

CLARISSA PITERMAN GROSS

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

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Ronaldo Porto Macedo Júnior

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

CLARISSA PITERMAN GROSS

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

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

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2017

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

Gross, Clarissa Piterman

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

354

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

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

Para a Tita, o Poldo e o Nelson

AGRADECIMENTOS

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

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

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

Agradeço aos Professores José Reinaldo de Lima Lopes, Rafael Mafei Rabelo Queiroz e José Eduardo Faria pelo aprendizado nas disciplinas de pós-graduação que cursei durante o doutorado na USP. Ao Professor Rafael agradeço ainda à oportunidade de trabalho enquanto pesquisadora na Escola de Direito de São Paulo

da Fundação Getulio Vargas quando, em 2011, eu terminava meu mestrado naquela instituição.

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

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

compartilhei frutíferas discussões em disciplinas da pós-graduação e atividades de monitoria.

A minha trajetória acadêmica não teria tomado os seus rumos não fosse pela formação que recebi na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Agradeço a todos os professores que contribuíram para a minha formação no mestrado acadêmico em Direito e Desenvolvimento que cursei entre os anos de 2011 e 2012. Às Professoras, Luciana Gross Cunha e Mônica Guise Rosina, agradeço pelo acolhimento na condição de pesquisadora e por terem oferecido várias possibilidades de trabalho. Agradeço também aos amigos e colegas Rubens Eduardo Glezer, Rafael Zanatta, Pedro do Carmo Baumgratz de Paula, Maria Cecília de Araújo Asperti, Catarina Barbieri, Alexandre Pacheco, José Roberto Xavier e Luciana Ramos por terem se feito os meus primeiros pares nas minhas primeiras iniciativas no mundo profissional da academia jurídica brasileira. Muito obrigada por todo o aprendizado e por compartilharem da coragem.

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

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

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

Ao Victor, por ser o contrário mais íntimo que tenho. Por ser o outro mais querido. Agradeço por tanto que aprendi e aprendo, pelo riso que você me arranca, pela paciência com meu mundo por vezes ensimesmado, por não me nem se levar tão a sério. Por ser a inteligência mais feliz que eu conheço. Você é a melhor parceria do mundo, e isso é uma unanimidade.

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



RESUMO

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

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

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

ABSTRACT

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

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

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

RESUMÉ

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

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

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

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1. Qual é o problema do discurso de ódio?	19
2. Pequeno mapa conceitual	45
2.1 Ato discriminatório x ato discursivo de conteúdo discriminatório	45
2.2 Debate ou discurso público x contextos discursivos especiais	51
3. A relevância do debate para o Brasil	58
 A DIGNIDADE ENQUANTO REPUTAÇÃO: O ARGUMENTO WALDRONIANO PELA PROIBIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO	
71	
1. A dignidade em Jeremy Waldron	71
2. Dignidade e posição social: uma abordagem positiva da dignidade	77
3. Dignidade e discurso de ódio: negação pública e duradoura do status social	85
3.1 A estrutura do discurso de ódio	87
3.2 Dignidade e as bases da reputação	90
4. Justificando a preservação das bases da reputação	96
4.1 A hipótese causal da discriminação em sentido estrito	96
4.2 A hipótese do dano aperfeiçoado no discurso	103
5. A impossibilidade de universalização das hipóteses de justificação do argumento de Waldron	109
5.1 Crítica à hipótese causal da discriminação em sentido estrito	109
5.2 O dano aperfeiçoado no discurso: direito de não confronto com posições não igualitárias? Direito de não confronto com posições erradas? Direito de não confronto com posições ofensivas?	120
 INDEPENDÊNCIA ÉTICA E LIBERDADE: A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DE RONALD DWORKIN (E DE C. EDWIN BAKER)	
126	
1. Dignidade: um conceito ético	131
2. Valor objetivo igualitário, autenticidade e liberdade de expressão	135
2.1 Liberdade negativa e discurso de ódio: a esfera de exercício da autenticidade no âmbito privado	136
2.2. Liberdade positiva e discurso de ódio: a legitimação do poder político	143
3. Três críticas	165
3.1 Uma linguagem inexistente: o silenciamento pela privação de si e pela privação da comunicação com o outro. O feminismo de Rae Langton e Iris Marion Young	168
3.2 As condições não distributivas de exercício da independência ética e as obrigações positivas do Estado: afirmando um ideal ético no debate público	181
3.3 A proibição de discurso de ódio no contexto especial da educação básica	186
 DISCURSO DE ÓDIO E DIFAMAÇÃO: O SENTIDO POSSÍVEL DO DIREITO À REPUTAÇÃO EM UMA DEMOCRACIA LIBERAL IGUALITÁRIA	
194	

1. A reputação como controle ou propriedade.....	208
2. A reputação e o reino da verdade.....	214
3. Concepção dworkiniana do direito à reputação	231
3.1 Autenticidade e responsabilidade individual:	231
3.2 O que a autenticidade não é: descumprimento das regras de distribuição das responsabilidades pelos posicionamentos prejudiciais à percepção social de terceiros ou dano deliberado	239
3.3 A lacuna entre o que a autenticidade não pode proteger, e aquilo que ela não é: a engenharia da promoção da verdade, sem a necessária punição da falsidade.....	244
3.4 O critério proposição de fato falsa x proposição de fato verdadeira é relevante?	252
3.5 O critério pessoa pública x pessoa privada é relevante?.....	258
4. Discurso paradigmático de ódio: violação das expectativas legítimas acerca da abordagem da identidade de grupos ou afirmação da própria identidade?.....	260
5. Distinguindo Baker de Dworkin: a competição pela percepção social de si mesmo como problema distributivo	265
5.1 Entrelaçando a igualdade com a autonomia (ou independência ética) em Dworkin e Baker	270
5.2 Duas críticas sucintas.....	276
5.3 A ação comunicativa enquanto fundamento da teoria moral e política de Baker.....	278
5.4 A implausibilidade do ponto de partida e daquilo que dele segue	285
5.5 Um mínimo necessário de reputação?.....	298
A PROIBIÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO EM CONTEXTOS DISCURSIVOS ESPECIAIS	302
1. A proibição do discurso de ódio nas relações de trabalho	303
1.1 Razões de política.....	303
1.2 Razões de princípio.....	310
1.3 Realizando a proibição de discursos de ódio nas relações de trabalho.....	316
2. A proibição do discurso de ódio no contexto do discurso comercial.....	320
2.1 O discurso comercial e o valor da informação	325
2.2 Discurso comercial, independência ética do ouvinte e regulação estatal.....	328
REFERÊNCIAS.....	342

INTRODUÇÃO

1. Qual é o problema do discurso de ódio?

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

É muito possível que, diante dessas reformulações, o firme consenso que encontraríamos em relação à primeira pergunta se dissolva em grande controvérsia. E podemos pensar em diversas outras formas de enriquecer a controvérsia. Atualmente, após mais de sessenta anos do fim da segunda guerra mundial, podemos permitir que partidos nazistas se constituam e que elaborem e imprimam panfletos com os símbolos da suástica, bem como construam e mantenham sites na internet advogando ideias de superioridade racial²? Podemos permitir a publicação de literatura nazista, como, por exemplo, a livre

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

² Retiramos o exemplo de caso verídico ocorrido nos Estados Unidos em 1977, mais precisamente na pequena cidade de Skokie, Illinois, na qual o partido nazista norte-americano pretendia realizar uma marcha. Naquele período, Skokie possuía um grande número de residentes judeus sobreviventes do holocausto ou diretamente relacionados a um sobrevivente. Em 1977, a Suprema Corte dos EUA se manifestou sobre o caso apenas para ordenar o Estado de Illinois a garantir direito de recurso ao partido nazista contra decisão do condado de Cook que proibiu os membros do partido de usar uniformes nazistas e exibirem suásticas na pretendida marcha. O desdobramento do caso se deu com a decisão da corte de apelação de Illinois derrubando a proibição do condado, exceto em relação às suásticas, e em seguida com a decisão da Suprema Corte de Illinois que, ao apreciar o caso, entendeu que mesmo as suásticas eram protegidas pelo direito de liberdade de expressão, por não constituírem, no entendimento da corte, incitação clara a atos ilícitos iminentes. Conferir *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977) (Todas as

reedição de *Mein Kampf*, escrito por Adolf Hitler na década de 20 e considerado por muitos como a "bíblia nazista"³? E o que dizer acerca da produção consensual de pornografia pesada (garantindo que não sejam envolvidos menores de idade), com imagens de clara submissão sexual da mulher, e a sua distribuição para todo adulto que tenha interesse em consumir esse material⁴? Considerando as grandes vitórias democráticas do fim do Apartheid na África do Sul e dos direitos civis nos Estados Unidos nas décadas de 60 e 70, é possível defender um direito de movimentos racistas de publicar material vinculando os negros a uma degradação moral e à prática de crimes, assim como reivindicando superioridade intelectual e moral do homem branco, alertando a população sobre uma suposta incapacidade dos negros para o trabalho⁵?

citações a decisões judiciais de tribunais dos Estados Unidos serão feitas nesse formato, que é o mais usual na literatura estadunidense. O conteúdo de todas as decisões pode ser encontrado no site <<http://caselaw.findlaw.com/>>).

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

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

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

Se responder acerca da existência de um direito à liberdade de expressão parece fácil, a resposta para essas outras perguntas já não se revela com tanta naturalidade. Essas são indagações elaboradas a partir de dilemas reais que apresentados a tribunais de algumas democracias liberais. O direito de países diversos e a sua interpretação pelos respectivos tribunais revelam posicionamentos díspares, por vezes opostos, acerca de questões dessa natureza, embora a maior parte desses países exiba um compromisso constitucional com a liberdade de expressão⁶. Como explicar a controvérsia?

O debate contemporâneo acerca do sentido e alcance da liberdade de expressão considera essas como instâncias de discurso de ódio. Apesar de figurar como expressão que pretende denotar uma categoria discursiva em diversos trabalhos e legislações, uma análise cuidadosa da sua utilização revela sob a sua cobertura uma pluralidade de sentidos.⁷

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

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

⁷ Waldron cita leis de diferentes países as quais ele entende tratarem de proibição de discurso de ódio: A lei canadense proíbe "asserções públicas que incitam 'o ódio contra um grupo identificável quando essa incitação provavelmente levará a uma perturbação da paz'" (WALDRON, 2012, p. 8); a proibição da lei dinamarquesa recai sobre "asserções 'pelas quais um grupo de pessoas é ameaçado, ridicularizado ou degradado por causa de sua raça, cor de pele, nacionalidade ou etnia'" (WALDRON, 2012, p. 8); a lei alemã proíbe "ataques à 'dignidade humana de outros ao insultar, maliciosamente difamar ou denegrir segmentos da população'" (WALDRON, 2012, p. 8); Na Nova Zelândia a lei proíbe "palavras ameaçadoras, abusivas ou insultantes que provavelmente provocam hostilidade contra um grupo de pessoas, ou que o submetem ao desprezo público, com base na sua cor, raça, etnia ou origem nacional ou étnica desse grupo de pessoas" (WALDRON, 2012, p. 8); e ainda a lei britânica proíbe "o uso de 'palavras ou o comportamento ameaçador, abusivo ou insultante', quando esses possuem a intenção de 'incitar ódio racial' ou quando 'considerando todas as circunstâncias, o ódio racial será provavelmente incitado dessa forma'" (WALDRON, 2012, p. 8). As leis apresentam diferenças importantes de terminologia que indicam racionalidades distintas de justificação da proibição. Sem pretender esgotar o potencial comparativo dos poucos exemplos citados, a lei

Para os fins desse trabalho, compreenderemos como discurso de ódio dois tipos de discurso. O primeiro é o do discurso de conteúdo discriminatório, que será compreendido como toda a manifestação expressiva que de alguma forma nega seja o valor igualitário da

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

Uma pequena comparação entre o Brasil e a Alemanha pode ajudar a tornar mais concretas diferenças importantes. No Brasil, a lei n. 7.716 de 1989 (modificada pelas Leis n. 9.459 de 1997, 12.288 de 2010 e 12.735 de 2012) foi aplicada para proibir a publicação de literatura nazista (conferir item 3 da introdução em que discuto o caso Ellwanger, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003), assim como explicitamente proíbe a produção e exibição da cruz suástica para a divulgação do nazismo. Essa mesma literatura é permitida em diversos outros países, incluindo a Alemanha, país que possui legislação proibitiva de discurso de ódio (depois que a obra *Mein Kampf* escrita por *Adolf Hitler* e pela primeira vez publicada em 1925 caiu em domínio público em janeiro de 2016, a primeira reedição - anotada - do livro, editada pelo Instituto de História Contemporânea de Munique, se tornou um best seller naquele país no ano de 2016. Conferir reportagem do jornal português Público, de 6 de janeiro de 2017. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/01/06/culturaipilon/noticia/as-vendas-de-mein-kampf-dispararam-na-alemanha--mas-nao-e-aquilo-que-parece-1757232>>. Acesso em 01 fev 2017.).

