

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

O DIREITO À TOLERÂNCIA COMO LIMITE AO DISCURSO DE ÓDIO

THE RIGHT TO TOLERANCE AS A LIMIT TO HATE SPEECH

RVD

Recebido em
24.06.2023

Aprovado em.
15.08.2023

Martin Magnus Petiz¹

RESUMO

O discurso de ódio é um problema importante para o debate jurídico brasileiro. A sua reverberação pode ser vista como reflexo do nosso passado, recheado de injustiças contra grupos minoritários. Ocorre que é um argumento famoso na teoria política estadunidense de cunho liberal a ideia de que o discurso de ódio estaria abarcado pela liberdade de expressão, cabendo a sua restrição prévia apenas em casos de incitação direta à violência. Este artigo busca problematizar essa tese. Propõe-se que a tolerância é um bem comum e difuso que gera direitos a todos, em função de ser condição para o exercício da autonomia que acompanha o status moral da dignidade humana. O discurso de ódio volta-se a dilapidar esse bem, gerando uma situação de limitação injusta da autonomia das pessoas à qual o discurso se volta. O trabalho parte dos argumentos de Jeremy Waldron no livro *"The harm in the hate speech"* (2012), apoiados na teoria da justiça de John Rawls, para fins de promover uma crítica fundada em princípios de justiça à corrente liberal, aqui resumida a partir dos argumentos de Ronald Dworkin. Após a exposição da tese de Waldron contra Dworkin, propõe-se uma releitura dos seus argumentos em consonância com uma teoria dos bens, para fins de elucidar a natureza da relação política que une pessoas de diferentes grupos e origens, obrigando-as a produzir e garantir a manutenção de um ambiente político de tolerância.

Palavras-chave

Liberdade de expressão; Discurso de ódio; Tolerância; Jeremy Waldron; Ronald Dworkin.

ABSTRACT

Hate speech is an important problem for the Brazilian legal debate. Its reverberation can be seen as a reflection of our past, full of injustices against minority groups. It is a famous argument in the American liberal political theory that hate speech would be embraced by freedom of speech, and its prior restriction would only fit in cases of direct incitement to violence. This article seeks to problematize this thesis. We propose that tolerance is a common and diffuse good

¹ Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito (UFRGS). E-mail martinm.petiz@gmail.com. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4955-3306>
Endereço Largo São Francisco, 95 - Centro, São Paulo - SP, 01005-010

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

which generates rights for all, as a condition for the exercise of autonomy which accompanies the moral status of human dignity. Hate speech is aimed at dilapidating this good, generating a situation of unjust limitation of the autonomy of the people to whom the discourse is directed. The work starts from Jeremy Waldron's arguments in the book "The harm in the hate speech" (2012), supported by John Rawls' theory of justice, in order to promote a criticism based on principles of justice to the liberal current, here summarized from Ronald Dworkin's arguments. After exposing Waldron's thesis against Dworkin, we propose a re-reading of his arguments in line with a theory of goods, in order to elucidate the nature of the political relationship that unites people from different groups and origins, forcing them to produce and ensure the maintenance of a political environment of tolerance.

Keywords

Freedom of expression; Hate speech; Tolerance; Jeremy Waldron; Ronald Dworkin.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em livro recente de 2012, Jeremy Waldron expõe a tese de que o discurso de ódio merece rechaço nas democracias contemporâneas em função não de um dano causado diretamente às pessoas na forma de ofensas subjetivas, mas em função do seu potencial lesivo ao ambiente de segurança e de confiança que todo agente precisa para se desenvolver livremente. O seu argumento conecta, nesse sentido, três proposições de princípio: (i) toda pessoa é dotada de dignidade, no que está implicado o poder de guiar os seus planos de vida livremente sem constrangimentos injustos; (ii) é uma condição do desenvolvimento da autonomia que acompanha o status normativo da dignidade que toda pessoa possui direito a um espaço de civilidade e tolerância garantido razoavelmente; (iii) o discurso de ódio trabalha primariamente para danificar a tolerância.

As teses do livro foram formuladas para o contexto estadunidense, onde o discurso de ódio tende a ser visto como protegido pela 1ª Emenda da Constituição, que protege a liberdade de expressão contra a regulação do governo. Ronald Dworkin é um dos grandes defensores dessa interpretação, por não ver condições de se associar diretamente ao discurso de ódio um dano direto e iminente a terceiros. Por isso, Dworkin é o principal adversário teórico de Waldron no seu livro.

Neste artigo, pretendo argumentar que a tese de Waldron contra Dworkin só faz sentido quando enquadrada em uma teoria dos bens, que mostra que a tolerância é um

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

bem comum e difuso a que todos possuem direito em função de terem de viver em comunidade. A natureza desse bem e da relação que o produz gera obrigações correlativas a todos – governo e cidadãos privados – de respeito e não-interferência no espaço da dignidade do outro. O discurso de ódio, nesse sentido, viola a dignidade da pessoa humana e os requisitos de justiça por atentar diretamente contra *este bem*, e não contra honra subjetiva de algum indivíduo. Para a proteção deste bem, já há a previsão do crime de injúria.

O artigo se estrutura da seguinte forma. Na primeira seção, serão formuladas as bases do argumento de Dworkin pela permissividade do direito perante o discurso de ódio. Sua teoria é liberal e fundada na ideia de que apenas com uma ampla liberdade de expressão é que os agentes podem ser considerados responsáveis por suas escolhas morais e políticas. Na segunda seção, apresenta-se a crítica de Waldron à noção de “dano” contida na tese liberal de Dworkin. Desvelando as bases Millianas da teoria de Dworkin, mostra-se, inclusive, como a restrição ao discurso de ódio não afeta a tese do “mercado livre de ideias”, pois não há que se privilegiar o debate de teses superadas sobre acima da dignidade de certos grupos. Na terceira seção, explorar-se-á a natureza do bem afetado pelo discurso de ódio. Tem-se que a dignidade é atacada indiretamente por tal forma odiosa de expressão, uma vez que não se ataca a honra subjetiva, mas o próprio ambiente político de respeito mútuo que é condição do exercício da autonomia de cada indivíduo.

1 O ARGUMENTO LIBERAL PELA PERMISSÃO DO DISCURSO DE ÓDIO EM UMA SOCIEDADE JUSTA

Ronald Dworkin (1931-2013) foi um dos maiores defensores da teoria política liberal no último século, e com certeza é um dos autores de língua inglesa mais recebidos no contexto jurídico brasileiro. O seu liberalismo é moral também, pois Dworkin (2011) defendeu em “*Justice for hedgehogs*” que os valores morais convergem para a sua unidade por meio do projeto das pessoas de serem responsáveis pelas suas

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

escolhas.² O direito moral de as pessoas poderem escolher como guiam as suas vidas seria o valor que confere unidade e ordem a todos os demais valores morais, portanto. A sua teoria do direito replica esse aspecto quando afirma que o direito é uma prática especial que demanda uma justificação moral em função de coagir e restringir a liberdade dos agentes (Dworkin, 2014, P. 231-232; Dworkin, 1987). Portanto, a liberdade como espaço de decisão ou escolha livre de interferência estatal sempre foi o foco da teoria normativa de Dworkin no que toca ao direito, à moral e à política.

No que diz respeito à liberdade de expressão, Dworkin foi coerente com suas ideias mais gerais. Ele se colocou em inúmeros textos contra a regulação do discurso de ódio com base na ideia de que a liberdade de expressão constitui a autonomia dos indivíduos, por mais que se ache odioso esse tipo de fala. Respeitar essa autonomia seria condição da legitimidade política da coerção do Estado aos cidadãos na aplicação do direito.

