação de acordo com a influência efetivamente exercida na livre competição política entre desiguais, assim com o a décima quarta emenda igualmente não impõe um sistema de liberdade de contrato e de livre competição entre desiguais na economia, como a Corte pensava na era Lochner<sup>151</sup> (RAWLS, 1993, p. 362 – tradução nossa).

### 3.3.4 Prioridade do Justo

Antes de entrarmos no mérito da prioridade do justo sobre o bem segundo Rawls, lembremo-nos mais uma vez da menção que fizemos ao Habermas no tópico em que falamos sobre aparência dos discursos de ódio. Naquele momento destacamos a seguinte colocação do autor:

**“Se alguém rejeitar pessoas cuja pele é negra, nós não devemos chamá-lo para ser ‘tolerante com pessoas que com uma aparência diferente’... Pois assim nós aceitaríamos seu preconceito como um julgamento ético semelhante à rejeição de uma religião diferente. Um racista não deve ser tolerante, ele deve simplesmente superar seu racismo”.** Nestes casos e em casos similares consideramos que uma crítica aos preconceitos e a luta contra a discriminação é a resposta apropriada - e não “mais tolerância”. **A questão da tolerância só surge depois que esses preconceitos foram eliminados**, o que levou à discriminação em primeiro lugar<sup>152</sup>. (HABERMAS, 2004, p. 10 – grifos acrescentados e tradução nossa).

Agora, porém, o nosso objetivo é destacar um outro ponto, pois logo após fazer essas considerações Habermas se faz o seguinte questionamento:

**Mas o que nos dá o direito de chamar essas descrições de 'preconceitos' que um fundamentalista religioso, um racista, o chauvinista sexual, o**

<sup>151</sup> No original: The First Amendment no more enjoins a system of representation according to influence effectively exerted in free political rivalry between unequals than the Fourteenth Amendment enjoins a system of liberty of contract and free competition between unequals in the economy, as the Court thought in the Lochner era.

<sup>152</sup> No original: “If someone rejects people whose skin is black we should not call on him to be “tolerant toward people who look different”... For then we would accept his prejudice as an ethical judgment similar to the rejection of a different religion. A racist should not be tolerant, he should quite simply overcome his racism.’ In this and similar cases, we consider a critique of the prejudices and the struggle against discrimination to be the appropriate response — and not ‘more tolerance’. The issue of tolerance only arises after those prejudices have been eliminated that led to discrimination in the first place”.

**nacionalista radical ou o etnocentrismo xenófobo têm de seus respectivos 'outros'?**<sup>153</sup> (HABERMAS, 2004, p. 10 – grifos acrescidos e tradução nossa)

Ou seja, o que nos permite separar o que deve ser tolerado daquilo que deve ser simplesmente superado? Como já dissemos partimos de um pressuposto de uma sociedade pluralista, porem, igualmente já ressaltamos que esse pluralismo não é completamente amplo e irrestrito, mas como traçar esses limites? E nessa questão, antes de entrarmos nas colocações feitas Rawls sobre o assunto, já que a iniciamos a partir de uma citação de Habermas, partamos dele, ou seja, da resposta que ele – Habermas – dá a essa pergunta:

Isso aponta para o segundo tipo de razões. **Nós nos permitimos essas expressões estigmatizantes à luz dos padrões igualitários e universalistas da cidadania democrática, algo que exige o tratamento igualitário do "outro" e o reconhecimento mútuo de todos como membros "completos" da comunidade política. A norma de completa inclusão de todos os cidadãos como membros com direitos iguais deve ser aceita antes que todos nós, membros de uma comunidade democrática, possamos esperar uns dos outros mutuamente que sejam tolerantes. [...].** Na base desse acordo normativo, o potencial de conflito na dimensão cognitiva das contradições em curso entre visões de mundo concorrentes pode ser neutralizado na dimensão social da cidadania compartilhada. **Assim, a tolerância só começa onde a discriminação termina**<sup>154</sup>. (HABERMAS, 2004, p. 10-11 – grifos acrescidos e tradução nossa)

A superação do preconceito parece ser para Habermas um patamar mínimo de democracia. Aqui já não se está mais no âmbito opções políticas ou religiosas distintas que devem ser respeitadas, toleradas, em pró de um pluralismo, mas sim de um patamar mínimo que deve ser aceito por todos. E, feito esses esclarecimentos, voltemos a Rawls que é o nosso marco teórico principal. Para entender melhor essa questão em Rawls, iremos trazer aqui algumas de suas colocações acerca da necessidade do justo ter prioridade sobre o bem. E este é um importante ponto de sua obra.

<sup>153</sup> No original: “But what gives us the right to call those descriptions ‘prejudices’ that a religious fundamentalist, a racist, the sexual chauvinist, the radical nationalist or the xenophobic ethnocentric have of their respective ‘other’?”

<sup>154</sup> No original: “This points to the second kind of reasons. We allow ourselves those stigmatizing expressions in light of the egalitarian and universalistic standards of democratic citizenship, something that calls for the equal treatment of the ‘other’ and mutual recognition of all as ‘full’ members of the political community. The norm of complete inclusion of all citizens as members with equal rights must be accepted before all of us, members of a democratic community, can mutually expect one another to be tolerant. [...]. On the base of that normative agreement, the potential for conflict in the cognitive dimension of ongoing contradictions between competing worldviews can be defused in the social dimension of shared citizenship. Thus, tolerance only begins where discrimination ends”.

Como já dissemos no correr deste trabalho, Rawls determina que os cidadãos devem ser tratados a partir do pressuposto que possuem capacidade para, por si mesmos, escolherem entre as muitas teorias morais abrangentes existentes a fim de nortear sua vida. Ou seja, têm, por si mesmos, capacidade para criarem o sentido que queiram dar a suas vidas. Assim, segundo Rawls, as pessoas têm capacidade para uma concepção de bem, capacidade para estruturar, revisando caso achem necessário, e buscando atingir de modo racional seus objetivos, os fins últimos e parciais a serem buscado durante o correr de suas existências. Contudo, igualmente parte-se do pressuposto que o cidadão tem capacidade para o senso de justiça, isto é, capacidade de compreender e efetivamente colocar em prática os princípios de justiça política que estabelecem os termos equitativos de cooperação. E, nesse contexto, Rawls coloca que o justo, aquilo que é razoável, deve ter prioridade sobre o que é bom, o que é racional. Em alguma medida ele irá limitá-lo. E, agora, iremos tentar explicar de uma forma um pouco mais detalhada o que isso significa.

Historicamente é um ponto comum no pensamento liberal que o Estado não deve privilegiar nenhuma doutrina moral abrangente e, por consequência, nenhuma concepção de bem a ela associada. Fato este que poderia ir contra a ideia de uma prioridade do justo<sup>155</sup>. Nesse sentido Rawls (1993) inicia uma discussão acerca da neutralidade e dos problemas que envolvem essa questão.

Rawls percebe que a neutralidade pode ser definida de formas diversas. Uma das formas de se encarar a neutralidade é pela via procedimental. Cria-se um procedimento a partir do qual o resultado será neutro<sup>156</sup>. Contudo, Rawls não acredita que a sua Teoria da Justiça como Equidade seja neutra nesse sentido procedimental. Para ele é claro que seus princípios de justiça expressam mais que meros valores procedimentais, possuindo

---

<sup>155</sup> Nesse sentido: “Historically one common theme of liberal thought is that the state must not favor any comprehensive doctrines and their associated conception of the good. But it is equally a common theme of critics of liberalism that it fails to do this and is, in fact, arbitrarily biased in favor of one or another form of individualism. As I noted at the outset, the assertion of the priority of right may seem to leave justice as fairness (as a form of political liberalism) open to a similar objection” (RAWLS, 1993, p. 190).

<sup>156</sup> Nesse sentido: “Neutrality can be defined in quite different ways. One way is procedural, for example, by reference to a procedure that can be legitimated, or justified, without appealing to any moral values at all. Or if this seems impossible, since showing something justified appears to involve an appeal to some values, a neutral procedure may be said to be one justified by an appeal to neutral values, that is, to values such as impartiality, consistency in application of general principles to all reasonably related cases (compare to: cases similar in relevant respects are to be treated similarly), and equal opportunity for the contending parties to present their claims (RAWLS, 1993, p. 191).

um significado substantivo<sup>157</sup>. Outra forma de enxergar a neutralidade seria pela ótica dos objetivos. Sob este viés instituições e políticas são neutras no sentido de que podem ser endossadas pelos cidadãos em geral no âmbito de uma concepção política pública. E sobre isso Rawls coloca:

- a. que o Estado deve assegurar a todos os cidadãos igual oportunidade para promover qualquer concepção do bem que eles livremente afirmam;
- b. que o Estado não deve fazer nada que favoreça ou promova qualquer doutrina abrangente particular em vez de outra, ou dar maior assistência àqueles que a buscam;
- c. que o Estado não deve fazer nada que torne mais provável que os indivíduos aceitem qualquer concepção particular em vez de outra, a menos que sejam tomadas medidas para anular, ou compensar, os efeitos das políticas que levarem a isso<sup>158</sup> (RAWLS, 1993, p. 192-193 – tradução nossa).

E no tocante a essa segunda forma de compreender a neutralidade Rawls igualmente percebe que ela pode ter alguns problemas ao tentar se enquadrar à sua Teoria de Justiça como Equidade. Aqui a prioridade do justo poderia conflitar com o item “a” ao afirmar “apenas os conceitos permitidos (aqueles que respeitam os princípios da justiça) possam ser perseguidos”<sup>159</sup> (RAWLS, 1993, p. 193). E, assim, o primeiro item precisaria ser emendado para incluir a ressalva de que não é toda e qualquer concepção de bem que pode ser perseguida, mas somente aquelas que sejam razoáveis, ou seja, que sejam substancialmente compatíveis com seus princípios de justiça. Quanto ao item “b”, ele – Rawls – não vê qualquer incompatibilidade. E, por fim, no tocante ao ponto “c”, de maneira muito lúcida percebe ser impossível que a estrutura básica de um regime constitucional justo não tenha efeitos ou influências sobre quais doutrinas abrangentes conseguirão manter seus adeptos ou mesmo somar outros

---

<sup>157</sup> Nesse sentido: Justice as fairness is not procedurally neutral. Clearly its principles of justice are substantive and express far more than procedural values, and so do its political conceptions of society and person, which are represented in the original position (11:4-6). As a political conception it aims to be the focus of an overlapping consensus. That is, the view as a whole hopes to articulate a public basis of justification for the basic structure of a constitutional regime working from fundamental intuitive ideas implicit in the public political culture and abstracting from comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines. It seeks common ground - or if one prefers, neutral ground - given the fact of pluralism. This common ground is the political conception itself as the focus of an overlapping consensus. But common ground, so defined, is not procedurally neutral ground (RAWLS, 1993, p. 192).

<sup>158</sup> No original: “a. that the state is to ensure for all citizens equal opportunity to advance any conception of the good they freely affirm; b. that the state is not to do anything intended to favor or promote any particular comprehensive doctrine rather than another, or to give greater assistance to those who pursue it; c. that the state is not to do anything that makes it more likely that individuals accept any particular conception rather than another unless steps are taken to cancel, or to compensate for, the effects of policies that do this”.

<sup>159</sup> No original: “only permissible conceptions (those that respect the principles of justice) can be pursued”

ao longo do tempo. Sendo inútil, e ousamos dizer irracional, tentar compensar tais efeitos e influências. Tal como já havíamos começado a explicar quando tratamos dos danos dos discursos de ódio ao valor equitativo das liberdades políticas.

Em resumo podemos dizer que Rawls claramente percebe que essa neutralidade em termos puros é fictícia podendo, no nosso entendimento, ser classificada ou como ingênua ou como maliciosa a depender da boa ou má fé de quem afirma tal neutralidade. Assim, muito embora o liberalismo político busque um terreno comum e tenha um objetivo “neutro”, é importante enfatizar que ele ainda pode afirmar a superioridade de certas formas de caráter moral encorajando algumas virtudes morais. Nesse diapasão a justiça como equidade pode abarcar um relato de certas virtudes políticas como as virtudes da cooperação social justa que inclui a ideia de civilidade, tolerância, racionalidade, senso de justiça etc.. Sendo um ponto crucial, e é importante perceber que admitir essas virtudes em uma concepção política não leva necessariamente a um Estado perfeccionista de uma doutrina abrangente.

Assim, se um regime democrático toma certas medidas para fortalecer as virtudes da tolerância e da confiança mútua, desestimulando, por exemplo, vários tipos de discriminação religiosa e racial, ele não se torna por isso um Estado perfeccionista, nem estabelece uma religião particular como nos Estados católicos e protestantes do início do período moderno ou de qualquer outro Estado não laico. Em vez disso, está tomando medidas concretas para fortalecer as formas de pensamento e sentimento que sustentam a cooperação social justa entre seus cidadãos considerados livres e iguais. E isso é algo diverso de um Estado que tenta promover uma determinada doutrina abrangente qualquer em seu próprio nome. E esta diferença é o ponto crucial de nossa análise e que separa tolerância de preconceito tal como estabelecido por Habermas<sup>160</sup>.

Nesse sentido Rawls (1993, p. 196-197) esclarece que o encorajamento ou desencorajamento de doutrinas abrangentes pode ocorrer por pelo menos duas razões: ou seus preceitos podem entrar em conflito direto com princípios da justiça, ou podem, apesar de serem admissíveis em abstrato, vir a não ganhar adeptos sob as condições

---

<sup>160</sup> Neste sentido: “Thus, if a constitutional regime takes certain steps to strengthen the virtues of toleration and mutual trust, say by discouraging various kinds of religious and racial discrimination (in ways consistent with liberty of conscience and freedom of speech), it does not thereby become a perfectionist state of the kind found in Plato or Aristotle, nor does it establish a particular religion as in the Catholic and Protestant states of the early modern period. Rather, it is taking reasonable measures to strengthen the forms of thought and feeling that sustain fair social cooperation between its citizens regarded as free and equal. This is very different from the state's advancing a particular comprehensive doctrine in its own name” (RAWLS, 1993, p. 195).

político-sociais de um regime constitucional justo. E como exemplo do primeiro caso Rawls cita uma concepção do bem que exija a repressão ou degradação de certas pessoas por fundamentos étnico-raciais; já como exemplo do segundo fala de uma religião que para sobreviver precisaria controlar a maquinaria do Estado e com isso, praticaria algumas intolerâncias. E no tocante ao segundo caso, apesar do exemplo citado por Rawls não ter sido tão claro, imaginamos serem situações que indiretamente irão acabar por conflitar com os princípios de justiça.