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

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

vida ou do status político dos membros de um grupo social (definido por características de raça, cor, sexo, gênero, orientação sexual, religião, nacionalidade, etnia, ou qualquer outro aspecto cultural), ou os inferioriza em suas capacidades e habilidades, apenas pelo fato de tais pessoas pertencerem a tais grupos, como meio de argumentar pela negação a esses grupos de direitos, oportunidades ou recursos distribuídos socialmente⁸. Dos exemplos acima, o de publicação de literatura ou manifestação nazista⁹ e a panfletagem de material advogando a superioridade racial dos brancos sobre os negros se encaixam nessa categoria.

O segundo tipo diz respeito aos discursos patentemente ofensivos. Esses são os discursos que utilizam de expressões, ações ou intonações que no uso ordinário da língua são tomados como indicações de grosseria, ou como ofensivos e chocantes, dirigidos a certos grupos de pessoas. Essas instâncias discursivas não necessariamente advogam por alguma negação de direitos ou status aos grupos- alvo, mas possuem o efeito potencial difuso de estimular atitudes de hostilidade, violência ou discriminação contra esses grupos. O critério de definição, portanto, reside na forma do discurso. O exemplo do pastor que vilipendiou uma imagem de uma santa católica em programa televisivo em rede nacional, assim como a pornografia pesada, participam dessa categoria. O elemento chocante da expressão do pastor reside no chute que ele desferiu na imagem da santa, assim como na maneira grosseira com a qual ele se referiu à santa, chamando-a de "boneco desgraçado". Já no caso da pornografia pesada, a indignação é gerada pela maneira vulgar, objetificada, desumanizada e violenta pela qual as mulheres são representadas. Nenhuma dessas

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

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

instâncias discursivas advoga articuladamente pela discriminação de católicos ou mulheres (mas pode ter o efeito difuso de estimular hostilidade, violência, ou discriminação contra esses grupos).

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

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

Grande parte das explicações filosóficas da dificuldade acerca do status normativo do discurso de conteúdo discriminatório afirmam que instâncias de tal discurso sintetizam um "conflito" entre valores políticos distintos. A síntese mais comum da controvérsia, seja entre aqueles que defendem a liberdade de expressar alguns "tipos" de discursos de ódio, seja entre aqueles que defendem a proibição nessas mesmas instâncias, é a de que ela se dá entre os valores abstratos da liberdade, mais especificamente a liberdade de expressão, e a

igualdade¹⁰. Essa tese entende que valores políticos criam demandas opostas em alguns contextos, sendo o do discurso de ódio um deles. Enquanto a liberdade de expressão protegeria a prerrogativa de dizer do racista, misógino, homofóbico ou fundamentalista religioso, os direitos de igualdade dos grupos sociais vulneráveis atacados demandariam a limitação dessa mesma prerrogativa. A saída sugerida pela maior parte daqueles que enxergam esse conflito é o de balanceamento entre os referidos valores. Esse balanceamento, na maior parte das vezes, utiliza como métrica os efeitos sociais de cada uma das alternativas de proibição ou proteção do discurso de conteúdo discriminatório. A abordagem é de custo-benefício¹¹: aqueles que defendem a proibição de tais discursos afirmam que a medida é necessária para ceifar o vínculo causal existente, ainda que difuso, entre discursos de conteúdo discriminatório e a violação de direitos civis dos grupos atacados, com vistas a redução dos atentados contra a vida, a integridade física e os direitos de igualdade no acesso à recursos e oportunidades dos membros de tais grupos. Ou afirmam que a proibição é necessária para proteção contra a ofensa e o estresse emocional dos membros de grupos sociais vulneráveis. Impedir esses danos ou as relações de causa e efeito em potencial entre discursos e danos, segundo essa posição, realizaria em maior medida o valor da igualdade do que restringiria aquele da liberdade, especificamente o da liberdade de expressão¹².

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

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

¹² Steven Shiffrin identifica o caráter pragmático e consequencialista da maior parte do que ele chama de

Já os que defendem a liberdade de expressão de tais discursos com base nessa mesma abordagem de custo benefício enfatizam seja que a referida restrição da liberdade é injustificada face ao que se promove do valor da igualdade, seja que o vínculo causal entre proibição de discurso e promoção da igualdade não prospera. Isso porque a proibição pode se voltar contra os interesses dos próprios grupos que se pretende proteger, de forma que a luta pela erradicação do racismo, misoginia, homofobia e fundamentalismo religioso deveria ser travada em outros campos de batalha¹³.

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

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

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

expressão). Dificuldades de mensuração do compromisso comparativo de cada um dos valores a parte, ressalto o conceito de "direitos" subjacente a essa abordagem: um direito individual apenas existe na medida em que contribui para a promoção de resultados sociais benéficos ou para otimização concreta de um valor abstrato. Direitos seriam interesses mais ou menos importantes que as pessoas, individualmente ou coletivamente consideradas, possuem de forma geral, e a sua proteção seria uma função da sua importância relativa vis à vis o seu impacto deletério ou positivo nos interesses de outras pessoas ou grupos de pessoas. Daí a necessidade de balancear ou ponderar os interesses nas situações concretas nas quais eles entram em conflito¹⁴. Essa parece ser a posição teórica

¹⁴ A teoria da ponderação mais reconhecida internacionalmente é aquela de Robert Alexy. A ponderação consiste no último dos três passos da metodologia formulada por Alexy para análise da adequação da restrição de um "direito" em face da promoção de outro "direito" em situação de conflito. Essa metodologia é conhecida como teoria da proporcionalidade, empregada para adjudicação entre direitos fundamentais (concebidos como valores conflitantes, ou princípios conflitantes): "Princípios são requerimentos de otimização, caracterizados pelo fato de que eles podem ser satisfeitos em diversos graus, e que o grau apropriado de sua satisfação depende não apenas do que é faticamente possível mas também do que é legalmente possível. O escopo do legalmente possível é determinado por princípios e regras em oposição". (ALEXY, 2002, p. 48). Quanto a forma de solucionar o problema que decorre de se partir do pressuposto de que princípios conflitam, Alexy afirma que: "Se dois princípios competem, por exemplo, se um princípio proíbe algo e outro o permite, então um dos princípios deve ser superado (*outweighed*). Isso não significa nem que o princípio superado é inválido nem que ele possui uma exceção em seu interior. Ao contrário, o princípio superado pode ele mesmo superar o outro princípio em outras circunstâncias. Em outras circunstâncias, a questão da precedência poderá ter que ser revertida. (...). Conflitos de regras são solucionados no nível da validade; já que apenas princípios válidos podem competir, competições entre princípios são solucionadas na dimensão do peso (*weight*)" (ALEXY, 2002, p. 50). Sobre a relação necessária que Alexy enxerga entre o seu conceito de princípio e a proporcionalidade enquanto método de interpretação constitucional, conferir ALEXY, 2002, 66-69.

A princípio elaborada com base no método de análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, a teoria da proporcionalidade ganhou ampla aceitação nos países europeus, no direito europeu, em Israel, África do Sul, Canadá, Nova Zelândia, Austrália e em países da Ásia e América do Sul. Para uma descrição sucinta da expansão internacional da proporcionalidade como teoria e método de adjudicação constitucional de direitos fundamentais, conferir BARAK, 2012, p. 181-210. Para uma crítica contundente da proporcionalidade, conferir TSAKYRAKIS, 2009. O autor afirma que a proporcionalidade assume a possibilidade de quantificação dos níveis de realização de cada valor a partir de uma única métrica, o que "tende a desconsiderar, ou ao menos a não apreciar adequadamente, o fato de que o nosso universo moral inclui ideias não conduzíveis à quantificação, com o resultado de que a essas ideias não é dada a devida consideração em nosso raciocínio," (TSAKYRAKIS, 2009, p. 475). Ademais, Tsakyrakis faz uma denúncia da concepção de direitos, pressuposta na abordagem da proporcionalidade, enquanto "nada mais do que interesses privados cuja proteção depende, em cada ocasião, de ser balanceada com interesses públicos rivais", porque isso, em última instância, "torna a Constituição inútil": "(...) se os direitos constitucionais protegem o mesmo tipo de interesses que aqueles do governo, e se a proteção depende de considerações acerca de algum tipo de 'peso' relativo dado aos interesses conflitantes, segue-se que a proteção conferida pela Constituição nunca pode ser estável mas é sempre condicional a várias circunstâncias e depende do resultado do balanceamento." (TSAKYRAKIS, 2009, p. 470). Para uma teorização acerca das razões pelas quais o balanceamento como método de interpretação constitucional se tornou atraente nos Estados Unidos a partir das décadas de 30 e 40 do século XX, e para uma crítica da sua adoção indiscriminada, conferir ALEINIKOFF, 1987. O autor afirma que "O balanceamento está minando nossa compreensão usual do direito constitucional como uma empreitada interpretativa. Ao fazê-lo, está transformando o discurso constitucional em uma discussão geral acerca da razoabilidade da conduta governamental." (ALEINIKOFF, 1987, p. 987). Aleinikoff reclama que pressuposto na abordagem do balanceamento está a compreensão dos valores constitucionais como um simples "convite para a discussão de boa política social". (ALEINIKOFF, 1987, p. 992). Ele conclama o retorno à noção moral básica de que "Por trás de muitas das decisões mais

dominante, implícita ou explicitamente, entre teóricos do direito e constitucionalistas brasileiros, os quais afirmam o caráter conflituoso dos direitos fundamentais (lastreados em valores políticos constitucionais) bem como o dever do juiz ou legislador de ponderar entre os direitos nas situações em que o conflito se explicita¹⁵.

importantes que tomamos, das crenças mais importantes que mantemos, estão juízos de princípio que não se reduzem a balanceamento. Esses juízos podem ser profissões de fé; eles podem ser premissas, não provas. Mas eles formam a fundação de nosso sistema moral." (ALENIKOFF, 1987, p. 998). Para uma defesa da compatibilidade da proporcionalidade (e da ponderação como terceira etapa do método) com a adequada proteção de direitos fundamentais, conferir Klatt e Meister, segundo os quais, dentre outros argumentos, tal proteção, no âmbito da proporcionalidade, pode se dar pela limitação do leque de interesses que podem ser legitimamente balanceados com direitos fundamentais constitucionais (apenas os interesses que possuem status constitucional poderiam legitimamente competir com direitos fundamentais constitucionais), bem como pela atribuição de um peso de partida maior, ou seja, um peso maior aos direitos fundamentais constitucionais considerados abstratamente, em relação a outros interesses governamentais ou individuais constitucionais (KLATT; MEISTER, 2015, p. 35-41).