A sua tese se baseia, primeiro, em uma certa concepção de autonomia, então: os indivíduos são agentes morais responsáveis se e *somente* se puderem formular suas próprias opiniões sobre a verdade e a justiça no ambiente público. Para realmente serem responsáveis e, portanto, autônomos, os agentes devem poder decidir por si mesmos o que é bom ou mal na vida e na política, e o que é verdadeiro ou falso na justiça e na fé. A tal liberdade de *decisão* se soma à liberdade de *expressão*, pois não só deve poder o agente moral responsável formular convicções, como deve poder expressá-las aos demais e, assim, influir na formação da opinião pública e das decisões coletivas sobre o que é certo e errado na comunidade. Sem respeitar esses dois aspectos da autonomia individual, o Estado não pode ser considerado legítimo (Dworkin, 2019, p. 319-320).

² “Mas todos se beneficiam de uma forma mais difusa ao viver em uma comunidade que, ao insistir na responsabilidade, sinaliza um respeito básico compartilhado, mesmo diante da diversidade moral. Esses benefícios são particularmente importantes na política, porque a política é coercitiva e os riscos são invariavelmente altos e, muitas vezes, mortais” (“But everyone benefits in a more diffuse way by living in a community that, by insisting on responsibility, signals a basic shared respect even in the face of moral diversity. These benefits are particularly important in politics, because politics are coercive and the stakes are invariably high and often mortal”, minha tradução) (DWORKIN, 2011, p. 113).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

Uma democracia justa exige não só que todo indivíduo tenha voto, mas também voz: toda e qualquer decisão majoritária só pode ser legitimamente aplicada à coletividade se for fruto de um processo justo e equitativo de formação da decisão. A posição de Dworkin se funda no seu argumento sobre o processo justo de formação das decisões políticas (“*fairness*”, ou equidade). É isso que justifica, por exemplo, a aplicação de punições previstas em leis antidiscriminação *depois que ofensas pessoais* foram cometidas (Waldron, 2012, p. 179). Em outras palavras:

É muito importante que a Suprema Corte confirme que a Primeira Emenda protege até mesmo essas formas de expressão [discurso de ódio]; que ela protege, como disse Holmes, até mesmo as expressões que odiamos. Isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificação constitutiva da liberdade de expressão: *porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e nenhuma censura de conteúdo é compatível com esse compromisso* (grifos no original) (Dworkin, 2019, p. 327).

Para Dworkin, apenas o governo é que deve igual consideração e respeito a todos os indivíduos. Pois, dada a sua crença no “projeto moral da responsabilidade”, os agentes podem escolher ter mais respeito perante algumas pessoas, e não perante outras. Os agentes podem ter mais respeito por suas famílias, por exemplo, quando em comparação a estranhos (Waldron, 2012, p. 99-100). É uma intuição moral recorrente, que Dworkin (2014, p. 356) admite como bem justificada, a ideia de que “não temos o dever geral de tratar todos os outros membros da nossa comunidade com igual consideração e interesse em tudo o que fazemos.”

Nada obstante, isso não quer dizer que Dworkin (2019, p. 336-337) rejeite medidas de reparação *posteriores* ao dano causado pelo discurso, como a indenização em casos de calúnia ou difamação em caso de dano comprovado. Nem significa que não possa haver casos de regulação *prévia* a certos discursos quando houver um vínculo causal razoável entre o discurso e certo dano iminente e direto (Dworkin, 2019, p. 327). Com isso, Dworkin faz uma pequena concessão à regulação dos discursos a partir do critério do dano direto e iminente de John Stuart Mill.

Mill defendeu de modo notório como princípio prático básico que justifica a obrigação jurídica legítima a prevenção de dano a outrem (MILL, 2002, p. 8). Fora

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

dessa esfera, prevaleceria a liberdade – de associação, de o indivíduo escolher os seus próprios planos de vida e como conduzi-los, e de pensamento e expressão, consideradas a mesma coisa para Mill (2002, p. 10-12). O princípio de utilidade era o critério ético máximo para ele, mas não possuiria aplicação na esfera privada onde não houvesse possibilidade clara e iminente de dano a outrem.

Mas o que Mill quer dizer com “dano” nessas proposições? Deve haver, ele diz, uma “instigação positiva” a um ato ilegítimo, com uma causalidade direta entre aquela causa e o efeito (MILL, 2002, p. 46). Dworkin (2019, p. 350-351) considera esse critério útil para mitigar a sua defesa do valor intrínseco da liberdade de expressão, justificando eventuais restrições prévias ao discurso. Por isso, não via problema em limitar *previamente* esse tipo de discurso por meio de proibições penais. Dworkin se refere aos mesmos casos que Mill cita como exemplo de proibição justificada: o caso de um discurso como o de alguém que grita “fogo!” em um teatro lotado, ou a incitação ao ataque de uma multidão enfurecida a alguém em frente à sua casa. Mas disso à restrição prévia do discurso de ódio travestido de opinião há um longo caminho que Dworkin se recusa a seguir. É o preço de vivermos em uma democracia liberal, ele nos diria, que tenhamos de conviver com opiniões desprezíveis, que achamos odientas, mas que não deixam de ser opiniões. Como a democracia se justifica pela capacidade de exercermos nossa voz pelo discurso público, o discurso de ódio passa pelo teste liberal do que é justo.

Catharine MacKinnon, importante advogada dos direitos das mulheres nos EUA, buscou suprir essa lacuna por meio de pesquisas empíricas que correlacionassem a permissibilidade da pornografia com a violência contra as mulheres. Em um de seus textos, empreendeu o esforço de mostrar o vínculo causal entre a degradação às mulheres exibida em vídeos pornográficos e danos causados às trabalhadoras da indústria e às mulheres em geral, que sofreriam com a formação e a manutenção de estereótipos negativos em suas relações sexuais (Mackinnon, 2000, p. 1256-1258). Dworkin rechaçou essa tese mais de uma vez, com argumentos focados também na causalidade – a impossibilidade de se limitar o público que assiste pornografia para se mensurar se seus membros realmente passam a ver as mulheres

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

de modo mais degradante depois de assistirem pornografia seria um argumento em prol da não-limitação da pornografia como forma de expressão (Dworkin, 2019, p. 351-352).

Mackinnon colabora para o debate da liberdade de expressão com sua visão crítica – e até cáustica – contra o liberalismo nessa questão. Ao mostrar como uma sociedade *mal-ordenada* se parece quando permite todo tipo de discurso, ela mostra com sucesso como, por exemplo, a pornografia irrestrita contribui para tornar o mundo muito mais difícil para se viver para as pessoas estigmatizadas nos conteúdos normalmente propagados nessas formas de discurso – as mulheres, é claro (WALDRON, 2019, p. 74). Mostrar-se neutro perante esse fato acaba se tornando – como ela corretamente afirma ser o caso de uma política de garantia de liberdade de expressão “sem uma teoria substantiva da igualdade social” (Mackinnon, 2000, p. 1227) – uma forma de abonar a desconsideração pela autonomia das mulheres.