A partir dessas constatações Rawls se pergunta se sua concepção política de justiça como equidade seria por isso injusta com essas concepções de bem que irão desaparecer? Seria ela justa ou injusta com as pessoas que endossam essas concepções? E, sem muitas delongas, responde que não há injustiça aí, argumentando que as influências que favorecem algumas doutrinas em detrimento de outras não podem ser evitadas por qualquer visão de justiça política, já que nenhuma sociedade pode incluir dentro de si todas as formas de vida. Assim, se uma concepção de bem é incapaz de se manter ou, em um grau mais avançado até mesmo se compatibilizar, a uma sociedade que garante as liberdades básicas iguais e a tolerância mútua, tais concepções claramente não se adequariam ao que podemos chamar de patamar democrático mínimo. E ao se afirmar isso, Rawls deixa claro que não se está criando uma concepção moral abrangente que visa regular a vida das pessoas em todos os sentidos, trata-se apenas de uma concepção política de justiça tentando estabelecer os patamares mínimos para que uma sociedade entendida como um sistema equitativo de cooperação social possa efetivamente funcionar. Sendo este é o primado do justo sobre o bom proposto por Rawls.

## 4. Algumas Delimitações

No presente tópico tentaremos construir alguns contornos mais concretos aos chamados discursos de ódio. Até o presente momento, apensar de já termos estabelecidos alguns parâmetros internos através de delimitações conceituais, a ideia ainda se mostra um pouco vaga. Assim, neste capítulo, analisaremos dois casos (misoginia e intolerância religiosa) para podemos através de exemplos e de uma forma mais concreta clarear o que de fato entendemos por discurso de ódio; o que, tendo como base a teoria de justiça rawlsiana, achamos ser justificável regular. Esclarecendo que optamos por esses dois pontos (misoginia e intolerância religiosa), justamente por acreditamos que neles a linha limítrofe que separa esse tipo de discurso dos demais é mais frágil, subjetiva (são casos mais difíceis). O que tornará nossa explicação mais útil para fins de compreensão e aplicação.

### 4.1 A Misoginia

Dentro do âmbito da misoginia os discursos de ódio visariam a atacar a pessoas do sexo feminino, estando ligando a um pensamento de inferiorização da mulher. Assim sendo, aqui tentaremos delimitar como discursos machistas poderiam ser regulados e por quê?

Para cumprir esse objetivo, inicialmente analisaremos as colocações feitas por Catharine Alice MacKinnon em seu livro *Only Words* (1993) a respeito da relação entre pornografia com os discursos de ódio. Nessa obra, em grande medida MacKinnon equipara o efeito da pornografia aos efeitos dos discursos de ódio sendo por isso favorável a sua regulação.

#### 4.1.1 Argumentos de MacKinnon

Em termos gerais podemos dizer que MacKinnon argumenta que a sexualização feminina gerada por causa da pornografia teria o efeito de dar a mulher na sociedade um papel social secundário. A mulher seria vista apenas como objeto sexual e não seria levada a sérios para outras questões.

A escrita de MacKinnon em seu livro *Only Words* mostra-se bastante visceral e pouco sistemática, mas a despeito disso, encontramos nela algumas interessantes colocações para seu ponto, ou pelo menos argumentos que merecem ser analisados e respondidos.

Em MacKinnon, é válido ressaltar, os argumentos sobre a equiparação da pornografia aos discursos de ódio se confundem com os próprios argumentos para a regulação dos discursos de ódio em si, sendo por vezes difícil separar um de outro. E, a partir de agora, enumeraremos alguns de seus pontos.

Ela inicia capítulo dois da obra explicando que na jurisprudência norte-americana por muito tempo o assédio (sexual e racial) não foi entendido como um discurso, mas sim como um ato. Uma “indesejada conversa sobre sexo é um ato sexual indesejado”<sup>161</sup> (MACKINNON, 1993, p. 46 – tradução nossa). Ela esclarece que nem sempre a primeira emenda foi arguida para tratar de questões como, por exemplo, assédio sexual no trabalho. E, usando suas fortes palavras, diz que os tribunais não interpretariam a expressão “buceta” ao se referir a uma mulher trabalhando “como transmitindo a ideia de ‘você tem uma vagina’ ou como expressando erotismo, mas sim como puro abuso”<sup>162</sup> (MACKINNON, 1993, p. 46 – tradução nossa); a expressão “mulheres negras tem gosto de sardinha” não foi interpretado como uma possível propaganda para peixes; a afirmação de que “não machuca uma mulher fazer sexo após o parto” não foi interpretado como uma especulação de cunho científico; ou a indagação “você cospe ou engole?” como uma preocupação com a higiene bucal (MACKINNON, 1993, p. 47 – tradução nossa<sup>163</sup>).

Nesse sentido, para Catharine MacKinnon, encarar essas situações como “discursos – em termos de sua forma como expressão e seu conteúdo como ideia” seria “uma manobra transparente para continuar o abuso intolerante e evitar a responsabilidade” (MACKINNON, 1993, p. 47-48 – tradução nossa<sup>164</sup>). Para ela, no contexto em que esses discursos se inserem, eles geram um dano social onde se coloca assediador e assediado em patamares distintos.

<sup>161</sup> No original: “unwelcome sex talk is an unwelcome sex act”.

<sup>162</sup> No original: “as conveying the idea 'you have a vagina:' or as expressing eroticism, but rather as pure abuse”

<sup>163</sup> Expressões no original: “Black women taste like sardines”; “It doesn't hurt women to have sex right after childbirth”; “do you spit or swallow?”.

<sup>164</sup> Expressões no original: “speech – in terms of their form as expression and their content as idea” e “a transparent ploy to continue the bigoted abuse and avoid liability”.

A partir daí ela desenvolve um ponto que achamos ser bem interessante, ela explica que alguns sugerem que o assédio deve ser ilegal apenas quando é dirigido a um indivíduo. Dividindo os casos de *individual libel* dos de *group libel*, de tal forma que *individual libel* poderia ser regulado, mas *group libel* não poderia ser. A ideia parece ser que a lesão de uma pessoa é legalmente acionável, mas o mesmo prejuízo para milhares de pessoas não. E, para MacKinnon, esta abordagem estaria em tensão com o conceito de dano à discriminação como tal, em que um indivíduo é ferido apenas como membro de um grupo.

Os tribunais geralmente entendem, sem precisar dizer, que os ataques em grupo são direcionados a cada membro do grupo individual dentro do alcance. Algum negro duvida, ao encontrar "Crioulo Morra" no trabalho, que isso significa ele? [...] Ou é "direcionado a você" somente se o seu nome individual estiver nele? Estar usando uma fotografia de Martin Luther King Jr. para praticar tiro ao alvo em um campo de tiro é apenas "dirigido a" Dr. King? Que grupo alvo pode se dar ao luxo de descobrir?<sup>165</sup> (MACKINNON, 1993, p. 47 – tradução nossa).

MacKinnon destaca que somente quando as mulheres passaram a queixar-se que a pornografia no trabalho constituía assédio sexual, e as universidades proibiram o assédio racial no campus segundo o modelo das proibições existentes ao assédio sexual, que, de repente, o assédio se tornou uma questão de discurso. E as práticas de intolerância e desigualdade foram transformadas em discussões e debates; ameaças tornaram-se declarações de ideologia política. O que tinha sido entendido judicialmente como atos de discriminação passou a ser encarado como um diálogo sobre ideias. E ela é muito enfática ao defender que “o assédio sexual é um ato sexual, como pornografia<sup>166</sup>”. (MACKINNON, 1993, p. 56 – tradução nossa). E, uma vez que você é usado para o sexo, você se transformaria em um objeto sexual. Você perderia com isso seu *status* humano. Você é sexo, portanto indigno de crença e impossível de ser violado. Seria como dizer, por exemplo, que uma prostituta, por ser prostituta, não poderia por isso ser vítima de um estupro.

<sup>165</sup> No original: “Courts have generally understood, without needing to say so, that group-based attacks are directed at every individual group member within range. Does any Black man doubt, upon encountering "Nigger Die" at work, that it means him? [...] Or is it "directed at" you only if your individual name is on it? Is using a photograph of Martin Luther King, Jr. for target practice at a firing range only "directed at" Dr. King? What target group can afford to find out?”.

<sup>166</sup> No original: “harassment that is sexual is a sex act, like pornography”.

Assim, em muitos momentos do seu livro Catharine MacKinnon coloca a pornografia como se fosse um ato sexual em si, dando um especial (mas não deixa de considerar as demais) destaque para as chamadas pornografias snuff, que se ligam aos filmes snuff<sup>167</sup>.

À medida que a sociedade fica saturada de pornografia, o lugar da fala da mulher muda na sociedade. “O que eram palavras e imagens se tornam, através da masturbação, o próprio sexo<sup>168</sup>” (MACKINNON, 1993, p. 25 – tradução nossa). À medida que a indústria se expande, a mulher em meio à pornografia tornando-se cada vez mais o arquétipo vivido da sexualidade feminina na experiência dos homens. MacKinnon argumenta que, à medida que o humano se torna coisa, a objetificação vem definir a feminilidade, a unilateralidade passa a definir a mutualidade e a força o consentimento em um processo através da qual as mulheres são realmente possuídas e usadas.

E, nesse diapasão ela defende que a pornografia faria aumentar o número de estupros e outros crimes sexuais. “Mais cedo ou mais tarde, de uma forma ou de outra, os consumidores querem viver a pornografia ainda mais, em três dimensões. Cedo ou tarde, de uma forma ou de outra, eles fazem isso. Ela os faz querer<sup>169</sup>” (MACKINNON, 1993, p. 19 – tradução nossa).

Ela diz ainda que “toda a pornografia é feita sob condições de desigualdade baseadas no sexo, predominantemente por mulheres pobres, desesperadas, sem teto, que foram sexualmente abusadas quando crianças<sup>170</sup>” (MACKINNON, 1993, p. 20 – tradução nossa). Aqui, em termos gerais, ela parece argumentar que, devido a condições socioeconômicas, não existiria uma verdadeira liberdade na escolha por ser uma atriz pornô, ou uma prostituta.

E nesse ponto chega ao que julgamos ser seu principal argumento: a igualdade. Ela coloca que a primeira emenda da constituição norte-americana cresceu como se um compromisso com a fala não fosse parte de um compromisso com a igualdade e como se um compromisso com a igualdade não tivesse implicações para a lei do discurso. E, no cenário norte-americano, a versão da igualdade que se tornou parte da compreensão da primeira emenda foi a negativa, mantendo-se apenas a falsa aparência de igualdade.

<sup>167</sup> Filmes mais fortes onde são exibidos cenas de mortes violentas, assassinatos, estupros etc.

<sup>168</sup> No original: “what was words and pictures becomes, through masturbation, sex itself”.

<sup>169</sup> No original: “sooner or later, in one way or another, the consumers want to live out the pornography further in three dimensions. Sooner or later, in one way or another, they do. It makes them want to”.

<sup>170</sup> No original: “all pornography is made under conditions of inequality based on sex, overwhelmingly by poor, desperate, homeless, pimped women who were sexually abused as children”.

E, a partir dessa consideração, menciona a importância de se dar um maior destaque para a décima quarta emenda, mais atrelada à ideia de igualdade. Esta falta de interpretação conjunta da primeira e da décima quarta emenda fez com que se emergisse uma insensibilidade quase total aos danos causados à igualdade social pelos meios de expressão e uma falta substancial de reconhecimento de que algumas pessoas obtêm muito mais discurso do que outras. Destacando que questões como a segregação racial na educação, que geram o analfabetismo e o silêncio (falta de fala), são enquadradas unicamente em termos de igualdade, e não apenas como barreiras oficiais ao discurso e, portanto, como violações da primeira emenda. Contudo, é preciso destacar que, por vezes, quando ela trata dessa questão de igualdade, a ideia de igualdade de oportunidade na fala se confunde com a de igualdade de oportunidade em termos gerais, na vida<sup>171</sup>, o que, em termos rawlsianos, pode gerar implicações.

#### **4.1.2 A Pornografia em uma Sociedade Ideal e em uma Sociedade Real: uma análise da proposta de MacKinnon**

É preciso esclarecer em primeiro lugar que não iremos analisar aqui (pelo menos não de maneira ampla, *an passant* até poderá ser mencionado) as justificativas que MacKinnon apresenta para a regulação dos discursos de ódio em si, pois nos capítulos anteriores já expomos pormenorizadamente quais dentre as possíveis justificativas para a questão acreditamos ser ou não plausíveis e por quê.

Dito isso, vamos ao cerne da questão: será que em uma sociedade dita bem-ordenada teria pornografia? E tendo em vista a ideia já algumas vezes afirmada aqui de que Rawls almeja uma utopia que seja realista, humana, algo que seja tangível, nossa resposta é sim. Acreditamos que mesmo em uma sociedade bem-ordenada iria ainda existir pornografias e outras coisas do gênero e, ao mesmo tempo também acreditamos

---

<sup>171</sup> Nesse sentido: “We argued that group defamation is a verbal form inequality takes, that just as white supremacy promotes inequality on the basis of race, color, and sometimes ethnic or national origin, anti-Semitism promotes the inequality of Jews on the basis of religion and ethnicity. We argued that group defamation in this sense is not a mere expression of opinion but a practice of discrimination in verbal form, a link in systemic discrimination that keeps target groups in subordinated positions through the promotion of terror, intolerance, degradation, segregation, exclusion, vilification, violence, and genocide. We said that the nature of the practice can be understood and its impact measured from the damage it causes, from immediate psychic wounding to consequent physical aggression. Where advocacy of genocide is included in group defamation, we said an equality approach to such speech would observe that to be liquidated because of the group you belong to is the ultimate inequality” (MACKINNON, 1993, p. 99-100).

que vivemos sim, como MacKinnon afirma, em uma cultura machista. Contudo, e isso pode parecer contraditório à primeira vista, não cremos que essas duas questões estejam intrinsecamente relacionadas, e a partir de agora, explicaremos melhor nossa ideia.

Um primeiro ponto que necessita ser esclarecido no tocante a essa questão é uma mistura conceitual derivada de nossa cultura machista de associar sexo, pornografia e prostituição às mulheres. O desejo sexual absolutamente não é algo exclusivo do homem, mas, em meio a nossa tradição patriarcal, majoritariamente a mulher passou a ser instrumento para saciar esses desejos, sendo pouco difundido, por exemplo, sites de pornografia direcionados ao público feminino<sup>172</sup>. Muitos poderiam argumentar, de forma assaz questionável, que isso se justificaria, pois fisiologicamente, por razões hormonais, o homem teria uma maior libido<sup>173</sup>, mas, não iremos entrar no mérito desta discussão aqui. Acreditamos que, além desta colocação ser assaz questionável (careceriam de um consenso científico, e seria, no mínimo em parte, fruto do próprio machismo cultural), mesmo quem adota este ponto de vista concorda que esse resultado pode variar a partir da faixa etária ou a partir do próprio indivíduo em si. E o fato é que, seja em maior ou menor grau, tanto o homem quanto a mulher, regra geral<sup>174</sup>, possui desejo sexual, e isso não é algo que irá mudar caso estejamos diante de uma sociedade dita bem-ordenada e, se não é para as sociedades bem-ordenadas, em maior medida não será para as sociedades reais.