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

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

Entendo que essa é uma abordagem equivocada porque, utilizando da expressão de Ronald Dworkin, não "leva os direitos à sério"¹⁶. A abordagem que endosso é a de que os direitos em sentido forte dizem respeito a prerrogativas individuais não sacrificáveis em prol de interesses majoritários¹⁷, superáveis apenas quando a sua proteção causar danos em grandes proporções. Em outras palavras, em situações de normalidade social, aí incluindo as dificuldades ordinárias de promoção de justiça social e de certos valores humanos, os direitos em sentido forte não podem ser violados, ainda que a sua proteção importe em dificuldade para a promoção de algum objetivo social nobre, ou tenha consequências sociais indesejáveis. Essa noção de direito enquanto *trunfo* sobre certos fins sociais

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

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

¹⁶ O nome do primeiro livro de Dworkin, publicado em 1977, reunindo uma série de artigos do autor, é "Levando os Direitos a Sério" ("*Taking Rights Seriously*").

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

desejáveis (mais uma vez utilizando a expressão de Ronald Dworkin)¹⁸ incorpora o valor "sagrado" da vida individual. A concepção de justiça subjacente a essa noção de direito defende que a igualdade é melhor compreendida como proteção igualitária da independência ética¹⁹ de cada indivíduo e do seu acesso à sua justa parcela de recursos e liberdades para exercício dessa independência ética. Em síntese, nenhum direito moral deve ser sacrificado em benefício de uma coletividade. Sendo assim, se a liberdade de expressão é um direito em sentido forte, assim como o direito à vida, o direito à liberdade religiosa, o direito à integridade física, dentre outros, a abordagem que pretende arbitrar acerca da proteção da liberdade de expressão com base nas consequências sociais difusas mais ou menos benéficas da proteção dessa prerrogativa não a toma como o trunfo individual que ela deve ser face a objetivos sociais igualitários²⁰.

O meu objetivo nesse trabalho é o de defender a proteção da liberdade de expressão de discurso de ódio, lastreada nas concepções de liberdade de expressão de Ronald Dworkin e C. Edwin Baker (e na teoria de justiça de Dworkin de forma geral). Argumento que a proibição de expressões de ódio apenas se justificam quando for possível identificar:

(1) um vínculo causal direto entre a instância discursiva e um dano normativamente relevante, claro e iminente, ainda que a intencionalidade do discurso seja expressiva (também em sentido normativo); ou

(2) quando a intencionalidade do discurso não for expressiva no sentido normativamente relevante segundo a melhor teoria da liberdade de expressão, casos em que o discurso poderá ser restringido em razão de objetivos políticos importantes, tais

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

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

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

como promover a igualdade social, ou poderá constituir, em razão da sua intencionalidade lesiva e alheia ao sentido de proteção da liberdade de expressão, dano normativamente relevante.

Exemplo do primeiro tipo são os discursos comerciais. Já os discursos que nesse trabalho defendo como difamatórios são caso do segundo tipo.). Defenderei essa tese de investidas restritivas que se pretendem distintas do mero cálculo de custo-benefício, ainda que também baseadas no conteúdo do discurso. Trata-se do argumento elaborado por Jeremy Waldron, ancorado em seu conceito de dignidade humana. Assim como vários filósofos políticos dos estudos raciais críticos e feministas, Waldron apresenta uma resposta negativa para a maior parte das questões controversas envolvendo a liberdade de expressão elaboradas no início dessa introdução. Ele criticou o resultado final do caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (WALDRON, 2012, p. 12), no qual o partido nazista dos Estados Unidos teve reconhecido em 1977 direito de marchar usando símbolos nazistas na cidade de Skokie, à época habitada por grande quantidade de sobreviventes judeus do holocausto. No mesmo sentido, ele defendeu a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Beauharnais v. Illinois*, julgado em 1952, no qual a corte considerou constitucional uma lei do Estado de Illinois que proibia a publicação ou exibição de qualquer material escrito ou imagem representando a "depravação, criminalidade, falta de castidade, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo ou religião". E também se manifestou favoravelmente às críticas que feministas lançam à tolerância social da pornografia, tanto em função do vínculo que as feministas enxergam entre pornografia e disseminação da violência e de atos de discriminação em geral contra a mulher, quanto em função do vínculo que Waldron crê haver entre pornografia e difamação do grupo das mulheres de forma geral (WALDRON, 2012, p. 89-92).

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

Entendo que a originalidade da crítica de Waldron à proteção de discursos de conteúdo discriminatório reside no fato de que ela flui da articulação teórica mais íntima entre o conceito moral de dignidade humana e o conceito político de igualdade. Waldron afirma que o sentido jurídico da dignidade é o de status social, ou reconhecimento de uma condição social de valor. Afirmer a igualdade da dignidade das pessoas significa afirmar igualmente o pertencimento de cada uma delas à sociedade em boas condições, bem como a prerrogativa de cada uma delas de receber da sociedade um tratamento compatível com a sua posição igualitária de prestígio²¹ em relação a todas as demais pessoas.

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

Apesar de, em última instância, Waldron precisar recorrer à noção de balanceamento de valores, por reconhecer que a eliminação de certos discursos de conteúdo discriminatório do debate público implica em uma perda para os valores da autonomia individual ou da legitimidade democrática, ele o faz como último recurso. A sua

²¹ Defender uma concepção de dignidade igualitária com base na noção de posição igualitária de prestígio pode parecer uma contradição. Mas Waldron argumenta que a dignidade, enquanto conceito jurídico, carrega a conotação de pertencimento, de todo o grupo humano a um elevado estrato social. Seríamos todos os humanos parte de um mesmo grupo de certo prestígio e merecedor de respeito e consideração. A dignidade, em seu sentido jurídico, significaria um nivelamento igualitário por cima de todos os seres humanos. Essa noção de dignidade de Waldron será explorada em maior detalhes no capítulo 1. Negando a possibilidade e utilidade da universalização de uma noção "aristocrática" de dignidade, conferir: "A dignidade humana precisa ser mais do que oferecer a todos o tipo de dignidade jurídica uma vez desfrutada pelos aristocratas. Ela precisa reconstruir ou rejeitar essa dignidade porque ela possui nenhum interesse em moldar a dignidade enquanto a atividade arrogante de se comportar mal e de se recusar a ser responsabilizado por isso." (HERZOG, 2012, p. 106).

tese não parte, dessa forma, da premissa de que os valores liberdade e igualdade conflitam, ou de que a proteção de um direito individual de liberdade ou igualdade se estende apenas até o ponto em que a prerrogativa individual em questão contribui para um estado de coisas coletivo benéfico. Waldron defende uma metodologia propriamente jurídica de conceptualização da dignidade, conecta a dignidade à igualdade e daí defende uma posição acerca dos limites a serem impostos às prerrogativas de expressão. O que percebo em Waldron, portanto, é uma maior profundidade teórica, uma que não se contenta em lançar mão de uma retórica do balanceamento para fazer a misteriosa balança pesar, como num passe de mágica, para a conclusão que maior satisfaz as intuições normativas e sociais do freguês filósofo, ou jurista (ou, ainda mais delicado do ponto de vista das consequências, do freguês juiz, o qual decide de forma definitiva acerca daquilo que as pessoas podem ou não fazer em esferas importantes do exercício de sua independência ética).

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

Creio que o desafio waldroniano se dirige de forma exemplar aos teóricos da justiça Ronald Dworkin e C. Edwin Baker (Waldron aborda argumentos específicos de Baker e Dworkin nos capítulos 6 e 7, respectivamente, de seu livro *The Harm in Hate Speech*). Ambos defendem, sob o resguardo da liberdade de expressão, o direito de nazistas, racistas e produtores e consumidores de pornografia de veicular e consumir as referidas mensagens (excluindo os casos em que é possível vislumbrar vínculo causal direto entre instâncias de tais discursos e violações de direitos de terceiros ou em determinados contextos nos quais vigem normas distintas daquelas aplicáveis ao debate

democrático em geral) (BAKER, 2009b). Eles reivindicam, com base na igualdade dos indivíduos de participar na formação do ambiente político e moral da sua sociedade, o direito de produção e consumo de pornografia, mesmo daquela sadomasoquista (DWORKIN, 1996, p. 214-223, p. 236-239; BAKER, 1994). Dworkin se manifestou muito especificamente sobre o direito de nazistas manifestarem ideias de negação do holocausto, e de superioridade racial, bem como de exibirem publicamente seus símbolos, razão pela qual se posicionou favoravelmente às ao resultado jurídico do caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (DWORKIN, 1996, p. 203-204, p. 223-226). Ele também defendeu a liberdade de expressão de racistas da Ku Klux Klan para manifestação pública de sua convicção de que "os negros devem ser reenviados para a África e os judeus para Israel", tendo se posicionado favoravelmente à decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Brandenburg v. Ohio*, julgado em 1969, no qual a corte reverteu a condenação de Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan em Ohio, pela participação em uma passeata da KKK em que proferiu discurso defendendo a possibilidade de vingança contra negros e judeus, e acusando o Estado dos EUA de suprimir a raça caucasiana (DWORKIN, 2011, p. 373). Já Baker afirmou que a condenação do editor de jornal ruandês Hassan Ngeze por discurso de ódio pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda foi incorreta. Hassan Ngeze era Tutsi e publicou diatribes racistas contra os Hutus em seu jornal chamado à época *Kangura*. As publicações, no entanto, segundo Baker, ocorrem em momentos significativamente anteriores à ocorrência do genocídio dos Tutsis pelos Hutus (BAKER, 2009b, p. 155-156)²².

Para Baker e Dworkin, a liberdade de expressão serve à realização das capacidades expressivas e criativas do indivíduo em domínios importantes para a sua identidade individual. Na terminologia de Dworkin, a proteção dessas capacidades é uma exigência da independência ética, um dos princípios da dignidade humana concebida como conceito ético, ou seja, como elaboração do sentido da boa vida e do viver bem. Já para Baker, a proteção dessas capacidades é uma exigência dos pressupostos da prática social da moralidade. A moralidade, para Baker, é um exercício de deliberação coletiva que visa ao acordo, algo que só faz sentido se pressuposto que cada pessoa age com autonomia de proposição, contribuição para o debate e negação das propostas alheias. Ambos os autores

²² É importante destacar que Baker faz uma diferenciação entre a situação de Ngeze e aquela dos radialistas ruandeses que em meio ao genocídio conclamavam todo Hutu a matar ou denunciar os Tutsis, qualificando os últimos como baratas (BAKER, 2009b, p. 155). A diferença reside no vínculo causal mais claro e articulado entre o discurso dos radialistas e as práticas violentas em relação à relação entre as publicações de Ngeze, ocorridas em um período anterior ao genocídio e que é caracterizado por alguns como de dominação dos Hutus pelos Tutsis, esses últimos até então formadores da elite do país.

entendem que a estrutura e o ônus do argumento moral e político é o de fornecer uma explicação coerente do sentido dos diversos valores morais e políticos, uma que torne os direitos exigíveis por cada pessoa compatíveis com os deveres dessa mesma pessoa, assim como com os direitos e deveres das demais pessoas.

O primeiro capítulo desse trabalho inicia pela reconstrução do conceito de dignidade de Waldron e da maneira como esse conceito sustenta o pleito pela proibição de discursos de ódio. Nele, defenderei que, ainda que Waldron tente elaborar uma teoria original do sentido jurídico da dignidade humana e com isso busque um argumento mais basilar pela proibição da expressão pública de discursos de ódio virulentos, a maneira como ele defende a importância da dignidade acaba colapsando em uma de duas linhas argumentativas fracassadas. Ambas fracassam porque incapazes de universalização.

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

Já a segunda hipótese explicativa da tese de Waldron, que chamo de *hipótese do dano aperfeiçoado no discurso*, promove a correspondência entre o direito de dignidade e um suposto direito de não confronto com o fato de que certas pessoas na sociedade negam o valor igualitário de alguns grupos. Ela fracassa porque a sua defesa não pode ser diferenciada da defesa de um direito de não ser ofendido. Um ponto em comum das teorias liberais da liberdade de expressão é o de que as reações emocionais subjetivas a determinada ideia, tese ou convicção não são admitidas como razões para restrição ou proibição dessa ideia, tese ou convicção. Se assim fosse, as concepções de bem humano, virtude ou justiça social de alguns poderia justificar o silenciamento de outros que possuem concepções distintas. E vice-versa. Em última instância, uma grande parte das pessoas seria silenciada em sociedades marcadamente plurais, e apenas posicionamentos incontroversos e possivelmente superficiais resistiriam ilesos ao policiamento contra a ofensa.