Entretanto, a discussão causal realmente mais confunde do que ajuda, como afirma Dworkin (2019). Pois é difícil imaginar que *todo conteúdo pornográfico* realmente ataque a dignidade dos grupos envolvidos, mesmo se realmente comprovarmos que todo conteúdo pornográfico é obsceno, para ficar nesse exemplo. Isso é altamente implausível.³ Pense-se, por exemplo, no incrível toque de intimidade e arte contido na obra *Call me by your name (Me chame pelo seu nome, no Brasil)* (2017), que representa o relacionamento entre um jovem e um homem mais velho durante um verão na Itália. Ademais, corre-se o risco de perder importantes nuances do discurso, que pode ter um viés simbólico de denúncia mesmo. Ou deveríamos censurar o filme *Blonde* (2022) em função de ele retratar cenas violentas de abuso sexual contra Marilyn

³ John Finnis, em artigo da década de 1960, mostrou como a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA se apoiava em uma concepção de arte como “expressão simbólica de sentimentos” para excluir a pura obscenidade da proteção da 1ª Emenda da Constituição contra a sua regulação por lei. A tese parece correta, se for entendida como excluindo a obscenidade voltada exclusivamente à degradação de certos grupos minoritários, sem qualquer outro intuito artístico. Pornografia brutal poderia ser diferenciada, sob esse critério, de um filme que exponha cenas de abuso sexual para contar a história de uma personagem, pois pode gerar maior consciência e indignação coletiva contra abusos sexuais contra mulheres, ou simplesmente pode causar uma certa empatia pela situação de abuso. Ver FINNIS, John. Reason and Passion: The Constitutional Dialectic of Free Speech and Obscenity. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 116, no. 2, December 1967, pp. 222-243. Eu me oponho firmemente a um argumento reacionário de Finnis que estende essa tese à possibilidade de livre expressão de preferências homossexuais em público, no entanto, como ele sugere em (FINNIS, 2009, p. 177).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

Monroe? Caso se admita isso, deveríamos retirar todos os quadros de Jean-Baptiste Debret dos museus de arte em função de seus quadros representarem o inadmissível sistema econômico de escravidão no Brasil colonial. Uma imagem tão absurda quanto desconcertante.

O argumento de MacKinnon parece se voltar à defesa de grupos minoritários, mas logo se mostra excessivamente moralista. Com isso, silencia esses agentes, antes do que lhes dá voz. É preciso um argumento mais sólido contra a tese liberal, então.

2 JEREMY WALDRON E O DANO POR TRÁS DO DISCURSO DE ÓDIO: ATAQUE DIFUSO À DIGNIDADE

Uma crítica à teoria liberal da liberdade de expressão como a de Dworkin deve abandonar a tese causalista e buscar uma outra fundamentação. Nas próximas duas seções, uma alternativa será proposta. Aqui, expõem-se os argumentos de Waldron contra Dworkin, mas já indicando uma interpretação menos afeita ao liberalismo *per se*, e sim ao que se pode chamar de “aspecto convivial” do liberalismo político. Isto é, em vez de focar apenas em como uma teoria normativa do direito pode definir espaços livres de interferência estatal para os agentes decidirem como guiar as suas vidas, é preciso pensar, primeiro, como a realização de certos bens comuns pelo Estado *habilitam* o exercício dessas liberdades pelos agentes. A tolerância é um desses bens comuns, conforme se verá.

Jeremy Waldron (1953-) é um dos mais importantes filósofos políticos e teóricos do direito vivos na atualidade. O seu já famoso livro sobre discurso de ódio, “*The harm in the hate speech*” (Waldron, 2012), publicado em 2012 e ainda não traduzido para o público brasileiro, se originou de um debate público com Anthony Lewis, importante defensor libertário da liberdade de expressão nos EUA, e autor de vários *bestsellers* sobre o tema.

Waldron (2012, p. 26) busca responder nesse livro a duas teses conhecidas pelo senso comum quando o assunto é liberdade de expressão: primeiro, a tese de John Stuart Mill sobre o “mercado livre de ideias”; segundo, a de que o Estado é o

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

principal risco às liberdades das pessoas em uma comunidade política. Waldron busca problematizar as duas teses no seu livro a partir da ideia de que o discurso de ódio, caso permitido livremente, coloca em xeque certas condições necessárias para a autonomia de todo indivíduo. Portanto, ele questiona diretamente as duas teses subjacentes ao argumento de um defensor padrão da liberdade de emitir discursos de ódio como Lewis, cujo maior defensor é Ronald Dworkin.

Perceba-se que a discussão anterior, muito focada no aspecto causal do discurso, sequer busca definir precisamente o que é o discurso de ódio e o dano que está nele implicado. A análise do dano não é desenvolvida para além da relação de causalidade que *pode haver* entre o seu emissor e eventual ato ilícito. Waldron se preocupa em, desde o começo do seu livro, expor que não está lidando com ofensas pessoais, mas com ataques à dignidade de grupos minoritários (Waldron, 2012, p. 15).⁴ Por isso, o aspecto causal não é o mais focado.

A maior parte da legislação de discurso de ódio que ele cita de outros países⁵ foca nos possíveis efeitos do discurso sobre a dignidade desses grupos, não na motivação psicológica, como ocorre, por exemplo, em crimes de ódio (Waldron, 2012, p. 35) ou, como poderíamos citar do direito penal brasileiro, com o crime de injúria.⁶ Como diz Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 346), a injúria diz respeito à “pretensão de respeito à dignidade humana, representada pelo sentimento ou concepção que temos a nosso respeito”. Por não poderem “se sentir ofendidas em seu âmago”, a doutrina penalista acaba por excluir as pessoas jurídicas da condição de vítima de tal crime (Bitencourt, 2010, p. 347). O discurso de ódio não encontra bom enquadramento nesse

⁴ Waldron (2012, p. 34-35) também não está lidando com o controle do pensamento ou das atitudes ou paixões das pessoas.

⁵ Waldron (2012, p. 8, 236) dá como exemplos diversas leis de outros países do ocidente que regulam *previamente* o discurso de ódio: na Alemanha, por exemplo, a Seção 130(1) do Código Penal proíbe “ataques à dignidade humana por meio de insultos, afirmações maliciosas ou difamação de segmentos da população”; no Canadá, a a Seção 319(1) do Código Criminal de 1985 proíbe discursos em público que incitem “ódio contra qualquer grupo identificável cujo teor possa abalar a paz social.” Espera-se que esses dados deixem claro que a discussão empregada aqui está longe de buscar defender uma posição “anti-liberal” ou avessa à relevância dos direitos humanos.

⁶ Injúria: Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

tipo, portanto. Diante disso, Waldron (2012, p. 41) prefere, inclusive, o termo “difamação de grupo(s)” (“*group defamation*”), pois evita essas confusões linguísticas.⁷

Para Waldron, o problema do discurso de ódio em uma sociedade bem-ordenada está na mensagem implícita por trás da sua enunciação, que seria algo assim:

Eu sei que vocês pensam que são nossos iguais. Mas não tenha tanta certeza. A própria sociedade em que você confia para suas oportunidades e sua igual dignidade é menos do que um apoio total a estas coisas, e nós vamos expor essa ambivalência e construir sobre essa ambivalência toda a oportunidade que tivermos. Então: pense sobre isso e tenha medo. O tempo para sua degradação e sua exclusão pela sociedade que atualmente o abriga está se aproximando rapidamente (WALDRON, 2012, p. 96).⁸

Waldron (2012, p. 37-38) também se preocupa muito mais com manifestações visíveis de expressões do que com a palavra dita em voz alta. Isso porque, com base na história de certo país ou comunidade política, geralmente esse tipo de manifestação busca atacar certos grupos minoritários – isto é, grupos que sofreram alguma repressão no passado e/ou que hoje possuem dificuldades para acessar espaços de poder e de exercitar os seus direitos – por meio de expressões que, por mais que possam parecer expressar opiniões de boa-fé, visam a criar ou aplicar “regras sociais” que estigmatizam esses grupos (Waldron, 2012, p. 57; Waldron, 2021). Por isso, diz ele, a regulação da difamação de grupos não lida com “palavras de ordem gritadas no calor do momento”, embora nada impeça a reparação de ofensas pessoais causadas por tais atos. Trata-se de lidar com o fato de que certas expressões se tornam parte do nosso “ambiente visível”, como se pudéssemos tocar e sentir essas expressões (WALDRON, 2012, p. 45). É importante não limitar o escopo do argumento de Waldron ao visual: podem

⁷ Os termos “discurso de ódio” e “difamação de grupo” serão usados de modo intercambiável aqui, em função da força que o uso do primeiro termo ainda possui na discussão brasileira (Moreira, 2019, p. 105-109).