Outro ponto que merece ser colocado é a conotação pejorativa, ou até mesmo pecaminosa que o sexo ganhou na sociedade (principalmente na sociedade ocidental) atual, o que em parte pode ser explicado pela influência exercida por algumas religiões

---

<sup>172</sup> “De acordo com Rago (1985), o sexo a partir do século XIX está ligado à procriação e o direito ao prazer na relação sexual era reservado ao homem, enquanto que a mulher deveria manter sua castidade mesmo após o casamento. A mulher, destinada ao casamento e à maternidade, não podia procurar prazer na relação sexual, e a ideia de orgasmo feminino se torna algo escandaloso” (REBOLHO, 2015, p. 23).

<sup>173</sup> “Como justificativa aos desvios matrimoniais dos homens, ainda segundo a mesma autora, a concepção médica da época, por meio de uma medicina exercida quase que exclusivamente por homens e alicerçada nos interesses masculinos, procurou mostrar que este tem um desejo sexual mais forte do que o da mulher, devido à sua constituição biológica, o que explica a sua procura pelas prostitutas, reafirmando, deste modo, a sua virilidade. Em uma época em que havia nos homens a necessidade de firmar sua virilidade e ao mesmo tempo se mostrar dignos das esposas consideradas santas, as prostitutas habitavam seu imaginário. Muitos criaram um falso moralismo para disfarçar suas idas aos bordeis. [...] Ao transformar a prostituta em um mal à sociedade e ao justificar a ida dos homens aos bordeis como algo aceitável devido à sua constituição biológica, legitima-se o papel desta, fazendo a distinção entre mulheres recatadas e públicas”. (REBOLHO, 2015, p. 23-24).

<sup>174</sup> Dizemos regra geral, pois existem pessoas, tanto homens quanto mulheres, com menos desejo sexual e que optam por não praticarem relações sexuais.

de matriz cristã<sup>175</sup>. Esclarecendo que não afirmamos que isso seja monopólio da influência dessas religiões cristãs, não é isso que queremos dizer. Nós sabemos que valores similares podem ser encontrados em outras culturas. O que estamos afirmando é: 1) a associação do sexo como algo errado ou proibido é uma ideia que foi construída culturalmente e; 2) no tocante a esse aspecto, dentre outras coisas, algumas religiões de origem cristã exerceram uma influência na cultura ocidental que deve ser considerada. E neste sentido são pertinentes as colocações feitas por Ana Claudia Figueiredo Rebolho (2015) em tese de doutorado onde ela analisa as várias conotações que a prostituição teve durante o correr da história.

As meretrizes, termo empregado por Pereira (2012), já foram admiradas pela inteligência e cultura, e também associadas a deusas, pois manter relações sexuais com elas era condição primária para adquirirem maior poder e respeito junto à população masculina da época. **Elas sempre tiveram um lugar de destaque nos vários momentos da História, mas, com o passar dos tempos, seu status mudou de respeitável a condenável. Esta conotação de ser ou não bem vista pela sociedade é um olhar de nosso tempo sobre as prostitutas.** Corroborando com Vrissimtzis (2002, p. 18), a moralidade é instável “[...] e afetada por vários e diferentes fatores e, muitas vezes, passa por mudanças radicais: o que hoje se considera imoral pode em outra época ter sido considerado correto e vice-versa”. Desse modo, ao trabalharmos com o tema prostituição, temos que nos despir de concepções preconceituosas e de questões que envolvam temporalidade (REBOLHO, 2015, p.19 – grifo acrescido).

E, nesse diapasão, é preciso levar em consideração a existência de mulheres fortes que mesmo diante de um ambiente nada amistoso e cheio de preconceito optaram por, conscientemente e sem uma premente necessidade para tanto, se tonarem prostitutas. Dois exemplos dignos de nota neste aspecto são o de Gabriela Silva Leite e o de Gabriela Natália da Silva.

De uma família de classe média Gabriela Leite, apensar de não ter concluído, cursou Filosofia e Ciências Sociais na Universidade de São Paulo no final da década de sessenta e início dos anos setenta.

Queria fazer sexo e exercer minha sexualidade sem culpa. Queria abraçar, beijar, conhecer melhor o corpo masculino, seus desejos e suas fantasias. Queria ser uma mulher desejável, usar calcinhas e sutiãs vermelhos, sentir os

<sup>175</sup> “Já a religião cristã, que se baseia no conceito de culpa (pecado original), tinha, desde seu princípio, considerado o corpo humano como pecaminoso e uma fonte constante de tentações que impediam a redenção da alma. O culto grego, ao contrário, baseava-se em uma concepção de plena aceitação da vida e da natureza e, conseqüentemente, considerava a adoração do corpo um valor absoluto, sempre visto como parte da totalidade da natureza” (REBOLHO, 2015, p. 20).

homens em meu corpo, transar muito e nunca me faltar. Não queria casar nem viver junto com ninguém. Somente ver e sentir muitos homens me desejando. Por que eu não poderia viver como eles, que sempre estavam com mulheres diferentes? Por que nós, mulheres, tínhamos que nos contentar em ter um único homem ao longo de toda a vida? Eu queria ter a liberdade sexual deles e não sabia por onde começar (LEITE, 2008, p. 49 apud REBOLHO, 2015, p. 221).

Gabriela Leite se tornou uma ativista pelos direitos das prostitutas e hoje, inclusive, existe um projeto de lei que leva o seu nome em homenagem. Projeto de autoria do deputado federal Jean Wyllys e que visa regulamentar a profissão das prostitutas no Brasil.

O segundo nome que citamos, Gabriela Natália da Silva<sup>176</sup>, também conhecida como Lola Benvenuti, ganhou uma popularidade maior no ano de 2014 quando foi entrevistada por vários apresentadores brasileiros, valendo destacar os nomes de Jô Soares, Marília Gabriela e Antônio Abujamra. Formada em Letras pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), recentemente concluiu seu Mestrado em Educação pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) com a dissertação “Prostituição, Corpo e Análise do Discurso: a vida e mundo das prostitutas”. Gabriela Silva, hoje não mais prostituta, dedicou-se a prostituição por três anos de sua vida, período que diz não se arrepende de ter vivido, apesar de atualmente estar casada e preferir focar no desenvolvimento de sua carreira acadêmica.

[...] apenas trabalhando como puta eu não poderia fazer muita coisa além de dar algumas entrevistas, o que é ótimo, mas não é tudo. Agora que eu tinha know how, eu poderia estudar, reunir provas e publicar livros e teses que possam ter peso nessas discussões e quem sabe, melhorar a vida de tantos que trabalham com prostituição (SILVA apud REBOLHO, 2015, p. 227).

Abas as Gabrielas, mesmo diante de um ambiente machista e nada amistoso, optaram por dedicar-se a prostituição. E ao dizer isso não estamos querendo com isso afirmar que o ambiente da pornografia e da prostituição não seja um ambiente marginalizado onde grande parte das pessoas escolhe apenas para suprir, por exemplo, necessidades financeiras. Sabemos disso. Contudo, diante delas e de outras que entraram nesse universo mais por vontade do que por necessidade, nos perguntamos quantas mais pessoas, sejam homens sejam mulheres, poderiam querer optar por vender seu corpo caso o ambiente não fosse tão hostil a esta escolha. E este é um ponto

---

<sup>176</sup> Currículo lattes de Gabriela: <<http://lattes.cnpq.br/1103066141321087>>.

importante de se colocar quando refletimos sobre como uma sociedade bem-ordenada se pareceria neste aspecto.

Como já dissemos acima, não acreditamos que em uma sociedade bem-ordenada a pornografia e a prostituição irão desaparecer; não cremos que uma sociedade que parte de um pressuposto que cada pessoa se sinta livre para buscar sua própria concepção de bem irá tolher aqueles que optem por seguir esse caminho. E, em igual medida, não vemos razão para o justo restringir essa escolha. Mas, não obstante a isso, vemos muitas razões para essa mesma sociedade regular estas profissões e assim proteger aqueles que optem por seguir este caminho. E, diante disso, é preciso dizer que acreditamos que em uma sociedade bem-ordenada essas profissões, apesar de ainda existirem, teriam muito provavelmente uma feição bem distinta da que tem em nossa sociedade hoje; acreditamos que não seria um ambiente tão machista, seria sim uma pornografia bem mais diversificada, com uma conotação diferente da que possui em nossa sociedade inquestionavelmente sexista.

Um outro ponto que merece ser analisado é o seu argumento que a pornografia aumentaria a quantidade de estupros e por isso precisaria ser restringida: “mais cedo ou mais tarde, de uma forma ou de outra, os consumidores querem viver a pornografia ainda mais, em três dimensões. Cedo ou tarde, de uma forma ou de outra, eles fazem isso. Ela os faz querer<sup>177</sup>” (MACKINNON, 1993, p. 19 – tradução nossa). Não acreditamos que o liberalismo igualitário de Rawls possa abraça-lo. Veja que tal argumento tem como pano de fundo uma atitude paternalista onde o Estado, para o bem comum, parecer pressupor saber mais do que o indivíduo sobre ele mesmo, sobre o que seria melhor para ele. Extrapolaria os limites que Rawls coloca para atitudes paternalistas. Voltando ao quadro elaborado por Simmons exposto no capítulo anterior, as atitudes paternalistas seriam reservadas para pessoas com alguma limitação, temporário ou permanente, no seu discernimento, e não acho que seja esse o caso. *Mutatis mutandis* poderíamos associar essa situação com um proibição em abstrato de jogos de vídeo game violentos, sob o argumento de que quem mata em um jogo irá querer fazer o mesmo em sua vida real. E não cremos que qualquer liberal político possa concordar com isso. Acreditamos serem justas, tal como já acontece com a pornografia, restrições por faixa etária, mas pressupor que um adulto não teria este tipo

---

<sup>177</sup> No original: “sooner or later, in one way or another, the consumers want to live out the pornography further in three dimensions. Sooner or later, in one way or another, they do. It makes them want to”.

de autocontrole, para nós é não respeitar o fato de que as pessoas devem ser tratadas como detentora da capacidade para o justo, da capacidade para discernir certo e errado e se guiar por isso. Como já foi dito, o problema dos discursos de ódio para uma sociedade liberal não está na sua possível capacidade de influenciar pessoas a cometerem crimes, já que essas pessoas só são passíveis de serem convencidas, ao já possuírem valores com tendências intolerantes. O problema está no dano que o discurso em si provoca nas suas vítimas. E não cremos que este seja necessariamente o caso quando tratamos da pornografia.

A nossa preocupação, o que visamos com a regulação dos chamados discursos de ódio, é garantir os patamares mínimos da democracia; é garantir que mesmo que você faça parte de um grupo com um histórico de exclusão política, você encontre um ambiente seguro para desenvolver seus valores e objetivos de vida. Para nós um verdadeiro liberalismo igualitário deve ter essa feição. Você deve ter liberdade para trilhar o caminho que queira escolher e o Estado vai minimamente lhe proporcionar um ambiente adequado para você construir sua vida com liberdade. Isso é para nós uma sociedade compreendida como sistema equitativo de cooperação social. Uma sociedade verdadeiramente pluralista, ao regular, ou até mesmo conter, algumas intolerâncias, criará o ambiente fértil para que esta pluralidade possa de fato florescer. A mulher, o negro, o gay, a prostituta, vivem em um ambiente estruturalmente nada amistoso a sua condição, assim, regular a liberdade de expressão nesse aspecto visa garantir um ambiente equilibrado para que eles possam ter liberdade para viver a sua vida, construindo o sentido que queiram dar a ela.

Contudo, voltemos novamente ao cerne da questão que objetivávamos esclarecer neste tópico: que tipo de discurso misógino que pode ser regulado e por quê. No caso da misoginia, como muitas vezes ela não se mostra tão escancarada como no caso do discurso de um racista, ela é mais difícil de ser regulada. O discurso misógino as vezes se apresenta camuflado através de uma fala que, apesar de não atingir a mulher de maneira direta, indiretamente é discriminatório. E MacKinnon percebe isso bem. Assim, apesar de não concordar com o tipo de regulação que ela quer dar a pornografia, devemos dar a ela o mérito de perceber como o sexismo pode acabar por dar mulher um papel secundário na sociedade, uma cidadania de segundo plano.

Mesmo que restrinjamos nossa discussão à sociedade de cultura ocidental, é notória a desigualdade da mulher e do homem no mercado de trabalho, podendo essa

questão ser ainda mais graves em alguns países do oriente. Como já colocamos anteriormente a partir das considerações de Robert Taylor (2012, p. 360) acreditamos que mesmo nos países nórdicos (Finlândia, Islândia, Noruega etc), que podem ser considerados sob vários aspectos as sociedades que apresentam os maiores índices de igualdade de gênero no mundo, ainda existe desigualdades entre os sexos. Como exemplo disso Taylor menciona que mesmo lá a participação média das mulheres no trabalho doméstico de um casal é bem maior que a do homem.

Não obstante a isso, no que tange a possibilidade de aplicar a Concepção Geral de Justiça pelo descumprimento não deliberado dos princípios pela própria estrutura básica, tal como afirmamos para os discursos de ódio em geral, também não cremos ser o caso de aplicá-la aqui no âmbito da discriminação de gênero, apesar de não negarmos o fato que a estrutura ainda se mostra muito conivente com este tipo de discriminação<sup>178</sup>. Pelo menos não é o caso para a realidade socioeconômica dos países desenvolvidos e daqueles países ditos emergentes, como o Brasil que, nos termos estabelecidos por Rawls, já conseguem manter este substrato estrutural mínimo de igualdade<sup>179</sup>.

Todavia, apesar de não acreditarmos que a realidade dos países desenvolvidos e em desenvolvimentos justifique a aplicação da Concepção Geral de Justiça, é possível pensar em punições para o descumprimento individual deliberado, tal como os discursos de ódio em geral. Punições que, como já esclarecemos, em uma sociedade ideal terão uma finalidade muito mais simbólica que prática. E isso facilmente poderia se dar com alguns discursos misóginos que almejem negar a mulher a garantia de uma igual cidadania.

Como exemplo de um discurso de ódio misógino de caráter mais geral e abstrato, podemos citar um grupo de homens autodenominados celibatários involuntários (incel, na sigla originária da expressão inglesa *involuntary celibate*). Tal grupo culpa a superficialidade e a crueldade das mulheres pelo fracasso sexual dos seus membros que, segundo eles, apenas se sentiriam atraídos por homens hiper musculosos, denominados por eles “machos alfas”. E, por isso, defendem o “levante dos machos

<sup>178</sup> E, como exemplo, basta lembrarmos, que aqui no Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988 a mulher quando se casava voltava a se tornar relativamente incapaz sob a curatela do marido.

<sup>179</sup> Para sermos mais preciso Rawls menciona exemplos de países desenvolvidos, mas ousamos estender sua afirmação para países em desenvolvimentos, os ditos emergentes. Contudo, especulamos que talvez seja o caso de aplicarmos a concepção geral de justiça para alguns países do oriente médio, onde a mulher é relegada pelo próprio estado a uma condição de cidadania de segunda classe.

beta” como forma de se reverter os status que se creem vítimas. Como nos esclarece Amia Srinivasan, chegam a defender inclusive o estupro de mulheres: "Nenhum homem faminto deveria ter que ir para a prisão por roubar comida, e nenhum homem sexualmente esfomeado deveria ser preso por estuprar uma mulher"<sup>180</sup> (SRINIVASAN, 2018, p. 11 – tradução nossa).