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

defendo, é um imposto à democracia concebida não como regime político de uma sociedade bem ordenada, mas enquanto regime político que almeja à máxima legitimidade possível em uma sociedade na qual grande parte das pessoas mantém convicções extremamente equivocadas, muitas vezes repugnantes, acerca da justiça.

O argumento de Baker e Dworkin, que será reconstruído no segundo capítulo, concebe um valor intrínseco, constitutivo, para a liberdade de expressão. Ela deve ser protegida enquanto exigência não-instrumental da legitimidade do Estado. É por isso que figura como um direito em sentido forte, ou seja, um que não pode ser superado por causa dos obstáculos ordinários que coloca à promoção de fins coletivos desejáveis. Ainda no segundo capítulo, defenderei o argumento do valor intrínseco da liberdade de expressão para a democracia de outras teorias democráticas que atribuem a essa liberdade um papel instrumental. É o caso de teorias da liberdade de expressão inspiradas nos trabalhos de Alexander Meiklejohn, o qual defendeu que a melhor compreensão da liberdade de expressão assegurada na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos é aquela que a toma não como um direito individual, mas como um elemento da estrutura institucional do Estado²³. No caso, a liberdade de expressão deveria ser compreendida como um mecanismo de promoção da informação do corpo eleitoral. A expressão individual deveria ser protegida não por causa do seu valor intrínseco, mas na medida em que útil para a ampliação e enriquecimento do debate público. Essa concepção da relação entre liberdade de expressão e democracia abre espaço para um dirigismo do debate público, pois o que importa não é que todos os interessados em se expressar possam falar, mas que tudo aquilo que vale a pena ser dito, seja dito. Se determinados discursos racistas, misóginos, homofóbicos, fundamentalistas ou discriminatórios de qualquer outro tipo possuem o

²³ Apesar de Meiklejohn conceber o seu trabalho como uma interpretação da Constituição norte-americana, ele pode ser lido como uma elaboração teórica do sentido da democracia e da relação entre essa e as garantias constitucionais da liberdade de expressão. Nesse sentido, Júlio César Casarin Barroso Silva justifica a recepção de argumentos de Meiklejohn para questionar uma série de problemas brasileiros relacionados à relação entre liberdade de expressão e democracia: "O Coletivismo oferece uma interpretação específica da Constituição estadunidense, centrando sua atenção na Primeira Emenda que, como se sabe, estabelece o princípio da liberdade de palavra naquele país. Apesar do âmbito nacional disciplinar restrito de discussão do princípio, a autocompreensão sobre a liberdade de expressão aí gestada - bem como de suas conexões com princípios democráticos mais amplos - está longe de ser paroquial. O refinamento do atual debate sobre a liberdade de expressão que tem lugar nos Estados Unidos fornece subsídios teóricos para o entendimento do tema em abstrato, capaz de interessar, em seus princípios, a qualquer sociedade que aspira ao ideal do autogoverno coletivo, (...). O debate é apropriado por nós como um debate sobre as relações entre liberdade de expressão e democracia." (SILVA, 2009, p. 1). Essa mesma lógica se aplica aos trabalhos de diversos outros autores, considerados como teóricos da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, discutidos nesse trabalho (são exemplos Robert Post, James Weinstein, Owen Fiss, Alexander Tsesis, e o próprio C. Edwin Baker. Ronald Dworkin, ao contrário de Baker, foi um teórico mais robusto da justiça, mas nunca desenvolveu um corpo teórico robusto de interpretação do direito estadunidense da Primeira Emenda. Ele não é de forma geral reconhecido como um constitucionalista da Primeira Emenda.).

efeito de silenciar as vozes e perspectivas dos grupos-alvo, a concepção de liberdade de expressão de base meiklejohniana defenderá a limitação desses discursos para reequilíbrio do debate público. Essa é justamente a tese de Owen Fiss e outros teóricos da liberdade de expressão contemporâneos que advogam pela proibição de discursos de ódio, regulação estrita de gastos corporativos em campanhas eleitorais e regulação da mídia como forma de evitar a "captura" da arena pública por aqueles que possuem poder.

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

O posicionamento de Baker e Dworkin pela proteção de conteúdo discriminatório resiste bem a críticas pautadas no valor da democracia, bem como no objetivo estatal de promoção da igualdade social. Baker e Dworkin, ao enfatizarem a importância da autonomia ou independência ética avançam argumentos poderosos acerca do melhor sentido para a igualdade, a liberdade de expressão, e também para a democracia. O seu posicionamento, no entanto, é alvo de críticas direcionadas à suposta falta de coerência interna de suas teorias. Identifiquei três delas e nesse trabalho busco respondê-las. A primeira elaboro a partir de uma leitura de uma linha teórica feminista que denuncia a cultura como uma força não apenas promotora de injustiça (distributiva, por exemplo), mas constitutiva da injustiça. Apresento os argumentos de Iris Marion Young e Rae Langton no sentido de que a própria linguagem e os esquemas de representação social minam o senso de valor individual e a própria capacidade de auto-concepção identitária em membros de grupos sistematicamente inferiorizados e estigmatizados. A crítica que daí segue à proteção de discursos de conteúdo discriminatório é a de que esse discurso contribui de forma importante para a opressão da autoimagem dessas pessoas, desde a tenra infância. Assim, se o argumento de Dworkin é o de que a ordem política se estrutura para dar condições justas de exercício da independência ética, ele incorreria em contradição se permitisse que essa própria ordem política contribuísse para, e não tivesse nada a dizer acerca dos mecanismos que invabilizam de forma desigual a vivência dessa independência.

Ao final do capítulo segundo, concedo que a teoria política de Dworkin deve afirmar o dever geral²⁴ do Estado de promoção das condições igualitárias de exercício da independência ética e que isso inclui ação positiva para alterar o ambiente cultural e fortalecer o sentido de identidade e estima das pessoas pertencentes a grupos sistematicamente desfavorecidos e estigmatizados. A teoria política de Dworkin não é neutra em relação a concepções do bem humano, tal como algumas leituras afirmam das teorias de John Rawls ou Bruce Ackerman. Dworkin retira muito da força de suas concepções específicas de liberdade e igualdade da sua teoria ética. Assim, se a igualdade dworkiniana está a serviço dessa independência ética, enquanto essa independência ética retira muito do seu valor quando exercida nas circunstâncias moralmente corretas (dadas pela teoria política), a ideia de que o Estado deve levar em igual consideração o destino de cada pessoa deve acomodar as preocupações feministas (e deve estendê-las a todos os

²⁴ Os deveres gerais do Estado se dirigem aos poderes executivo e judiciário, mas não podem ser exigidos de forma específica perante o legislativo. Eles se distinguem, dessa forma, dos direitos individuais enquanto triunfos. Essa distinção será sucintamente explorada ao final do capítulo 2.

grupos que sofrem de forma similar às mulheres, tais como negros, homossexuais e transexuais, sem prejuízo de outros). Finalizo o segundo capítulo defendendo a restrição de discursos de conteúdo discriminatório no ambiente da educação básica, como uma das medidas que decorrem desse dever estatal²⁵. Identifico que uma das finalidades centrais do ensino básico é a formação das competências e atitudes básicas para o aprendizado, a busca individual pelo valor humano e o convívio social. Se o valor da vida humana depende do engajamento individual independente na determinação de uma trajetória de valor e no emprego dos melhores esforços para a sua realização, e se a vida de todos possui o mesmo valor de respeito, então a coletividade possui o dever de tentar oferecer condições igualitárias para que cada ser humano se aproprie de forma satisfatória dessa atitude. Muito importante é notar que as ações positivas do Estado para promoção de uma cultura igualitária não conflitam com a legitimidade da imposição coercitiva das decisões coletivas sobre as minorias. Essas ações positivas preservam as prerrogativas de expressão daqueles que discordam seja da ação específica do Estado, seja da tese ética, moral ou política que a embasa. O Estado não deve ser neutro em relação à tese do valor igualitário de toda vida. É pela afirmação dessa tese que ele retira a sua legitimidade. A proibição do discurso em ambiente escolar não o proíbe de forma geral, e é justamente por isso que essa medida específica é também compatível com a preservação da liberdade de expressão de conteúdo odioso.

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

²⁵ Distingo esse posicionamento, que entendo dworkiniano (apesar de Dworkin nunca ter escrito especificamente sobre uma teoria liberal da educação básica), daquele de Bruce Ackerman. O argumento desse último, que decorre previsivelmente de sua rejeição da ética na teorização política, é o de que a educação deve dar espaço a toda e qualquer concepção de bem humano, sem qualquer juízo de valor.

O tratamento teórico do direito à reputação e do ilícito da difamação é, a meu ver, bastante negligenciado no debate acerca da liberdade de expressão, apesar da importância da regulação do tema na delimitação de divisões importantes no debate teórico sobre liberdade de expressão nos Estados Unidos²⁶. Se a descrição da sociologia da reputação de Waldron estiver correta, e penso que ela é plausível, então as teorias liberais igualitárias que buscam proteger discurso de ódio ao mesmo tempo em que reivindicam um direito individual de reputação precisam oferecer uma teoria da reputação que permita explicar as razões pelas quais, em geral, discursos de ódio podem ser coerentemente protegidos. É sobre essa tarefa a que me dedico no terceiro capítulo. De forma consistente com a tese mais abrangente desse trabalho, entendo que o direito à reputação não é um direito de resultado. Ele decorre da conjunção das expectativas de independência ética tanto daquele de quem se fala quanto daquele que fala.

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

²⁶ O fato de a Suprema Corte dos Estados Unidos estabelecer regras de proteção distinta da reputação de pessoas públicas e pessoas privadas leva alguns teóricos da liberdade de expressão, como Robert Post e James Weinstein, a afirmar que o cerne do sentido da liberdade de expressão é a proteção de discursos de relevância política ou de relevância para o debate público. Baker, por outro lado, rejeita a solução normativa da corte. Entendo que isso se relaciona ao fato de ele identificar o exercício da autonomia como fim último da liberdade de expressão, uma que não se restringe ao debate de questões levadas à deliberação e decisão coletiva. No Brasil, o debate conceitual não se aprofunda entre os principais constitucionalistas, nem sobre o melhor sentido para o direito da liberdade de expressão, tampouco acerca do sentido do direito à reputação. Entendo que isso ocorre porque a cultura da ponderação, e todos os pressupostos que ela carrega, se encontram extremamente enraizados entre juristas brasileiros.

Por outro lado, as nossas práticas discursivas apontam para o fato de que a liberdade de expressão não se reduz à liberdade de expressar fatos verdadeiros²⁷. Muitas vezes as pessoas expressam, com convicção e boa-fé, juízos que são falsos. Os exemplos são muitos no campo das convicções religiosas, da saúde humana, científico, político, criminal e no campo do consumo e da prestação de serviços. No capítulo terceiro defendo que as imputações falsas feitas em boa-fé, sendo essa acessada pelas regras que regulam as expectativas razoáveis das práticas discursivas em contextos distintos, não podem ser punidas. Aquelas feitas com intenção de instrumentalização da percepção social de terceiros pode e deve ser punida a título de discurso difamatório, seja ele dirigido a pessoas públicas ou privadas. De acordo com essa abordagem, as expressões de efeito deletério na percepção social de terceiros que podem ser punidas não se restringem a imputações falsas de fato, podendo abarcar as opiniões quando o contexto indicar que certas afirmações de opinião são feitas com intenção difamatória.