⁸ “*I know you think you are our equals. But don't be so sure. The very society you are relying on for your opportunities and your equal dignity is less than whole-hearted in its support for these things, and we are going to expose that half-heartedness and build on that ambivalence every chance we get. So: think about it and be afraid. The time for your degradation and your exclusion by the society that presently shelters you is fast approaching*” (Minha tradução).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

haver “ditados”, piadas, locuções, etc. que, repetidas com o tempo, mesmo que apenas oralmente, também adquirem esse status.⁹

O “ambiente” que vai se formando com a proliferação do discurso de ódio “lícito” não parece causar um dano direto e iminente a ninguém – é o que diria Dworkin. Waldron busca responder esse argumento por outro caminho que não o da “tese do dano” de Mill. O que esse ambiente ataca é a dignidade das pessoas:

Singularmente ou em conjunto, esses ataques à reputação equivalem a atentados à dignidade das pessoas afetadas – “dignidade”, no sentido de sua posição social básica, base de seu reconhecimento como iguais sociais e portadores de direitos humanos e de direitos constitucionais (Waldron, 2012, p. 59).¹⁰

Waldron aplica a noção kantiana de dignidade nesse ponto, como aquilo que é universal a todos, um status que produz normatividade, pois nos obriga, no mínimo, a não atacar a dignidade alheia (Waldron, 2012, p. 60). Trata-se de um direito moral cuja obrigação correlativa que se destaca aqui é a tolerância, dentre outras possíveis. Waldron se aproxima com isso, da concepção de pessoa de John Rawls. Para este, toda pessoa deve ser vista como dotada igualmente de capacidade moral, o que implica em dois poderes morais: o poder de ter um senso de justiça, que é a capacidade de contribuir com a cooperação social e garantir os acordos da comunidade, bem como as restrições que derivam de tal cooperação; e de ter uma concepção de bem, que é a possibilidade de formular os fins que deseja para a sua vida (Rawls, 1999a, p. 365). Disso decorre uma exigência de imparcialidade entre aqueles que são ou podem ser participantes dos bens básicos que a cooperação social produz, pois há uma conexão entre autodeterminação e formação, realização e alteração de planos de vida (Finnis, 2009a, p. 107). E há uma normatividade embutida nesse status, pois, da dignidade

⁹ Nesse sentido, Adilson Moreira defende a injustiça por trás da replicação do “racismo recreativo”, discursos aparentemente humorísticos, mas que reforçam a falta de capacidade moral das populações negras. A injustiça desses discursos está não só na sua associação à defesa da ausência de dignidade de um grupo minoritário no nosso contexto histórico-social brasileiro, mas também na repetição do discurso, que produz com o tempo essa associação (MOREIRA, 2019, p. 107-108).

¹⁰ “*Singly or together, these reputational attacks amount to assaults upon the dignity of the persons affected—“dignity,” in the sense of their basic social standing, the basis of their recognition as social equals and as bearers of human rights and constitutional entitlements*” (Tradução minha).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

como capacidade de realizar esses dois poderes, surge uma autoridade do agente para demandar respeito pelo status normativo que os acompanha (Darwall, 2004, p. 44). Esse respeito não pode ser negado racionalmente por ninguém sem que se incorra em injustiça.

Fazer parte de um grupo não é um problema para o reconhecimento da dignidade; dentre os poderes morais dos indivíduos, está incluído o de determinar como seguir a sua vida a despeito do pertencimento a grupos, conforme o segundo poder moral ditado por Rawls. É o discurso de ódio que tenta minar a ideia de que todos possuem esse poder, atribuindo aos membros de certo grupo características que desprezam, diminuem ou simplesmente negam a sua dignidade (Waldron, 2012, p. 60-61). A difamação de grupo é o *meio* para o *fim* de “negar dignidade ao(s) membro(s) Y, Z, W... do grupo X.” Isso pode se dar por meio de uma ofensa direcionada a um indivíduo do grupo – Y, por exemplo – causando-lhe “danos psíquicos” diretos ou não.¹¹

Por trás da primeira tese liberal – a do mercado livre de ideias –, há mais um pressuposto Milliano: o de que toda verdade é uma “meia-verdade”; seria uma tendência humana exagerar-se a verdade das opiniões ou distorcê-las. É extremamente útil, desse modo, que possamos comparar as “opiniões verdadeiras”, já consolidadas, com opiniões contrárias (Mill, 2002, p. 38).

Waldron (2012, p. 194-196) é assertivo na sua crítica a essa tese: discutir temas racistas não “faz reviver” o espírito público de debate hoje em dia, mas apenas ataca a dignidade e segurança das pessoas alvo do discurso de ódio. Pode ser que tenha havido uma época em que a discussão sobre a raça era um elemento relevante, mas não é mais, essa discussão foi “vencida.” Dworkin se filiar a esse argumento Milliano é complicado, pois parece implicar que as discussões morais são infinitas, e que a legitimidade política deve se sujeitar a questionamentos sem que nenhuma razão seja oferecida. As minorias raciais não merecem hoje os custos da humilhação que lhes

¹¹ Como diz Adilson Moreira (2019, p. 108-109): “As normas jurídicas que restringem discurso de ódio não pretendem apenas proteger os sentimentos das pessoas, mas a possibilidade delas terem condições de existência digna dentro de uma sociedade. As pessoas devem ter o direito de viverem livres de estigmas porque elas não devem ser moralmente degradadas, nem devem ser impedidas de serem reconhecidas como seres capazes de atuar da esfera pública, porque isso impede que elas possam exercer a cidadania de forma plena.”

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

é imputada pelos discursos sobre raça apenas para que mantenhamos aceso o debate pelos “perdedores”, diria Waldron em resposta (Waldron, 2012, p. 196-197). Não é preciso haver vínculo causal imediato entre “opiniões” racistas e um dano para que se justifique a restrição do discurso de ódio – pelo menos não com base na tese do mercado livre de ideias.

O que resta é o segundo argumento liberal: a ideia de que a liberdade de expressão deve sempre ser garantida *contra o Estado, a favor do indivíduo*, pois é aquele que possui poder suficiente para oprimir, e a liberdade de expressão é uma das proteções que os indivíduos têm contra a “tirania da maioria” (Mill, 2002, p. 4). Assim, nenhum indivíduo privado – pessoa física ou jurídica – deveria ter seus discursos restritos se não causar ou incitar dano direto a alguém.