E já no que tangem o excesso de sexualização da mulher, apensar de não concordarmos com a proibição em abstrato da pornografia, acreditamos que em contextos mais específicos essa sexualização pode sim ser usada de forma misógina. Assim, apesar de não encarmos a pornografia em si como uma espécie de *group libel*, pensamos que em contextos específicos pode ocorrer *hate speech* através de discursos sexualizados. Imaginemos por exemplo que uma feminista acorde com os muros de sua casa com o seguinte dizer: - Mulher precisa é de rola. Perceba que este caso, apesar de estar direcionado a uma mulher em específico (foi pichado no seu muro por ela ser feminista), se parece muito com o exemplo que demos anteriormente de um judeu que acorda com uma suástica pichada no muro de sua casa, inegavelmente diz algo em abstrato e não somente a ela. Infligindo um severo dano na segurança (*assurance*) daquela mulher e indiretamente de outras, tentando intimidá-las de pleitearem politicamente reformas que visem uma maior igualdade de direito.

E, neste contexto, tendo em vista o equilíbrio das liberdades básicas, é plenamente viável, principalmente para sociedades reais com um histórico fático de misoginia, levar isso em consideração no momento de delinear os contornos das liberdades básicas: restringindo discursos intolerantes ou mesmo promovendo discursos de tolerância e igualdade entre os gêneros<sup>181</sup>.

## 4.2 A Intolerância Religiosa

Indubitavelmente a tolerância religiosa possui uma grande importância para Rawls. Como vimos no capítulo um, ela também seria um dos fundamentos da prioridade lexical das liberdades básicas. Ou seja, dentre outras razões, através dela Rawls (1999 p. 474-480) justifica o porquê de o primeiro princípio ter precedência

---

<sup>180</sup> No original: “No starving man should have to go to prison for stealing food, and no sexually starved man should have to go to prison for raping a woman.

<sup>181</sup> Ou quem sabe até mesmo rompendo com essa divisão por gênero.

sobre o segundo; o porquê de o dever de garantir a todos um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais (que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos) tem precedência sobre a distribuição das condições sociais e econômicas estabelecidas no segundo princípio. E Rawls (1999, p. 180-186) vai além, ela não é para ele apenas o fundamento da prioridade da liberdade, com é também o fundamento da sua justa distribuição estabelecida pela regra geral de igual liberdade tal como foi descrito no capítulo dois deste trabalho.

Na posição original, devido ao véu da ignorância, as partes não sabem quais serão as suas orientações morais, filosóficas ou religiosas, mas sabem que terão alguma. E, tendo em vista a consciência do compromisso que irá vinculá-las a alguma orientação moral ou religiosa, podendo ser essa inclusive uma escolha pela ausência fé (ateísmo ou agnosticismo), as partes não irão se contentar com nada aquém de princípios que lhes garantam a livre escolha de consciência. Para Rawls uma vez que sejam garantidas condições sociais mínimas, “pelo menos na medida em que a sua satisfação é necessária para que os cidadãos compreendam e possam exercer de forma frutífera esses direitos e liberdades”<sup>182</sup> (RAWLS, 1993, p. 7 – tradução nossa), tal como acontece em sociedades bem-ordenadas em condições favoráveis, os interesses de ordem superior passam a ser puramente normativos<sup>183</sup>. E as liberdades básicas, passam a ter prioridade, dando Rawls especial destaque para a livre escolha de consciência, devido à força do compromisso que nos prende a ela.

Por não saberem, a partir da posição original, qual será a sua orientação religiosa, como ela será vista pela sociedade, se será majoritária ou minoritária, parece evidente que as partes escolham princípios que lhes assegurem a integridade de qualquer opção religiosa. Elas não podem correr o risco de, por exemplo, ter sua religião perseguida por outra que seja dominante, e, por isso, a igual liberdade de consciência parece ser o único princípio que uma pessoa na posição original poderia reconhecer. Pose-se argumentar que alguns prefeririam correr esse risco, mas Rawls contra-argumenta dizendo que apostar nesse sentido seria mostrar que não se leva a sério as convicções morais e religiosas, tal como esclarecemos no primeiro capítulo.

---

<sup>182</sup> No original: at least insofar as their being met is necessary for citizens to understand and to be able fruitfully to exercise those rights and liberties.

<sup>183</sup> “But once the required social conditions and level of satisfaction of needs and material wants is attained, as they are in a well-ordered society under favorable circumstances, the higher-order interests are regulative from then on” (RAWLS, 1999, p. 476).

Rawls rejeita o princípio da utilidade, pois deixa a liberdade sujeita a cálculos de interesses sociais que poderiam optar por restringi-la, e ninguém com uma verdadeira convicção moral iria, segundo Rawls, se sujeitar a isso<sup>184</sup>.

Da perspectiva da convenção constituinte deve-se estruturar um regime que garanta a cada cidadão a livre escolha de consciência e, portanto, o Estado não poderia privilegiar a nenhuma religião específica, deve se abster disso. O que faz com que rejeitemos a ideia de um Estado confessional<sup>185</sup> e optemos por uma estrutura de Estado laico. Contudo, o que isso significa em termos de tolerância? Em especial o que isso significa em termos de regulação de discurso? E, para responder a estas questões dividiremos nossa análise em duas. Em primeiro lugar falaremos do respeito que pessoas externas a determinado credo devem possuir para com seus membros. Já em segundo lugar, falaremos do respeito que os membros de um credo devem ter por aqueles que estão fora dele. Cabendo ao Estado mediar isso. E estas duas perspectivas não deixam de ser faces de uma mesma moeda, implicações derivadas de ponto de vistas opostas da liberdade de crença. Quer se saber como pessoas de convicções religiosas diferentes podem conviver, pois se você é externo a uma você é interno de outra. E o que se quer saber é o que pode ser exigido do Estado em respeito e no tocante a nossa convicção religiosa, qual é a linha limítrofe que separa o justo e o bem/bom (o razoável e o racional) para questões de liberdade de crença.

---

<sup>184</sup> “Now it seems that equal liberty of conscience is the only principle that the persons in the original position can acknowledge. They cannot take chances with their liberty by permitting the dominant religious or moral doctrine to persecute or to suppress others if it wishes. Even granting (what may be questioned) that it is more probable than not that one will turn out to belong to the majority (if a majority exists), to gamble in this way would show that one did not take one’s religious or moral convictions seriously, or highly value the liberty to examine one’s beliefs. Nor on the other hand, could the parties consent to the principle of utility. In this case their freedom would be subject to the calculus of social interests and they would be authorizing its restriction if this would lead to a greater net balance of satisfaction” (RAWLS, 1999, p. 181).

<sup>185</sup> “Justice as fairness provides, as we have now seen, strong arguments for an equal liberty of conscience. I shall assume that these arguments can be generalized in suitable ways to support the principle of equal liberty. Therefore the parties have good grounds for adopting this principle. It is obvious that these considerations are also important in making the case for the priority of liberty. From the perspective of the constitutional convention these arguments lead to the choice of a regime guaranteeing moral liberty and freedom of thought and belief, and of religious practice, although these may be regulated as always by the state’s interest in public order and security. The state can favor no particular religion and no penalties or disabilities may be attached to any religious affiliation or lack thereof. **The notion of a confessional state is rejected.** Instead, particular associations may be freely organized as their members wish, and they may have their own internal life and discipline subject to the restriction that their members have a real choice of whether to continue their affiliation. The law protects the right of sanctuary in the sense that apostasy is not recognized, much less penalized, as a legal offense, any more than is having no religion at all. In these ways the state upholds moral and religious liberty” (RAWLS, 1999, p. 186 – grifo acrescentado).

#### 4.2.1 Tolerância Religiosa da Perspectiva Externa para a Interna

Sob esta primeira perspectiva é que ocorreram, e infelizmente ainda ocorrem, discursos de ódio dirigidos à comunidade judaica. E esta questão ainda muito recente na história da humanidade marca profundamente a Alemanha<sup>186</sup> em especial, país onde se perseguiu e executaram-se milhões de judeus. Tragédia que ainda hoje ressoa na consciência do povo alemão. Por ser ainda muito recente em termos históricos, muitos daqueles que viveram durante a Alemanha nazista estão até hoje vivos e carregando diretamente em suas memórias as tristes lembranças do que foi o holocausto judeu.

Contudo, o que diferenciaria um discurso de ódio de uma simples crítica religiosa? E nesse sentido lembremos mais uma vez da parte que tratamos da comparação que Rawls faz entre as posições de São Tomás de Aquino com a posição de Rousseau. Em especial lembremo-nos da posição de Rousseau. Como Rawls descreve, Rousseau não queria tolerar religiões que defendiam o brocado “fora da igreja não há salvação”, pois, para ele, esse tipo de defesa não seria bom para a ordem pública. Observe que as razões de Rousseau não são a proteção de sua fé, mas sim a manutenção da ordem social. E nesse sentido, a discordância que Rawls tem com Rousseau não é em relação ao seu argumento em abstrato, mas em relação ao limite em concreto estabelecido por ele. Rawls não acredita que a simples defesa do brocado “fora da igreja não há salvação” seja suficientemente perigosa para romper com ordem pública dessa maneira. Para Rawls é necessário algo mais<sup>187</sup>. Como já esclarecemos, a diferença entre esses dois filósofos estaria nos limites da tolerância-intolerância, na linha divisória que

<sup>186</sup> No tocante a Alemanha é preciso destacar que a intolerância teve como fonte o partido Nazista de Hitler, partido que acabou assumindo o poder e institucionalizando a discriminação contra povo judeu. O que, pelo quadro de Simmons, poderia gerar até mesmo a legitimação da resistência civil.

<sup>187</sup> Nas palavras do autor: “There is, however, an important difference between Rousseau and Locke, who advocated a limited toleration, and Aquinas and the Protestant Reformers who did not. Locke and Rousseau limited liberty on the basis of what they supposed were clear and evident consequences for the public order. If Catholics and atheists were not to be tolerated it was because it seemed evident that such persons could not be relied upon to observe the bonds of civil society. Presumably a greater historical experience and a knowledge of the wider possibilities of political life would have convinced them that they were mistaken, or at least that their contentions were true only under special circumstances. But with Aquinas and the Protestant Reformers the grounds of intolerance are themselves a matter of faith, and this difference is more fundamental than the limits actually drawn to toleration. For when the denial of liberty is justified by an appeal to public order as evidenced by common sense, it is always possible to urge that the limits have been drawn incorrectly, that experience does not in fact justify the restriction. Where the suppression of liberty is based upon theological principles or matters of faith, no argument is possible. The one view recognizes the priority of principles which would be chosen in the original position whereas the other does not” (RAWLS, 1999, p. 190).

separa o que deve ou não ser tolerado, já que a justificativa de Rousseau não é confessional e, por isso, não seria questionável em abstrato. E, no tocante a esse aspecto, concordamos com a crítica que Rawls faz a Rousseau, também não achamos que o simples fato de se afirmar que fora da igreja não há salvação seja condição suficiente para restringir esse tipo de discurso. Apesar de que essa crítica feita por Rawls a Rousseau poderia pelo menos em parte ser abrandada ao se colocar o contexto histórico da sociedade real que Rousseau vivia. Não se pode deixar de considerar que dizer isso naquela época possui um impacto bem diferente do que afirmar isso hoje.

Contudo, o fato é que devemos aceitar que qualquer um que opte por assumir determinado credo (ou não assumir nenhum) ao menos acredita que essa sua crença é superior às demais, pois se não acreditasse nisso não teria feito a escolha. As pessoas em sociedade devem aprender a conviver com as mais diversificadas concepções de bens, já que para Rawls o pluralismo é um ponto fixo e a sociedade compreendida como um sistema equitativo de cooperação social deve aprender a trabalhar sob estas circunstâncias; os cidadãos devem aprender a viver e trabalhar de forma coordenada e em paz com pessoas das mais diversas crenças, dever esse que tem se tornado cada vez mais premente em um mundo tão globalizado como o atual.

Portanto, acreditamos ser normal e plenamente aceitável que existam divergências morais e religiosas. Principalmente se pesarmos que, por vezes, uma determinada orientação religiosa surge a partir de outra já existente (imaginemos, por exemplo, uma divergência de interpretação do seu texto sagrado). E neste diapasão podemos lembrar que parte do protestantismo, que surgiu com Lutero, foi a partir de uma divergência que ele estava tendo com a matriz católica romana. Seguir Cristo não é um monopólio dos Católicos Romanos, muitas são as religiões que seguem Cristo e grande parte delas surgiu de divergências internas da igreja. E é natural um diálogo críticos entre as religiões ou até mesmo internamente. Assim, não podemos enquadrar como discurso de ódio, por exemplo, a postura de um ateu que critica a isenção fiscal das igrejas, ou de um evangélico que critica a confecção de imagens de santos. Essas e outras críticas podem ser abarcadas por esse processo dialógico discursivo que é inerente a esfera pública.

E, para entender melhor nosso ponto, lembremo-nos das colocações que fizemos no capítulo um deste trabalho onde explicamos o significado que Rawls (2001, p. 18-24) dá à ideia de pessoas livres e iguais. Em especial lembremo-nos das colocações que

ele faz da liberdade. Quanto à liberdade, esclarecemos que a Justiça como Equidade almeja garanti-la em dois sentidos.

Em primeiro lugar determina que os cidadãos são livres na medida em que consideram a si mesmos e os seus demais concidadãos como detentores da faculdade moral de ter uma concepção de bem. E, quando fazemos tal afirmação, queremos fazer adicionalmente a afirmação, como pressuposto implícito, da necessidade, caso sejam razoáveis, de um respeito a cada uma dessas concepções de bem existentes. Além disso, e esse é o ponto que queremos destacar aqui, afirmamos ainda o direito de ser tratados igualmente independentemente de qualquer concepção de bem que possua ou que possa vir a possuir, qualquer um é livre para escolher aquela que melhor lhe satisfazer e o fato de terem optado por uma ou outra não pode interferir na forma que irão ser tratados como cidadãos, e nenhuma relevância deve ter perante o Estado o fato de um determinado cidadão, por exemplo, optar por mudar de religião ou orientação filosófica, tal mudança deve ser tratada como irrelevante na forma como a estrutura básica da sociedade irá trata-lo como cidadão. Ele continuará fazendo *jus* ao mesmo rol de direitos em abstrato. Cada cidadão deve ter a liberdade para construir sua própria orientação filosófica, moral ou religiosa e, caso queiram, transitar entre essas orientações. E este é o ponto que queremos destacar, aqui está o cerne da questão.