A combinação das expectativas de independência ética de quem fala com aquelas acerca de quem se fala indica para a necessidade de uma estrutura institucional que promova a circulação da verdade ao mesmo tempo em que pune apenas as afirmações de efeito deletério para a percepção social de terceiros feitas com intenção difamatória. Defendo que as modificações propostas por Ronald Dworkin à regra de limites ao ilícito da difamação imposta pela Suprema Corte dos Estados Unidos aos estados federados no caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) responde adequadamente às exigências da independência ética. Ao contrário do que sugerido pelo próprio Dworkin, entendo que a iniciativa do autor de propor tais alterações é melhor compreendida não como uma medida de redução dos custos dos processos judiciais de difamação nos Estados Unidos²⁸, ou de promoção da verdade como um interesse coletivo difuso, mas como uma resposta

²⁷ O status das afirmações de inverdades na teoria da liberdade de expressão é controverso. Eu defendo que esse status se altera a depender do propósito da ação discursiva. Alguns autores, no entanto, parecem negar por completo o valor de afirmações falsas de fato (Conferir Dieter Grimm: "Uma mentira deliberada ou uma asserção de fato cuja falsidade já foi claramente estabelecida antes de a asserção ser feita não são protegidas de forma alguma (...). A negação do Holocausto foi considerada uma asserção de fato falsa cuja falsidade foi indubitavelmente estabelecida por vários depoimentos de restemunhas, pesquisa histórica, e não menos pelo processo judicial de Auschwitz de 1964/65 em Frankfurt." (GRIMM, 2009, p. 559). Até mesmo Robert Post nega valor intrínseco a instâncias discursivas que afirmam fatos falsos, reconhecendo a necessidade de proteção de algumas dessas instâncias apenas em função da prevenção do efeito inibidor (*chilling effect*) sobre discursos valiosos. Conferir POST, 1990, em especial p. 649-667). Esse posicionamento é, no entanto, completamente incompatível com a proteção, por exemplo, de várias instâncias que consideramos cnetrais no exercício da liberdade religiosa.

²⁸ Dworkin e outros autores entendem que a regra estabelecida em *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), que restringiu o direito de indenização de autoridades públicas às afirmações falsas de fato cometidas com conhecimento da falsidade ou desconsideração temerária (*reckless disregard*) da falsidade, ao invés de proteger a imprensa contra os riscos de retaliações milionárias, apenas deslocou tais riscos. A regra geraria incentivos ruins pelo fato de impor um procedimento probatório muito caro.

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

A terceira crítica à abordagem de Dworkin e Baker nos leva ao quarto e último capítulo desse trabalho. Existe atualmente um debate importante acerca da proibição de discursos de ódio em contextos especiais, tais como nas relações de trabalho, nas relações e espaços universitários, ou no domínio publicitário²⁹. Alguns críticos da proteção de discursos de ódio alegam que as mesmas razões que justificam a proibição desses discursos nesses contextos especiais, proibição essa endossada mesmo por alguns dos que protegem esses discursos no debate público, justificam a proteção em geral desse conteúdo. No entanto, entendo que tais contextos discursivos especiais se diferenciam do debate público em geral de três formas importantes. Em primeiro lugar, eles apresentam finalidades específicas que justificam a proibição de certos conteúdos e atitudes para a adequada realização de tais finalidades. É o caso das relações de trabalho (e também daquelas da educação terciária). Nessas, a mesma lógica da proibição de discursos de ódio no ambiente escolar se aplica. É justamente porque podemos fazer a diferenciação entre a esfera pública geral e contextos discursivos especiais que a proibição da circulação de certos conteúdos ou formas discursivas nesses últimos não viola a liberdade de expressão. O debate público permanece como espaço disponível para a veiculação de todos os posicionamentos, ainda

²⁹ O contexto da educação básica é também especial. Ele se difere dos demais, a meu ver, porque o que faz dele especial está intrinsecamente relacionado com a formação das capacidades humanas para a independência ética. Por isso ele será abordado ao final do capítulo segundo, como um contexto cujo propósito é o de promover as próprias condições de dignidade que fundamentam toda a teoria dworkiniana da liberdade de expressão.

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

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

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

É certo que cada contexto específico para o qual pudéssemos pensar razões legítimas de restrição de conteúdo ou forma exigiria uma tese em separado. O meu objetivo não é, portanto, o de esgotar o assunto da proibição dos discursos em função de conteúdo ou forma, especificamente o conteúdo discriminatório e a forma ofensiva, nos contextos do local de trabalho e do discurso comercial, os quais abordarei brevemente no capítulo quarto. Pretendo apenas mostrar que não é necessário imaginar que a gramática dos direitos deva ser exatamente a mesma em contextos distintos. Ademais, várias das instâncias discursivas que se busca proibir em alguns desses contextos já são proibidas no discurso em geral, não em razão do conteúdo da expressão, mas por causa da intencionalidade não protegida do discurso.

Antes de passar ao primeiro capítulo desse trabalho, gostaria de oferecer um pequeno mapa conceitual ao leitor que acredito auxiliará na compreensão da tese de fundo: a de que um discurso não pode ser proibido em razão de seu conteúdo ou forma quando constituir exercício da independência ética, mas apenas pelo seu vínculo causal direto com um dano normativamente relevante claro e iminente. Penso ser importante, nesse sentido, diferenciar entre ato discriminatório (ainda que constituído por um ato de fala ou comunicação em sentido lato) e ato discursivo de conteúdo discriminatório. Importante também diferenciar o escopo do debate público de outros contextos discursivos nos quais a lógica normativa poderá ser, legitimamente, outra.

CONCLUSÃO

Os argumentos os mais poderosos no atual debate jurídico e filosófico em favor da proibição de discurso de ódio no discurso público, sejam eles fundados em uma concepção de dignidade enquanto fundamentos da reputação, em um conceito de reputação enquanto direito de resultado sobre o tipo de informação de si socialmente circulante ou sobre um conceito de democracia enquanto garantia igualitária do voto informado, não logram, afinal, sucesso. Isso ainda que esses argumentos busquem, a princípio, uma alternativa ao simples balanceamento entre a igualdade ou dignidade dos grupos vulneráveis e a liberdade daqueles que possuem convicções odiosas, ainda que eles façam vislumbrar, em sua estrutura, clarões de uma pretensão teórica voltada à conceptualização coerente dos valores políticos e dos direitos em jogo. O seu fracasso, no entanto, guarda uma importância didática que falta às fórmulas tributárias às abordagens consequencialistas, ou de custo-benefício. Isso porque ele só pode ser reivindicado depois de apreciado o quanto as concepções dos valores políticos construídos por tais argumentos são capazes de explicar e justificar as nossas práticas discursivas no debate público. Ele é fruto, portanto, de um ônus argumentativo imposto aos defensores de um escopo para as expressões de conteúdo discriminatório e forma ofensiva dirigidos a grupos vulneráveis. Nesse processo argumentativo, aqueles que defendem a proteção do discurso de ódio na esfera pública, e se opõem à sua proibição em razão de seu conteúdo ou forma, são forçados à verificação da coerência interna de seus próprios argumentos e da plausibilidade dos pilares da teoria política na qual se assentam.

Waldron argumenta que a dignidade confere a cada ser humano uma posição na sociedade que lhe permite exigir deferência e respeito por parte das demais pessoas. No entanto, Waldron, certamente, não quer que o sentido desse direito de deferência signifique o direito de controle sobre os pensamentos e convicções das demais pessoas. Para tanto, ele precisa identificar um conteúdo para o direito violado pelos discursos de ódio externo à mente daqueles que possuem crenças odiosas. Waldron propõe a ideia de um direito a uma garantia de pertencimento à sociedade em boas condições. Ou seja, o direito não apenas de ser tratado no presente de acordo com as exigências da justiça, mas também da garantia de que isso irá acontecer no

futuro. Os discursos de ódio violariam essa garantia ao atentar contra os fundamentos da reputação das pessoas. Esse é um argumento poderoso que se baseia em limites reduzidos ao conteúdo do debate público (pois impõe apenas que os fundamentos da justiça não sejam negados), assim como faz uma conexão da proibição dos discursos de ódio com o direito de reputação.

No entanto, tal como o próprio Waldron admite, ele necessita, ao fim e ao cabo, sacrificar (muito? pouco?) os valores da independência ética dworkiniana ou autonomia bakeriana, e da legitimidade política, tal como defendida não apenas por Dworkin e Baker, mas também outros teóricos da liberdade de expressão, como Post e Weinstein. Ainda, tanto a versão do argumento formulada na hipótese causal da discriminação em sentido estrito, quanto aquela da hipótese do dano aperfeiçoado no discurso, provam muito mais do que o próprio Waldron gostaria. Se tivermos o dever de restringir todo discurso que possui relação causal difusa com a dura, cruel realidade cotidiana das mulheres que são abusadas sexualmente pelos patrões, dos travestis que são assassinados em ruas escuras nas periferias das grandes cidades brasileiras, dos negros que são todo dia tomados por bandidos ou traficantes e assassinados sumariamente pela polícia nas favelas, então teríamos que banir uma parte imensa da cultura popular. Não apenas criticá-la. De certo, bani-la. E, se quisermos ampliar o escopo de nossas preocupações àqueles que são homens brancos, mas que morrem mais cedo de pobreza, de exaustão no trabalho braçal, de falta de atendimento no injusto sistema de saúde, fruto do injusto sistema distributivo, então deveremos banir parte relevante dos partidos políticos, e outra parte imensa do debate político em todas as esferas nas quais ele ocorre. Porque a cultura do preconceito e a cultura política que permeiam a violência da sociedade brasileira e a nossa flagrante injustiça social são destiladas e reforçadas nas sutilezas das mais diversas dinâmicas de expressão e troca de ideias, símbolos e concepções éticas, morais e políticas.

No entanto, essas dinâmicas nada mais são do que a própria voz daqueles de que constituem a nossa comunidade política. O autogoverno de que trata a democracia diz respeito ao autogoverno dessas pessoas para essas mesmas pessoas. A tomada independente de posição em assuntos sobre o sentido do casamento, sobre o sentido da família, sobre as possibilidades do sexo, sobre a justa distribuição dos recursos sociais disponíveis, sobre o direito de pertencimento à comunidade política,

informa o valor da vida de todas as pessoas, inclusive daquelas que muitas vezes se equivocam terrivelmente, de forma repugnante, acerca das respostas a essas questões.

Quando digo que elas se equivocam, que elas erram e dão voz ao seu erro, afirmo que isso ocorre dentro das regras socialmente compartilhadas de formação de identidades políticas, religiosas e de apreciação dos méritos e deméritos de teses sobre o valor da vida humana, sobre a relação entre grupos de pessoas e sobre a melhor organização das instituições políticas. Quando, no entanto, as pessoas violam essas regras socialmente compartilhadas a respeito das expectativas legítimas acerca dos limites de posicionamento das pessoas sobre questões de fato e valor em cada um dos contextos discursivos de que participam, e quando isso é prejudicial à maneira como pessoas individuais ou grupos de pessoas são percebidos socialmente, então argumentei há violação dos direitos de reputação de terceiro. Ofereci, portanto, uma concepção do direito de reputação compatível com a proteção dos casos paradigmáticos de discursos de ódio. Uma concepção que exige a alteração de padrões jurídicos de definição do direito à reputação, protegido pelo instituto da difamação, na maior parte das democracias liberais, aí incluído o direito brasileiro. Mas que, não obstante, leva o direito à reputação a sério como uma exigência da igualdade distributiva de condições para a autodeterminação do sujeito na sociedade em que vive. Defendi que a reputação é um direito de competir de forma justa contra a percepção desfavorável de si. Afirmei que esse é um direito em sentido forte, um trunfo perante os interesses coletivos associados inclusive à liberdade de expressão (controle social da política, informação do eleitorado e dos consumidores, dentre outros), mas que enquanto tal não pode significar um direito de resultado acerca das opiniões ou imputações de fato sobre si circulantes na sociedade. Mostrei ainda como uma teoria da justiça carente de tese acerca dos justos padrões substantivos de distribuição de recursos e oportunidades sociais, tal como a teoria bakeriana, é incapaz de justificar um direito de reputação em sentido forte.