Waldron (2012, p.26) mostra como esse argumento possuiu apelo no debate estadunidense para a formação da sua jurisprudência pró-liberdade ampla de expressão, expondo como ela foi sendo vista cada vez mais como um instrumento de controle contramajoritário nos tribunais após a consolidação do Estado, sobretudo no começo do século XX. Dworkin (2010, p. 129-132) reproduz essa visão ao separar questões de “princípio” de questões de “política”, por exemplo, vendo as primeiras como trunfos em prol dos indivíduos contra o Estado, sempre. Contudo, em uma sociedade real, onde impera o fato do “altruísmo limitado”, o direito precisa direcionar a ação dos recalcitrantes em prol de alguma ideia de “bem” que ele busca efetivar – no caso da difamação de grupo, estamos pensando na dignidade. E como efetivar esse bem sem contar com a colaboração voluntária de pelo menos alguns indivíduos em algumas situações? O Estado não pode estar em todos os locais com o seu aparato social para coagir as ações (Waldron, 2012, p. 80-81). Desse modo, temos que a regulação da difamação de grupo é um *bem comum*, pela sua associação à dignidade em espaços de relações intersubjetivas. E a dignidade, não é demais lembrar, é uma qualidade de *indivíduos*, e não do Estado (Waldron, 2012, p. 47).¹²

¹² O Estado e suas autoridades oficiais pode ter “pele grossa” para suportar as críticas, o que não se aplica a grupos minoritários historicamente oprimidos por grupos dominantes. Como afirma Waldron de modo um tanto ácido: a questão não é sobre a capacidade de tolerância dos “advogados brancos da

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

Dada a influência do paradigma liberal que adere ao atomismo como premissa filosófica subjacente, e dado o abandono pela teoria do direito brasileira, em grande parte, pela associação de questões jurídicas a questões de justiça, restam algumas perguntas que merecem elucidação. Primeiro, o que é um bem comum? Segundo, qual bem comum é esse que se realiza com a regulação prévia da difamação de grupo por meio do discurso de ódio? O que isso tem a ver com a dignidade, se ela é *individual*?

3 O BEM COMUM, OS BENS INTRINSECAMENTE COMUNS E O DIREITO DIFUSO À TOLERÂNCIA

A partir do que foi dito na seção anterior, tem-se que o argumento liberal contra a regulação prévia do discurso de ódio – representado pela tese de Dworkin, mas fundamentado com base na teoria política de Mill – comete dois equívocos. Primeiro, compreende o “dano” do discurso de ódio em termos de ofensa pessoal, quando, na verdade, há algum bem mais fundamental sendo atacado. O segundo equívoco, mais fácil de ser demonstrado, é o de que não é só do Estado que se deve proteger as minorias nesse caso do discurso de ódio. O objetivo da presente seção é definir os bens que são atingidos pelo discurso de ódio, o qual defenderei ser a dignidade do indivíduo e o bem comum da comunidade política, de modo mediato. Isso se dá porque, de modo imediato, o discurso de ódio ataca o bem da tolerância, constituído pela garantia de um ambiente de segurança e confiança na garantia do respeito a que merecem todos os indivíduos pelo simples fato de serem pessoas. Esse ambiente pode ser resumido como sendo o “bem comum da tolerância”, e é uma parte das condições sociais que permitem o desenvolvimento dos dois poderes morais dos indivíduos que compõem a sua dignidade. Isso gera um direito difuso e uma obrigação geral correlativa de não-interferência.

ACLU” – organização que advoga por direitos humanos nos EUA –, como poderiam dar a entender os liberais que demandam “que nos acostumemos com o discurso de ódio”, mas, sim, com a capacidade dos grupos a quem o discurso de ódio ataca a dignidade de suportar um ambiente no qual essas “ideias” circulam livremente (WALDRON, 2012, p. 31-33).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

Waldron recorre ao conceito de “sociedade bem-ordenada” de John Rawls¹³ para fazer a sua crítica de princípio ao discurso de ódio. Por que, se há alternativas comunitaristas que podem apoiar tal crítica? Primeiro, considero que Waldron usa o termo por estar se voltando ao público dos EUA, onde a obra de Rawls é bem-recebida e muito influente. Nada obstante, o argumento também se encaixa perfeitamente com uma noção de “bem comum” vinda da tradição aristotélica. Em segundo lugar, porque, segundo o próprio Waldron, essa concepção parte do pressuposto de que pode haver uma sociedade onde as pessoas em geral levam a ideia de justiça à sério. Waldron (2012, p. 65) queria cogitar se, nesse contexto, o discurso de ódio seria admissível. Ele parte da hipótese de que uma sociedade que permite publicações como suásticas, pôsteres de “voltem para a África!”, e outros símbolos que intimidam minorias vai “parecer” diferente que outras que não as permitem (Waldron, 2012, p. 66).

O conceito de Rawls (1993, p. 35) aparece em seu “*Political liberalism*” da seguinte forma: dizer que uma sociedade é bem-ordenada implica em (1) reconhecer que, nela, todos aceitam e sabem que todos aceitam os mesmos princípios de justiça; (2) que há uma crença bem-fundada de que a sua estrutura básica respeita esses princípios; e (3) os seus cidadãos possuem um senso de justiça¹⁴ normalmente efetivo e, por isso, eles normalmente aceitam as diretivas das instituições básicas que compõem a estrutura básica da sociedade. Os princípios de justiça que Rawls propõe como uma concepção política de justiça serviriam como um “ponto de vista compartilhado” por todos sobre como as alegações das pessoas na comunidade são e

¹³ Waldron (2012, p. 66) deixa claro por mais de uma vez no livro que a sua intenção não era discutir tecnicamente o conceito, mas usá-lo para mostrar como lidar com o discurso de ódio quando ele toma a forma da difamação de grupo. Afinal, Rawls defendeu fortemente a prioridade das liberdades básicas em face de valores comuns ou perfeccionistas. Para ele, só seria cabível na sua teoria da justiça a *regulação* de uma liberdade como a liberdade de expressão por autorrestrrição – limitações formais de espaço e tempo, por exemplo, seriam cabíveis, para permitir que todos possam exercer tal liberdade – ou por compatibilização com outras liberdades básicas, mas jamais a sua *restrrição*, como a sua proibição em função de determinado conteúdo (RAWLS, 1993, p. 295-297). Embora eu acredite que uma “teoria Rawlsiana anti-discurso de ódio” seja viável, ao contrário do que pensa Waldron, esse empreendimento demandaria muito mais tempo e esforço do que posso levar a cabo neste artigo.

¹⁴ O primeiro poder moral dos indivíduos.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

devem ser avaliadas.¹⁵ Waldron postula em sua tese que a legislação anti-discurso de ódio apoia a ideia de sociedade bem-ordenada de Rawls. Isso porque é apenas em um tal contexto em que os cidadãos podem ter *confiança* em que os ideais de justiça estão realmente gerando razões para a ação para os demais (Waldron, 2012, p. 69).

A estética política, entendida como o conjunto de percepções que podemos ter sobre o senso de justiça dos integrantes da sociedade (Waldron, 2012, p. 74), diz muito para um agente sobre o quão bem-vindo ele é na sociedade (Waldron, 2012, p. 82). Portanto, a estética política importa para a dignidade e para a segurança das pessoas (Waldron, 2012, p. 77). A existência de discursos de ódio em uma sociedade vai contra o tipo de confiança que as pessoas esperam ter no respeito aos fundamentos da justiça, que ditam que todos somos humanos, dotados de dignidade e, portanto, de poderes morais para participar da cooperação social e ditar nossos próprios planos de vida sem exclusão, violência, indignidade ou subordinação (Waldron, 2012, p. 82-83). Waldron usa os termos “confiança” e “segurança” de modo impreciso ao longo do texto. Mas pode-se dizer que a confiança seria o elemento psicológico gerado por um tipo de qualidade da vida pública, nesse sentido, advindo da *segurança* para levarem adiante as suas ações que efetivam os seus próprios planos de vida que a estrutura básica da sociedade ajuda a garantir. Esses dois elementos – um subjetivo, psicológico de fato, e outro objetivo ou racionalizável como um padrão de justificação que todos agentes dotados de boa cognição podem compreender – estariam embutidos no bem da *tolerância*, compreendida como a possibilidade de ter uma vida pública boa com a grande maioria ou totalidade dos agentes na comunidade. Por contraste, em uma sociedade “poluída” por sinais antissemitas, cruces queimando em vizinhanças de pessoas negras, etc., os cidadãos não sentirão segurança *pela ausência de um ambiente de tolerância* (Waldron, 2012, p. 85).