Em um segundo sentido a Justiça como Equidade determina que cada cidadão deve ser tratado como livre para pleitear reivindicações perante o Estado. E, para Rawls somente é razoável tratar essas reivindicações com seriedade, quando essas reivindicações sejam compatíveis com a concepção pública de justiça. O que em parte pode ser entendido como algo decorrente do fato que todos devem ser tratados como cidadãos iguais independentemente da concepção moral abrangente que escolheram para nortear suas vidas. Assim, independentemente do qual orientação religiosa você escolher ter, e mesmo que você opte por mudar de orientação durante o correr de sua vida, é obrigação do Estado e dos cidadãos de uma sociedade bem-ordenada te tratar com respeito e igual *status* de cidadão. Quando isso é negado, nega-se o que chamamos de patamares democráticos mínimos estabelecidos pelos princípios de justiça.

Ocorre porém, que aqui, por vezes e tal como ocorre com a misoginia, essa negação de cidadania pode não ser direta, pode ser camuflada. Mas os legisladores de uma sociedade real, e tendo em vista um equilíbrio concreto das liberdades básicas, devem, ao propor uma regulação da liberdade de expressão, verificar o contexto

histórico-cultural de cada país. Nesse sentido, por exemplo, a realidade cultural alemã hoje dá uma atenção muito maior para o discurso antissemita se comparado com a americana. Na Alemanha da década de trinta, ao se culpar os judeus por grande parte dos problemas, apesar de não declarar expressamente e formalmente os judeus com um grupo de cidadãos de segunda classe, essa cidadania de segunda classe de fato ocorreu, os discursos de ódio do partido nazista da Alemanha de então foram incisivos, foram uma negação do pressuposto de que todos os integrantes de uma sociedade devem ser tratados com proteção e igual respeito. E, assim, vemos com muita desconfiança os discursos que hoje parte do mundo ocidental professa contra os muçumanos, através de afirmações como, por exemplo: - Muçumanos são terroristas! Principalmente se levarmos em consideração, na realidade europeia, o contexto de crise migratória. Essa ideia, ou outras do gênero, não são simplesmente críticas ao islamismo tal como colocamos anteriormente e que seria natural de se esperar em qualquer sociedade pluralista, vão para além disso. Elas visam em grande medida eliminar o islamismo em si. Assim, também aqui vemos semelhanças entre as situações onde se picha uma suástica no portão de um judeu, coloca-se uma cruz em chamas no quintal de um negro, e esta onde se escreve muçumano terrorista. Aqui existe uma intimidação, uma tentativa de exclusão de um povo, de uma cultura, do seio de uma sociedade; uma negação de que eles são cidadãos iguais e com igual direito.

E, feitos esses esclarecimentos é preciso fazer algumas diferenciações. Por exemplo, é bom lembrar a relativamente recente e polêmica entrada no domínio público da obra *Mein Kampf* (Minha Luta) de Adolf Hitler, nesta época houveram argumentos pela censura deste livro tendo em vista a ideia de que tal obra iria propagar discurso de ódio, e não acreditamos que isso seja necessariamente o caso. Somos contrários à censura desta obra em abstrato sob o fundamento de ser discurso de ódio e explicaremos nossas razões. Vejam, é preciso diferenciar discurso político de discursos históricos, literários ou científicos<sup>188</sup>. Uma coisa é afirmar algo politicamente e outra é fazer um registro histórico. Não devemos, sob o argumento de que é suja, tentar apagar nossa história, muitas foram as atrocidades cometidas pela humanidade e é importante lembrarmos-nos de cada uma delas, pois elas fazem parte do nosso passado e foi através delas que a humanidade chegou ao que é hoje, valendo lembrar a ideia de *dogma morto*

---

<sup>188</sup> Os discursos históricos podem ser considerados discursos científicos, mas achei necessário, para fins de realçar a ideia no âmbito histórico, coloca-lo separadamente.

de Mill (2016) e da importância de não esquecermos dos nossos erros para não repeti-los novamente, tal como destacado por ele. Contudo, e isso é importante diferenciar, acreditamos que isso não deve impedir o Estado de verificar, em concreto, se alguns estão utilizando esta obra, não para fins de estudos históricos, mas para fins políticos ativistas de propagação de ideias antissemitas, isso sim pode ser enquadrado como discurso de ódio e talvez punido. Portanto, devemos diferenciar o discurso político do discurso científico. Neste diapasão, e em igual medida, não vemos problemas que cientistas da área da saúde tentem verificar diferenças genéticas entre pessoas de pele brancas e pessoas de pele negra, tal pesquisa não é necessariamente racista, podem vir a ser caso esse ditos cientistas utilizem sua pesquisa para fins de diferenciações políticas discriminatórias. Contudo, caso isso não ocorra, dessas pesquisas poderiam surgir, por exemplo, tratamentos médicos mais adequados a ambos: negros e brancos.

Uma outra situação bastante polêmica e que gerou debates acalorados foi a Parada Gay realizada na cidade de São Paulo em 2015 onde a atriz transgênero Viviany Belebony interpretou Jesus na cruz, sendo este talvez um ponto de transição ente o presente tópico e o próximo onde iremos tratar da tolerância religiosa da perspectiva interna para a externa. Aqui vemos alguns cristãos ofendidos com a manifestação artística desta atriz que, inclusive, também praticante de uma religião de matriz cristã, é espírita.

Nesta questão como nos esclarece Rodrigo Otávio Moretti-Pires, Zeno Carlos Tesser Júnior, Marcelo Vieira e Murilo dos Santos Moscheta (2016) alguns pastores, e dentre eles destaco a figura do deputado federal Marcos Feliciano, se mostraram muito indignados com a performance artística de Viviane. Teriam se sentido ofendidos em sua fé, mas como devemos entender essa manifestação artística?

Não enxergamos essa manifestação como uma tentativa de negar aos cristãos em geral seu status de igual cidadania ou de alguma forma intimidá-los, mas tentemos entender melhor essa ideia<sup>189</sup>. Na cruz que Viviane foi simbolicamente colocada estava escrito: Basta de Homofobia LGBT. Ou seja, longe estava de ser uma ameaça ou intimidação aos cristãos (a própria atriz é cristã), trata-se de um apelo político de respeito aos homossexuais comparando o sofrimento de cristo com o atualmente é

---

<sup>189</sup> Apesar de não crermos ser o caso, talvez até se possa especular em uma regulação da liberdade de expressão por outros fundamentos, mas aqui absolutamente existe discurso de ódio. Não por parte de Viviane ou dos organizadores do evento. Aqui não vemos uma minoria política sendo intimidada em razão do seu credo.

sofrido pela comunidade LGBT. Valendo considerar que nem todos os cristãos são contrários à homossexualidade<sup>190</sup>. Assim, talvez poderíamos ver aqui nessa manifestação LGBT um apelo por uma interpretação diferente da bíblia, uma que não condena a homossexualidade e afirma o respeito aos homossexuais como uma questão de respeito ao próximo, respeito a sua orientação sexual, de respeito a vida que querem viver, e, não sei se poderíamos afirmar isso, mas de respeito esta concepção de bem que querem seguir<sup>191</sup>. Como Rawls percebe ao falar da possibilidade de um consenso sobreposto não utópico (RAWLS, 2001, p. 32-38 e p. 192-194), na sociedade, em termos reais, existe um sincretismo muito grande e isso, em longo prazo, é bom e necessário para o surgimento de um consenso sobreposto sobre uma concepção pública de justiça, algo que seja mais que um simples *modus vivendi*<sup>192</sup>. Mas as implicações dessa atuação artística ficarão mais bem esclarecidas no próximo tópico quando tratarmos do respeito que os partidários de uma determinada orientação religiosa devem possuir com quem dela não comunga.

#### 4.2.2 Tolerância Religiosa da Perspectiva Interna para a Externa

Quando Rawls (1993, 173-211) afirma a prioridade do justo sobre o bom, tal como já explicamos, ele expressamente coloca que algumas concepções de bem, algumas concepções morais abrangentes, poderão ou desaparecer ou terem que se adaptar a concepção pública de justiça. E a partir daí concluímos que as religiões, enquanto concepções morais abrangentes, terão que se adequarem a concepção pública

<sup>190</sup> Existem diversos níveis ou gradações de rejeição-aceitação. Alguns (ver CAMPOS et al, 2011) aceitam a prática, apesar de não reconhecerem o casamento. E recentemente, inclusive, a Igreja Episcopal Anglicana do Brasil aceitou até mesmo a possibilidade de realização de casamentos entre duas pessoas do mesmo sexo. A medida foi aprovada em assembleia-geral (02/06/2018), mas para de fato ter eficácia deverá ser aprovada pelas dioceses, tendo elas autonomia para recepcionar ou não a prática.

<sup>191</sup> Sobre esta questão ver *Homossexualidade e Igrejas Cristãs no Rio de Janeiro* (2011) de Maria das Dores Campos Machado (ESS/UFRJ), Fernanda Delvalhas Piccolo (IFRJ), Luciana Patrícia Zucco (ESS/UFRJ) e José Pedro Simões Neto (ESS/UFRJ).

<sup>192</sup> “We need not enumerate further possibilities (of which there are many) except to add that many citizens may not hold any well-articulated comprehensive doctrine at all. Perhaps most do not. Rather, they affirm various religious and philosophical, associational and personal values together with the political values expressed by the political conception. These political values are not derived with in any overall, systematic view. People may think that the political values realized by a just basic structure are normally of sufficient weight to override whatever other values are likely come in conflict with them. So while their whole view is comprehensive in that it includes nonpolitical values, it is only partially comprehensive in being neither systematic nor complete. In §58 we shall find that this lack of system and completeness is indeed fortunate, and helps to permit a *modus vivendi* to change over time into an overlapping consensus” (RAWLS, 2001, p. 33).

de justiça da sociedade. Ou seja, para Rawls aquilo que faz parte de uma concepção pública de justiça deve prevalecer, seriam os pressupostos democráticos mínimos para que uma sociedade entendida como um sistema de cooperação social possa funcionar de forma bem-ordenada.

Devendo isso ocorrer com as religiões em geral, mas, como exemplo, lembremos de algumas passagens do antigo testamento, que é a parte comum entre diversas religiões de origem judaica (cultura muito influente no mundo ocidental), passagens que hoje, além de terem caído em desuso, nem poderiam aqui ser legalmente aplicadas. Assim é digno de nota Números 15:32-36, onde Deus, através de Moisés, manda apedrejar um homem até a morte porque ele estava pegando lenha no sábado<sup>193</sup>. Trecho este que está em consonância com Êxodo 35:2 que também estabelece, em termos gerais, a morte como castigo para quem trabalhar no sábado<sup>194</sup>. Vale mencionar ainda Deuteronômio 25:11-12, onde se diz que uma mulher que se aproximar de uma briga de homens para tentar salvar seu marido e "agarrar nas partes vergonhosas" do inimigo, deverá ter sua mão cortada<sup>195</sup>. Por fim, lembremos de Deuteronômio 21,18-21 onde se estabelece que filhos rebeldes e desobedientes são um mal a serem extirpados, e determina que também devem ser apedrejados pela comunidade<sup>196</sup>.

Além disso, é oportuno esclarecer que quando partimos de um pressuposto de Estado laico, isso gera implicações. Um Estado laico não pode fazer uso de uma justificativa confessional para fundamentar seus atos. Os atos de um Estado laico deve possuir uma justifica pública. Para Rawls (2001, p. 26-29) o objetivo da ideia de justificativa pública é definir uma fundamentação para uma concepção política de justiça de uma democracia pluralista. Assim, a ideia de justificação publica se

<sup>193</sup> “Estando, pois, os filhos de Israel no deserto, acharam um homem apanhando lenha no dia de sábado. E os que o acharam apanhando lenha o trouxeram a Moisés e a Arão, e a toda a congregação. E o puseram em guarda; porquanto ainda não estava declarado o que se lhe devia fazer. Disse, pois, o Senhor a Moisés: Certamente morrerá aquele homem; toda a congregação o apedrejará fora do arraial. Então toda a congregação o tirou para fora do arraial, e o apedrejaram, e morreu, como o Senhor ordenara a Moisés”. (Números 15:32-36).

<sup>194</sup> “Seis dias se trabalhará, mas o sétimo dia vos será santo, o sábado do repouso ao Senhor; todo aquele que nele fizer qualquer trabalho morrerá”. (Êxodo 35:2).

<sup>195</sup> “Quando pelearão dois homens, um contra o outro, e a mulher de um chegar para livrar a seu marido da mão do que o fere, e ela estender a sua mão, e lhe pegar pelas suas vergonhas, Então cortar-lhe-ás a mão; não a poupará o teu olho”. (Deuteronômio 25:11,12).

<sup>196</sup> Quando alguém tiver um filho contumaz e rebelde, que não obedecer à voz de seu pai e à voz de sua mãe, e, castigando-o eles, lhes não der ouvidos. Então seu pai e sua mãe pegarão nele, e o levarão aos anciãos da sua cidade, e à porta do seu lugar; e dirão aos anciãos da cidade: este nosso filho é rebelde e contumaz, não dá ouvidos à nossa voz; é um comilão e um bebedor. Então todos os homens da sua cidade o apedrejarão, até que morra; e tirarás o mal do meio de ti, e todo o Israel ouvirá e temerá. (Deuteronômio 21:18-21).

harmoniza com a de sociedade bem-ordenada, na medida em que uma sociedade bem-ordenada deve necessariamente ser regida por uma justificativa que seja publicamente reconhecida. Para uma sociedade bem-ordenada todos aceitam os mesmos princípios de justiça. Esses princípios fornecem uma razão que é por todos aceitável e a partir da qual se justifica reivindicações dirigidas às instituições públicas. Ou seja:

Uma característica essencial de uma sociedade bem-ordenada é que sua concepção pública de justiça estabelece **uma base comum a partir da qual os cidadãos justificam, uns para os outros, seus juízos políticos**: cada um coopera, política e socialmente, com o restante em termos que todos poderiam endossar como justos. **Esse é o significado de uma concepção pública de justiça**<sup>197</sup> (RAWLS, 2001, p. 27 – tradução nossa e grifo acrescido).

Portanto, para um Estado laico, não se pode aceitar, por exemplo, como justificativa para não se reconhecer o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o fato de tal proibição constar no livro sagrado de uma determinada religião. Pensemos um pouco do ponto de vista da posição original. Do ponto de vista da posição original as partes não podem, em termos políticos, “concordar com nenhuma autoridade moral, dizendo um texto sagrado ou uma instituição ou tradição religiosa”<sup>198</sup> (RAWLS, 2001, p. 15 – tradução nossa). Além disso, quanto a essa questão, as partes não sabem, no tocante a sua identidade de gênero, se serão cisgênero ou transgênero, ou seja, não sabem se irão se identificar ou não com o seu sexo biológico; e, igualmente, não sabem, quanto a sua orientação sexual, se serão homossexuais ou heterossexuais, isto é, se irão sentir atração física por pessoas do mesmo sexo, ou se do sexo oposto<sup>199</sup>. E como na posição original, apesar das partes não terem acesso a esses fatos particulares, devem e possuem acesso a fatos genéricos que afetem a escolha dos princípios da justiça, deve-se pressupor que sabem em abstrato que essas situações poderiam ocorrer<sup>200</sup>. E devemos levar isso com

<sup>197</sup> No original: An essential feature of a well-ordered society is that its public conception of political justice establishes a shared basis for citizens to justify to one another their political judgments: each cooperates, politically and socially, with the rest on terms all can endorse as just. This is the meaning of public justification.