O confronto com a crítica feminista acerca das próprias condições de possibilidade do exercício da independência ética, ou autonomia, ofereceu a oportunidade de insistir no compromisso, muitas vezes negligenciado na teoria da justiça dworkiniana, com uma teoria ética, ainda que minimalista. Essa teoria não adjudica sobre as mais diferentes formas de viver uma vida valiosa. Mas ela insiste

que a vida humana possui valor objetivo e que uma das condições necessárias, porém não suficientes, de uma vida valiosa, é a de que ela seja fruto da reflexão independente daquele de cuja vida se trata. A justiça, afinal, adjudica sobre as condições corretas dentro das quais os indivíduos devem fazer suas escolhas éticas e se esforçar para fazer de suas vidas o melhor que elas puderem ser. Apesar de a verdade moral e política não ser derivada das intuições éticas, mas se constituir de uma teoria que parte de intuições morais e políticas independentes, o sentido da reflexão moral e política é possibilitar que todos as pessoas tenham condições de viver vidas valiosas. Se é assim, para além de preocupações distributivas, a coletividade tem o dever de se preocupar com as condições culturais e simbólicas dentro das quais as pessoas se formam sujeitos encarregados do dever de viver vidas eticamente independentes. As capacidades para a independência ética não são inatas. Elas precisam ser desenvolvidas. Defendi que na sociedade em que vivemos a educação básica é uma importante instituição organizada coletivamente que se encarrega, dentre outras coisas, de alimentar a autoconfiança, o senso do valor individual e a responsabilidade ética, assim como de apresentar às crianças e jovens diversas possibilidades de caminhos valiosos, para que eles se eduquem aptos a fazer suas escolhas independentes, levando suas características pessoais, circunstâncias e tendências em consideração. No ambiente escolar é necessário, para tanto, garantir, nas palavras de Waldron um "ambiente moralmente saudável", porque o objetivo institucional específico da escola é o de oferecer condições propícias e igualitárias para a consolidação da autoconfiança e das capacidades para a independência. Crianças e jovens, por um lado, não possuem autonomia. Por outro, suas vidas possuem igual valor objetivo. A escola é o lugar no qual a sociedade se encarrega de promover igualmente o valor objetivo da vida de cada criança e de cada jovem. Por isso o dever de proibição de discursos de ódio, em razão de sua forma e conteúdo, no ambiente e nas relações escolares.

Os compromissos igualitários do Estado não se esgotam na política de educação básica. Eles possuem repercussão em outros contextos especiais que integram a dinâmica distributiva de oportunidades e recursos sociais. É por isso que o discurso de ódio poderá ser proibido em razão de seu conteúdo e forma nas relações de trabalho e nos ambientes universitários que constituem a infraestrutura básica da experiência universitária, tais como bibliotecas, academias de ginástica,

refeitórios e dormitórios da instituição. A proibição, nesses casos, não se funda na falta de autonomia de estudantes terciários ou adultos partícipes do mercado de trabalho. Pelo contrário, o argumento pressupõe a autonomia dessas pessoas mas insiste no fato de que nesses contextos especiais elas são impedidas de exercê-la em toda a sua extensão. Se, por um lado, as pessoas possuem direito de expressão de discursos de ódio no discurso público, elas por outro lado possuem o direito de evitar esses discursos no mesmo discurso público ao se afastarem de quem fala, ao trocarem o canal de televisão ou a sintonia do rádio, ao jogarem fora panfletos com propaganda racista, misógina, preconceituosa de qualquer tipo ou ofensiva. Ocorre que exigir das pessoas a responsabilidade por gerência do seu espaço e tempo na maneira como interagem ou deixam de interagir com discursos de ódio nas relações especiais de trabalho ou de educação superior equivale a exigir que elas abdicuem de suas oportunidades de trabalho ou educacionais. Condicionar a participação na dinâmica de competição por recursos e oportunidades sociais ao confronto com expressões de inferiorização da própria identidade desequilibra imoralmente as condições dessa competição para os membros dos grupos alvo dos discursos. É por isso que a igualdade distributiva exige a proibição de discursos de ódio em razão de seu conteúdo e forma nas relações de trabalho e nos ambientes universitários coletivos que se espera sejam frequentados pelos estudantes enquanto parte de sua experiência universitária.

Em texto em que defende a restrição de algumas formas de discurso de ódio nos campi universitários, Charles Lawrence afirma muito se preocupar "com o papel que muitos libertários civis tem desempenhado, ou com os papéis que eles têm falhado em desempenhar, na luta persistente da vida real pela qual nós definimos a comunidade em que vivemos". (LAWRENCE, 1990, p. 435). Lawrence teme que por meio da maneira pela qual temos construído o debate em torno do tratamento jurídico dos discursos de ódio " - enquanto um em que a liberdade de expressão está em conflito com a eliminação do racismo - nós tenhamos avançado a causa da opressão racial e tenhamos situado o fanático em alto terreno moral, abanando as chamas ascendentes do racismo"(LAWRENCE, 1990, p. 436). A conclusão a que cheguei nesse trabalho, de fato, não é uma que a maior parte dos leitores identifica com o típico final feliz. O meu argumento é o de que o vilão da história, o racista, misógino, homofóbico, fanático, ou preconceituoso de todo tipo, possui dignidade e é,

nas palavras do próprio Waldron, "membro da comunidade política em boas condições". Gostaria, no entanto, de evidenciar o que nessa conclusão ilumina sim o nosso compromisso não apenas com o tipo de sociedade justa, igualitária, que queremos ser, mas também com o tipo de caminho, justo e igualitário, que queremos trilhar em perseguição do nosso ideal. Quero jogar luz sobre o fato de que não apenas o "o que", mas também, e muito importante, o "como", importa na difícil tarefa de nos aproximarmos do nosso ideal de coletividade justa.

A proteção do discurso de ódio no debate público não é resultado de um trunfo da liberdade sobre a igualdade. Tampouco é o contrário. A proteção de amplas liberdades de expressão no discurso público é uma exigência tanto da igualdade como da liberdade. O valor igualitário de cada vida humana requer a proteção da liberdade de expressão como condição de legitimidade política. É uma condição do respeito tanto pela capacidade e dever ético de cada pessoa de se responsabilizar pela elaboração da sua própria história de vida e pela conformação do seu mundo privado quanto como membro e partícipe da comunidade política cujas decisões somos todos obrigados a acatar. Por outro lado, a igualdade de cada ser humano exige a liberdade de expressão porque é informada pelo individualismo ético. Porque entende que não há valor humano se os seres humanos são usurpados do desafio de chegarem às suas convicções identitárias mais importantes com independência. Observar o fracasso de racistas, misóginos, homofóbicos e fanáticos religiosos quando esses reivindicam tratamento desigual entre grupos de pessoas e degradam o valor dos membros de alguns desses grupos é, ironicamente, o triste resultado do respeito pelo seu direito de exercer a sua responsabilidade ética.

A liberdade de discurso de ódio no debate público é a expressão menos gloriosa, mas não menos importante, da igualdade no "como" do nosso percurso em direção à sociedade mais justa que pudermos ser. Essa não se confunde com uma visão determinista que vislumbra o sucesso inevitável ao final da caminhada. É apenas o reconhecimento do risco envolvido no projeto que chamamos democrático. E também da enorme dificuldade que envolve promover sociedades de massas, de milhões de habitantes, na direção da justiça, sem passar por cima de condições inegociáveis da democracia. Condições que, em última instância, se assentam no reconhecimento inegociável da dignidade de cada pessoa submetida à autoridade estatal.

Lawrence nos exorta no sentido de que "precisamos encontrar caminhos e ação que resista e contenha as ideias racistas que a primeira emenda protege. Se nós falharmos nesse dever, as vítimas do discurso de ódio corretamente assumirão que nós estamos alinhados com os seus opressores." (LAWRENCE, 1990, p. 480). Ele tem razão. Nesse trabalho, no entanto, eu mostrei não apenas o lado protetivo aos discursos de ódio exigido pela melhor teoria liberal igualitária. Eu evidenciei também os momentos em que a melhor compreensão do liberalismo igualitário requer frear o discurso de ódio. Eles dizem respeito aos contextos discursivos centrais da dinâmica de distribuição de oportunidades e recursos na sociedade. Discurso de ódio não pode, dessa forma, impor obstáculos desiguais a mulheres, negros e homossexuais na busca pelo sucesso profissional. Não pode dificultar desigualmente os seus esforços na competição pelos melhores desempenhos acadêmicos. Todas as pessoas, a despeito de suas filiações de grupo e identitárias, possuem direito a lutar pelos seus ideais livres do confronto com condutas e mensagens de inferiorização de sua identidade em locais nos quais não podem evitar a não pela abdicação de oportunidades de trabalho e educacionais. Acima de tudo, as pessoas possuem direitos iguais a se formarem aptas à construção e perseguição de ideais. O discurso de ódio não pode invadir os espaços e as relações institucionais que a sociedade dedica, justamente, a fomentar, amadurecer e formar as individualidades das crianças e dos jovens para se apropriarem com energia da tarefa de forjarem para si uma vida plena de sentido, cientes e nunca reticentes do valor da sua vida. As crianças e jovens, em sua diversidade, possuem o direito de que o discurso de ódio seja barrado na porta da escola. Esses compromissos normativos do liberalismo igualitário claramente mostram de que lado estão os defensores das liberdades civis enquanto direitos em sentido forte, dentre os quais eu me incluo. Certamente não estamos alinhados com os opressores.

No epílogo de sua obra *Justice for Hedgehogs*, Dworkin alerta para o prejuízo que sociedades economicamente desiguais possuem para o valor ético da vida não apenas dos mais pobres, como também para a vida dos mais afluentes. Entre os abastados mais talentosos, uma sociedade economicamente desigual impõe o dever mais acentuado de realização de algo especialmente valioso de suas vidas, já que eles desfrutam de uma posição de privilégio em relação às demais pessoas. Essa situação também lhes impõe o drama de saber se eles podem fazê-lo dignamente, ou seja, de

uma forma que compense a indignidade que reside no fato de disporem injustamente de mais recursos do que outras pessoas igualmente talentosas. Aos menos talentosos entre os mais abastados, a situação é ainda mais dramática, pois nada do que fizerem de suas vidas poderá compensar a indignidade do desfrute injusto de recursos. A todos eles, Dworkin afirma, caberá o dever inescapável de contribuir para a aprovação de leis e políticas públicas que tendam à correção da injustiça distributiva. Eles deverão apoiar financeiramente e votar nos políticos certos, assim como deverão promover a ideia da justiça na distribuição de recursos e oportunidades na sociedade em que vivem. Esse compromisso com a política lhes é imposto pelas circunstâncias da injustiça na qual se vêm enlaçados e as quais impactam negativamente e inescapavelmente o valor ético de suas próprias vidas. Se quiserem consistentemente lutar pelo valor de sua própria vida, deverão também lutar pela igualdade de valor das vidas alheias.

A carapuça dworkiniana deverá servir igualmente, em razão da mesma lógica subjacente, àqueles que desfrutam, injustamente, de maiores oportunidades, recursos, segurança e de maior autoconfiança para a condução de uma vida valiosa em função das estruturas culturais, linguísticas e simbólicas que sistematicamente inferiorizam e estigmatizam certas pessoas apenas por fazerem parte de certos grupos sociais. Para os privilegiados por cor, raça, sexo, origem nacional, etnia, orientação sexual, pertencimento religioso, gênero ou qualquer outra identidade de grupo moralmente irrelevante na distribuição de recursos e oportunidades sociais, resta o mesmo dever inescapável de luta pela promoção da justiça em relação aos grupos desfavorecidos e vulneráveis. Eles deverão apoiar a promoção de leis e políticas públicas de proibição do discurso de ódio nos contextos em que eles devem ser proibidos bem como de combate cultural ao racismo, sexismo, homofobia ou qualquer outro preconceito estrutural na sociedade em que vivem. Eles deverão votar e apoiar financeiramente os políticos que repudiam preconceitos de todo tipo, e deverão promover nas suas interações sociais as mais diversas, dentro da família, no trabalho, na escola, nos espaços de lazer, a igualdade do valor de toda e qualquer pessoa. Pois esse é um compromisso de toda pessoa que desfruta de algum privilégio não apenas com a dignidade das pessoas sistematicamente inferiorizadas, como com a sua própria dignidade.