O uso que Waldron faz dos termos “confiança” e “segurança” pode parecer confuso se não for conectado com uma teoria dos bens. Afinal, como dito acima, há um

¹⁵ É claro que esse é um ideal normativo altamente abstrato, mas ele serve de “padrão” diante do qual uma organização social injusta pode ser criticada e rejeitada.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

aspecto subjetivo, psicológico mesmo, por trás desses termos, que pode lhes dar uma conotação individualista.

Há bens que demandam apenas omissões do Estado, há bens que demandam prestações do Estado, mas esses dois tipos podem ser incluídos entre bens individuais, pois realizam interesses individuais – como a segurança física e a saúde (Waldron, 1987, p. 298-300). Mas há certos bens que são “intrinsecamente comuns”, pois não podem ser oportunizados aos indivíduos se não forem oportunizados a todos os demais que integram o círculo em que se produzem, e se não houver uma *compreensão comum* sobre o seu valor. Não podemos ter amizade na nossa vida privada, ou boa-fé na vida pública, sem uma compreensão e cooperação mútuas dos agentes sobre o valor desses bens para as associações humanas (Taylor, 1995, p. 139).¹⁶ Pode-se dizer que a “confiança”, aqui integrada à noção de tolerância, é um “bem público” *nesse sentido* (Waldron, 2012, p. 16). A confiança não é uma questão de mera estética, mas de afirmação da valorização da *tolerância* entre a grande maioria ou totalidade dos agentes na comunidade. Waldron leva adiante essa definição quando afirma que a “confiança” é “como o bem de uma sociedade tolerante ou culta”: ela gera vantagens para todos, mas, ao mesmo tempo, depende de todos para ser fruída.

O bem que é gerado por uma sociedade tolerante é difuso, porque atinge todos os indivíduos da comunidade ao mesmo tempo (Waldron, 2012, p. 81). Como todo bem, a falta de cuidado com a sua manutenção pode gerar a sua deterioração com o tempo. A obrigação correlativa de garantia desse bem também é difusa, portanto, pois depende de muitas pessoas, sem definição de *quais* pessoas devem mantê-lo.¹⁷ Um bem intrinsecamente comum não se resume a um bem coletivo que tenha as características clássicas da não-exclusividade entre os detentores do direito ao bem e a necessidade

¹⁶ A tolerância é um bem intrinsecamente comum, portanto, que é necessário para a realização do bem comum, entendido como o conjunto de condições que habilita os membros da comunidade a formular e buscar alcançar por si mesmos certos objetivos razoáveis que sejam valiosos para si e, a partir dos quais, possuem razão para colaborar com os demais (FINNIS, 2009a, p. 155). Para uma análise do tema no contexto brasileiro, ver (LOPES, 2022, p. 378 e ss).

¹⁷ Nesse caso, a tolerância se aproxima do caso da iluminação pública, em que não se pode “excluir” alguém que passa na rua iluminada da fruição do bem gerado, o bem é apropriado por todos que passam (FINNIS, 2009a, p. 167).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

de cooperação para a produção dele. Ele tem como terceiro critério a *reciprocidade entre todos* ou quase todos os membros da sociedade na sua fruição (Waldron, 1987, p. 304). Para que uma pessoa possa fruir do bem comum da tolerância, isso depende em parte do seu conhecimento de que outras pessoas estão contribuindo para esse ambiente e fruindo dele igualmente. Sem o cumprimento da tolerância *por muitos indivíduos*, não pode haver confiança nem segurança para que os agentes levem adiante as ações que efetivam os seus próprios planos de vida. A garantia da tolerância, nesse sentido, evita a parcialidade do direito quanto a quais pessoas podem exercer o seu poder moral de autodeterminação dos seus planos de vida (Finnis, 2009a, p. 107).¹⁸ A igual consideração e respeito pelo direito aos planos de vida de diferentes cidadãos exige a sua ação *ativa* na produção e na manutenção das condições de tolerância na sociedade, dentre cujas medidas se destaca, aqui, a proibição *prévia* do discurso de ódio.¹⁹

A apropriação do bem da tolerância não depende da experiência psicológica de uma individualidade, portanto (Waldron, 1987, p. 310). Mas, se considerarmos de novo o fato do altruísmo limitado, recordaremos que a confiança é um bem que gera vantagens para todos os indivíduos, e que depende, em grande medida, de ações voluntárias de todos ou de uma maioria. O bem é produzido coletivamente, mas é apropriado individualmente por todos e, por isso, constitui um *direito* de todos. Isso gera a obrigação de *todos* se omitirem de agir para dificultar ou atrapalhar a realização da confiança. É essa a obrigação jurídica que as leis anti-discurso de ódio efetivam

¹⁸ É importante destacar que me aproveito de certas partes das teorias da justiça de Rawls e Finnis para fundamentar uma certa interpretação jurídica anti-discurso de ódio, onde considero que não há incompatibilidade entre os seus argumentos, embora isso não se aplique a toda a extensão de suas obras. Finnis (2009a, p. 156) deixa claro que a sua definição de bem comum *não implica em que todos os agentes devam compartilhar os mesmos valores ou objetivos*, o que está de acordo com o 2º poder moral do modo como Rawls o define. Assim, pelo menos no que toca à liberdade de escolha de planos de vida, Rawls e Finnis concordam que nem todos devem escolher o mesmo plano de vida sob a concepção de justiça que aderem.

¹⁹ Martha Nussbaum propõe adicionalmente, por exemplo, que o Estado valorize uma educação humanista para incutir nas pessoas desde cedo as competências necessárias para desenvolver a tolerância e o reconhecimento do valor intrínseco da vida humana. Isso se dá, por exemplo, pela valorização de estudos históricos e literários críticos, que desenvolvem a capacidade de revisão crítica de narrativas históricas. Isso ajudaria a impedir que as pessoas acreditassem em mitos injustos e crenças injustificadas sobre a natureza humana, que muitas vezes estão na base de ações preconceituosas e discriminatórias (NUSSBAUM, 2017, p. 48; PETIZ, 2022, p. 379-385).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

(Waldron, 2012, p. 94-95). Há um interesse comum a todos na comunidade – o desejo de poder guiar a sua vida autonomamente – que depende de uma ação coordenada – o respeito mútuo à autonomia de cada um –, o que gera a ideia de que há um bem comum a ser produzido e garantido por meio da ação. Esse interesse comum também é o que produz a sua normatividade, com a possibilidade de reivindicação racional de um direito por parte de todos, nesse caso, perante toda a sociedade, de outro lado, e não só contra o Estado (Finnis, 2009a, p. 140). Podemos dizer, portanto, que a tolerância, sendo um bem intrinsecamente comum conectado à dignidade, gera um direito comum ou difuso “natural” ou “humano”, exigível a despeito do conteúdo do direito positivo (Finnis, 2009a, p. 194).