<sup>198</sup> No original: agree on any moral authority, say a sacred text or a religious institution or tradition.

<sup>199</sup> Veja que identidade de gênero e orientação sexual dois conceitos distintos e com implicações deferentes. E aqui só citamos algumas das possibilidades. Existe quem, por exemplo, tente romper completamente com essa divisão binária, se identificando ao mesmo tempo com ambos os gêneros ou sentido atração por ambos.

<sup>200</sup> “As far as possible, then, the only particular facts which the parties know is that their society is subject to the circumstances of justice and whatever this implies. It is taken for granted, however, that they know the general facts about human society. They understand political affairs and the principles of economic theory; they know the basis of social organization and the laws of human psychology. Indeed, the parties

consideração na hora de interpretarmos os princípios de justiça rawlsianos para situações mais concretas. As pessoas das mais diversas identidades de gênero e com as mais diversas orientações sexuais devem ser tratadas com o mesmo status de cidadania e cremos que não podemos afirmar que isso tem ocorrida nas sociedades reais atuais, pelo menos não cremos que isso ocorre na nossa sociedade. Será que podemos afirmar que, por exemplo, um transgênero tem as mesmas chances que um cisgênero em uma entrevista de emprego? Um casal trans teria de fato os mesmos direitos (?); suas liberdades básicas são garantidas em igual medida? Achamos que não, mas a questão aqui talvez seja mais complexa de ser resolvida e a partir de agora passaremos a tentar explicar as implicações que isso tem em termos de regulação de discurso de ódio.

É importante lembrar que um preconceito histórico não é algo que desaparece sem deixar rastros. Eles deixam marcas culturais que o tempo custa a apagar, marcas na própria língua falada e escrita. Muitas vezes preconceitos se tornam palavras, lembremos do mais clássico de todos: “filho da puta”. Se a pessoa é ou não filha de uma prostituta, por que isso seria ofensivo? Existe um preconceito por detrás. E quanto aos termos “puta” “galinha” é interessante pensar como é misógino o fato de apenas a mulher ser mal vista caso resolva manter relações sexuais com vários homens. E no mesmo sentido orientação sexual também pode e, infelizmente, por vezes, é utilizada como ofensa: “bicha”, “queima rosca”, “veado”. Imagine como é crescer em um ambiente onde a sua cor de pele, o seu sexo ou sua orientação sexual são de alguma forma ofensivos, possuem uma conotação negativa. O preconceito deixa marcas culturais, mas, como devemos lidar com isso? Assim e voltando novamente a questão da homofobia, como devemos interpretar alguém que seja contra a união homoafetiva e defenda isso ativamente? Seria discurso de ódio? Ou ser contra a adoção por casais gays seria discurso de ódio? Será que uma marcha para a volta da escravidão deve ser tratada

---

are presumed to know whatever general facts affect the choice of the principles of justice. There are no limitations on general information, that is, on general laws and theories, since conceptions of justice must be adjusted to the characteristics of the systems of social cooperation which they are to regulate, and there is no reason to rule out these facts. It is, for example, a consideration against a conception of justice that, in view of the laws of moral psychology, men would not acquire a desire to act upon it even when the institutions of their society satisfied it. For in this case there would be difficulty in securing the stability of social cooperation. An important feature of a conception of justice is that it should generate its own support. Its principles should be such that when they are embodied in the basic structure of society men tend to acquire the corresponding sense of justice and develop a desire to act in accordance with its principles. In this case a conception of justice is stable. This kind of general information is admissible in the original position” (RAWLS, 1999, p. 119).

igual um marcha contra a união homoafetiva? E acreditamos que a resposta a estas questões sejam as mais difíceis que já enfrentamos até aqui.

E é interessante lembrar a argumentação de Rawls sobre situações de transição em sociedades não ideais. Assim cita, como um exemplo histórico, que por mais que a prática de escravidão seja algo condenável e não justificável pelos pressupostos da justiça como equidade, em épocas passadas ela poderia ser preferível se a outra opção fosse a morte<sup>201</sup>. Para uma cultura que tinha como prática comum a morte dos prisioneiros de guerra, torna-los escravos poderia ser considerado um avanço, em termos de justiça para situações não ideais:

Pode haver casos de transição em que a escravização é melhor que a prática atual. Por exemplo, suponha que as cidades-estados que anteriormente não faziam prisioneiros de guerra, mas sempre impunham a morte aos prisioneiros, concordem com o tratado de manter prisioneiros como escravos. Embora não possamos permitir a instituição da escravidão com base no argumento de que os ganhos maiores de alguns superam os prejuízos para outros, pode ser que sob essas condições, uma vez que todas correm o risco de serem capturados em guerra, que essa forma de escravidão é menos injusta do que o costume vigente. Pelo menos a servidão prevista não é hereditária (suponhamos) e é aceita pelos cidadãos livres de cidades-estados mais ou menos iguais. O arranjo parece defensável como um avanço em instituições estabelecidas, se os escravos não forem tratados com muita severidade. Com o tempo, ela será presumivelmente abandonada, já que a troca de prisioneiros de guerra é um arranjo ainda mais desejável dado à preferência pela volta dos membros capturados da comunidade em relação aos serviços escravos<sup>202</sup> (RAWLS, 1999. P. 218 – tradução nossa).

E quanto a esta questão, talvez seja oportuno lembrar uma outra tratada quando analisamos as teorias ideais e não ideais de justiça. Naquele momento argumentamos que para Amartya Sen (2006) a chamada teoria do estado final (por ele denominada transcendental) não seria uma condição nem necessária nem suficiente para uma teoria

---

<sup>201</sup> **O exemplo dado por Rawls é meio drástico, e nele se justificaria até mesmo aplicação de concepção geral de justiça, devido à falha estrutural daquela sociedade; bem como tentativas de resistência civil. Contudo, mais a frente ficará claro que não é por esse ponto mais forte que ele nos é útil. Para o nosso caso não haveria necessidade de medidas como essas.**

<sup>202</sup> No original: “There may be transition cases where enslavement is better than current practice. For example, suppose that city-states that previously have not taken prisoners of war but have always put captives to death agree by treaty to hold prisoners as slaves instead. Although we cannot allow the institution of slavery on the grounds that the greater gains of some outweigh the losses to others, it may be that under these conditions, since all run the risk of capture in war, this form of slavery is less unjust than present custom. At least the servitude envisaged is not hereditary (let us suppose) and it is accepted by the free citizens of more or less equal city-states. The arrangement seems defensible as an advance on established institutions, if slaves are not treated too severely. In time it will presumably be abandoned altogether, since the exchange of prisoners of war is a still more desirable arrangement, the return of the captured members of the community being preferable to the services of slaves”.

de transição. Quando falamos da suficiência afirmamos que poderia ocorrer o problema da dependência de trajetória, valendo lembrar a seguinte citação:

Para exemplificar, imagine que um estado A esteja mais próximo do ideal do que um estado B. B, no entanto, aumenta a probabilidade subsequente de um estado de coisas C, que está ainda mais próximo do ideal do que A. Ao comparar A e B segundo o critério da proximidade, devo considerar a propensão de B a dar lugar a C? Se sim, que peso devo atribuir a essa característica de B? (ZANITELLI, 2016, p. 373).

Ponto este que, quando tratamos da necessidade, se relaciona diretamente com a crítica desenvolvida por Zofia Stemplowska (2008) que afirma serem temerárias comparações que ignorem um estado de coisas ideal. E menciona um exemplo bem similar para explicar seu ponto, compara duas situações não ideais de justiça: a situação “A” e a situação “B”. Onde percebe que nessa comparação poderia ocorrer que, embora “B” possa ser considerada uma situação mais justa em termos não ideais, “A” poderia ser a escolhida, caso se conclua que ao seguir um caminho que leve a “A” nos encontraríamos em uma situação mais propícia de se chegar à situação ideal.

Assim, acreditamos que estas ideias se relacionam com a colocada por Rawls de que, para situações bem específicas em sociedades reais, uma situação ainda não justa poderia ser preferida caso a outra opção se mostrasse ainda pior, mas expliquemos melhor a ideia. No exemplo dado por Rawls poderíamos dizer que para algumas situações específicas adotar a escravidão/servidão pode ser um passo intermediário interessante para se futuramente se chegar a um estado ideal. Escravidão que com o tempo, seria provavelmente abandonada, já que a troca de prisioneiros de guerra é um arranjo ainda mais desejável dado à preferência pela volta dos membros capturados da comunidade em relação aos serviços escravos. Ou seja, seria uma questão de tempo para se chegar ao ideal, sendo, e este é o ponto, exigir demais daquela sociedade pleitear algo para além disso. Tal exigência mais ideal poderia gerar um rechaço de qualquer mudança por parte da sociedade por um longo tempo. Se você exige de uma sociedade algo que ela ainda não está preparada isso poderia gerar um “trauma” que poderia deixar ele presa em sua posição inicial por mais tempo. Ou seja, às vezes o caminho longo pode ser o caminho mais rápido. E aproveitando apenas uma pequena parte da metáfora da montanha de Sem (2006), estamos dizendo que para se subir uma montanha por vezes o ziguezague pode ser uma melhor escolha que a linha reta. Mas qual a relação disso com discurso de ódio?

A relação é a seguinte. Como dissemos, o preconceito em termos gerais deixa marcas culturais que não irão desaparecer de forma imediata. É um processo longo, em que resquícios vão desaparecendo com o correr do tempo. Assim, é preciso esclarecer que, quando falamos em regulação do discurso, não se pode concluir a partir daí que estamos trabalhando com uma lógica binária onde tudo que rompe o ideal deve ser punido. Não é essa nossa intenção, e, tendo como base esta questão que acabamos de tratar, não descartamos a possibilidade de se verificar situações concretas em que apesar de não poderem ser plenamente enquadradas como justas devem ser toleradas como situações de justiça transitória, pois seria demais exigir mudanças mais bruscas, devendo estas questões ser reguladas pelos poderes democráticos. Assim, nesse processo de internalização social da eliminação da intolerância vemos que, entre outros, o fator tempo pode ser importante.

E, respondendo uma das perguntas que colocamos, não acreditamos que uma passeata em pró da volta da escravidão negra e uma contra a união homoafetiva ou contra a possibilidade de casais gays adotarem uma criança devam ser encarada, necessariamente, da mesma forma. Em termos abstratos, todas as situações tentam negar o *status* de igual cidadania (negando ou colocando direito civis distintos para os cidadãos) e tal distinção não poderia ser tolerada em uma sociedade ideal. Contudo, não achamos ser inconcebível, para uma sociedade real em circunstâncias não ideais específicas, que se discorde<sup>203</sup>, mas aceite algumas delas sem punições (percebe-se que aqui a punição não é o melhor remédio, como políticas públicas de proteção e incentivo). Ou seja, não cremos que necessariamente tudo que poderia ser enquadrado em um significado mais amplo de discurso de ódio deve ser necessariamente punido, alguns podem ser, mas não cremos que isso seja necessariamente o caso. Durante todo trabalho defendemos que discursos podem ser regulados, mas a expressão “regular” é um conceito amplo que não deve ser sempre interpretado levando em consideração o pior dos cenários.

Assim, e voltando novamente a questão da homofobia, cremos, principalmente se levarmos em consideração o caso, por exemplo, da sociedade brasileira e americana, na qual é recente o reconhecimento da união homoafetiva<sup>204</sup>, que talvez possa ser considerado democrático tolerar aquele que apenas politicamente (sem ameaças,

---

<sup>203</sup> Sendo importante destacar essa discordância.

<sup>204</sup> A Corte Constitucional brasileira reconheceu às uniões homoafetivas, na data de 05/05/2011, já na Suprema Corte Americana tal reconhecimento se deu no dia 26/06/2015.

intimidações etc.) se manifestem contrários ao reconhecimento jurídico desta união. São avanços políticos recentes que ainda estão em processo de internalização pela sociedade. Seria uma situação transitória *sui generis*, onde ela apesar de não ser a ideal, já é um avanço comparado com a anterior e um caminho mais pacífico/democrático para se chegar a ideal. Contudo, a despeito disso, cremos também poder existir sim situações mais graves de discursos homofóbicos, onde, por exemplo, possam estar presentes humilhações, intimidações etc., e medidas mais drásticas podem fazer-se necessárias. E é preciso deixar claro que, no tocante a esse último ponto, essa é apenas uma sugestão, pois se trata de questão delicada, e seus reais contornos devem ser dados com uma atuação conjunta dos três poderes da república, sendo nosso objetivo apenas dizer que tal argumentação é, em abstrato, concebíveis para situações não ideais.

E voltando novamente ao cerne da nossa questão no presente tópico que é a tolerância religiosa do ponto de vista interno para o externo, acreditamos que discursos religiosos contrários a união de pessoas do mesmo sexo devem ser vistos com muito cautela, podendo sim, por vezes e tendo em vista a todos os pressupostos supra colocados, serem regulados. E, como exemplo, mencionamos a situação descrita por Reis (2017):

Às vésperas de ocorrer a 7ª Parada do Orgulho LGBTTT a Igreja Casa de Oração espalhou pela cidade de Ribeirão Preto, no estado de São Paulo, outdoors com mensagens bíblicas controversas. Valendo destacar os seguintes trechos: “Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticaram coisa abominável (Levítico 20:13). (...) Por causa das coisas que essas pessoas fazem, Deus as entregou a paixões vergonhosas. Pois até as mulheres trocam as relações naturais pelas que são contra a natureza. 27 E também os homens deixam as relações naturais com as mulheres e se queimam de paixão uns pelos outros. Homens têm relações vergonhosas uns com os outros e por isso recebem em si mesmos o castigo que merecem por causa dos seus erros (Romanos 1: 26-27). (...) Portanto, arrepende-se e voltem para Deus, a fim de que Ele perdoe o pecado de vocês (Atos 3:19)”. Diante de tal fato a Defensoria Pública do Estado ingressou com Ação Civil Pública<sup>15</sup> em face da Casa de Oração de Ribeirão Preto pleiteando obrigação de fazer, qual seja, a retirada dos referidos outdoors, sob pena de multa diária no montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (REIS, 2017, p. 2099-2100)

Neste caso, de maneira muito interessante, foi reconhecida uma ilicitude de natureza civil para o ato da igreja Casa de Oração em espelhar pela cidade de Ribeirão Preto, as vésperas das festividades da 7ª Parada do Orgulho LGBT, *outdoors* com mensagens controversas do antigo testamento contrárias a prática de relações carnis

por pessoas do mesmo sexo. Sendo importante diferenciar esta, da hipotética situação supramencionada de uma passeata contra o reconhecimento da união homoafetiva. Em primeiro lugar no tocante ao contexto os *outdoors* foram propositalmente colocados na véspera da comemoração da 7ª Parado do Orgulho LGBT; e em segundo lugar pelo próprio conteúdo da mensagem em si, pois uma coisa é não reconhecer a união jurídica entre pessoas do mesmo sexo e outra é não reconhecer em abstrato que pessoas do mesmo sexo possam manter relações amorosas e sexuais por razões confessionais. Contudo, como acabamos de dizer, estas são questões mais delicadas que devem ser decididas por uma atuação conjunta entre os poderes, e o cerne do que defendemos é tão somente a possibilidade em abstrato de regulação. Assim, talvez vocês possam discordar de nosso exemplo em concreto, mas fiquem com esta ideia abstrata.