Há muito, portanto, que deve ser feito pelos defensores dos direitos civis, aí incluindo os defensores da liberdade de expressão de discurso de ódio no debate público, para que sinalizem o lado da luta no qual se encontram. Essa tese, portanto, não visa minar as energias no combate ao preconceito. Muito pelo contrário. O que ela busca, no entanto, é trazer orientação acerca do "como" fazer, para que não percamos a justiça de vista na busca pela justiça. Isso pode tornar a batalha mais difícil. Mas a vida de cada pessoa não pode ser sacrificada em prol do nobre objetivo. O fato de nos alinharmos ao lado da igualdade, repudiando e combatendo todo tipo de preconceito e de opressão, não significa nos posicionarmos contra a dignidade dos racistas, sexistas, homofóbicos, fanáticos ou outros tipos de preconceituosos. O alerta de Dworkin é claro: a forma como protegemos liberdade de expressão é uma das instâncias pela qual operamos o próprio valor da igualdade. O valor da nossa vida, da nossa luta pela promoção da justiça, depende de como insistimos ou não na dignidade também dos opressores. Nas palavras do próprio Dworkin, a dignidade é indivizível.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce A. **Social Justice in the Liberal State**. New Haven: Yale University Press, 1980.

ALEXANDER, Larry. Low value speech. **Northwestern University Law Review**, 83, p. 547-554, 1989.

ALEXANDER, Larry. Free Speeh and Speaker's Intent. **Constitutional Commentary**, 12, p. 21-28, 1995.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**, 16, p. 131-140, 2003.

ANTONIALLI, Dennys. Indenizações por dano moral ameaçam liberdade para se fazer humor na internet. **Consultor Jurídico**, 31 ago. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-31/dennys-antonialli-dano-moral-ameaca-liberdade-humor-internet>>. Acesso em: 14 set. 2016, 22.37.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and Free Speech. **Constitutional Commentary**, 27, p. 251-282, 2011a.

BAKER, C. Edwin, Is Democracy a Sound Basis for a Free Speech Principle?. **Virginia Law Review**, 97, 3, p. 515-529, 2011b.

BAKER, C. Edwin. In Hedgehog Solidarity. **Boston University Law Review**, 90, p. 759-817, 2010.

BAKER, C. Edwin. Viewpoint Diversity and Media Ownership. **Federal Communications Law Journal**, 60, 3, p. 651-671, 2009a.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Orgs.). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009b, p. 137-157.

BAKER, C. Edwin. Rawls, equality, and democracy. **Philosophy and Social Criticism**, 34, 3, p. 203 - 246, 2008.

BAKER, C. Edwin. **Media, Markets and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BAKER, C. Edwin. Michelman on Constitutional Democracy. **Tulsa Law Review**, 39, 3, p. 511 - 546, 2004b.

BAKER, C. Edwin. Harm, Liberty and Free Speech. **Southern California Law Review**, 70, p. 979 - 1020, 1997.

BAKER, C. Edwin. **Advertising and a Democratic Press**. Princeton: Princeton University Press, 1994a.

BAKER, C. Edwin. Of Course, More than Words (reviewing OnlyWords by Catharine A. MacKinnon). **The University of Chicago Law Review**, 61, 3, p. 1181 - 1211, 1994b.

BAKER, C. Edwin. **Human Liberty and Freedom of Speech**. Oxford: Oxford University Press, 1989.

BAKER, C. Edwin. Outcome Equality or Equality of Respect: The Substantive Content of Equal Protection. **University of Pennsylvania Law Review**, 131, 4, p. 933-998, 1993.

BAKER, C. Edwin. Scope of the First Amendment Freedom of Speech. **UCLA Law Review**, 25, p. 964 - 1040, 1978.

BAKER, C. Edwin. Commercial Speech: a Problem in the Theory of Freedom. **Iowa Law Review**, 62, p. 1 - 56, 1976.

BALKIN, J. M. Free Speech and Hostile Environments. **Columbia Law Review**, 99, p. 2295-2320, 1999.

BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís oberto. Liberdade de Expressão, Direito à Informação e Banimento da Publicidade de Cigarro. **Revista de Direito Administrativo**, 224, p. 31-50, 2001a.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 225, p. 5-37, 2001b.

BATTAGLIA, Jack M., Regulation of Hate Speech by Educational Institutions: a Proposed Policy. **Santa Clara Law Review**, 31, p. 345-392, 1991.

BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. **Indiana Law Review**, 47, 1, p. 1-35, 1971.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 166-217.

COHEN, Roni. Regulating Hate Speech: Nothing Customary About It. **Chicago Journal of International Law**, 15, 1, p. 229 - 255, 2014.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O Supremo Tribunal Federal precisa de Iolau: resposta às objeções de Marcelo Neves ao sopesamento e à otimização. **Revista Direito da Universidade de Brasília**, 2, p. 96-118, 2016.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision. **Oxford Journal of Legal Studies**, 31, p. 273-301, 2011.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 1, p. 607-630, 2003.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. Four Observations about Hate Speech. **Wake Forest Law Review**, 44, p. 353-370, 2009.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. Images of the Outsider in American Law and Culture: Can Free Expression Remedy Systemic Social Ills?. **Cornell Law Review**, 77, p. 1258-1297, 1992.

DWORKIN, Andrea. **Pornography: Men Possessing Women**. Nova Iorque: Plume, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011a.

DWORKIN, Ronald. The Court's Embarrassingly Bad Decisions. **New York Review of Books**, Nova Iorque, 26 Maio 2011b, Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2011/05/26/courts-embarrassingly-bad-decisions/>. Acesso em: 04 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. The Decision That Threatens Democracy, **New York Review of Books**, Nova Iorque, 13 Maio 2010a, Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2010/05/13/decision-threatens-democracy/>. Acesso em: 04 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. The "Devastating" Decision. **New York Review of Books**, Nova Iorque, 25 Fev. 2010b, Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/2010/02/25/the-devastating-decision/>. Acesso em: 04 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. Foreword. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. v-ix.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate**. Princeton: Princeton University Press, 2006a.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006b.

DWORKIN, Ronald. Originalism and Fidelity. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006c, p. 117-139.

DWORKIN, Ronald. Moral Pluralism. In: DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006d, p. 103-116.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. Forked Tongues, Faked Doctrines. **Index on Censorship**, 3, p. 148-151, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996a.

DWORKIN, Ronald. Why Must Speech Be Free?. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996b, p. 195-213.

DWORKIN, Ronald. Learned Hand. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996c, p. 332-347.

DWORKIN, Ronald. Pornography and Hate. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996d, p. 214-226.

DWORKIN, Ronald. MacKinnon's Words. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996e, p. 227-243.

DWORKIN, Ronald. The Press on Trial. In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**, Cambridge: Harvard University Press, 1996f, p. 167-194.

DWORKIN, Ronald. Why Academic Freedom? In: DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the american constitution**, Cambridge: Harvard University Press, 1996g, p. 244-260.

DWORKIN, Ronald. Foundations of Liberal Equality. In: DARWALL, Stephen. Equal Freedom: **Selected Tanner Lectures on Human Values**. Ann Arbor: The University of Michigan Press, p. 190, 1995a.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985a.

DWORKIN, Ronald. Do We Have a Right to Pornography?. In: **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985b, p. 335-372.

DWORKIN, Ronald. Can a Liberal State Support Art?. In: **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985c, p. 221-233.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy (Org.) **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1985d.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977a.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. . In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977b, p. 184-205..

DWORKIN, Ronald. Jurisprudence. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977c, p. 1-13.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules I. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977d, p. 14-45.

- DWORKIN, Ronald. The Model of Rules II. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977e, p. 46-80.
- DWORKIN, Ronald. Liberty and Liberalism. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977f, p. 259-265.
- DWORKIN, Ronald. What Rights Do We Have?. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977g, p. 266-278.
- DWORKIN, Ronald. Justice and Rights. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977h, p. 150-183.
- DWORKIN, Ronald. Liberty and Moralism. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977i, p. 240-258.
- FISS, Owen. A Freedom Both Personal and Political. In: FISS, Owen. **A Way Out: America's Ghettos and the Legacy of Racism**, Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 179-196.
- FISS, Owen. The Supreme Court and the Problem of Hate Speech. **Capital University Law Review**, 24, p. 281-291, 1995.
- FISS, Owen. Free Speech and Social Structure. **Iowa Law Review**, 71, p. 1405-1425, 1986.
- GARD, Stephen W. Fighting Word as Protected Speech. **Washington University Law Review**, 58, 3, p. 531-581, 1980.
- GELBER, Katharine. 'Speaking Back': The Likely Fate of Hate Speech Policy in the United States and Australia. In: MAITRA, Ishani; MCGOWAN, Mary Kate (Orgs). **Speech and Harm: Controversies Over Free Speech**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- GRIMM, Dieter. The Holocaust Denial Decision of the Federal Constitutional Court of Germany. . In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Orgs.). **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 557-561.
- HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- HERZOG, Don. Aristocratic dignity?. In: WALDRON, Jeremy; DAN-COHEN, Meir. **Dignity, Rank and Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 99-117.
- HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. **Criminal Law and Philosophy**, 6, 3, p. 307-325, 2012.
- KAGAN, Elena. A Libel Story: Sullivan Then and Now (reviewing Anthony Lewis, *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment* (1991)). **Law and Social Inquiry**, 18, p. 197-217, 1993.

KALVEN, Henry. The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment". **The Supreme Court Review**, p. 191-221, 1964.

KENDRICK, Leslie. Speech, intent, and the chilling effect. **William and Mary Law Review**, 54, p. 1633-1691, 2013.

KLATT, Mathias; MEISTER, Moritz. A Proporcionalidade como princípio constitucional universal. Traduzido por Philippe Seyphart de Souza Porto. **Revista Publicum**, 1, p. 30 - 70, 2015.

KYMLICKA, Will. **Contemporary Political Philosophy: An Introduction**. 2ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LANGTON, Rae. Beyond Belief: Pragmatics in Hate Speech and Pornography. In: MAITRA, Ishani; MCGOWAN, Mary Kate. **Speech and Harm: Controversies Over Free Speech**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 72-93.

LANGTON, Rae. Pornography: A Liberal Unfinished Business. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, XII, 1, p. 109-133, Jan., 1999.

LANGTON, Rae. Speech Acts and Unspeakable Acts. **Philosophy & Public Affairs**, 22, 4, p. 293-330, 1993.

LANGTON, Rae. Whose Right? Ronald Dworkin, Women, and Pornographers. **Philosophy & Public Affairs**, 19, 4, p. 311-359, 1990.

LAWRENCE III, Charles R. Crossburning and the Sound of Silence: Antisubordination Theory and the First Amendment. **Villanova Law Review**, 37, p. 787-804, 1999.

LAWRENCE III, Charles R. If He Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus. **Duke Law Journal**, 1990, 3, p. 431-483, Jun. 1990.

LAWRENCE III, Charles R. The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism. **Stanford Law Review**, 39, 2, p. 317-388. 1987.

LEITER, Brian. Waldron on the Regulation of Hate Speech. **Public Law and Legal Theory Working Paper**, 398, 2012. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1372&context=public_la_w_and_legal_theory>. Acesso em: 04 nov. 2016.

LITTLETON, Christine A. Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes. **Stanford Law Review**, 41, 3, p. 751-784.