Em um sentido negativo, o discurso de ódio é injusto porque ataca o ambiente de confiança que o indivíduo possui legitimidade para demandar da comunidade. O discurso de ódio não é mera forma de “expressão autônoma” de algum indivíduo na esfera das relações sociais. Seu foco é primariamente negar o ambiente de confiança, interferir na sua constituição, e, com isso, abalar os sentimentos morais de confiança e segurança dos membros de certo grupo (Waldron, 2012, p. 88). Fica claro, assim, que o dano causado pelo discurso de ódio, embora não seja direto, é mais vasto ainda do que o dano de uma ofensa direta, pelo seu caráter difuso e geral, que vai se diluindo em “ações isoladas” (Waldron, 2012, p. 94).²⁰ Mesmo quando se diz que uma injúria racial é gravíssima por atacar diretamente uma pessoa negra, a verdadeira gravidade da ofensa está no ataque à dignidade do grupo racial. Podemos inclusive imaginar um

²⁰ Charles R. Lawrence III (1993, p. 73-74) analisou casos de discurso de ódio em *campi* universitários dos EUA no período pós-*Brown v. Board of Education* (1954) para avaliar possíveis impactos da decisão e reações de grupos intolerantes no contexto de desmantelamento da segregação racial. Lawrence narra um caso real em que um certo *campus* amanheceu com um campo de futebol pintado com inúmeros slogans antisemitas, frases de apoio à Ku Klux Klan, suásticas nazistas e uma cruz queimando. A análise de Lawrence expõe, em primeiro lugar, o choque real que esse fato teve na família de sua irmã, que trabalhava na universidade. Em segundo lugar, mostra como “[m]uitas pessoas chamaram o incidente de ‘isolado’. Mas os negros sabem que nenhum incidente racial é ‘isolado’ nos Estados Unidos. Isso é o que torna os incidentes tão horríveis, tão assustadores. É o conhecimento de que eles não são o discurso isolado e impopular de uns poucos dissidentes que os torna tão assustadores. Estes incidentes são manifestações de um sistema de crenças culturais ubíquo e profundamente enraizado, um estilo de vida americano” (tradução minha).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

caso de ofensa objetiva a um grupo social em que indivíduos isolados desse grupo não se sentem ofendidos, talvez por compartilhar do preconceito.

O problema do discurso de ódio é que o seu falante busca que seu conteúdo se torne uma regra sobre como avaliar a dignidade de certos grupos, reforçando ou criando uma prática discriminatória. Há um elemento normativo por trás do discurso de ódio, conseqüentemente, que fica desvelado a partir do momento em que identificamos as regras sociais que buscam formular e reforçar (Waldron, 2021, p. 174). Como diz Adilson Moreira (2019, p. 108) sobre a relação entre discurso de ódio e mercado de trabalho, por exemplo: “[r]epresentações de negros e de indígenas como pessoas indolentes reforçam um imaginário que reduz as chances de eles terem aceitação no mercado de trabalho ou de serem promovidos”, justamente por serem vistos como agentes menos capazes do que pessoas brancas.

Quando precisamos justificar porque é que a tolerância é necessária, sobretudo por meio de ações judiciais, é que se escancara que há algum problema na sociedade (Waldron, 2012, p. 87-88). O necessário caráter implícito da confiança é a razão também da sua tremenda fragilidade (Waldron, 2012, p. 88). Bastam algumas ações opressoras isoladas para dismantelar o ambiente de confiança e tolerância. A legislação anti-discurso de ódio, nesse sentido, protege o que o direito penal costuma chamar de “honra objetiva”, que consiste na percepção que os outros têm sobre os atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais dos sujeitos (Bitencourt, 2019, p. 856-857). Não é preciso provar, nesses casos, o dano psicológico efetivo da pessoa que é visada pelo discurso de ódio para que se reconheça a sua injustiça.

Com isso, temos o fundamento normativo da legislação proibitiva do discurso de ódio. O discurso de ódio é incompatível com o ideal de justiça da sociedade bem-ordenada porque busca primariamente violar a dignidade de membros de grupos minoritários, minando o ambiente de tolerância pelo ataque à honra objetiva desses grupos. O discurso de ódio viola o bem comum, que é o conjunto de condições para o exercício do poder moral de cada um guiar a própria vida. *Não há outra intenção por trás desse discurso.* Não podemos admitir como bem-intencionado um discurso de ódio

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

que afirme “expandir o debate público” sobre, por exemplo, se devemos voltar aos tempos da escravidão no Brasil.

É como diz Roque (personagem interpretado por Lázaro Ramos) no filme *Ó Paí, Ó* (2007), quando Boca (personagem de Wagner Moura) tenta tirar vantagem em uma negociação entre os dois acusando Roque de ser injusto por ser negro:

Eu sou negro. Eu sou negro, sim, mas por acaso negro não tem olhos? Não come da mesma comida? Não sofre das mesmas doenças? Não precisa dos mesmos remédios? Quando vocês dão porrada na gente, a gente não sangra igual? Quando vocês dão tiro na gente, p****, a gente não morre também? Pois se a gente é igual em tudo, também nisso vamos ser, p****!

Que Roque tenha razão em se ver como igual diante de Boca não é algo que o debate público precise revisitar ou rediscutir. O mesmo se aplica a questões de gênero, sexo e orientação sexual, entre outras questões atinentes ao reconhecimento do “direito de se ter direitos”, patamar mínimo de respeito que todo agente merece pelo simples fato de ser um agente (Honneth, 2009).

Por que uma teoria política e jurídica como a de Dworkin segue nos levando a admitir essas absurdas discussões, então? Em primeiro lugar, creio que a posição de Dworkin sobre a liberdade de expressão pode até ser questionada a partir de suas próprias teses meta-éticas – que rejeitam a metaética, mas enfim. Dworkin afirma que a justificção capaz de oferecer boas razões morais para a ação deve vir de certezas éticas que pressupomos como proposições que conferem sentido ao campo.²¹ É difícil afirmar, hoje em dia pelo menos, que o tratamento igualitário das pessoas em função de sua raça não seja uma dessas certezas.²²

²¹ Realizo, aqui, uma interpretação *wittgensteiniana* do argumento contido em (DWORKIN, 1996, p. 132-135). Dworkin afirma que não podemos duvidar dessas razões mais gerais, mas que podemos admitir *incerteza* quando não sabemos se, por exemplo, Beethoven é melhor que Mozart; mas isso em si não nos permite negar a objetividade moral.

²² Julia Hermann apresenta o argumento *wittgensteiniano* sobre certezas morais justamente com o exemplo do racismo: sequer faz sentido exigirmos ou esperarmos que o racista genuíno – aquele que sairia em uma passeata da Ku Klux Klan gritando “negros, voltem para a África!” como se estivesse emitindo uma opinião, eu diria – justifique o seu racismo racionalmente. Não é possível, hoje, ter um lugar comum para argumentarmos com razões com essa pessoa (HERMANN, 2015, p. 72-73). Não se pode debater e duvidar com sentido *ad aeternum*; as razões se encerram em certo momento (WITTGENSTEIN, 1969, § 204, p. 18). Proposições como “todos têm dignidade independente de cor,

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

Em segundo lugar, creio que o argumento liberal Dworkiniano não consegue se desapegar do quadro *atomista* que pressupõe para toda a sua argumentação. Veja-se que a ideia de obrigação política como obrigação associativa em sua obra remonta justamente à ideia de que apenas o consentimento funda a comunidade política. Isso implica em que a sociedade não é algo intrínseco à capacidade de agência do ser humano. A sociedade é constituída *a posteriori* por *átomos políticos*, já formados (Taylor, 2013, p. 251). Ignora-se, assim, na teoria política liberal de Dworkin, que a liberdade só existe e é formada no contexto de uma sociedade bem-ordenada que assegure a manutenção de um espaço tolerante, em função de ver os indivíduos como formados antes da convivência no espaço político.