Por fim, queremos esclarecer que, no tocante a tolerância da perspectiva interna para a externa, demos uma maior ênfase na questão da homofobia, e justificamos isso, pois acreditamos que, a partir deste exemplo, as colocações que queríamos afirmar ficariam mais claras. Contudo, todas as colocações que aqui fizemos podem igualmente ser válidas para outros casos de discursos de ódio.

### 4.3 Observações Finais do Capítulo

De todas as colocações que foram feitas ao longo deste trabalho, acreditamos que as apresentadas neste último capítulo sejam as mais polêmicas. E admitimos que a regulação dos discursos de ódio, como tudo no direito, possa gerar casos difíceis. E, devido a isso, para finalizá-lo, analisaremos duas questões que em alguma medida se interligam: o perigo do *slippery slope* e o perigo de se cair em ativismo/moralismo judicial.

O *slippery slope argument* ou, em uma tradução pouco precisa<sup>205</sup>, argumento do declive/rampa escorregadio(a), transmite a ideia que um primeiro passo relativamente pequeno leva a uma cadeia de eventos relacionados que culminará em algum grande efeito que, geralmente, é negativo. No caso da regulação dos discursos de ódio, por essa

---

<sup>205</sup> Em uma conversa informal durante sua aula na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, o professor Francisco de Castilho Prates nos disse que, apesar de informal, a tradução mais precisa para o *slippery slope argument* seria a ideia transmitida pela expressão popular: onde passa boi passa boiada. O fato de ser uma expressão muito popular e informal macularia a tradução e nos impediria de usar corriqueiramente em textos acadêmicos, mas, através desta expressão, a ideia original seria, segundo Francisco, muito bem compreendida.

*reductio ad absurdum*, a tentativa de regulação levaria a um excesso de moralismo e a uma grande redução da liberdade de expressão, a ditadura do politicamente correto, ou, até mesmo, um indesejado ativismo judicial.

E, quanto a esse argumento, é interessante perceber que ele pode ter duas vias. De um lado, tal como acabamos de dizer, corre-se o risco de um excesso de moralismo. Fala-se dos limites do humor, da ditadura do politicamente correto etc, crítica mais comum no âmbito da doutrina norte-americana, majoritariamente contrária à regulação dos *hate speeches*. E de outro, na via oposta, caso não queira regular, argumenta-se que você, apenas por isso, seria a favor de discursos fascistas, nazistas etc. De um lado temos um grande Estado moralista regulador e de outro um libertarianismo da expressão. A minha proposta é que estas situações são caricaturas da realidade e não são necessariamente verdadeiras, podem até, em alguma medida, vir a ser, mas não necessariamente. Não acreditamos que todos que sejam contrários a regulamentação sejam, só por isso, favoráveis aos conteúdos intolerantes desses discursos. Contudo, e como algumas vezes já destacamos aqui, se até na economia alguns liberais já admitem alguma regulação para o mercado, por que não fazer o mesmo ao mercado de ideias? Ao invés de abraçarmos estereótipos argumentativos através de reduções ao absurdo vamos discutir sensatamente. E a nossa proposta é que, quando se escolhe uma forma de governo democrática, e, no caso de Rawls, uma forma de governo democrática regulada pelos seus dois princípios da justiça, isso necessariamente terá alguma implicação substantiva para o mercado de ideias, algumas ideias passam a ser incoerente com os seus pressupostos. Uma sociedade compreendida como um sistema equitativo de cooperação social, onde todos abraçam a mesma concepção pública de justiça consubstanciadas em seus dois princípios, de alguma forma, sob pena de ferir os pressupostos, irá limitar as escolhas políticas, e não há nada de errado com isso.

Desses dois tipos de críticas feitas através da redução ao absurdo, é provável que nosso trabalho, por defender uma regulação aos chamados discursos de ódio, seja majoritariamente alvo daqueles que temam um excessivo controle da liberdade de expressão. Assim, é oportuno lembrar Schauer quando diz que “sobre quase todas as questões de teoria de liberdade de expressão, doutrina e prática, praticamente todos os países da terra diverge dos Estados Unidos”<sup>206</sup> (SCHAUER, 1995, p. 13-14), admitindo,

---

<sup>206</sup> No original: “On almost every issue of free speech theory, doctrine, and practice, virtually every country on the face of the earth diverges from the United States”

sem maiores problemas, algumas restrições aos chamados discursos de ódio. Bem como lembrar Waldron<sup>207</sup> quando esclarece que, em termos concretos, a regulação que ele propõe é nos moldes do que já existe no Reino Unido, Alemanha, Dinamarca, Canadá, e Nova Zelândia. Ou seja, democracias consolidadas admitem regulações aos discursos de ódio, e as caricaturas traçadas por aqueles que são contrários a regulação não são necessariamente verdadeiras. Nas democracias desenvolvidas do mundo a visão norte-americana é exceção e não regra<sup>208</sup>. O que nos faz constatar um “genuinamente plausível desacordo com o entendimento americano existente”<sup>209</sup> (SCHAUER, 1995, p. 14)

E, por falar em desacordo (*disagreement*), e já interligando com crítica que vê possibilidade de surgimento de um ativismo judicial, é válido trazer aqui o contexto que a fala do Waldron se insere. Não podemos ler o que Jeremy Waldron fala no *The*

---

<sup>207</sup> “Let me interrupt this tale with a word about definitions. By ‘hate speech regulation,’ I mean regulation of the sort that can be found in Canada, Denmark, Germany, New Zealand, and the United Kingdom, prohibiting public statements that incite hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace” (Canada); or statements ‘by which a group of people are threatened, derided or degraded because of their race, colour of skin, national or ethnic background’ (Denmark); or attacks on ‘the human dignity of others by insulting, maliciously maligning or defaming segments of the population’ (Germany); or ‘threatening, abusive, or insulting . . . words likely to excite hostility against or bring into contempt any group of persons . . . on the ground of the colour, race, or ethnic or national or ethnic origins of that group of persons’ (New Zealand); or the use of ‘threatening, abusive or insulting words or behaviour,’ when these are intended ‘to stir up racial hatred,’ or when ‘having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby’ (United Kingdom). As is evident, there are similarities and differences between these various instances of hate speech regulation. We shall discuss some of the details later. But all of them are concerned with the use of words which are deliberately abusive and/or insulting and/or threatening and/or demeaning directed at members of vulnerable minorities, calculated to stir up hatred against them. (Also, some of these laws, in an evenhanded spirit, threaten to punish insulting words directed at any racial group in the community even when the group is a dominant or majority group.) Racial and ethnic groups are prime examples of the kinds of groups that are supposed to be protected by these laws, but more recently the protection has been extended to groups defined by religion as well” (WALDRON, 2014, p. 8-9).

<sup>208</sup> “The same phenomenon exists in other areas as well. Many other countries, including most Western democracies, have laws prohibiting the incitement of racial hatred, and both *Brandenburg v. Ohio* and the *Skokie* cases are far more exceptional than they are exemplary of international understandings, the best evidence being that some international human rights documents, such as the Universal Declaration of Human Rights and the 1965 Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, which would require its signatories to have the kinds of laws against racist speech that are prohibited under current American constitutional law. Similarly, the commercial speech cases are a continuing source of astonishment to non-Americans and so too are many, many other cases.

All of this is possibly but an example of the unlightened state in which the rest of the world exists, waiting for Americans to carry the white man's burden by introducing advanced American ideas to an unadvanced and largely uncivilized planet. But even if a uniquely American view about freedom of speech and freedom of the press is indeed the superior view despite its current uniqueness, the existence of such divergent views throughout the world, especially in politically stable, economically successful, and socially advanced societies, suggests at the least that, unlike some of the views I noted above, these are real issues, leading to genuinely plausible disagreements with existing American understandings” (SCHAUER, 1995, p. 14).

<sup>209</sup> No original: “genuinely plausible disagreements with existing American understandings” (SCHAUER, 1995, p. 14).

*Harm in Hate Speech* (2014) sem também levar em consideração *Law and Disagreement* (2004) ou *The Core of the Case Against Judicial Review* (2006). Acusar Waldron de propagar ativismo judicial é no mínimo irônico. Waldron é um crítico da revisão judicial forte<sup>210</sup>, da possibilidade de um órgão judiciário, sem um respaldo democrático, retirar uma lei do ordenamento jurídico, uma que foi promulgada democraticamente.

Nos Estado Unidos a corrente majoritária, e como grande expoente cito Dworkin (2006), acredita que leis promulgadas democraticamente regulando a liberdade de expressão e restringindo discursos intolerantes poderiam ser invalidas pela suprema corte tendo em vista uma incompatibilidade com a primeira emenda. E, direta ou indiretamente, esse parece ser o entendimento da Suprema Corte norte-americana. E, diante disso lhes pergunto, onde está o ativismo judicial (?): em aplicar normas democraticamente promulgadas, ou na sua rejeição, tendo em vista uma controversa interpretação do direito de liberdade de expressão, interpretação essa não adotada por sólidas democracias no mudo.

Mesmo se pensarmos em uma possível função contramajoritária da corte constitucional em defender os direito humanos, não se pode deixar de considerar que a proteção das minorias iria se dar pela regulação dos discursos de ódio e não pela sua sistemática atuação impedindo tal regulação. Valendo lembrar alguns importantes tratados internacionais de direitos humanos que permitem ou estabelecem regulação nesse sentido.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>211</sup>:

ARTIGO 19

1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

<sup>210</sup> “In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of a statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). Moreover, courts in this system have the authority to establish as a matter of law that a given statute or legislative provision will not be applied, so that as a result of stare decisis and issue preclusion a law that they have refused to apply becomes in effect a dead letter. A form of even stronger judicial review would empower the courts to actually strike a piece of legislation out of the statute-book altogether. Some European courts have this authority. It appears that American courts do not, but the real effect of their authority is not much short of it” (WALDRON, 2006, p. 1354-1355).

<sup>211</sup> Este pacto foi ratificado pelos Estados Unidos.

**3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:**

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;**
  - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.**
- (BRASIL, Decreto 592/1992 - grifos acrescentados).

Pacto de San José de Costa Rica (1969) adotado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, mas não ratificado pelos Estados Unidos:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

**2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:**

- a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;**
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.**

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

**4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.**

**5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.** (BRASIL, Decreto 678/1992 - grifos acrescentados)

Waldron é contrário e questiona a revisão constitucional forte, mas, mesmo se a admitirmos esta via, entendemos que sua atuação deveria se dar, através de sua função contramajoritária, pela proteção das minorias. E não é isso que tem ocorrido no cenário norte-americano de regulação da liberdade de expressão. Inclusive, no tocante a Rawls e voltando ao nosso marco teórico, acho que deixamos claro no correr deste nosso trabalho que essa regulação não se mostra necessariamente incompatível com a sua proposta de teoria da justiça. Analisamos sistematicamente o pensamento rawlsiano na matéria e, pelos argumentos colocados, achamos ser possível sim justificar regulação de discurso de ódio a partir de sua teoria. Tal ideia, no nosso entendimento, não se mostraria necessariamente incompatível com o pensamento liberal igualitário do autor.

## Conclusão

No primeiro capítulo deste trabalho pudemos perceber que para Rawls a sociedade deve ser vista como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais; deve existir uma estrutura bem-ordenada de sociedade, regulada por uma concepção pública de justiça compreendida e aceita pelos membros desta sociedade e garantida por sua estrutura básica; e os membros desta sociedade devem possuir um senso efetivo de justiça que lhes permitam compreender e guiar-se por essas normas e, assim serem tratados pelo Estado. O que nos faz lembrar que, para Rawls, o Estado deve, além de respeitar essa capacidade para um senso de justiça, respeitar, dentro do razoável, sua capacidade para escolha de um bem, de um sentido que queiram dar a suas vidas. Ainda sendo esclarecido no primeiro capítulo quais seriam as liberdades básicas, porque garantir a elas prioridade lexical frente aos direitos e liberdades do segundo princípio, bem como a importância de, para as liberdades políticas, e semente para elas, garantir a equitativa igualdade de oportunidade já no âmbito do primeiro princípio.

A partir do segundo capítulo, por sua vez, concluímos pela justificativa e importância de se garantir um direito de igual liberdade e de não se contentar com nada aquém disso. Esclarecemos como teorias utilitaristas, apesar de bem fundamentarem o direito de liberdade em si, podem ser utilizadas para fundamentar uma distribuição desigual da liberdade, onde a não liberdade de alguns pode ser vista como um fundamento para um bem maior da sociedade, o que seria inconcebível na teoria de justiça rawlsiana. Contudo, não obstante a isso, esclarecemos que, apesar de, regra geral, a liberdade não poder ser distribuída desigualmente, algumas situações poderiam sim justificar uma regulação desta liberdade tendo em vista, por exemplo, uma compatibilidade entre as próprias liberdades básicas. A partir daí, já começamos uma explicação do direito de liberdade de expressão, inicialmente com alguns esclarecimentos conceituais, mas posteriormente explicando como este direito foi tratado por Rawls, e concluindo que, apesar de Rawls não ter trabalhado diretamente o problema dos discursos de ódio, vimos duas possíveis fundamentações para uma regulação-restrição do direito de liberdade de expressão neste aspecto: para o caso de uma sociedade ideal, uma compatibilidade entre as outras liberdades (regulação) e, para o caso de uma sociedade não ideal (real), além dessa hipótese de compatibilização, uma de restrição propriamente dita, tendo em vista uma crise constitucional onde as

instituições democráticas não possam mais responder de forma adequada a práticas antidemocráticas.

O terceiro capítulo deste trabalho talvez tenha sido o ponto onde realizamos as principais conclusões sobre a matéria. Foi nele que, a partir de um esclarecimento inicial acerca das teorias ideais e não ideais de justiça, tentamos demonstrar porque tanto sociedades bem-ordenadas quanto sociedades reais existe sim necessidade de regulações à liberdade de expressão, regulações que tratem dos chamados discursos de ódio. Demostramos que a imagem de uma sociedade bem-ordenada não é compatível com uma onde existam mensagens intolerantes espalhadas de forma diversas em seu seio, pois esse tipo de mensagem não seria compatível com o pluralismo razoável rawlsiano. Explicamos ainda que uma possível justificativa para uma regulação a mensagens como estas não podem ter como fundamento a possibilidade de pessoas virem a ser convencidas por ela, já que assim o Estado não estaria tratando seus cidadãos como membros plenamente capazes. Uma fundamentação para uma regulação como essa deve estar nos danos que elas em si geram para suas vítimas em termo de segurança, cidadania, estabilidade social e equitativa igualdade de oportunidade na esfera política. Em situações assim, o justo deve prevalecer sobre o bem, o razoável sobre o racional.