LYNNE, Tyrrell. Genocidal Language Games. In: MAITRA, Ishani; MCGOWAN, Mary Kate. **Speech and Harm: Controversies Over Free Speech**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

MACEDO Jr. Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea**. Saraiva, 2013a.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **O direito em desacordo**: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico. 1v, 245f. Dissertação de Titularidade, área de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo. 2013b.

MACKINNON, Catharine. **Only Words**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

MACKINNON, Catherine. Pornography as Defamation and Discrimination. **Boston University Law Review**, 71, 5, 1991, p. 793-815.

MACKINNON, Catharine. Not a Moral Issue. In: MACKINNON, Catharina. **Feminism Unmodified**. Oxford: Oxford University Press, 1987a, p. 146-162.

MACKINNON, Catharine. Linda's life and Andrea's work. In: MACKINNON, Catharine. **Feminism Unmodified**. Oxford: Oxford University Press, 1987b, p. 127-133.

MALONE, Linda A. Sharon vs Time: The Criminal Responsibility Under International Law for Civilian Massacres. **Faculty Publications**, Paper 1404, p. 41- 72, 1986. Disponível em: < <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1404/>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

MARGALIT, Avishai. **The Decent Society**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

MATSUDA, Mari J.. Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story. **Michigan Law Review**, 87, 1989, p. 2320- 2381.

MEIKLEJOHN, Alexander. The First Amendment Is an Absolute. **The Supreme Court Review**, 1961, p. 245-266, 1961.

MICHELMAN, Frank. Universities, Racist Speech and Democracy in America: an Essay for the ACLU. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 27, p. 339 - 369, 1992.

MURSHISON, Brian C. Speech and the Self-Realization Value. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 33, p. 443-503, 1998.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni, REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo, PRATES, Fracismo de Castilho. Liberdade de Imprensa e Autoridades Públicas: Apontamentos a Partir do Estado Democrático de Direito. **Quaestio Iuris**, 10, 1, p. 219-240, 2017.

POST, Robert. Participatory Democracy and Free Speech. **Virginia Law Review**, 97, 3, p. 477-489, Maio 2011a.

POST, Robert. Participatory democracy as a theory of free speech: a reply. **Virginia Law Review**. 97, 3, p. 617-632, Maio 2011b.

POST, Robert. Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James. **Extreme Speech and Democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence.

California Law Review, 88, 6, p. 2353-2374, Dez. 2000a.

POST, Robert. The Constitutional Status of Commercial Speech. **UCLA Law Review**, 48, p. 1 - 57, 2000b.

POST, Robert. Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse. **University of Colorado Law Review**, 64, p. 1109-1137, 1993.

POST, Robert. The constitutional concept of public discourse: outrageous opinion, democratic deliberation, and *Hustler Magazine v. Falwell*. **Harvard Law Review**, 103, 3, p. 601-686, jan. 1990.

POST, Robert. Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum. **UCLA Law Review**, 34, p. 1713-1835, 1987.

POST, Robert. The social foundations of defamation law: reputation and the Constitution. **California Law Review**, 74, p. 691-742, 1986.

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

ROSA, Leonardo Gomes Penteado **O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão**. Versão corrigida em abril de 2014. 1v, 258f. Dissertação de Mestrado, área de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo. 2014.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter. (Orgs). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 242-289.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Lumen Juris: 2009, p. 113-146.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. In: SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207 – 262.

SANGREE, Suzanne. Title VII Prohibitions Against Hostile Environment Sexual Harassment and the First Amendment: No Collision in Sight. **Rutgers Law Review**, 47, 2, p. 461- 561, 1995.

SCHAUER, Frederick. On the Distinction between Speech and Action. **Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, n. 68, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2514453>. Acesso em 09 nov. 2016.

SCHAUER, Frederick. On the Distinction Between Speech and Action. **Emory Law Journal**, 65, p. 427-454, 2015.

SCHAUER, Frederick. Harm(s) and the First Amendment. **Virginia Public Law and**

Legal Theory Working Paper Series, 23, 2012. Disponível em:
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030444>. Acesso em 09 nov. 2016.

SCHAUER, Frederick. Intentions, Conventions and the First Amendment: The Case of Cross-Burning. **The Supreme Court Review**, p. 197-230, 2003.

SCHAUER, Frederick. Fear, Risk and the First Amendment: Unravelling the "Chilling Effect". **Boston University Law Review**, 58, p. 685-732, 1978.

SHIFFRIN, Steven. Racist Speech, Outsider Jurisprudence, and the Meaning of America. **Cornell Law Review**, 80, p. 43- 03, 1994.

SHIFFRIN, Steven. Campus Antiracism Rules: Constitutional Narratives in Collision. **Northwestern University Law Review**, 85, p. 343-387, 1991.

SHIFFRIN, Steven. Defamatory non-media speech and the first amendment methodology. **UCLA Law Review**, 25, p. 915 - 963, 1978.

SILVA, Júlio César Casarín Barroso. **Democracia e Liberdade de Expressão**: contribuições para uma interpretação política da liberdade de palavra. 1v, 248f. Tese de Doutorado, departamento de Ciência Política. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo. 2009.

SOKOL, Jason. **There goes my everything**: white southerners in the age of civil rights, 1945-1975. New York: Vintage Books, 2007.

SOLOVE, Daniel J. Speech, Privacy and Reputation on the Internet. In: LEVMORE, Saul; NUSSBAUM, Martha. **The Offensive Internet: Speech, Privacy and Reputation**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

SOLOVE, Daniel J. **The Future of Reputation**: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet. New Haven: Yale University Press, 2007.

SOLOVE, Daniel J. A Tale of Two Bloggers: Free Speech and Privacy in the Blogosphere. **Washington University Law Review**, 84, p. 1195-1200, 2006.

SOLOVE, Daniel J. The Virtues of Knowing Less: Justifying Privacy Protections Against Disclosure. **Duke Law Journal**, 53, p. 967-1065, 2003.

STRAUSS, Marcy. Redefining the Captive Audience Doctrine. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, vol 19, p. 85-121, 1991.

STRAUSS, Marcy. Sexist Speech in the Workplace. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, 25, p. 1-50, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. **Consultor Jurídico**. 8 Jan 2015. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em 11 Nov 2016.

STROSSEN, Nadine. Defending the F-Word. In: GLASS, Loren; WILLIAMS, Charles Francis. **Obscenity and the Limits of Liberalism**. Columbus: The Ohio State University Press, 2011, p. 25-49.

STROSSEN, Nadine. A Feminist Critique of "the" Feminist Critique of Pornography. **Virginia Law Review**, 79, 5, p. 1099-1190, 1993.

STROSSEN, Nadine. Regulating Racist Speech on Campus: a Modest Proposal? **Duke Law Journal**, 1990, 3, p. 484-573, 1990.

SUNSTEIN, Cass R. **Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TSESIS, Alexander. Dignity and Speech: The Regulation of Hate Speech in a Democracy. **Wake Forest Law Review**, 44, p. 497-532, 2009.

TSESIS, Alexander. **Destructive Messages: How Hate Speech Paves the Way for Harmful Social Movements**. Nova Iorque: New York University Press, 2002.

VOLOKH, Eugene. How Harassment Law Restricts Free Speech: Professor Volokh's Response. **Rutgers Law Review**, 47, p. 563-578, 1995.

VOLOKH, Eugene. Freedom of Speech and Work Place Harassment. **UCLA Law Review**, 39, p. 1791-1872, 1992.

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

WALDRON, Jeremy. Dignity, Rank and Rights. In: YOUNG, Suzan (Org). **The Tanner Lectures on Human Value**. Vol. 29. Salt Lake City: University of Utah Press, 2011, p. 207-253.

WALDRON, Jeremy. 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures: Dignity and Defamation: The Visibility of Hate. **Harvard Law Review**, 123, p. 1596-1657, 2010.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. **European Journal of Sociology**, 48, 2, p. 201 - 237, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. **Hastings Law Journal**, 45, p. 813 - 824, 1994.

WALDRON, Jeremy. Rights in Conflict. **Ethics**, 99, 3, p. 503-519, abril 1989.

WALKER, Robert Kirk. The Right to Be Forgotten. **Hastings Law Journal**, 64, p. 257-286, 2012.

WALZER, Michael. **Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality**. Princeton: Basic Books, 1983.

WEINSTEIN, James. Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine. **Virginia Law Review**, 97, 3, p. 491-514, 2011a.

WEINSTEIN, James. Free Speech and Political Legitimacy: A Response to Ed Baker. **Constitutional Commentary**, 27, p. 361-383, 2011b.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

Vídeos de Waldron

Debate pelo Ford Hall Forum, Universidade de Sullfolk, 6 de novembro de 214. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4BLuqPZ1jYw>>. Acesso em: 09 nov 2016.

Demais vídeos

Programa O Despertar da Fé, da Rede Record, em 12 de outubro de 1995. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=V1L_xYxCOiI>. Acesso em: 11 nov 2016.

Íntegra do debate entre candidatos às eleições presidentes de 2014 transmitido pela Rede Record em 28 de setembro de 2014. <<https://www.youtube.com/watch?v=Ca6TpSLXgeg>>. Acesso em: 11 nov 2016

Trecho específico do debate entre candidatos às eleições presidentes de 2014 transmitido pela Rede Record em 28 de setembro de 2014 que fundamentou a ação movida pela Defensoria Pública. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oPNs7owXs60>>. Acesso em: 11 nov 2016.

Decisões judiciais de jurisdições brasileiras

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0045315-08.2011.8.26.0506, da 6ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, Apelante Defensoria Pública do Estado de São Paulo Regional de Ribeirão Preto, Apelado Casa de Oração de Ribeirão Preto, Des. Relator Natan Zelinschi de Arruda, São Paulo, 10 de dezembro de 2015, publicado em 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0045315-08.2011.8.26.0506&cdProcesso=RI002W8K20000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=i04aS9XrwCeLvYtoLE8mzbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvXEGqskpgz5RkcMiBjrOx1H01dlp92%2BGHI0iHgKwVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwTWXptQignWFJch18b0slhUi5%2B50yYXjytMcuM6ofwnGAe876HrHtyCP3K74CLxg0rRGyQHq1dWT0EyBgeqKHsnRqjxLsq9v3Hm7RmYsHBzY%3D>> Acesso em: 4 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1 Região. Apelação Cível nº 0014101-52.2006.4.01.3400, da 13ª Vara Federal da Subseção judiciária do Distrito Federal, Apelante Ministério Público Federal, Apelado TV Globo Ltda, Des. Relator José Amílcar Machado, 24 de setembro de 2012b, publicado em 9 de outubro de 2012. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=715d652c9f482565ffdfb0f2941173d4&trf1_captcha=869n&enviar=Pesquisar&proc=141015220064013400&secao=TRF1>. Acesso em: 4 nov 2016.

BRASIL. 13ª Vara Federal da Subseção judiciária do Distrito Federal. Ação Civil Pública nº 2006.34.00.014242-4, Autor Ministério Público Federal, Réu TV Globo Ltda, Juíza Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, 28 de fevereiro de 2011, publicado em 4 de março de 2011. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=141015220064013400&secao=JFDF>>. Acesso em: 4 nov 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82424, Paciente Siegfried Ellwanger, Autor Werner Cantalício João Becker, Coator Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Moreira Alves, Ministro Relator para o Acórdão Maurício Corrêa, 17 de setembro de 2003, publicado em 19 de março de 2004, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 4 nov 2016.

Decisões judiciais da Suprema Corte dos Estados Unidos

Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003)

R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)

National Socialist Party of America v. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977)

Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U.S. 748 (1976)

Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)

Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971)

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)

Watts v. United States, 394 U.S. 705 (1969)

Curtis Publishing Co. v. Butts, 388 U.S. 130 (1967)

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)

Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250 (1952)

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)

Outras decisões de tribunais norte-americanos

American Booksellers v. Hudnut, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985)

Decisões da corte do Canadá

R v Butler, [1992] 1 S.C.R. 452