O ideal de sociedade bem-ordenada rejeita o cumprimento parcial com a justiça. Se a sociedade possui rancor e divisão suficientes para gerar o discurso de ódio, então nem todas as pessoas possuem o nível de adoção da justiça que o critério da sociedade bem-ordenada exige (Waldron, 2012, p. 78). Com isso, a autonomia de cada agente é colocada em risco, pois não podem confiar que sua dignidade será respeitada. O tipo de dano que se visa impedir com a restrição do discurso de ódio não é direto, mas é mais fundamental, porque abala a própria razão de ser da justiça.²³

É claro que o conceito retirado de Rawls é ideal, abstrato e normativo. Dificilmente alguém concordará com a opinião de que o Brasil é uma sociedade bem-ordenada. A questão é que o direito possui justamente o papel de direcionar as pessoas, pelas suas ações, a certos fins compartilhados que realizem o ideal de justiça. Não devemos pressupor que o direito se aplica a uma fantasia: a sociedade bem-ordenada de Rawls não é utópica *nesse* sentido (Waldron, 2012, p. 80). Justamente aí reside o papel de uma análise filosófica da aplicação de conceitos juridicamente relevantes como “discurso de ódio”, “injúria” e “direitos”: uma jurisprudência que

sexo, gênero, raça, etc.” não podem ser questionadas com sentido, nem podemos exigir razões que as justifiquem. HERMANN, 2015, p. 13).

²³ Reside nesse ponto a maior dificuldade de Waldron (2021, p. 172) para convencer os liberais de que o discurso de ódio intoxica os ambientes sociais em que ele se instala. As razões para essa dificuldade não podem ser desenvolvidas aqui, mas aparece de novo a relação entre certas concepções na teoria política sobre a relação entre justiça, discurso e o conceito de pessoa, possivelmente pela continuidade de uma concepção “atomista” de pessoa, típica do liberalismo clássico.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

compreenda adequadamente os fundamentos da justiça e da liberdade de expressão poderá atuar melhor nas suas decisões para “mudar o coração dos intolerantes” (Waldron, 2012, p. 81). Pois quanto maior a probabilidade de garantia de um espaço de tolerância na comunidade, melhor será a vida de todos. A legislação anti-discurso de ódio busca induzir a justiça como uma qualidade do caráter de todos e em prol do bem de todos (Finnis, 2009a, p. 165).

4. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou explorar a crítica de Waldron à tese liberal de Dworkin em prol da permissividade política e jurídica diante do discurso de ódio, à luz de uma teoria dos bens. Conforme se argumentou, a crítica ao discurso de ódio não deve se pautar pela tese do dano direto e iminente, pois não se visa com ele a causar dano à honra pessoal diretamente. Essa foi a proposta de Catharine MacKinnon, por exemplo, como se mostrou na primeira seção, mas Dworkin tem razão em descartar esse argumento, não só pela dificuldade de se provar cada dano, mas também pela possibilidade de que nem todo agente “sinta” o dano. Estereótipos e preconceitos podem ser reforçados por quem é seu objeto.

Na segunda seção, foram expostos os argumentos de Waldron contra duas teses: primeiro, contra a tese do dano direto e iminente como fundamento para a restrição do discurso. Waldron mostrou como o dano é indireto, de fato, mas apenas se considerarmos a *honra subjetiva* dos destinatários do discurso de ódio como bem envolvido. O discurso de ódio ataca grupos, no entanto. Por meio do uso da forma sintática de uma opinião ou asserção, atacar indiretamente a dignidade dos membros de certo grupo minoritário, e não simplesmente ofender. Caso permitido, o discurso de ódio coloca em questão a capacidade desses cidadãos atacados de contribuírem com a sociedade, e de terem os seus próprios planos de vida. Em segundo lugar, Waldron mostra que a teoria liberal se funda na falsa afirmação de que é do Estado que se deve proteger o indivíduo sempre. No entanto, o Estado se apoia na colaboração dos

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

indivíduos para realizar a justiça. E o discurso de ódio parte *de outros grupos* da sociedade civil.

Na terceira seção, se buscou conectar essa crítica de Waldron com uma teoria dos bens e da justiça. O conceito de pessoa que se apresentou na primeira seção se conecta, aqui, com a ideia de “sociedade bem-ordenada” de Rawls, que pressupõe certos direitos difusos, como o direito à tolerância, que pressupõe sentimentos de confiança e segurança. Sem isso, os dois poderes morais inerentes às pessoas não podem ser exercidos. Esses direitos são difusos porque demandam a cooperação e a participação mútua e com vantagem recíproca de todos, ou quase todos na comunidade política. A confiança, nesse sentido, do modo como Waldron a expõe, fundamenta a regulação prévia do discurso de ódio, porque é um direito difuso oriundo do status normativo da dignidade que toda pessoa possui, e é uma condição para que todos possam guiar as suas vidas com autonomia e ter a devida recompensa pela sua contribuição ao esquema de cooperação social.

Assim, conclui-se que um retorno à teoria dos bens é salutar para uma melhor compreensão do problema político e jurídico envolvido na discussão sobre a avaliação do discurso de ódio. A teoria liberal de Dworkin é ingênua por acreditar que o discurso de ódio não afeta os agentes na sua autonomia; o dano pode ser indireto, mas é suficiente para afetar a capacidade de pessoas atingidas pelo discurso de ódio de escolherem como querem guiar as suas vidas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 2, parte especial: crimes contra a pessoa. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLONDE. Direção: Andrew Dominik. Produção de Dede Gardner *et al.* Brasil: Netflix, 2022. Streaming.

ME CHAME PELO SEU NOME. Direção: Luca Guadagnino. Produção de Peter Spears *et al.* Brasil: Sony Classics Pictures, 2017. Streaming.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

DARWALL, Stephen L. Respect and the second-person standpoint. *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, Vol. 78, No. 2 (Nov., 2004), pp. 43-59.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. Legal theory and the problem of sense. In: GAVISON, Ruth (Ed.). *Issues in contemporary legal philosophy: the influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: you'd better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2. (Spring, 1996),

ESTLUND, Cynthia L. Freedom of expression in the workplace and the problem of discriminatory harassment. *Texas Law Review*, Vol. 75, No. 4, 1996-1997, pp. 687-778.

FINNIS, John. H.L.A. Hart: A Twentieth-Century Oxford Political Philosopher. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 54, no. 1 (2009): 161-186.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2011.

FINNIS, John. Reason and Passion: The Constitutional Dialectic of Free Speech and Obscenity. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 116, no. 2, December 1967, pp. 222-243.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HERMANN, Julia. *On moral certainty, justification and practice: a Wittgensteinian perspective*. New York: Palgrave MacMillan, 2015.

LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on campus. In: MATSUDA, Mari J. *et al* (Eds). *Words that wound: critical race theory, assaultive speech, and the First Amendment*. New York: Routledge, 1993.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*. 2ª ed. rev. e atual. Barueri: Atlas, 2022.

MACKINNON, Catharine. Weaponizing the First Amendment. *Virginia Law Review*, October 2000, Vol. 106, No. 6, pp. 1223-1283.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Mineola: Dover Publications Inc., 2002.

MOREIRA, Adilson. *Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MOREIRA, Adilson. *Racismo recreativo*. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

NUSSBAUM, Martha. *Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades*. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2017.

Ó, PAÍ, Ó. Direção: Monique Gardenberg. Produção de Augusto Case, Paula Lavigne, Sara Silveira. Brasil: Europa Filmes, 2007. Youtube.

PETIZ, Martin. SEM FINS LUCRATIVOS. **Sapere Aude**, v. 13, n. 25, p. 379-385, 2022

RAWLS, John. *A theory of justice*. Revised edition. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *Political liberalism*. Expanded edition. New York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. Social unity and primary goods. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *John Rawls: Collected papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

TAYLOR, Charles. Irreducibly social goods. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

WALDRON, Jeremy. Can communal goods be human rights? *European Journal of Sociology*, Vol. 28, Issue 02, November 1987, pp. 296-322.

WALDRON, Jeremy. Commentary on Mary Kate McGowan's 'Just Words: on speech and hidden harm: an overview and an application.' *Australasian Philosophical Review*, Vol. 5, No. 22, 2021, pp. 170-178.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v10n2.p18-44>

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *On certainty*. Oxford: Basi, 1969