Por fim, no quarto e último capítulo, capítulo onde analisamos os casos mais difíceis dentro do âmbito da misoginia e da tolerância religiosa, chegamos as seguintes conclusões. Dentro da misoginia discordamos de Catharine MacKinnon primordialmente em dois pontos. Primeiro não acreditamos que a pornografia possa ser, em abstrato, considerada discurso de ódio; e pensamos ainda que, com contornos bem distintos, iria existir sim pornografia e prostituição em uma sociedade bem-ordenada, devendo o Estado respeitar e proteger as pessoas que, dentro dessas atuações e no âmbito do razoável, buscam dar um sentido a sua vida. Segundo, não achamos válidos seu argumento de que pornografia possa estimular o estupro e outros abusos sexuais. Tal argumento seria demasiadamente paternalista para os pressupostos liberais e, em especial no que diz respeito a nossa análise, para os pressupostos liberais rawlsianos. Quanto à questão de tolerância religiosa, na perspectiva externa para a interna até certo grau é completamente aceitável e necessário críticas entre religiões, já que alguém que opta por ter determinada religião ao invés de outra, deve, no mínimo, acreditar ser ela melhor que as demais. Contudo, e não obstante a isso, achamos que essas críticas

podem faticamente extrapolar os limites do justificável quando passarem a ter como consequência uma negação de um igual *status* de cidadania, e que acarretaria uma liberdade política desequilibrada. E mencionamos inclusive que vemos com certa preocupação a forma como alguns mulçumanos vêm sendo tratados na Europa e nos Estado Unidos. Na perspectiva interna para a externa falamos principalmente do problema da homofobia nas religiões, esclarecendo que a superação de um preconceito não é algo que ocorra rapidamente. O preconceito, por se enraizar na própria cultura de um povo, leva tempo para se dissipar. E, a partir daí, dentro de nosso escopo regulatório, achamos ser possível justificar, em abstrato, tratamentos diferenciados entre preconceitos diversos, conforme o seu nível de enraizamento e, nesta perspectiva, concluímos que a via punitiva forte pode nem sempre ser a melhor das opções para uma resposta por parte do Estado. Para encerrar a dissertação completamente, analisamos o problema do slippery slope e do perigo de se cair em ativismo/moralismo judicial, explicamos que existe internacionalmente um desacordo razoável na forma de se tratar os problemas dos discursos de ódio, e a posição norte-americana é minoritária entre os países desenvolvidos; dissemos ainda que vemos com bons olhos a ideia de Waldron de que frente a esse desacordo a decisão pela regulação ou não do discurso deve pertencer aos poderes democráticos e não ao judiciário.

Assim, diante de tudo que foi analisado, concluímos com certa tranquilidade e em termo gerais que uma regulação aos chamados *hate speeches* não se mostra necessariamente incompatível com a proposta de justiça rawlsiana. Pode vir sim se mostrar incompatível, a depender da fundamentação que se queira dar para esta questão; bem como, e por consequência, dos casos que, em concreto, essa fundamentação possa abraçar, mas, em abstrato, não vemos razões para uma incompatibilidade necessária entre Rawls e normas regulamentadores da liberdade de expressão no âmbito do discurso de ódio. E, no sentido oposto, encontramos inclusive algumas interessantes razões para fundamentar tais normas a partir da proposta rawlsiana.

## Referências Bibliográficas

ALLEN, Davida S.; JENSEN, Robert (eds.) *Freeing The First Amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York and London: New York University Press, 1995.

BARRY, Brian. *John Rawls and the priority of liberty*. *Philosophy & Public Affairs*, p. 274-290, 1973.

BÍBLIA. *Sagrada Bíblia Católica: antigo e novo testamento*. Tradução pelo Centro Bíblico Católico. 112ª Edição. São Paulo: Ave Maria, 1997

BOOT, Martijn. *The Aim of a Theory of Justice*. *Ethical Theory and Moral Practice*, Vol. 15, No. 1, Sen's The Idea of Justice, p. 7-21, 2012. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/41474503>>. Acessado em: fevereiro de 2018.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio: algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. *Direito Público*. Porto Alegre, ano 4 n.15, p.117-136, jan/mar.2007.

COHEN, Gerald Allan. *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

CURTIS, William M. *Hate Speech*. Encyclopædia Britannica, Inc., 2018.

DWOKIN, Ronald. *Law's Empire*. London and Cambridge: Harvard University Press, 1986.

\_\_\_\_\_. *O Direito de Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Revisão Técnica Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *The decision that threatens democracy*. *The New York review of books*, 2010. Disponível em: < <http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>>. Acessado em 24 de outubro de 2016.

ENTIDADE RELIGIOSA É PROIBIDA DE PUBLICAR OUTDOORS HOMOFÓBICOS. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de janeiro de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jan-11/igreja-proibida-publicar-outdoors-homofobicos>> Acesso em: 01 de junho de 2016.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação*. Tese de Doutorado. FD-UFSC, Florianopolis, 2001.

FISS, Owen M.. *Liberalism Divided: freedom of speech and many use of state power*. Colorado and Oxford: WestviewPress, 2016.

\_\_\_\_\_. *The Irony of Free Speech*. 2ª impressão. Cambridge and London: Harvard University Press, 2016B.

FRANCISQUINI, Renato. *Democracia, Liberdade de Expressão e Valor Equitativo das Liberdades Comunicativas*. Tese de Doutorado. DCP-USP, São Paulo, 2014.

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

\_\_\_\_\_. *The Basic Structure of Society as the Primary Subject of Justice*. Em MANDLE, Jon; REIDY, David A. *A Companion to Rawls*. Hoboken, Nova Jersey: Wiley-Blackwell, 2014.

FREEMAN, Samuel (eds.). *The Cambridge Companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.

GROSS, Clarissa Piterman. *Pode Dizer ou Não?: discurso de ódio, liberdade de expressão e a democracia liberal igualitária*. Tese de Doutorado. FD-USP, São Paulo, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Religious Tolerance: the pacemaker for cultural rights*. Royal Institute of Philosophy. n.79, 2004, p. 05-18.

HAMLIN, Alan; STEMPOWSKA, Zofia. *Theory, Ideal Theory and the Theory of Ideals*. Political Studies Review, vol. 10, Issue 1, p. 48-62, 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/j.1478-9302.2011.00244.x>> Acessado em: jan. de 2018.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Rawls on Liberty and its Priority*. The University of Chicago Law Review, v. 40, n. 3, p. 534-555, 1973.

HOLMES, Stephen. *Liberal constraints on private power?: reflections on the origins and rationale of access regulation*. In: LICHTENBERG, Judith (ed.). *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, pp. 21-65.

KERR, Gavin. *Property-Owning Democracy and the Priority of Liberty*. Analyse & Kritik, v. 35, n. 1, p. 71-92, 2013.

LIMA, Venício Arthur de. *Liberdade de Expressão x Liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. 2ª ed. rev. Amp. São Paulo: Publisher Brasil, 2012.

MACHADO, Anibal M. *Cadernos de João*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

MACHADO, Maria das Dores Campos et al. *Homossexualidade e Igrejas Cristãs no Rio de Janeiro*. REVER - Revista de Estudos da Religião, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 75-104, jun. 2011. ISSN 1677-1222. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/rever/article/view/6031>>. Acesso em: junho. 2018.

MACKINNON, Catharine A. *Only Words*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

MACLEOD, Colin. *Freedom of Speech*. In. MANDLE, Jon; REIDY, David A.. *The Cambridge Rawls Lexicon* (eds). Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MEYERS, Diana Tietjens. *A Non-Punitive, Compensatory Remedy for Abusive Speech*. Law and Philosophy, Vol. 14, No. 2, Special Issue on Rights, p. 203-243, 1995. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3505013>>. Acessado em: fevereiro de 2018.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2016.

MORETTI-PIRES, Rodrigo Otávio; TESSER JÚNIOR, Zeno Carlos; VIEIRA, Marcelo; MOSCHETA, Murilo dos Santos. *Pastores, Ovelhas Desgarradas e as Disputas pelo Rebanho: sobre a transcrucificação na parada do orgulho LGBT de São*

Paulo em 2015. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], Vol. 110, p. 99-116 2016. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/6392>>. Acessado em março de 2018.

NATIVIDADE, Marcelo. *Uma homossexualidade santificada?: etnografia de uma comunidade inclusiva pentecostal*. *Religião & Sociologia*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 90-121, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-85872010000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-85872010000200006&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: junho 2018.

POGGE, Thomas W. *Realizing Rawls*. London: Cornell University Press, 1989

PRATES, Francisco de Castilho. *As Fronteiras da Liberdade de Expressão no Estado Democrático de Direito: os desafios das falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese de Doutorado. FD-UFMG, Belo Horizonte, 2015

RAWLS, John. *A Lei dos Povos: e a ideia da razão pública revisitada*. Tradução Paulo Barcelos. Revisão Pedro Bernardo. Lisboa: Edições 70, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Tradução Cláudia Berliner. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Justice as Fairness: a restatement*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. *O Liberalismo Político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. *The Law of People: with the idea of public reason revisited*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999B.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000B.

REBOLHO, Ana Cláudia Figueiredo. *Estudo Bibliográfico das Atitudes e Comportamentos Ligados à Prostituição da Pré-história aos Dias Atuais*. Tese de Doutorado. FCLAR-UNESP. Araraquara, 2015.

REIS, Robson Vitor Freitas. *Os Discursos de Ódio e as Ações Coletivas*. *Quaestio Iuris*. Vol. 10, nº. 03, p. 2084-2107, 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/26055>>. Acesso em: abril de 2017.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudo de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHAUER, Frederick. *The First Amendment As Ideology*. In ALLEN, Davida S.; JENSEN, Robert (eds.) *Freeing The First Amendment: critical perspectives on freedom of expression*. New York and London: New York University Press, 1995.

SEN, Amartya. *What Do We Want from a Theory of Justice?*. *The Journal of Philosophy*, Vol. 103, No. 5 p. 215-238, 2006. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20619936>>. Acessado em: janeiro de 2018.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. *Democracia e Liberdade de Expressão: contribuições para uma interpretação política da liberdade da palavra*. Tese de Doutorado. DCP-USP, São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. *Liberdade de Expressão e Expressões de Ódio*. Rev. direito GV, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 37-63, Junho 2015. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 01 setembro de 2016.

SIMMONS, A. John. *Ideal and Nonideal Theory*. Philosophy & Public Affairs, Vol. 38, No. 1, p. 5-36, 2010. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/40468446>>. Acessado em: outubro 2017.

SIMPSON, Robert Mark. *Dignity, Harm, and Hate Speech*. Law and Philosophy. Vol. 32, Issue 6, p. 701–728, 2013. Disponível em: < <https://doi.org/10.1007/s10982-012-9164-z>>. Acessado em: janeiro de 2018.

SRINIVASAN, Amia. *Does anyone have the right to sex?* London Review of Books [Online] vol. 40 no. 6 p. 5-10, 2018 Disponível em: <<https://www.lrb.co.uk/v40/n06/amia-srinivasan/does-anyone-have-the-right-to-sex>>. Acessado em: maio de 2018.

STEMPLOWSKA, Zofia. *What's Ideal About Ideal Theory?*. Social Theory and Practice, Vol. 34, No. 3, Special Issue: Social Justice: Ideal Theory, Nonideal Circumstances, p. 319-340, 2008. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/23558711>>. Acessado em: janeiro de 2018.

STEMPLOWSKA, Zofia; SWIFT, Adam. *Rawls on Ideal and Nonideal Theory*. In MANDLE, Jon; REIDY, David A. [ed.]. *A Companion to Rawls*. Chichester:Wiley Blackwell, 2014.

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

TAYLOR, Robert S. *Hate speech, the priority of liberty, and the temptations of Nonideal theory*. Ethical theory and moral practice, v. 15, n. 3, p. 353-368, 2012.

\_\_\_\_\_. *Rawls's defense of the priority of liberty: a Kantian reconstruction*. Philosophy & Public Affairs, v. 31, n. 3, p. 246-271, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. VL. 115, IS 6, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol115/iss6/3/>>. Acessado em: maio de 2017.

\_\_\_\_\_. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge and London: Harvard University Press, 2014.

WHITFIELD, Greg. *The Priority of Liberty: Political not Kantian*. 2009.

VALENTINI, Laura. *Ideal vs. Non-ideal Theory: a conceptual map*. Philosophy Compass, VL. 7, IS 9, p. 654-664, 2012. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2012.00500.x>>. Acessado em janeiro de 2018.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Direito e teorias ideal e não ideal da justiça*. Revista Direito GV [online]. vol.12, n. 2, p.364-381, 2016. ISSN 2317-6172. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201615>> Acessado em: janeiro de 2018.

## Vídeos

SILVA, Gabriela Natália da. *Programa Gabi quase Proibida - Marília Gabriela entrevista Lola Benvenuti*. 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=w44jWJbeHog>> Acessado em: janeiro de 2018

\_\_\_\_\_. *Programa do Jô*. Apresentador Jô Soares. 2014.

\_\_\_\_\_. *Programa Provoações*. Apresentador Abujamra. 2014. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=mQYa553PC1U>> Acessado em: janeiro de 2018

SOARES, José Eugênio. *Troféu Imprensa*. Apresentador Silvio Santos, 1987.

## Decisões a Atos da Justiça Brasileira

BRASIL. *Decreto 592 de 06 de julho de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

BRASIL. *Decreto 678 de 06 de novembro de 1992*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

BRASIL. Seção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal. *Processo 0034549-11.2004.4.03.6100*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6494767>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

BRASIL. Seção Judiciária de São Paulo da Justiça Federal. *Processo 0023966-54.2010.4.03.6100*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5217311>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo 0045315-08.2011.8.26.0506*. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI002W8K20000>>. Acessado em 29 de março de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível nº 0001233-21.2003.404.7100/RS*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-2013-tapinha.pdf>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

## Decisões a Atos da Justiça Internacional

UNITED STATES. Supreme Court. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/case.html>>. Acessado em 29 de março de 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/case.html>>. Acessado em 13 de fevereiro de 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/424/1/case.html>>. Acessado em 29 de março de 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html>>. Acessado em 27 de março de 2018.

UNITED STATES. Supreme Court. *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/652/#annotation>>. Acessado em 13 de fevereiro de 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>>. Acessado em 29 de março de 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/case.html>>. Acessado em 29 de março de 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/367/case.html>>. Acessado em 29 de março de 2017.

UNITED STATES. Supreme Court. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/case.html>>. Acessado em 13 de fevereiro de 2017.